

Editoriali

SERGIO MOCCIA, *Sicurezza di destra* p. 365

Articoli

GIOVANNI COCCO, *Il principio di determinatezza quale garanzia di eguaglianza e di tutela dei diritti civili. L'esperienza statunitense* » 367

LORENZO FRANCHINI, *Giustizia penale e politica: il caso antico dell'inchiesta sui Baccanali* » 377

MASSIMILIANO ZANIOLO, *Abuso d'ufficio: a che punto siamo?* » 399

LUIGI LUDOVICI, *I criptofonini: sistemi informatici criptati e server occulti* » 417

Opinioni

GIORGIO SPANGHER, *Servono regole di garanzia per la prova informatica* » 425

KATIA LA REGINA, *Il sequestro dei dispositivi di archiviazione digitale* » 429

PASQUALE BRONZO, *Le indagini undercover nel mondo digitale* » 435

DIANA TENENBAUM, *Ci risiamo: l'ennesimo tentativo di riformare la prescrizione. Chissà che non sia la volta buona. Brevi riflessioni sulle proposte di legge portate all'attenzione della Commissione Giustizia (disegni di legge Costa, n. 745, Maschio, n. 1036, Pittalis, n. 893, Bisa, n. 1380)* » 443

SILVIA FRANCAZI, *La portata applicativa della norma di cui all'art. 53 del Codice Antimafia a seguito dell'entrata in vigore della Legge n. 161/2017* » 453

Dalle corti

LEONARDO FILIPPI, *Il cellulare "contenitore" di corrispondenza anche se già letta dal destinatario* » 475

WANDA NOCERINO, *Ancora in tema di criptofonini: nuovi arresti giurisprudenziali in attesa delle sezioni unite* » 483

LAURA BACCHINI, <i>La giurisdizione militare e il suo mutevole perimetro</i>	» 495
Pagine senza tempo	
<i>I 35 anni del Codice di Procedura Penale</i>	» 509

Sicurezza di destra

Sergio Moccia*

La sicurezza dei consociati è la promessa fondamentale della modernità e nello Stato sociale di diritto, prefigurato dalla Costituzione repubblicana, si connota in egual misura per profili di derivazione liberale e solidaristica.

Il governo della sicurezza non può ridursi alla soddisfazione della pur basilare esigenza di protezione dalla criminalità, ma deve intendersi nel senso dell'assicurazione e del godimento pieno dei diritti fondamentali. In realtà, la prerogativa pubblica della sicurezza corrisponde al bisogno di essere garantiti nell'esercizio di tutti i propri diritti: diritto alla vita, al libero sviluppo della personalità, diritti di espressione e di partecipazione, e così via. La crisi della gestione della sicurezza riflette un sistema della giustizia inefficace, causa di sentimenti diffusi di insicurezza. In realtà, l'intervento repressivo viene sempre più valorizzato come mera risorsa simbolica e rivela l'incapacità di garantire livelli soddisfacenti di sicurezza. Quindi, avanti con 'leggi manifesto', com'è ormai tradizione, tese unicamente alla valorizzazione di prospettive di mera deterrenza: e nulla di diverso con il 'decreto Caivano'.

Il termine sicurezza non viene, per lo più, declinato in un'accezione molto significativa: garantire la sicurezza di accesso ai propri diritti. È naturalmente doverosa la tutela della sicurezza rispetto a chi aggredisce; ma è altrettanto doverosa la tutela della sicurezza rispetto a chi, da posizione estrema, ai margini, dev'essere posto nella condizione di non essere esposto al rischio di reati. E, invece, devianza minorile da trattare con il carcere come prima *ratio*, anche in via cautelare e per reati di lieve entità, 'daspo' a 14 anni e carcere per i genitori che non mandano i figli a scuola: senza interrogarsi minimamente sulle ragioni, profonde ed evidenti, dell'evasione scolastica, da individuarsi nel disagio socio-economico, enorme, delle famiglie, nella mancanza di prospettive esistenziali edificanti per i ragazzi, da un lato, e nelle gravi carenze delle istituzioni scolastiche e non, fatte salve le debite, eroiche eccezioni. Anziché affrontare decisamente i problemi con gli strumenti della solidarietà e dei diritti da realizzare, lo Stato si affida ad un meritorio volontariato che, al di là di pur significativi successi, non può essere in grado di risolvere radicalmente i problemi.

In effetti, dal punto di vista giuridico, ma anche psicologico, sicuri dovrebbero essere innanzitutto i soggetti titolari di diritti fondamentali, in particola-

* Professore emerito di Diritto penale - Università di Napoli "Federico II".

re di quelli universali, che spettano non solamente alle persone fisiche fornite di cittadinanza dello Stato in cui si trovano, ma a tutte quelle che si trovano nel territorio di uno Stato civile. La verità è che un numero enorme dei titolari dei diritti e la maggior parte dei tantissimi territori a rischio sono esclusi dalla sicurezza.

Una volta che ci si è dimenticati di garantire la sicurezza dei diritti di un certo numero di soggetti vulnerabili appartenenti a gruppi marginali o 'pericolosi' - poveri, disoccupati, tossicodipendenti, stranieri - le persone vulnerabili e senza alcun potere, che soffrono lesioni dei loro diritti umani, sociali ed economici, vengono considerate solo quali potenziali aggressori dei diritti dei soggetti socialmente protetti. Una vera sicurezza per tutti potrà aversi allora attraverso un'effettiva applicazione della Costituzione, che sola può realizzare effettivamente il diffondersi di una cultura della legalità. Se questa strada non è intrapresa, se sale il livello della disuguaglianza e della violenza strutturale nella società, non vi saranno le condizioni sufficienti per l'esistenza di un diritto delle garanzie, ma solo per un modello giuridico autoritario ed emergenziale, qual è quello che si sta affermando.

Si tratta di un modello pseudo-efficientistico, che si rifiuta apprendere e, invece di cercare soluzioni realmente efficaci, aumenta solo la risposta repressiva a detrimento della legalità costituzionale e della stessa sicurezza. E questa sembra essere la sicurezza di destra.

Il principio di determinatezza quale garanzia di eguaglianza e di tutela dei diritti civili. L'esperienza statunitense

Giovanni Cocco*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il *void-for-vagueness* quale strumento di tutela delle libertà civili. – 3. Stato di diritto e determinatezza. – 4. Casi esemplari di indeterminatezza “discriminatoria” censurati dalla Corte Suprema USA.

ABSTRACT

Il saggio, con l'ausilio di una indagine comparatistica che analizza la giurisprudenza della Corte Suprema statunitense sulla dottrina costituzionale del c.d. *void-for-vagueness* (annullamento per indeterminatezza), da cui si traggono significativi insegnamenti, mette in relazione il principio di determinatezza con il principio di eguaglianza e con il divieto di applicazione arbitraria e discriminatoria della legge.

The essay, with the help of a comparative investigation that analyzes the jurisprudence of the US Supreme Court on the constitutional doctrine of the so-called void-for-vagueness, from which significant lessons can be drawn, relates the principle of precision with the principle of equality and with the prohibition of arbitrary and discriminatory application of the law.

1. Introduzione.

Il principio di legalità nei suoi classici corollari¹ incontra ormai da molti decenni una piena adesione anche negli Stati Uniti², con il superamento della pratica della *common law*³, tanto da relegare la questione della creazione

* Ordinario di diritto penale nell'Università degli studi di Padova.

¹ Ho recentemente esaminato il tema nei suoi profili generali in Cocco, *Introduzione ai rapporti tra legislazione e giurisdizione in materia penale nello stato di diritto. Contributo al riordino dei principi*, in *Resp. Civ. e Prev.*, n. 5/2023, 1398 ss., che costituisce la base generale di questo approfondimento specifico.

² ROBINSON, *Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of Legality*, in *Un. Pennsylvania L. Rev.*, 2005, 335 ss.; KADISH, SCHULHOFER, STEIKER, BARKOW, *Criminal Law and Its Processes*, New York, 9ª ed. 2012, 154 ss.; JEFFRIES, *Legality, vagueness, and the construction of penal statutes*, in *Virginia L. Rev.*, vol. 71, 1985, *passim*.

³ Gran parte degli stati U.S.A. hanno abolito la *common law doctrine* secondo cui le corti possono creare nuovi crimini (per tutti v. KADISH, SCHULHOFER, STEIKER, BARKOW, *Criminal Law and Its Processes*, cit., 153 ss.), sebbene sopravviva marginalmente, ad es. la Costituzione del Michigan del 1964 (vigente) nell'art. III, par. 7, prevede: «The common law and the statute laws now in force, not repugnant to this constitution, shall remain in force until they expire by their own limitations, or are changed, amended or repealed». Il § 775.01 dei Florida Statutes, intitolato *Common law of*

giudiziaria dei reati all'archeologia⁴ e ai circoli accademici la stessa discussione sul principio di legalità, ormai pienamente riconosciuto nella cultura giuridica statunitense⁵. Il faticoso e autonomo processo di superamento della *common law* e di affermazione del principio di legalità del diritto penale statunitense esprime, tuttavia, profili originali rispetto alla esperienza europea, i quali favoriscono una interessante verifica dei contenuti del principio affermatosi in Europa, in particolare in Germania, Italia e Spagna.

Un significativo punto di contatto tra le due esperienze ed un utile punto di partenza per la comparazione è rappresentato dai principi di prevedibilità euroumanitario⁶ e del giusto avvertimento (*fair warning*) della elaborazione liberal-democratica statunitense. Le democrazie liberali si basano, almeno teoricamente, sul principio che ogni condotta è consentita fino a quando non venga proibita dalle legittime agenzie delle decisioni sociali: il risultato è il rispetto, o almeno la tolleranza, del pluralismo e della diversità. Pertanto, il fatto che una persona non sia informata del divieto ne giustifica l'inosservanza⁷.

Secondo un ormai secolare indirizzo della Corte Suprema degli Stati Uniti i reati debbono essere previamente definiti in modo che gli individui abbiano un giusto avvertimento su ciò che è proibito e il mancato preavviso costituisce una «trappola per l'innocente»⁸ e «viola il primo elemento essenziale del giusto processo» (*due process of law*)⁹.

Pertanto, si afferma che le clausole del giusto processo contenute nel Quinto Emendamento (garanzie penali) e nel Quattordicesimo Emendamento (*Due Process Clause*) richiedono che la definizione di reato deve essere «significativamente precisa» in modo tale che la gente comune possa capire quale sia la condotta proibita, con la conseguenza che una legge penale deve essere annullata (*void-for vagueness*) quando «proibisce o richiede il compimento di un atto in termini così vaghi che uomini di comune intelligenza debbono necessariamente indovinare il suo significato e divergere quanto alla sua applicazione»¹⁰.

England, prevede: «The common law of England in relation to crimes, except so far as the same relates to the modes and degrees of punishment, shall be of full force in this state where there is no existing provision by statute on the subject».

⁴ Cfr. JEFFRIES, *Legality*, cit., 198.

⁵ Cfr. PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford (California), 1968, 80 ss.

⁶ Alla analisi della cui ampiezza concettuale, pluralità di significati, con correlativo puntuale inquadramento sistematico, mi sono dedicato in Cocco, *Introduzione ai rapporti tra legislazione e giurisdizione*, cit., in part. § 5.

⁷ JEFFRIES, *Legality*, cit., 205, n. 45; Cocco, *Introduzione ai rapporti tra legislazione e giurisdizione*, cit., *passim*.

⁸ Corte Suprema U.S.A., *United States v. Cardiff* (8.12.1952), 344 U.S. 174, 176.

⁹ Corte Suprema U.S.A., *Connally v. General Constr. Co.* (4.1.1926), 269 U.S. 385, 391.

¹⁰ Corte Suprema U.S.A., *Connally v. General Constr. Co.* (4.1.1926), 269 U.S. 385, 391. Si veda anche la famosa pronuncia della Corte Suprema U.S.A. (redattore il giudice Holmes), *McBoyle v. United States* (9.3.1931), 283 U.S. 25, che esclude l'aereo dalla nozione di "veicolo a motore" con

Benché vi sia una significativa similitudine con i principi di determinatezza e tassatività della nostra elaborazione, il principio costituzionale statunitense del *void-for vagueness* si collega in origine alla tradizione della *common law* inglese secondo cui i tribunali possono definire un nuovo reato, confermata tra Ottocento e primo Novecento negli U.S.A., malgrado le iniziali riserve (mai del tutto sopite) all'epoca dell'Indipendenza¹¹, al punto che ne viene considerata una conseguenza la necessità che la definizione anticipata di reato, ancorché non legislativa¹², sia significativamente precisa seppure con le difficoltà emergenti anche da noi in tema di applicazione del principio di determinatezza, causato dalla inesistenza di un sicuro metro¹³ o, almeno, non sia irragionevolmente indefinita.

riferimento al trasporto interstatale di un “veicolo a motore” oggetto di furto, la quale evidenzia che, «[s]ebbene sia improbabile che un criminale consideri attentamente il testo della legge prima di uccidere o rubare, è ragionevole che venga dato al mondo un giusto avvertimento, in un linguaggio che il mondo comune comprenda, di ciò che la legge intende fare se una certa linea viene superata. Per rendere l'avvertimento giusto, per quanto possibile la linea deve essere chiara» (p. 27). Segue detto indirizzo la decisione della Corte Suprema U.S.A., *United States v. Santos* (2.6.2008), 553 U.S. 507, citata come esempio (in verità unico) di affermazione della *rule of lenity* da parte del suo estensore giudice Scalia (v. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022, 338 ss.; BIANCHI, “*The tie must go to the defendant*”. *The rule of lenity nel sistema penale statunitense*, in *Ind. Pen.*, 2020, 245 s.), che essenzialmente offre, con riferimento al reato federale di riciclaggio, una interpretazione che attribuisce un significato preciso ad una espressione ambigua quale *proceeds* (proventi), letta nel senso di guadagni (*profits*) delle transazioni criminali e non di meri ricavi illeciti (*criminal receipts*), elemento rilevante nella fattispecie concreta in cui si tratta tra l'altro di somme utilizzate per retribuire i collaboratori e per pagare le vincite dei giocatori d'azzardo e non vi sono prove che il riciclaggio abbia ad oggetto i guadagni ottenuti dalla lotteria. Al riguardo va rilevato che il complesso di argomenti utilizzati da Scalia: certezza del diritto, riconoscibilità e prevedibilità dell'incriminazione, inviolabilità della libertà personale, tutela dei diritti dell'imputato, riserva di legge, con l'aggiunta di uno strumento interpretativo ignorato dai giuristi statunitensi, ovvero il bene giuridico tutelato, possono condurre anche nel nostro sistema ad una interpretazione restrittiva dell'espressione senza fare ricorso alla *rule of lenity*.

¹¹ Ampliamente ricordate in Cocco, *Introduzione ai rapporti tra legislazione e giurisdizione*, cit., § 1.

¹² Nel caso, da decenni desueto, di rinvio a giudizio per un reato di *common law*, l'indagine sulla indeterminatezza (*vagueness*) è rivolta al grado di precisione raggiunto dalle precedenti formulazioni giudiziarie del reato contestato (Cfr. LAFAVE, SCOTT, *Handbook on Criminal Law*, St. Paul - Minnesota, 1972, 84 nn. 10-11, ivi ult. rif.).

¹³ Non ha tutti i torti il giudice Frankfurter, nell'opinione dissenziente nel celebre caso davanti alla Corte Suprema U.S.A., *Winters v. New York* (29.3.1948), 333 U.S. 507/524, quando afferma che l'indeterminatezza incostituzionale «è essa stessa un concetto indefinito. L'indagine è valutativa piuttosto che meccanicistica; richiede un giudizio riguardante non solo il grado di indeterminazione, ma anche l'accettabilità dell'indeterminatezza in contesti specifici, in particolare, preoccupazione fondamentale è verificare se la portata incerta della legge coinvolga libertà protette» (v. AMSTERDAM, *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court*, in *Un. Pennsylvania L. Rev.*, vol. 109, 1960, 67 ss.). Altri fattori considerati nell'indagine sulla indeterminazione includono la natura dello scopo legislativo, la possibilità di essere più precisi e se l'incertezza influisca sulla rilevanza del fatto o semplicemente sul grado di responsabilità penale. Nella citata decisione *Winters v. New York* si tratta di una condanna per il possesso di alcune riviste con l'intento di venderle, in violazione della sottosezione 2 del § 1141 della *New York Penal Law*, che vietava la di-

2. Il *void-for-vagueness* quale strumento di tutela delle libertà civili.

Nella dottrina statunitense si collega l'affermazione del principio di legalità proprio alla necessità di dare una base teorica sicura al principio della *void-for vagueness*¹⁴, il quale si conferma un caposaldo del principio di legalità anche con il superamento della *common law*, assumendo come punto di riferimento le previsioni legislative, poiché anche una legge il cui significato non è determinato rimette alla decisione giudiziaria avente effetti retroattivi il compito vero e proprio di definire la condotta criminosa.

Ne è un classico esempio, nella legislazione statale U.S.A., la censura alla previsione penale della cospirazione per commettere qualsiasi atto dannoso per la morale pubblica o la salute pubblica¹⁵, a cui è assimilabile il caso di indeterminatezza con cui si è confrontata la recente giurisprudenza italiana della sanzione penale di chi, assoggettato a misura di prevenzione personale, non rispetti obblighi e prescrizioni imposte di vivere onestamente e rispettare le leggi¹⁶.

stribuzione di riviste "principally made up of criminal news, police reports or accounts of criminal deeds or pictures or stories of deeds of bloodshed, lust or crime", previsione giudicata illegittima dalla Corte Suprema per la sua indeterminatezza tale da violare il XIV Emendamento relativo al giusto processo.

¹⁴ V. JEFFRIES, *Legality*, cit., 195 s.

¹⁵ Contenuta, ad esempio, nel *California Penal Code* § 182 (5). La decisione della Corte Suprema dell'Utah, *State v. Musser* (20.10.1950), 118 Utah 537, 223 P.2d 193, giudica incostituzionale perché indeterminata la formulazione del *Utah Code Ann.* § 103-11-1 (1943), che sanziona, tra l'altro, la cospirazione «per commettere atti dannosi alla salute pubblica, alla morale pubblica o al commercio».

¹⁶ Pone l'accento sulla discrezionalità incontrollabile del giudice la sentenza delle Sezioni Unite 27.4.2017-5.7.2017, n. 40076 (cfr. anche C. II, 25.10.2017, n. 49194, ced. rv. 271248) - in tema di rispetto del principio costituzionale di determinatezza, anche alla luce della Carta edu come interpretata dalla C. edu GC, 23.2.2017, C-43395/09, *De Tommaso c. Italia* - la quale fornisce una lettura *tassativizzante* e tipizzante della fattispecie dell'art. 75, d.lgs. n. 159/2011 (*codice antimafia*), che punisce la condotta di chi viola gli obblighi e le prescrizioni imposti con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza ex art. 8, d.lgs. n. 159/2011, escludendo che abbia ad oggetto anche la violazione delle prescrizioni di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi", poiché «non impongono comportamenti specifici, ma contengono un mero ammonimento morale, la cui genericità e indeterminatezza dimostra l'assoluta inidoneità ad integrare il nucleo di una norma penale incriminatrice». In particolare, le SS. UU. evidenziano che l'obbligo di rispettare le leggi, si risolve - come osservato dalla Corte di Strasburgo - in un riferimento indistinto a tutte le leggi dello Stato e, dunque, non consente di individuare le condotte dal cui accertamento derivi una responsabilità penale, la cui determinazione da parte del giudice sarebbe frutto di incontrollabile discrezionalità; con l'effetto, inoltre, di un inammissibile deficit di conoscibilità da parte del destinatario del precetto penale e, conseguentemente dell'assoluta inidoneità della norma a orientare il suo comportamento, con connesso *vulnus* allo stesso principio di colpevolezza (p. 16-17). Per difetto di determinatezza, la Corte cost. n. 25/2019, successivamente, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 75 co. 2, d.lgs. n. 159/2011, nella parte in cui punisce come delitto l'inosservanza delle prescrizioni di *vivere onestamente* e di *rispettare le leggi* da parte del soggetto sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, nonché, in via consequenziale, dell'art. 75 co. 1, d.lgs. n. 159/2011,

Previsioni che non possono essere censurate sotto il profilo della violazione del primato legislativo, possono però incorrere nella censura di indeterminazione perché consentono «l'applicazione arbitraria e discriminatoria» della sanzione penale¹⁷ in violazione del principio di eguaglianza, censura che negli USA è considerata uno strumento di tutela delle libertà civili.

In effetti il principio di legalità, nel suo affermarsi negli U.S.A. verso la metà del Novecento è visto come base necessaria per un uso significativo della dottrina costituzionale della indeterminazione a tutela delle libertà civili¹⁸. Molti casi di indeterminazione portati davanti alla Corte Suprema U.S.A. sono indicativi di pregiudizi razziali e l'annullamento delle leggi coinvolte spesso appare come una profilassi contro tale abuso¹⁹. L'uso della dottrina costituzionale della indeterminazione viene anche finalizzato ad assicurare spazio alla libertà di espressione garantita dal Primo emendamento²⁰, non tanto con riferimento alla limitazione in qualche modo dell'universo delle opportunità di espressione, ma con riferimento alla limitazione discriminatoria di tali opportunità in modo differenziato²¹.

3. Stato di diritto e determinatezza.

Il legame tra determinatezza/tassatività e principio di eguaglianza appare centrale nel ruolo complessivo del principio di legalità nello stato di diritto come nella *rule of law*. Significativo in tal senso l'art. 21 n. 3 dello Statuto di Roma sulla Corte penale internazionale, che richiede, quale criterio interpretativo direttamente proposto, che l'applicazione e l'interpretazione del diritto siano «effettuate senza alcuna discriminazione fondata su ragioni quali il genere sessuale come definito nell'articolo 7, paragrafo 3, l'età, la razza, il colore, la lingua, la religione o il credo, le opinioni politiche o le altre opinioni,

nella parte in cui prevede come reato contravvenzionale la violazione degli obblighi inerenti alla misura della sorveglianza speciale senza obbligo o divieto di soggiorno, ove consistenti negli obblighi di *vivere onestamente* e di *rispettare le leggi*.

¹⁷ Cfr., ad esempio, AMSTERDAM, *Federal Constitutional Restrictions on the Punishment of Crimes of Status, Crimes of General Obnoxiousness, Crimes of Displeasure Police Officers, and the Like*, in *Crim. L. Bull.*, vol. 3, f. 4, 1967, 205 ss., in part. 221-224, in tema di applicazione discriminatoria e arbitraria; FOOTE, *Vagrancy-Type Law and Its Administration*, in *Un. Pennsylvania L. Rev.*, vol. 104, 1956, 603 ss., che si sofferma sull'interpretazione della legge sul vagabondaggio a Filadelfia.

¹⁸ Ad es. MICHAEL, WECHSLER, *Criminal Law and Its Administration*, Chicago, 1940, 1072-1976 ss.; ROBINSON, *Cases on Criminal Law and Procedure*, Rochester, N.Y., 1941, 1 ss.; in generale, HALL, *General Principles of Criminal Law*, Indianapolis, 1^a ed. 1947, 2, 33-42.

¹⁹ Ad esempio, Corte Suprema U.S.A., *Papachristou v. City of Jacksonville* (24.2.1972), 405 U.S. 156, afferma che la legge sul vagabondaggio senza standard «permette e incoraggia un'applicazione arbitraria e discriminatoria della legge», con riferimento a un processo per vagabondaggio nei confronti di due donne bianche e due uomini di colore che percorrevano insieme l'arteria principale della città.

²⁰ Corte Suprema U.S.A., *NAACP v. Button* (14.1.1963), 371 U.S. 415, in part. 433.

²¹ V. JEFFRIES, *Legality*, cit., 217, e autori ivi citati in n. 74.

la nazionalità, l'origine etnica o sociale, le condizioni economiche, la nascita o le altre condizioni personali».

Tale legame fornisce un contenuto sostanziale alla regola formale della divisione dei poteri ed in particolare fonda e spiega l'assoggettamento del giudice alla legge (uguale per tutti, mentre il giudizio è individuale), con i conseguenti limiti dell'attività interpretativa giudiziale, in maniera più significativa dello stesso principio di prevedibilità, correlato anche a situazioni soggettive che trovano soddisfazione nel principio di colpevolezza. Appare, infatti, evidente che quanto maggiore è la discrezionalità giudiziaria che di volta in volta si esprime su distinti casi concreti, tanto maggiore è la possibilità di una disparità di trattamento correlato alle differenze soggettive dei giudicanti e dei giudicati e di quelle oggettive dei contesti in cui il giudizio si colloca.

Si evidenzia²² che la prospettiva della *rule of law* aiuta a spiegare perché è così spesso invocata la nullità per indeterminatezza delle leggi-ordinanze locali di "pulizia delle strade" (*street-cleaning*) dirette contro una qualche forma di disturbo pubblico, che tipicamente concernono condotte illecite banali, minori sanzioni e l'assenza di vittime identificabili. Leggi di questo tipo sono spesso considerate costituzionalmente indeterminate soprattutto perché consentono il controllo sociale informale degli indesiderabili e violano la necessità della prevedibilità²³. D'altra parte, le leggi contro forme indeterminate di comportamento *fastidioso* o *disordinato* rappresentano il modello di legge imprevedibile, nel senso pratico che una persona rispettosa della legge nella situazione dell'attore non avrebbe motivo di non tenere il comportamento proibito²⁴.

La stessa eccessiva ampiezza dei casi ricompresi nella previsione incriminatrice e assoggettati dunque ad identica sanzione, a prescindere dall'u-

²² JEFFRIES, *Legality*, cit., 215 ss.

²³ Conformemente al precedente della Corte Suprema U.S.A., *Lambert v. California* (16.12.1957), 355 U.S. 225 ss., che annulla un'ordinanza della città di Los Angeles, la quale incrimina qualsiasi persona con precedenti penali, in California o altrove, si tratti in città per più di cinque giorni senza registrarsi. In più punti la decisione sottolinea come possibili fonti di incostituzionalità: (1) l'assenza della *mens rea* nel senso comune della rappresentazione da parte dell'imputata della sua mancata registrazione; (2) la sanzione di una omissione piuttosto che di una cattiva azione; e (3) l'ignoranza dell'obbligo di registrazione o della illiceità penale di non averlo fatto (p. 229), nessuna delle quali, da sola, è idonea a giustificare la dichiarazione di incostituzionalità della previsione penale, giustificazione, invece, rinvenibile nel più complesso principio sopra enucleato.

²⁴ Ad es., la Corte Suprema USA, *Coates v. City of Cincinnati* (1.6.1971), 402 U.S. 611, afferma la indeterminatezza di un'ordinanza comunale che rende penalmente illecita la riunione di tre o più persone su un marciapiede che "infastidiscono" (*annoy*) i passanti. Conforme ad essa il Fifth Circuit Court of Appeals, *Kramer v. Price*, (15.8.1983), 712 F.2d 174, annulla la legge (il *Texas Harassment Statute*: Texas Penal Code Ann. § 42.07) che punisce come comunicazione molesta quella che «infastidisce o allarma il destinatario», principalmente a causa della mancanza di una definizione sufficientemente restrittiva di questi termini (v. in tema anche la già citata Corte Suprema USA, *Papachristou v. City of Jacksonville*).

tilizzo o meno di espressioni puntuali²⁵, è censurabile per riservare identico trattamento a casi di valenza illecita molto diversa, magari alcuni anche di fortemente dubbia meritevolezza, e, dunque, incrina l'osservanza dei principi di eguaglianza e ragionevolezza. Significativo al riguardo il giudizio di incostituzionalità della fattispecie di accattonaggio, basato sulla violazione del principio di ragionevolezza, che per la genericità della descrizione della condotta incriminata ricomprende comportamenti in cui è evidentemente assente la meritevolezza della sanzione penale²⁶.

Infine, va sottolineato che la correlazione tra principio di determinatezza e di eguaglianza è particolarmente sentito nel diritto dell'U.E., in cui, oltre al profilo del rispetto del principio di legalità dei reati e delle pene, vi è anche la necessità che i cittadini dell'U.E. non subiscano un trattamento diverso a seconda dello Stato membro in cui commettano il reato

In sintesi, la valenza del principio di determinatezza si può distinguere in due momenti, nel primo *ex ante*, relativo alle leggi incriminatrici che pongono regole di condotta (che debbono essere precise e chiare), il principio promuove le virtù del giusto avvertimento. Nel secondo *ex post*, relativo all'applicazione delle leggi nel giudizio, il principio promuove le virtù dell'uniformità nell'applicazione.

4. Casi esemplari di indeterminatezza “discriminatoria” censurati dalla Corte Suprema USA.

Confermano quanto sopra affermato alcune importanti decisioni di annullamento per indeterminatezza. In primo luogo, la decisione della Suprema Corte USA, *Kolender v. Lawson* (2.5.1983), 461 U.S. 352 ss., concernente la legge californiana sul vagabondaggio dell'epoca (*California Penal Code § 647(e)*), introdotta, come altre simili, per porre rimedio alla assenza di *standard* o criteri applicativi nelle vecchie leggi sul vagabondaggio. La disposizione in questione sanziona la condotta disordinata di chi bighellona o vaga per le strade o da un luogo all'altro senza un motivo apparente o affari e rifiuta di identificarsi e di rendere conto della sua presenza quando richiesto da qualsiasi *peace officer* (polizia), se le circostanze sono tali da indicare a un uomo ragionevole che la sicurezza pubblica richiede tale identificazione. La previsione è giudicata illegittima²⁷ in quanto suscettibile di applicazione arbi-

²⁵ Ad esempio, l'espressione “rispettare le leggi” (censurata da Corte cost. n. 25/2019, in materia di art. 75 co. 2, d.lgs. n. 159/2011 (v. sopra n. 16), non si può dire difetti di precisione linguistica e contenutistica ma è l'eccessiva ampiezza dell'oggetto delle violazioni (pur definita impropriamente indeterminatezza) il vero problema, con la ricomprensione e parificazione di ogni genere delle stesse.

²⁶ La sentenza della Corte cost. n. 519/1995, utilizza il principio di ragionevolezza per espungere dall'ordinamento l'art. 590 co. 1 c.p.

²⁷ Suprema Corte U.S.A., *Kolender v. Lawson* (2.5.1983), 461 U.S. 360, che richiama la citata decisione della Corte Suprema U.S.A., *Papachristou v. City of Jacksonville* (24.2.1972), 405 U.S. 156,

traria e discriminatoria poiché «conferisce alla polizia un potere discrezionale praticamente totale per determinare se l'indagato abbia soddisfatto la legge e debba essere autorizzato a proseguire per la sua strada». I fatti interessati confermano la valutazione: il ricorrente Edward Lawson è un uomo di colore dall'aspetto non convenzionale la cui vocazione è camminare, di solito a tarda notte, spesso in zone residenziali ricche e prevalentemente bianche. Viene fermato almeno in 15 occasioni del genere prima della dichiarazione di incostituzionalità della legge.

Più recentemente la decisione della Suprema Corte U.S.A., *City of Chicago v. Morales* (10.6.1999), 527 U.S. 41, concerne il *Chicago Municipal Code* § 8-4-015 (aggiunto il 17.6.1992: *Gang Congregation Ordinance*), che proibisce ai "membri di bande criminali di strada" di vagabondare/bighellonare (*loitering*) nei luoghi pubblici. Ai sensi della previsione, se un agente di polizia vede una persona, che ragionevolmente reputa essere membro di una banda, vagabondare in un luogo pubblico in compagnia di una o più persone, ordina loro di disperdersi e chi non obbedisce prontamente è sanzionato penalmente. Una ordinanza generale di quel Dipartimento di polizia limita la discrezionalità dell'esecuzione da parte degli agenti attribuendo l'autorità di arresto ad agenti designati, stabilendo criteri dettagliati per definire le bande di strada e l'appartenenza ad esse e prevedendo specifiche aree di applicazione, pur non divulgate pubblicamente. La Corte Suprema considera costituzionalmente indeterminata la previsione in violazione del XIV Emendamento, in primo luogo perché la definizione normativa del comportamento di vagabondare/bighellonare (*loitering*) come «rimanere in un luogo qualsiasi senza uno scopo apparente» non fornisce alle persone un avvertimento adeguato su ciò che è proibito e su ciò che è consentito²⁸, anche se una persona non viola la legge fino a quando non rifiuta di disperdersi, poiché - osserva la motivazione stesa dal giudice Stevens - «se il bighellonare è infatti innocuo e innocente, lo stesso ordine di dispersione è un'ingiustificata lesione della libertà».

La Corte rileva, in secondo luogo, la violazione dell'obbligo per il legislatore di stabilire linee guida minime per governare l'applicazione della legge, che invece nella specie attribuisce il potere, senza limiti, alla polizia di determinare chi viola l'ordinanza. In sostanza sono integrati ambedue i motivi autonomi per cui l'indeterminatezza può violare la Costituzione statunitense: l'assenza di un giusto avvertimento che consenta alla gente comune di comprendere quale sia la condotta proibita, nonché l'autorizzazione e, persino, l'incoraggiamento ad un'applicazione arbitraria e discriminatoria della norma.

Infine, un interessante e più recente caso di annullamento per indeterminatezza da parte della Corte Suprema U.S.A. è *Johnson v. United States* del

in part. 170.

²⁸ Richiamando anche la sopra citata *Kolender v. Lawson*.

2015²⁹, che giudica incostituzionale la clausola di chiusura contenuta nella definizione di crimine violento (*violent felony*) del 18 USC § 924(e)(2)(B)³⁰, indicato come atto che «involves conduct that presents a serious potential risk of physical injury to another», ovvero in cui la condotta presenta un grave rischio potenziale di lesioni fisiche a un terzo. Clausola a cui rinvia l'*Armed Career Criminal Act (ACCA)*³¹, che prevede una sanzione più severa nei casi di detenzione di armi da fuoco illegali da parte di soggetti precedentemente condannati tre o più volte per un «crimine violento»³². La decisione, stesa dal giudice Scalia, afferma che la clausola di chiusura in questione viola il Quinto emendamento perché gli individui sono privati del giusto processo quando sono condannati in base a «una legge penale così vaga che non riesce a dare alla gente comune un giusto preavviso della condotta che punisce»³³.

Decidere se si tratti di un «crimine violento» ai sensi della clausola di chiusura – secondo Corte Suprema – richiede a un tribunale, non di valutare il fatto concreto per cui è condanna, ma di immaginare il tipo di condotta che il reato implica nel «caso ordinario» e di giudicare se tale astrazione presenti un serio potenziale rischio di lesioni fisiche³⁴, con ciò generando indeterminazione incostituzionale per due ordini di motivi. In primo luogo, si lega la valutazione giudiziaria del detto rischio a un «caso ordinario» immaginato dal giudice piuttosto che a fatti del mondo reale o a elementi legali, deter-

²⁹ Corte Suprema U.S.A. *Johnson v. United States* (26.6.2015), 576 U.S. 591.

³⁰ Il 18 USC § 924(e)(2)(B), prevede: «(B) the term “violent felony” means any crime punishable by imprisonment for a term exceeding one year, or any act of juvenile delinquency involving the use or carrying of a firearm, knife, or destructive device that would be punishable by imprisonment for such term if committed by an adult, that - (i) has as an element the use, attempted use, or threatened use of physical force against the person of another; or (ii) is burglary, arson, or extortion, involves use of explosives, or otherwise involves conduct that presents a serious potential risk of physical injury to another ...» (corsivo mio).

³¹ Il 18 U.S. Code § 924 (e)(1), prevede: «(e) (1) In the case of a person who violates section 922(g) of this title and has three previous convictions by any court referred to in section 922(g) (1) of this title for a violent felony or a serious drug offense, or both, committed on occasions different from one another, such person shall be fined under this title and imprisoned not less than fifteen years, and, notwithstanding any other provision of law, the court shall not suspend the sentence of, or grant a probationary sentence to, such person with respect to the conviction under section 922(g)» (corsivo mio).

³² La vicenda riguarda Samuel James Johnson, suprematista bianco con un lungo percorso criminale, controllato, a partire dal 2010, dall’FBI a causa del suo coinvolgimento in sospetti gruppi terroristici, la cui esistenza egli stesso aveva rivelato ad agenti sotto copertura. Nel 2012, Johnson viene condannato in misura aggravata per possesso illecito di armi da fuoco e munizioni, a causa della presenza di tre precedenti condanne per «reato violento», ritenendosi sussistente la tipologia di reati descritti dalla clausola di chiusura in questione anche con riferimento ad una condanna per possesso di un fucile a canne mozzate che, invece, i suoi difensori contestano rientrare nella detta nozione.

³³ Conformemente alla citata Corte Suprema U.S.A., *Kolender v. Lawson* (2.5.1983), 461 U.S. 352, 357-358.

³⁴ Così anche Corte Suprema U.S.A., *Taylor v. United States* (29.5.1990), 495 U.S. 575, 600; Corte Suprema U.S.A., *James v. United States* (18.4.2007), 550 U.S. 192, 208.

minando gravi incertezze su come stimare il rischio causato da un crimine³⁵. In secondo luogo, la clausola non precisa l'entità del rischio necessaria per qualificare un crimine come crimine violento. Nel loro insieme, queste incertezze producono una imprevedibilità e arbitrarietà maggiore di quanto possa tollerare la *Due Process Clause*, mentre la ripetuta incapacità della stessa Corte Suprema di creare delle regole di principio applicative della detta clausola residuale e la persistente incapacità dei tribunali di grado inferiore di applicare la clausola in modo coerente confermano la sua insuperabile indeterminazione³⁶.

Precisa, infine, la Corte Suprema che annullare la clausola in questione per indeterminazione non mette in discussione le leggi che usano termini come «rischio sostanziale», perché tali leggi generalmente richiedono di valutare la rischiosità della condotta in concreto³⁷.

Insomma, la giurisprudenza esaminata evidenzia che il contenuto del principio di determinatezza nel suo obiettivo di assicurare l'uso corretto del potere legislativo, imponendo l'effettiva esclusività legislativa nella creazione della legge penale non concerne solamente la precisione nel linguaggio, ma anche l'osservanza del principio di eguaglianza/ragionevolezza rispetto ai contenuti, leso da previsioni che pur utilizzando un linguaggio puntuale si connotino in termini eccessivamente ampi e tali da ricomprendere comportamenti estremamente differenti.

Il che arricchisce l'insieme delle regole dello stato di diritto così come della *rule of law*, in particolare attribuendo un contenuto sostanziale al classico principio della divisione dei poteri, imponendo a ciascuno degli stessi di esercitare correttamente il proprio ruolo.

³⁵ Corte Suprema U.S.A., *James v. United States* (18.4.2007), 550 U.S. 192, 211.

³⁶ Non è sufficiente che alcuni reati sottostanti possano chiaramente rappresentare un serio potenziale rischio di lesioni fisiche per un terzo (v., ad es., Corte Suprema U.S.A., *United States v. L. Cohen Grocery Co.* (28.2.1921), 255 U.S. 81, 89).

³⁷ In precedenza, la Corte Suprema U.S.A. aveva respinto la questione della indeterminazione della clausola in questione nelle decisioni *James v. United States*, cit., e *Sykes v. United States* (9.6.2011), 564 U.S. 1, senza considerare però «l'incertezza introdotta dalla necessità di valutare la rischiosità di una fattispecie astratta ordinaria di reato», pertanto, a causa dell'evidenza dell'esperienza e dell'incompletezza della valutazione delle precedenti decisioni, la Corte Suprema in *Johnson v. United States* reputa che confermare la «posizione di James e Sykes minerebbe, piuttosto che promuovere, gli obiettivi che lo *stare decisis* è destinato a servire» e conclude che la clausola in questione è incostituzionalmente indeterminata, superando le precedenti decisioni contrarie.

Giustizia penale e politica: il caso antico dell'inchiesta sui Bacchanali

Lorenzo Franchini*

Sommario: 1. Premessa. – 2. La vicenda del 186 a.C. – 3. La *quaestio de Bacchanalibus* come processo politico. – 4. La repressione dei Bacchanali alla base della trasformazione del sistema processuale criminale romano.

ABSTRACT

In questo contributo l'autore tratta della feroce persecuzione dei Bacchanali, riti orgiastici repressi dai magistrati romani per disposizione del senato nel 186 a.C., in quanto ritenuti attività sovversiva dell'ordine costituito. L'autore dimostra che nella vicenda non furono implicate le autorità religiose di Roma, bensì solo quelle statuali, la cui azione appare politicamente orientata, dalla fazione conservatrice del senato, a danno di quella filoellenica. Secondo l'autore, la stessa abolizione della garanzia costituzionale della *provocatio ad populum*, cui si assiste in questa circostanza, segna una tappa importante nella trasformazione della procedura penale romana.

*In this contribution the author deals with the fierce persecution of Bacchanals, orgiastic rites repressed by the Roman magistrates for the disposition of the Senate in 186 B.C., as considered subversive activities of the established order. The author shows that the religious authorities of Rome were not involved, but only the state ones, whose action appears politically oriented, by the conservative faction of the Senate, to the detriment of the philoellenic. According to the author, the same abolition of the constitutional guarantee of the *provocatio ad populum*, which we are witnessing in this circumstance, marks an important stage in the transformation of the Roman criminal procedure.*

1. Premessa.

Verso l'inizio del II secolo a.C. il sistema del diritto e processo criminale romano appare interessato da una profonda trasformazione che, stando ad una importante testimonianza di Polibio¹, vide il senato farsi carico della sal-

* Ordinario di Diritto Romano e Diritti dell'Antichità - Università Europea di Roma.

¹ Pol. 6.13.4: ὁμοίως ὅσα τῶν ἀδικημάτων τῶν κατ' Ἰταλίαν προσδέεται δημοσίας ἐπισκέψεως, λέγω δ' οἶον προδοσίας, συναμωσίας, φαρμακείας, δολοφονίας, τῆ συγκλήτῳ μέλει περὶ τούτων; cfr. 6.16.2.

vanguardia dell'ordine costituito, contro fenomeni che noi diremmo di "criminalità organizzata"², diretti *adversus rem publicam*³.

Ciò, attraverso l'indizione di *quaestiones* che, secondo molti studiosi, avrebbero sconvolto il quadro tradizionale della repressione penale, fondato sull'esercizio del potere magistratuale e sulla garanzia della *provocatio ad populum*⁴.

Si è anche soliti sostenere che il primo, e forse più importante, caso di inchiesta "straordinaria" di questo genere sia stato quello riguardante i tiasi di Bacco del 186, giacché gli adepti di codesto culto avrebbero dato luogo ad una vera e propria *coniuratio* contro lo stato romano (in Polibio, *προδοσία, συναμοσία*)⁵.

² Fanno propriamente uso di queste parole CERAMI, 'Accusatores populares', 'delatores', 'indices'. *Tipologia dei "collaboratori di giustizia" nell'antica Roma*, in *AUPA*, XLV, 1998, 170; SOLIDORO MARUOTTI, *La repressione della criminalità organizzata nel diritto romano. Criteri di impostazione della ricerca*, in 'Iuris vincula'. *Studi M. Talamanca*, vol. VIII, Napoli, 2001, 33 ss.

³ In merito a tale espressione, che ad indicare il bene tutelato arieggia quella presente nel nostro codice penale, v. Ascon. in *Pison. 7 C*; ma è significativo che essa, ancora prima, compaia in Liv. 9.26.8, a proposito di una *quaestio de coniuratione* iniziata, anche se non condotta a termine, nel 314. Sul punto v. per esempio MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare. Dalla 'quaestio' unilaterale alla 'quaestio' bilaterale*, Padova, 1989, 16 s. e nt. 40.

⁴ È opportuno anticipare sin d'ora che, come noto ai romanisti, il problema forse più grave tra quelli inerenti alle c.d. *quaestiones extraordinariae* di quest'epoca – specie quando disposte ex *senatusconsulto* e senza che, almeno apparentemente, ai condannati a morte fosse poi data la facoltà di *provocare ad populum* – è il seguente: ossia se a fondamento di esse potesse individuarsi una legge, di portata quanto meno generale se non proprio, evidentemente, di volta in volta istitutiva di una *quaestio*. Su tale problema torneremo inevitabilmente *infra*: v. in particolare § 4 e nt. 62.

⁵ Sul reato, certamente politico, di congiura, inteso in generale, non è facile svolgere considerazioni di sintesi. Nondimeno, ci sia consentito osservare come l'imputazione *de coniuratione*, fattispecie a struttura plurisoggettiva necessaria, affiori, nell'esperienza romana, fin da epoche assai risalenti (v. per esempio, oltre all'episodio ricordato alla nt. 3, anche quello di cui a Liv. 2.3-5; 5.7.1; Dion. Alic. 5.6 ss.; Plut. *Publ.* 3 ss., relativo al complotto ordito per riportare sul trono Tarquinio il Superbo, sul quale non vale la pena soffermarsi troppo a causa del suo carattere sicuramente in parte leggendario, ma che sembra munito di tutta una serie di caratteristiche per noi interessanti, come il co-giuramento sancito in forma rituale e solenne: in proposito cfr., per tutti, FRANCIOSI, *La relazione avuncolare in Roma antica (a proposito della congiura degli Aquili e dei Vitelli)*, in *Studi A. Biscardi*, vol. IV, Milano, 1983, 489 ss.); peraltro, tale *crimen* ricorre con sempre più frequenza a partire dalla fine del III secolo, tanto da apparire indubbiamente dotato di autonomia rispetto ad altri, il che rende difficile da spiegare una certa noncuranza con cui è stato trattato, in dottrina: a conferma, v. già a suo tempo, per esempio, MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, 564, nt. 1, secondo il quale, addirittura, il diritto penale romano non conosceva la fattispecie in questione; ma v. i rilievi di MANTOVANI, *Il problema*, cit., 14 ss., 21, per cui il lessico delle fonti pertinenti ha impronta chiaramente criminalistica, tanto da rendere plausibile l'ipotesi che la repressione della *coniuratio* sia poi confluita nella *quaestio maiestatis*. In merito alla *coniuratio* di quest'epoca, da intendersi come reato associativo tale da minacciare l'integrità dello stato, e perciò meritevole di essere severamente punito (specie per quanto riguarda coloro che possano avere in qualsiasi modo assunto un ruolo di leader, nella cospirazione), v. ancora ad esempio, per tutti, MAC DONALD, *Rome and the Italian Confederation (200-186 a.C.)*, in *JRS*, XXXIV, 1944, 13, 15 s.; MANNI, *Religione e politica nella congiura di Catilina*, in *Athenaeum*, XXIV, 1946, 35 ss., e HAVAS,

È allora opportuno studiare approfonditamente questa vicenda, al fine di accertare la natura dei crimini fondamentalmente perseguiti (assimilabili, a nostro avviso, ad odierni reati associativi⁶) e soprattutto al fine di dimostrare che la procedura adottata, innovativa rispetto al passato, ebbe carattere eminentemente politico, e non di altro tipo.

2. La vicenda del 186 a.C.

All'inizio del II secolo, riti bacchici di origine greca⁷, organizzati in una nuova forma orgiastica, notturna, segreta e violenta – tale da renderne assai

Arrière-plan religieux de la conjuration de Catilina, in *Oikumene*, II, 1978, 191 ss., che riservano particolare attenzione agli aspetti religiosi del giuramento di gruppo; BLEICKEN, *Coniuratio*, in *Jahrbuch für Numismatik und Geldgeschichte*, XIII, 1963, 51 ss., il quale peraltro ricorda come si abbiano storicamente esempi di un co-giurare collettivo anche per scopi ritualmente leciti; FRANCIOSI, *La relazione*, cit., 489 ss.; NIPPEL, *Orgien, Ritualmorde und Verschwörung?*, in MANTHE - VON UNGERN STERNBERG (a cura di), *Grosse Prozesse der römischen Antike*, München, 1997, 65 ss., specialmente 68, 72, il quale è peraltro tra coloro che ancora sostengono non essere, quello di *coniuratio*, un concetto ben definito dal punto di vista penalistico, venendo utilizzata l'espressione per indicare la minaccia immediatamente derivante, per la comunità, dagli assembramenti di gruppo; LINTOTT, *'Provocatio' e 'iudicium populi' dopo Kunkel*, in SANTALUCIA (a cura di), *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, Pavia, 2009, 16 ss.

⁶ Della necessità di fornire una risposta affermativa ad un quesito simile, in relazione addirittura a tutte le fattispecie elencate da Polibio, si dice convinto MANTOVANI, *Il problema*, cit., 26, per cui le *quaestiones* in esame venivano indette quando ricorrevano fatti gravemente turbativi dell'ordine pubblico, difficili da perseguire nelle forme comiziali tradizionali proprio perché tutti reati associativi, «alcuni di diritto, altri comunque di fatto».

⁷ Le origini e la provenienza precisa di queste nuove pratiche, frutto di una mutazione rispetto a quelle precedenti, sono, anche a prescindere dalla testimonianza di Liv. 39.8 ss. (cui pur generalmente rinviamo), ampiamente disputate in dottrina. Per una rassegna di opinioni basti qui soltanto richiamare, ad esempio, DE RUGGIERO, voce *Bacchus*, in *Dizionario epigrafico delle antichità romane*, vol. I, Roma, 1895, 957; WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*, München, 1912, 298; CICHORIUS, *Römische Studien*, Leipzig, 1922, 21 ss.; GRENIER, *Le génie romain dans la religion, la pensée et l'art*, Paris, 1925, 195; FRANK, *The Bacchanalian Cult of 186 B.C.*, in *CQ*, XXI, 1927, 128 ss.; CUMONT, *Les religions orientales dans le paganisme romain*, Paris, 1929, 195 ss.; MÉAUTIS, *Les aspects religieux de l'affaire des Bacchanales*, in *REA*, XLII, 1940, 485; PIGANIOL, *La conquête romaine*, Paris, 1940, 404; L. FRONZA, *De bacanalibus*, in *Annali Triestini*, XVII, 1946-1947, 206 s.; JEANMAIRE, *Dionysos. Histoire du culte de Bacchus*, Paris, 1951, 455, 457 s.; BRUHL, *'Liber pater'. Origine et expansion du culte dionysiaque à Rome et dans le monde romain*, Paris, 1953, 85 ss., 110; TARDITI, *La questione dei Bacchanali a Roma nel 186 a.C.*, in *PP*, IX, 1954, 266 ss., 271, 273; LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, München, 1960, 271; GALLINI, *Protesta e integrazione nella Roma antica*, Bari, 1970, 32 ss., 36 ss.; CASTELLO DE MUSCHIETTI, *Senatus consultum de Bacchanalibus*, in *Anales de historia antigua y medieval*, XVI, 1971, 384; TURCAN, *Religion et politique dans l'affaire des Bacchanales*, in *RHR*, XCI, 1972, 14, 19 s.; Id., *Les cultes orientaux dans le monde romain*, Paris, 1992, 302; COVA, *Livio e la repressione dei Bacchanali*, in *Athenaeum*, LXII, 1974, 92; URRUELA QUESADA, *La represión de los Bacanales en Roma en 186 a. de J.C.*, in *Hispania antiqua*, IV, 1974, 57 s., 67; FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche*, vol. I, Napoli, 1975, 41; RASCÓN, *A proposito de la represión de las Bacanales en Roma*, in *Estudios U. Alvarez Suárez*, Madrid, 1978, 386, 402 e nt. 88; NORTH, *Religious Toleration in Republican Rome*, in *Proceedings of the Cambridge Philological Society*, XXV, 1979, 92; RONCONI - SCARDIGLI, in *Storie di Tito Livio (libri XXXVI-XL)*, Torino, 1980, 524 nt. 7; ROUSSELLE, *The Roman Persecution of the Bacchic Cult, 186-180 b.C.*, New York, 1982, 53 ss.;

ardua la riconduzione al culto di *Liber*, divinità tradizionale romana pur ormai identificata, quasi del tutto, nel dio del vino Dioniso⁸ –, si erano diffusi rapidamente dall'Etruria e dalla Campania nell'intera penisola, e si erano conquistati numerosi adepti anche a Roma, approfittando del disagio morale e sociale in cui versavano le masse rurali che, per la rovina delle campagne causata dalla seconda guerra punica, erano state costrette ad inurbarsi.

È noto che la reazione dell'aristocrazia romana (nell'ambito della quale adesso, nel secondo decennio del II secolo, prevaleva la figura dell'ultraconservatore M. Porcio Catone⁹) fu addirittura spietata: ciò, come s'intende dimostrare, per ragioni non tanto etiche o religiose – dato che il fenomeno si

PAILLER, *Caton et les Bacchanales*, in *PBSR*, LIV, 1986, 39; *Id.*, *Bacchanalia. La répression de 186 av. J.-C. à Rome et en Italie*, Rome, 1988, 394 ss., 467 ss.; *Id.*, *Bacchus. Figures et pouvoir*, Paris, 1995, 133 ss., 156; *Id.*, *Les Bacchanales, dix ans après*, in *Pallas*, XLVIII, 1998, 70; ADAM, in *Tite-Live, Histoire romaine*, vol. XXIX, ed. Les Belles-Lettres, Paris, 1994, 25, nt. 7, 104, nt. 1; HÄNNINEN, *Conflicting Descriptions of Women's Religious Activity in Mid-Republican Rome: Augustan Narratives about the Arrival of Cybele and the Bacchanalia Scandal*, in *Aspects of Women in Antiquity*, Jonsered, 1998, 118; S. TAKÁCS, *Politics and Religion in the Bacchanalian Affair of the 186 B.C.E.*, in *Harvard Studies in Classical Philology*, C, 2000, 302, 304; GALLO, 'Senatus consulta' ed 'edicta de Bacchanalibus': documentazione epigrafica e tradizione liviana, in *Bollettino di studi latini*, XLVII, 2017, 519 s.

⁸ Si osservi il modo in cui Livio 39 definisce, a più riprese, i Bacchanali: *pravae et externae religiones* (15.3), *prava religio* (16.6), *sacra externa* (16.8), *externus ritus* (16.9), *superstitio* (16.10). Diamo pure per scontato, dunque, che i due culti fossero rimasti ufficialmente ben distinti, ché se qualche assimilazione si fosse invece prodotta non sarebbe stato poi possibile, per gli organi della repubblica, dare luogo ad una persecuzione legittima. Altro è poi valutare se il processo di identificazione, più o meno avanzato, ma già da tempo in atto, di *Liber* in *Dioniso* avesse *di fatto* favorito commistioni significative – seppur certo ignorate dalle autorità! – con quelle nuove pratiche bacchiche, oppure prevalessero tuttora, senz'altro, i tratti oggettivamente differenzianti.

⁹ Ciò, anche a causa del declino dei suoi avversari, gli Scipioni, che avevano dovuto affrontare, l'anno prima, processi e traversie varie (cfr. Liv. 38.50-60): v. per esempio SCULLARD, *Roman Politics 220-150 B.C.*, Oxford, 1951, 145 ss., 153 ss. Sul fatto che questo fosse, sostanzialmente, il *clima politico* in cui venne a collocarsi lo scandalo del 186, generalmente concordano gli studiosi di quest'ultimo, a prescindere dal fatto che essi riconoscano anche, o non, il monopolio catoniano sulla repressione (cosa su cui ci soffermeremo *infra*): v. qui, per esempio, DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, vol. IV.1, Torino, 1923, 598 ss.; FRANK, *The Bacchanalian Cult*, cit., 128, 132; ACCAME, *Il 'Senatum Consultum de Bacchanalibus'*, in *RFIC*, LXVI, 1938, 231; MAC DONALD, *Rome*, cit., 32 s.; FRONZA, *De bacchanalibus*, cit., 205, 223; BRUHL, *Liber*, cit., 115; TARDITI, *La questione*, cit., 275 ss., 278 e nt. 2; GALLINI, *Protesta*, cit., 78; M. CASTELLO DE MUSCHIETTI, *Senatus consultum*, cit., 385; SAULNIER, *La 'coniuratio clandestina'*, in *REL*, LIX, 1981, 115, 117; BRISCOE, *Livy and the Senatorial Politics, 200-167 B.C.: The Evidence of the Fourth and Fifth Decades*, in *ANRW*, vol. II.30.2, Berlin-New York, 1982, 1100; LUISI, *La 'lex Maenia' e la repressione dei Bacchanali nel 186 a.C.*, in SORDI (a cura di), *Politica e religione nel primo scontro tra Roma e l'Oriente*, Milano, 1982, 184; PAILLER, *Caton*, cit., 30, 37; *Id.*, *Bacchanalia*, cit., 594; BAUMAN, *The Suppression of the Bacchanals: Five Questions*, in *Historia*, XXXIX, 1990, 344, nt. 36; EVANS, *The Structure and Source of Livy, 38,44,9-39,44,9*, in *Klio*, LXXV, 1993, 186 s.; *contra*, per quanto ci risulta, il solo ROUSSELLE, *The Roman Persecution*, cit., 74 ss., 83, le cui argomentazioni appaiono però, a nostro avviso, viziate da un discutibile processo induttivo, che edifica su dati importanti ma senz'altro parziali (quali ad esempio le appartenenze politiche dei tre assistenti-redattori del senatoconsulto o dei membri del collegio pontificale: v. meglio in proposito *infra*, § 3 e nt. 43; v. anche la critica espressamente mossa a R. da Bauman, sopra citato).

collocava al di fuori dell'ordinamento culturale statale¹⁰ –, quanto piuttosto politiche, dal momento che i Bacchanali, per le loro caratteristiche, tendevano effettivamente a sopprimere quelle distinzioni secolari di nascita, rango e ricchezza¹¹ su cui si fondava l'organizzazione stessa della vita pubblica¹².

¹⁰ Come meglio preciseremo in seguito.

¹¹ Le conventicole, cui pur – secondo quanto attestato da Liv. 39.13.14 – avevano aderito *nobiles quidam*, insieme a schiavi, erano capeggiate da persone di bassa estrazione sociale: cfr. Liv. 39.18.6-7. Inoltre, sono molti i passaggi (v. per esempio Liv. 39.8.5-7; 13.8-10;14; 16.9;12; 17.6; 18.5-6; Cic. *leg.* 2.9.21;15.37; Val. Max. 6.3.7) da cui si evince che particolare riprovazione destò il coinvolgimento diretto di donne in riti promiscui, talora orchestrati da loro stesse. È evidente che, nella promozione di questa forma degenerata di culto dionisiaco, avevano funzioni di leadership persone cui essa era invece negata, come si sa, nella società romana di quel tempo: ciò, per rendere ulteriormente ragione di quanto preoccupante, sul piano anche propriamente politico, fosse sentito un fenomeno che sovvertiva le tradizionali gerarchie di sesso, classe e censo su cui interamente edificava l'organizzazione della *res publica*.

¹² La tesi secondo cui la preoccupazione esclusiva, o comunque prevalente, che spinse la classe dirigente alla persecuzione dei tiasii, sarebbe stata di natura profana, e non religiosa, è – al di là delle diverse sfumature d'opinione – per lo più condivisa, in dottrina: v. per esempio REINACH, *Une ordalie par le poison à Rome et l'affaire des Bacchanales*, in *Revue Archéologique*, XI, 1908, 251; CICHORIUS, *Römische Studien*, cit., 22; MAC DONALD, *Rome*, cit., 27; JEANMAIRE, *Dionysos*, cit., 457 s.; SCULLARD, *Roman Politics*, cit., 147; DE SANCTIS, *Storia*, cit., vol. IV.2.1, Firenze, 1953, 366; BRUHL, *Liber*, cit., 100, 107, 115 s.; TARDITI, *La questione*, cit., 276, 281; BAYET, *Histoire politique et psychologique de la religion romaine*, Paris, 1957, 154; DE PLINVAL, in Cicéron, *Traité des lois*, ed. Les Belles-Lettres, Paris, 1959, 121; W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischen Zeit*, München, 1962, 68, nt. 256, per cui il sistema usò i culti per i propri fini; GALLINI, *Protesta*, cit., 11, 24, 35, 38, 44, 60, 63, 73, 77 ss., 87 ss., che, con approccio vagamente marcusiano, interpreta i Bacchanali come una manifestazione di protesta dei ceti emarginati, la quale, sebbene priva di finalità politiche coscienti, di fatto tendeva a sovvertire le strutture tradizionali dell'oppressione politico-sociale, fra cui la stessa famiglia; TURCAN, *Religion*, cit., 3, 6, 8 s., 21, 27 s.; Id., *Les cultes*, cit., 303, il quale, rimarcando come ai Bacchanali prendessero parte esponenti di tutte le classi sociali, appare molto critico verso l'impostazione della Gallini; COVA, *Livio*, cit., 82 e nt. 1, 97, 99, 101, 105 s., 109; URRUELA QUESADA, *La represión*, cit., 60, 67, che pur convenendo sulla prevalenza degli aspetti politici su quelli religiosi sostiene che neppure i secondi vanno sottovalutati, ché si trattò pur sempre della prima persecuzione religiosa su base legale della storia di Roma; FRANCIOSI, *Clan gentilizio*, cit., 49, 50 e nt. 32, 51 e nt. 35, 52 ss.; DUMÉZIL, *La religione romana arcaica*, trad. it., Milano, 1977, 447; RASCON, *A proposito de la represión*, cit., 386, 402 s.; NORTH, *Religious Toleration*, cit., 94 ss., in aperto dissenso con la Gallini; RONCONI - SCARDIGLI, in *Storie*, cit., 530, nt. 3, 538 s., che pur incorrono a nostro avviso in qualche contraddizione, quando ritengono esercitata, qui, la competenza del senato in materia culturale; SAULNIER, *La 'coniuratio'*, cit., 117 s.; SCHEID, *Le délit religieux dans la Rome tardo-républicaine*, in *Le délit religieux dans la cité antique*, Rome, 1981, 158 s.; LUISI, *La 'lex Maenia'*, cit., 185; TOYNBEE, *L'eredità di Annibale*, vol. II, trad. it., Torino, 1983, 469 ss.; MONTANARI, *Identità culturale e conflitti religiosi nella Roma repubblicana*, Roma, 1988, 125, nt. 72; SCARSI, *Superstitionis et religionis distantia*, in RAPALLO - GARBUGINO (a cura di), *Grammatica e lessico delle lingue morte*, Alessandria, 1988, 201; ADAM, in *Tite-Live*, cit., 116, nt. 7; SINI, *Dai 'peregrina sacra' alle 'pravae et externae religiones' dei Bacchanali*, in *SDHI*, LX, 1994, 71 ss.; HÄNNINEN, *Conflicting Descriptions*, cit., 120; TAKÁCS, *Politics*, cit., 303, 310; SEMIOLI, *Associazioni dionisiache e associazioni di attori a Roma*, in *SMRS*, LXXIX, 2003, 97. Di diverso avviso, per esempio, GRENIER, *Le génie*, cit., 196 s., che non a caso, come vedremo, ritiene i pontefici i veri artefici della repressione; MÉAUTIS, *Les aspects*, cit., 476 ss.; SCIASCIA, *O senatoconsulto das Bacanais*, in *Varietà giuridiche. Scritti brasiliani di diritto romano e moderno*, Milano, 1956, 75, 85 ss., le cui generiche argomentazioni si basano, principalmente, sul fatto che il senato era organo competente in campo religioso; ADRIANI, *Tolleranza e intolleranza religiosa nella*

Al 186 risale il famoso *senatusconsultum de Bacchanalibus*¹³, con il quale

Roma antica, in *Studi Romani*, VI, 1958, 507 ss., per il quale si trattò di una delle rare, ma autentiche, manifestazioni di intolleranza religiosa, seppur imputabile al fatto che erano stati minacciati valori fondamentali, come il *mos pontificius*, la morale e l'ordine pubblico.

¹³ Malgrado forse si trattasse di disposizioni contenute in due distinte delibere (per cui v. risp. te Liv. 39.14.5-8 e 18.7-9), fra loro complementari, di entrambe le quali sembra tener conto il testo della famosa epigrafe rinvenuta nel XVII secolo a Tiriolo (v. *FIRA I*, n. 30), in cui si leggono le istruzioni impartite per l'applicazione del senatoconsulto a livello locale. Sull'analisi, anche letteraria, del documento, sui suoi rapporti con la testimonianza liviana (che ne risulta, per lo più, confermata), sulla individuazione dei suoi destinatari, sui problemi, necessariamente connessi, relativi alla esatta natura e alla funzione del testo inviato (che oggi s'interpreta, in prevalenza, non come il senatoconsulto originale, ma come un'epistola inviata dai consoli ai magistrati del luogo, perché ne eseguissero le relative disposizioni), e su ogni ulteriore questione concernente la fonte epigrafica non possiamo, in questa sede, approfonditamente soffermarci. Rinviando pertanto all'ampia bibliografia esistente in materia, caratterizzata da vivaci dibattiti, accesi sui singoli punti dai diversi studiosi: v. per esempio WEISSENBORN, *Titi Livi ab urbe condita libri*, II ed., vol. IX.1, Berlin, 1875, 25, ntt. 7-8, 35, ntt. 6-9; DE RUGGIERO, voce *Bacchus*, cit., 957 s.; GRENIER, *Le génie*, cit., 196; FRAENKEL, *Senatus consultum de Bacchanalibus*, in *Hermes*, LXVII, 1932, 369 ss.; KEIL, *Das sogenannte 'Senatusconsultum de Bacchanalibus'*, in *Hermes*, LXVIII, 1933, 306 ss.; LENGLE, *Römisches Strafrecht bei Cicero und den Historikern*, Leipzig-Berlin, 1934, 59; KRAUSE, *Zum Aufbau der Bacchanal-Inschrift*, in *Hermes*, LXXI, 1936, 214 ss.; GELZER, *Die Unterdrückung der Bacchanalien bei Livius*, in *Hermes*, LXXI, 1936, 275 ss.; ACCAME, *Il 'Senatusconsultum'*, cit., 225 ss.; BRECHT, *Perduellio*, München, 1938, 237, nt. 1; DE ROBERTIS, *Il diritto associativo romano*, Bari, 1938, 53 e nt. 2; PEZZELLA, *Il 'senatus consultum de Bacchanalibus' e l'orazione del console Postumio al popolo romano*, in *L'Eloquenza*, XXXI, 1941, 163 s.; MAC DONALD, *Rome*, cit., 26, 28 e nt. 134, 29 s.; FRONZA, *De bacchanalibus*, cit., 207 ss.; SAGE, in *Livy*, vol. XI, ed. Loeb, London-Cambridge, 1958, 272, nt. 1; BRUHL, *Liber*, cit., 85, 87, 103 e nt. 94, 104, 107; SANTA CRUZ TEIJEIRO, *La narración de Tito Livio y el senado consulto 'de Bacchanalibus'*, in *AHDE*, XXIII, 1953, 395 ss.; TARDITI, *La questione*, cit., 265, 282; SCIASCIA, *O senatoconsulto*, cit., 75 ss.; ROSÉN, *Notes on Some Early Latin Inscriptions*, in *Mnemosyne*, X, 1957, 239 ss.; DIHLE, *Zum 'SC de Bacchanalibus'*, in *Hermes*, XC, 1962, 376 ss.; GALLINI, *Protesta*, cit., 12; CASTELLO DE MUSCHIETTI, *Senatus consultum*, cit., 388; LABRUNA, *Vim fieri veto*, Camerino, 1971, 72, nt. 119; DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II ed., vol. II, Napoli, 1973, 191, 203 s.; COVA, *Livio*, cit., 83 ss., 103, pur alquanto restio alla comparazione tra l'epigrafe e Livio; URRUELA QUESADA, *La represión*, cit., 49 s., 62 ss.; DUMÉZIL, *La religione*, cit., 94, 442; RASCÓN, *A proposito de la represión*, cit., 386 ss., 390 ss.; RONCONI - SCARDIGLI, in *Storie*, cit., 550, nt. 10, 553, nt. 12; SAULNIER, *La 'coniuratio'*, cit., 114 e nt. 2; COSTABILE, *Istituzioni e forme costituzionali nelle città del Bruzio in età romana*, Napoli, 1984, 97 ss.; *Id.*, *Il 'Senatusconsultum de Bacchanalibus' e la condizione giuridica dell' 'ager Teuranus'*, in *Enigmi delle società antiche dal Mediterraneo al Nilo. Atene, la Magna Grecia, l'impero di Roma*, Reggio Calabria, 2007, 383 ss.; LURASCHI, *Aspetti giuridici della romanizzazione del Bruzio*, in *SDHI*, LII, 1986, 506 s.; PAILLER, *Lieu sacré et lien associatif dans le dionysisme romain de la république*, in *L'association dionysiaque dans les sociétés anciennes*, Rome, 1986, 263, 268 ss.; *Id.*, *Bacchanalia*, cit., 19 ss., 57 ss., 143, 151 ss., 175, 178 ss., 275 s., 285 ss., 401; *Id.*, *Bacchus* cit., 161 ss., 222, nt. 14; MARTINA, *Sul cosiddetto 'senatusconsultum de Bacchanalibus'*, in *Athenaeum*, LXXXVI, 1988, 85 ss.; BAUMAN, *The Suppression*, cit., 334 e nt. 2, 335 e nt. 4; SINI, *Dai 'peregrina sacra'*, cit., 70 e nt. 77, 71; CANCIK-LINDEMAIER, *Der Diskurs Religion im Senatsbeschluss über die Bacchanalia von 186 v. Chr. und bei Livius (B. XXXIX)*, in CANCIK-LINDEMAIER (a cura di), *Geschichte - Tradition - Reflexion*, vol. II. *Griechische und Römische Religion*, Tübingen, 1996, 77 ss.; BURKERT, *Le secret public et les mystères dits privés*, in *Ktéma*, XXIII, 1998, 375, 380 s.; DE CAZANOVE, *I destinatari dell'iscrizione di Tiriolo e la questione del campo d'applicazione del senatoconsulto 'de Bacchanalibus'*, in *Athenaeum*, LXXXVIII, 2000, 59 ss.; LINKE, *'Religio' und 'res publica'*, in LINKE - STEMLER (a cura di), *'Mos maiorum'. Untersuchungen zu den Formen*

si attribuivano ai consoli pieni poteri per condurre un'inchiesta straordinaria¹⁴ su tutto il territorio confederale¹⁵, e per perseguire e condannare coloro che, iniziati al culto, si fossero resi colpevoli dei gravi crimini che s'imputavano loro.

Obiettivo primo della repressione era la *coniuratio*, il giuramento costitutivo dell'unità sacrale di gruppo, poiché da questo comportamento traeva propriamente origine quella che veniva ormai considerata come un'associazione sovversiva contro la *res publica*: tutti i tiasi furono dichiarati illeciti e disciolti¹⁶. Le pene inflitte ai singoli variarono poi a seconda del crimine commesso, di sola congiura e oscenità, o anche di altro¹⁷: numerose furono le condanne a morte emesse¹⁸.

Dopodiché, le autorità non proibirono il culto di Bacco, ma lo ridimensionarono, riportandolo alla sua forma originaria¹⁹: depurato della sua pericolosità sociale, esso fu sottoposto ad una regolamentazione che prevedeva autorizzazioni varie per il suo esercizio²⁰. Questo, evidentemente, per dimostrare che s'intendeva distinguere tra la superstizione dilagante e il culto di quel dio che doveva invece essere salvaguardato, per non turbare la *pax deorum*²¹, attraverso la celebrazione dei rituali consueti, e che la repressione

der Identitätstiftung und Stabilisierung in der römischen Republik, Stuttgart, 2000, p. 269 e nt. 2; ALBANESE, *Per l'interpretazione dell'iscrizione con norme del SC 'De Bacchanalibus' (186 a.C.)*, in *'Iuris vincula'*. Studi M. Talamanca, vol. I, Napoli, 2001, 1 ss.; GALLO, *Senatus consulta*, cit., 519 ss.; MINASOLA, *La repressione dei 'collegia Bacchanalia' tra fonti epigrafiche e racconto liviano*, in *SDHI*, LXXXVI, 2020, 167 ss.

¹⁴ Quale, a nostro avviso, effettivamente era, secondo quanto meglio diremo nel prosieguo.

¹⁵ E non soltanto, dunque, nell'ambito dello stato romano, come, analogamente, diremo meglio in seguito.

¹⁶ V. fin d'ora Liv. 39.16.10; *FIRA I*, n. 30.3. Sulla *coniuratio*, intesa anche come reato associativo, v. quanto anticipavamo *supra*, § 1 e nt. 5; cfr. *infra*, § 4 e nt. 50.

¹⁷ V. fin d'ora Liv. 39.18.4, ove sono elencati i crimini commessi dai congiurati, i quali potrebbero essere anche interpretati, a nostro avviso, come i reati-scopo di un reato associativo: cfr. *infra*, § 4 e nt. 53.

¹⁸ Cfr. quel che si è detto *supra*, circa la probabile sospensione della normale garanzia della *provocatio*. V. anche più che altro *infra*, § 4.

¹⁹ Che le fonti (Liv. 39.18.8; cfr. *FIRA I*, n. 30.3-4;19-21) definiscono *sacrum sollemne et necessarium*, alludendo alle cerimonie precedenti la degenerazione del culto (poi divenuto notturno e di massa: v. esattamente Liv. 39.13.7ss.), senza peraltro precisare se il provvedimento in questione segnasse il ripristino di riti già ufficialmente riconosciuti - come in effetti indurrebbe a pensare l'uso di quegli aggettivi - oppure di riti che, almeno a Roma, erano semplicemente invasi, pur da lungo tempo, nella pratica, e che soltanto ora pertanto avrebbero ottenuto, paradossalmente, accoglimento nel sistema sacrale ufficiale - come farebbe invece supporre l'utilizzo, nello stesso Liv. 39.18.8, della locuzione condizionale *'si quis tale sacrum sollemne et necessarium duceret'*, che non sembra francamente alludere a cerimonie già pubblicamente sanzionate dalle autorità.

²⁰ Vedile in Liv. 39.18.8-9 e in *FIRA I*, n. 30.

²¹ Solo dal mantenimento dello stato di amicizia con le divinità dipendeva la salvezza della repubblica. Gli scritti pubblicati sul tema della *pax deorum* sono assai numerosi; v. qui, tra i più recenti, ad esempio SINI, *'Pax deorum' e sistema giuridico-religioso romano*, in CASCIONE - MASI DORIA (a cura di), *'Fides Humanitas Ius'*. *Studii L. Labruna*, vol. VII, Napoli, 2007, 5165 ss.; SANTANGELO, *'Pax deorum' and Pontifss*, in RICHARDSON - SANTANGELO (a cura di), *Priests and State in the Roman*

era stata condotta esclusivamente sul piano profano, senza che ne fosse per nulla implicato, in quella che era essenzialmente una questione d'ordine pubblico, il sistema statuale sacrale, bensì soltanto quello criminale.

3. La *quaestio de Bacchanalibus* come processo politico.

Sulla circostanza che quello contro i Bacchanali non fu, in particolare, un processo di tipo religioso, ma appunto di tipo politico, dobbiamo concentrare la nostra attenzione.

Nelle fonti²², vi è soltanto un passo, tratto dall'opera di Livio²³ in cui si faccia riferimento alle autorità religiose di Roma, e ci pare che non se ne possa affatto evincere la prova del loro coinvolgimento in questa tormentata vicenda²⁴. Ci riferiamo più che altro alla competenza del collegio dei pontefici, supremo organo sacerdotale repubblicano.

World, Stuttgart, 2011, 161 ss.

²² In generale, le testimonianze rilevanti, in proposito, sono, oltre ai già citati Liv. 39.8-19 ed epigrafe di Tiriolo, Cic. *leg.* 2.15.37; Val. Max. 6.3.7; Tertull. *apol.* 6.7; *nat.* 1.10; Firm. *err.* 6.9; Aug. *civ.* 6.9; 18.13. Qualche eco è forse avvertibile nel coevo Plauto, del quale v., oltre alle *Bacchides*, per esempio *Amph.* 2.2.702-705; *Aul.* 3.1.408;413; *Cas.* 5.4.980. Riguardo agli strascichi che l'inchiesta ebbe, negli anni successivi in Apulia, v. Liv. 39.29.8-9; 39.41.5-7; 40.19.9-10.

²³ Liv. 39.16.6-11: *Ne quis etiam errore labatur, vestrum, Quirites, non sum securus. Nihil enim in speciem fallacius est, quam prava religio. Ubi deorum numen praetenditur sceleribus, subit animum timor, ne fraudibus humanis vindicandis divini iuris aliquid immixtum violemus. Hac vos religione innumerabilia decreta pontificum, senatusconsulta, haruspicum denique responsa liberant. Quotiens hoc patrum avorumque aetate negotium est magistratibus datum, ut sacra externa fieri vetarent, sacrificulos vatesque foro, circo, urbe prohiberent, vaticinos libros conquirent comburerentque, omnem disciplinam sacrificandi, praeterquam more Romano abolerent? Iudicabant enim prudentissimi viri omnis divini humanique iuris nihil aeque dissolvendae religionis esse, quam ubi non patrio, sed externo ritu sacrificaretur. Haec vobis praedicenda ratus sum, ne qua superstitione agitare animos vestros, cum demolientes nos Bacchanalia discutientesque nefarios coetus cerneretis. Omnia, diis propitiis volentibusque, ea faciemus.*

²⁴ Per una più ordinata - ma certo non esaustiva - rassegna dell'ampia letteratura esistente sul tema, parte della quale abbiamo già in precedenza citato, v. per esempio qui REINACH, *Une ordalie*, cit., 236 ss.; FRANK, *The Bacchanalian Cult*, cit., 128 ss.; FRAENKEL, *Senatus consultum*, cit., 369 ss.; KEIL, *Das sogenannte 'Senatusconsultum'*, cit., p. 306 ss.; GELZER, *Die Unterdrückung*, cit., 275 ss.; KRAUSE, *Zum Aufbau*, cit., 214 ss.; ACCAME, *Il 'Senatusconsultum'*, cit., 225 ss.; MÉAUTIS, *Les aspects*, cit., 476 ss.; BÉQUIGNON, *Observations sur l'affaire des Bacchanales*, in *Revue Archéologique*, XVII, 1941, 184 ss.; PEZZELLA, *Il 'senatus consultum'*, cit., 157 ss.; FRONZA, *De bacchanalibus*, cit., 205 ss.; BRUHL, *Liber*, cit., 49 ss.; SANTA CRUZ TEJUIRO, *La narración*, cit., 395 ss.; FESTUGIÈRE, *Ce que Tite-Live nous apprend sur les mystères de Dionysos*, in *MEFRA*, LXVI, 1954, 79 ss.; TARDITI, *La questione*, cit., 265 ss.; SCIASCIA, *O senatoconsulto*, cit., 75 ss.; VAN SON, *Livius' Behandelung van de Bacchanalia*, Amsterdam, 1960; DIHLE, *Zum SC de Bacchanalibus*, in *Hermes*, XC, 1962, 376 ss.; LEVI, *'Bacchanalia', 'foedus' e 'foederati'*, in *Klarchos*, XI, 1969, 15 ss.; CASTELLO DE MUSCHIETTI, *Senatus consultum*, cit., 383 ss.; TURCAN, *Religion*, cit., 3 ss.; COVA, *Livio*, cit., 82 ss.; URRUELA QUESADA, *La represión*, cit., 49 ss.; RASCÓN, *A propósito de la represión*, cit., 386 ss.; SAULNIER, *La 'coniuratio'*, cit., 113 ss.; LUISI, *La 'lex Maenia'*, cit., 179 ss.; ROUSSELLE, *The Roman Persecution*, cit.; PAILLER, *Caton*, cit., 29 ss.; *Id.*, *Bacchanalia*, cit. (con ampia rassegna bibliografica a p. 61 ss.); *Id.*, *Les Bacchanales*, cit., 67 ss.; MARTINA, *Sul cosiddetto 'senatusconsultum'*, cit., 85 ss.; BAUMAN, *The Suppression*, cit., p. 334 ss.; SINI, *Dai 'peregrina sacra'*, cit., 49 ss.; ALBANESE, *Per l'interpretazione*, cit., 1 ss.; CANCIK-LINDEMAIER,

Il culto romano consisteva per lo più nel compimento di atti che si riteneva fossero oggettivamente dovuti o comunque graditi agli dei: la validità di tali rituali e cerimonie dipendeva dall'osservanza delle formalità da lungo tempo tramandate. Sebbene in passato fossero stati introdotti, sotto lo stretto controllo dell'oligarchia, riti estranei alla tradizione romana²⁵, aperti alla partecipazione di tutti i cittadini, si può dire tuttavia che le istanze spirituali dei singoli continuassero a non essere prese in considerazione dal sistema sacrale ufficiale e che le modalità, con le quali esse potevano eventualmente estrinsecarsi, si collocassero di necessità al di fuori di esso²⁶: a Roma, per tradizione, non v'era tendenzialmente spazio per una religiosità autonoma e spontanea, che instaurando un rapporto diretto con gli dei equiparasse le condizioni umane, annullasse le differenze e i ruoli, rendesse inutile la mediazione delle élites sacerdotali. È insomma difficile negare che la religione

Der Diskurs, cit., 77 ss.; DUBOURDIEU - LEMIRRE, *La rumeur dans l'affaire des Bacchanales*, in *Latomus*, LVI, 1997, 293 ss.; HÄNNINEN, *Conflicting Descriptions*, cit., 111 ss.; DE CAZANOVE, *I destinatari*, cit., 59 ss.; S. TAKÁCS, *Politics*, cit., 301 ss.; GALLO, *Senatus consulta*, cit., 519 ss., nt. 24, TARDITI, *Il 'senatus consultum de Bacchanalibus': l'epigrafe e le sue disposizioni*, in *QLSD*, VII, 2017, 57 ss.; RAVIZZA, *Il 'senatusconsultum ultimum': un provvedimento senatorio tra opportunità politica e legittimità costituzionale*, in *AUPA*, LXI, 2018, 261 ss.; MINASOLA, *La repressione*, cit., 167 ss.

²⁵ Tra questi, addirittura il culto della *Magna Mater*, dal carattere originariamente orgiastico e sfrenato, secondo quanto ci riferisce Liv. 29.10.4-11.8;14.5-14. È forse il caso, qui, di fare brevemente cenno di questa vicenda, sia perché recente, rispetto ai Bacchanali, sia perché ne costituisce, in un certo senso, l'esatto speculare contrario, avendo portato al pieno riconoscimento nel sistema romano di riti dal contenuto assai simile ai riti bacchici, che invece verranno duramente repressi meno di venti anni dopo. Tutto si svolse nel 205-204, e probabilmente segnò il punto più alto di una crisi religiosa che, durante la seconda guerra punica, aveva fatto sentire, sempre più, ai Romani i loro dei come assenti: per disposizione dei libri sibillini (di cui i *decemviri sacris faciundis* erano gli interpreti ufficiali), venne importato in città dalla Frigia il culto della dea Cibele, la Grande Madre, rappresentata da una pietra nera, che il re Attalo consegnò alla delegazione romana. L'innovazione fu forse approvata dall'aristocrazia anche per ragioni di vanità nobiliare: agendo scientemente come eredi dei Troiani, i Romani considerarono il riconoscimento di quella divinità come un ritorno alle origini. L'idolo nero, provvisoriamente installato nel tempio della Vittoria, verrà definitivamente onorato in un santuario edificato addirittura sul Palatino, e non fuori dal pomerio come per tutte le altre divinità straniere: la Madre Idea era in un certo senso da ritenersi una divinità nazionale, anzi prenazionale. Tuttavia il senato, favorendo l'inserimento nella religione ufficiale di un culto tanto esotico - proveniente addirittura non dalla Grecia, ma dall'Asia Minore -, non aveva forse tenuto pienamente conto del fatto che i rituali, celebrati in onore della dea Cibele da sacerdoti eunuchi, avevano un carattere orgiastico, del tutto estraneo alle tradizioni di Roma. Occorreva pertanto cautelarsi contro i rischi che questo comportava: il culto, non appena introdotto, venne sottoposto ad un'immediata regolamentazione, i suoi ministri furono tenuti in disparte, le plebaglie, desiderose di emozioni, impedito di parteciparvi; le uniche celebrazioni pubbliche rese in onore della dea Cibele furono i *Iudi Megalenses*, istituiti nel 204, divenuti annuali dal 191, feste romane di rito greco, prive di qualunque connessione col carattere estatico del culto.

²⁶ Cfr. per esempio, in rapporto al dilagare del fenomeno dei *Bacchanalia*, GRENIER, *Le génie*, cit., 194, 197; BRUHL, *Liber*, cit., 116; BAYET, *Histoire*, cit., 147, 154; LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, cit., 264 ss., 270 ss.; GALLINI, *Protesta*, cit., 60, 78 s., 88 ss.; FRANCIOSI, *Clan gentilizio*, cit., 56 s.; DUMÉZIL, *La religione*, cit., 444 s.; SCHEID, *Le délit*, cit., 157; TOYNBEE, *L'eredità*, cit., 460 s., 470; TURCAN, *Les cultes*, cit., 299.

romana, espletandosi per lo più nello svolgimento di attività pubbliche, riconosciute e regolate dalle autorità, fosse sostanzialmente un fatto politico: la classe dirigente non poteva in alcun modo tollerare che, per libera iniziativa dei privati²⁷, accanto alle pratiche e ai riti ufficiali se ne affermassero altri, specie nel caso in cui questo non avvenisse sotto il controllo diretto della stessa oligarchia senatoriale, di cui potevano esser messi a repentaglio gli interessi.

Ora, nel passo sopra riportato in nota²⁸, ricavato del resto da un'orazione²⁹ che Livio fa pronunciare al console Sp. Postumio Albino³⁰, incaricato di condurre l'inchiesta, è contenuto un (ambiguo) riferimento anche all'insegnamento pontificale, che va ben compreso.

²⁷ Il culto dei quali, fra l'altro, era a sua volta sottoposto alla disciplina pontificale.

²⁸ V. *supra*, alla nt. 23.

²⁹ Il discorso del console, che occupa ben due capitoli (Liv. 39.15-16), non è certamente, nei suoi dettagli, autentico, ma ciò non toglie che Livio, per la documentazione cui attinse o per la tradizione cui si ispirò, possa averne, fondamentalmente, rispettato il tenore. Ciò, almeno, secondo un'opinione oggi sempre più diffusa, fra gli studiosi, i quali comunque già da lungo tempo, esaminando l'orazione di Postumio e la sua struttura, s'interrogavano circa l'esistenza, o non, di una fonte specifica da cui lo storico patavino potesse aver tratto esempio. Per una sintesi dei vari orientamenti assunti dalla dottrina, ci permettiamo di rinviare al nostro *Aspetti giuridici del pontificato romano. L'età di P. Licinio Crasso (212-183 a.C.)*, Napoli, 2008, 474 ss., nt. 1142, anche in merito alla attendibilità complessiva del resoconto liviano sui Baccanali, che, nonostante qualche divagazione romanzesca, trova, come si è detto, per lo più conferma in altre fonti.

³⁰ Già pretore nel 189 (cfr. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, vol. I, New York, 1951, 361), ed in seguito augure (dal 184: cfr. Liv. 39.45.8), Sp. Postumio Albino gioca, nello svolgimento dell'inchiesta, un ruolo di primo piano, rispetto al collega Q. Marcio Filippo. D'altronde, sia in tempi precedenti (nel 496, allorché un A. Postumio, console o dittatore, offrì in voto alla triade plebea il tempio sull'Aventino: v. Dion. Alic. 6.17.2-4;94.3; cfr. BROUGHTON, *The Magistrates*, cit., 12), sia in tempi immediatamente successivi (nel 185-184, quando L. Postumio Tempsano represses gli spasimi dei Baccanali in Apulia: v. Liv. 39.29.8;41,6), la *gens Postumia* sembra essersi sempre messa particolarmente in evidenza, quando si trattasse di garantire la conformità alla tradizione romana del culto di *Liber-Dionysus*. Ad integrazione di quanto detto sopra, ed anche in merito alla collocazione politica del nostro console (che pur appartenendo, con ogni probabilità, ad un partito intermedio fra scipioniani e catoniani, potrebbe aver risentito, in quei frangenti, della temperie conservatrice allora dominante), v. per esempio WISSOWA, *Religion*, cit., 298; MÜNZER, *Römische Adelsparteien und Adelsfamilien*, Stuttgart, 1920, 212 ss.; ACCAME, *Il 'Senatusconsultum'*, cit., 229; PEZZELLA, *Il 'senatus consultum'*, cit., 167, per cui Postumio era "un conservatore alla Catone"; SCULLARD, *Roman Politics*, cit., 135 s., 147 s., 190, specie riguardo alla militanza nel partito intermedio fulviano; BRUHL, *Liber*, cit., 13; TURCAN, *Religion*, cit., 22, nt. 3, 24; *Id.*, *Les cultes*, cit., 303 s.; COVA, *Livio*, cit., 89 s., tra i pochi a sostenere che la prevalenza di Postumio sul collega è frutto, più che altro, di un artificio retorico di Livio; BRISCOE, *Livy*, cit., 1103, secondo cui Postumio militava certamente nel partito fulviano; LUISI, *La 'lex Maenia'*, cit., 181, per il quale era invece un alleato di Catone; ROUSSELLE, *The Roman Persecution*, cit., 16 ss., 72, 86, 200, nt. 7, che contesta recisamente questa tesi; PAILLER, *Caton*, cit., 38; *Id.*, *Bacchanalia*, cit., 11, 148, 222, 299, 313, 360, 390, 447 ss., 597 ss., 820, 825; *Id.*, *Bacchus*, cit., 138, 166, 222 s., ntt. 13-14, secondo cui il console, forte delle sue tradizioni di famiglia, ed ora particolarmente in auge all'interno del partito fulviano, fu l'autentico ispiratore della repressione; MONTANARI, *Identità*, cit., 126 s.; BAUMAN, *The Suppression*, cit., 345 s., 347 e nt. 48; ADAM, in Tite-Live, cit., 103, nt. 8, 109, nt. 4, 114, nt. 4, 143, ntt. 9-10, 164, nt. 5.

Postumio, subito dopo il pronunciamento del senato³¹, arringa la folla (riunita in assemblea informale, non comiziale³²), per denunciare pubblicamente i tiasi, spiegando fino a che punto i Baccanali rovinassero il cittadino romano, lo devitalizzassero, impedendogli di essere un buon soldato e inducendolo alle turpitudini peggiori³³. In particolare, egli sembra voler rassicurare la cittadinanza su questo punto: allo smantellamento dei Baccanali ognuno poteva e doveva offrire il proprio contributo senza alcun timore di empietà, senza alcuna paura di offendere gli dei, perché ciò non avrebbe comportato alcuna infrazione del diritto sacro³⁴.

Sappiamo infatti che culti stranieri potevano essere introdotti in Roma e ufficialmente riconosciuti nell'ambito dell'ordinamento religioso cittadino solo mediante l'esperimento di una complessa procedura³⁵, la quale prevedeva l'emanazione di un decreto da parte del collegio dei *decemviri sacris faciundis* e successivamente di un senatoconsulto che ne disponesse l'esecuzione; ogni pratica, come i Baccanali, che invece non fosse stata ufficializzata dalle autorità politico-religiose e che perciò, collocandosi al di fuori del sistema dell'amministrazione sacerdotale, non fosse regolata dal *ius sacrum*, non era da considerarsi, giuridicamente, religione, ed anzi poteva, ricorrendo certe esigenze, essere proibita, specie quando finiva per attentare essa stes-

³¹ Per il quale v. ancora Liv. 39.14.5-8.

³² Si tratta di una *contio*: cfr. Liv. 39.15.1. D'altronde, come può evincersi da quanto già si diceva sopra, in ordine alla *provocatio*, il *populus* come tale non risulta mai, nelle fonti, formalmente chiamato in causa. Ciò, nonostante l'insistenza sulla pericolosità della massa dei baccanti in quanto *alter populus* (cfr. Liv. 39.13.14) rispetto al primo, che poteva essere normalmente convocato in assemblee regolari, e non clandestine e sediziose.

³³ Sulla radicale incompatibilità che, nell'ottica del console oratore, esisteva tra i valori fondativi della *civitas* e quelli che ispiravano l'agire dei congiurati, si soffermano - con particolare attenzione alla dialettica delle espressioni contrapposte, presenti nel testo liviano -, per esempio BRUHL, *Liber*, cit., 91; GALLINI, *Protesta*, cit., 86; COVA, *Livio*, cit., 100; FRANCIOSI, *Clan gentilizio*, cit., 53 s.; RONCONI - SCARDIGLI, in *Storie*, cit., 544 s., nt. 13; C. SAULNIER, *La 'coniuratio'*, cit., 116, nt. 2; PAILLER, *Bacchanalia*, cit., 12, 557 ss., 565 s.; Id., *Bacchus*, cit., 168, che espressamente parla di «retorica dell'alterità»; MONTANARI, *Identità*, cit., 119, 121 s.; ADAM, in *Tite-Live*, cit., 111, ntt. 9-10 e 15, 116, nt. 7; SINI, *Dai 'peregrina sacra'*, cit., 65, 67, 69 ss., che punta molto sull'antitesi *religio-superstitio*; DUBOURDIEU - LEMIRRE, *La rumeur*, cit., 303 s.; LINKE, *Religio*, cit., 270 ss.; TAKÁCS, *Politics*, cit., 306; GALLO, *Senatus consulta*, cit., 520.

³⁴ Non c'è dubbio che nell'orazione di Sp. Postumio tutto, a un certo punto, si incentri sulla questione se, sul piano tecnico-formale, norme del diritto sarebbero state violate o meno, nonché sull'opinione che, in proposito, avrebbero potuto esprimere i giurisperiti (v., nel nostro passo, in aggiunta alla menzione dei decreti e responsi, espressioni come *divini iuris aliquid immixtum* o *prudentissimi viri omnis divini humanique iuris*). Il che non deve stupire, rappresentando anzi un tratto tipico della mentalità romana.

³⁵ Per la quale ci sia nuovamente consentito di rinviare a FRANCHINI, *Aspetti*, cit., 205, nt. 370. Essa era stata esperita anche per l'introduzione di altre pratiche (pur) a sfondo orgiastico, come quelle della dea Cibele: cfr. *supra*, alla nt. 25, con le fonti ivi richiamate.

sa, dall'esterno, alla sicurezza del culto romano³⁶ e, in fin dei conti, dell'intera cittadinanza³⁷.

Non vi è allora da stupirsi se pratiche che, come i Baccanali, si sottraevano al controllo spirituale e politico delle classi dirigenti, poterono essere interdette: si trattava infatti di culti non autorizzati, di riti estranei al costume romano e per di più non riconosciuti in alcun modo³⁸. L'aristocrazia controllava e sanzionava le innovazioni: esse dovevano essere razionalmente orientate, inserirsi nel quadro religioso istituzionale, innervarsi di diritto. Altrimenti non avrebbero per ciò stesso posseduto alcun connotato sacrale di fronte allo stato romano, e la loro repressione avrebbe rappresentato un fatto di carattere soltanto politico, realizzandosi al di fuori di ogni preoccupazione di ordine religioso.

Si osservi infatti che nella vicenda dei Baccanali è il senato³⁹ che, trattando la questione come esclusivamente attinente al sistema criminale romano, gestisce l'intera sanguinosa operazione da solo, senza avvalersi dei servizi dei collegi sacerdotali perché collaborassero alla repressione, senza in particolare – almeno ufficialmente e per quanto ne sappiamo – far consultare i pontefici dai magistrati⁴⁰. È d'altronde probabile che già in precedenti oc-

³⁶ Il rischio di compromettere la *pax deorum* non derivava qui, ovviamente, dalla scorretta celebrazione dei riti patrii, ma dall'eventualità che essi, per il diffondersi in forma massiccia di altro genere di cerimonie, fossero trascurati o del tutto abbandonati (cfr. Cat. in Fest. s.v. *stata sacrificia* 466 L): ciò che avrebbe forse comportato, in ultima analisi, responsabilità a carico della stessa *res publica*, nell'ipotesi che le autorità nel frattempo *non* fossero, semmai, intervenute (anche se su un piano eminentemente profano, come si è detto, data la mancanza di una violazione *attuale* dell'ordinamento sacrale).

³⁷ Ciò, come si è chiarito, per la natura intrinsecamente criminosa tanto della pratica associata del culto quanto degli atti singoli compiuti dai congiurati: da qui la repressione dello stato che si svolge, propriamente, sul piano criminale.

³⁸ Sulla scorta delle fonti a nostra disposizione è forse lecito affermare, non senza qualche appesantimento tautologico, che un *mos* affatto estraneo alle tradizioni della *civitas* - come tale contrapposto sia al *patrius ritus* (inteso come *mos comprobatus in administrandis sacrificiis*: cfr. Fest. 364 L) sia al *peregrinus ritus* già accolto nel sistema romano (cfr. Fest. s.v. *Peregrina sacra* 268 L; 365 L: *Receptus mos est, quem sua sponte civitas alienum adscivit*) - può essere combattuto, come *superstitio*, dalle autorità deputate a riconoscerlo come *religio*, in quanto non ancora da esse riconosciuto come *religio*; e che tutto potrà pertanto avvenire senza offendere le divinità della città, ed anzi, semmai, col loro favore (*diis propitiis volentibusque*: espressione, questa, tipica delle *precationes*, che compare in Liv. 39.16.11). Cfr. per esempio BOUCHÉ-LECLERCQ, *Les pontifes de l'ancienne Rome*, Paris, 1871, 27; GRENIER, *Le génie*, cit., 194; ROHDE, *Die Kultsätze der römischen Pontifices*, Berlin, 1936, 139; BRUHL, *Liber*, cit., 104 s.; GALLINI, *Protesta*, cit., 67; MONTANARI, *Identità*, cit., 129 e nt. 90; SCARSI, *Superstitionis et religionis distantia*, cit., 196, nt. 8, 202; DRAPER, *The Role of the Pontifex Maximus and its Influence in Roman Religion and Politics*, Diss. Brigham Young University Provo, Utah, 1988, 225; SINI, *Dai 'peregrina sacra'*, cit., 62, 65 ss.; CANCIK-LINDEMAIER, *Der Diskurs*, cit., 91.

³⁹ Le cui direttive sarebbero tuttavia rimaste lettera morta, senza la collaborazione e l'azione successiva dei magistrati: com'era normale, anche per le *quaestiones ex senatusconsulto* (di cui quella *de Bacchanalibus* rappresenta forse, come si è detto, l'esempio più significativo).

⁴⁰ V. per esempio CUMONT, *Les religions*, cit., 306, nt. 24; SIBER, *Römisches Verfassungsrecht in geschichtlicher Entwicklung*, Lahr, 1952, 246; JEANMAIRE, *Dionysos*, cit., 457; DE SANCTIS, *Storia*, cit.,

casioni (come risulta dal pur generico riferimento che il console Postumio, nell'orazione attribuitagli da Livio, fa ad *innumerabilia decreta pontificum, senatusconsulta, haruspicum responsa*), essendo sorto qualche scrupolo circa la non contrarietà al *ius divinum* dell'attività repressiva cui ci si accingeva, il collegio pontificale fosse stato interpellato ed avesse emesso il più confortante dei responsi: la questione non riguarda la religione perché quel culto, dal punto di vista giuridico, è come se non esistesse⁴¹.

A nostro giudizio pertanto i senatori, dopo aver forse saggiato in maniera informale il parere dei pontefici⁴² (due dei quali risulteranno poi, non a caso, assistenti-redattori del provvedimento: L. Valerio Flacco, il grande alleato di

vol. IV.2.1, 204, che fa espressamente salva l'ipotesi che i pontefici, almeno come senatori, siano stati coinvolti; TARDITI, *La questione*, cit., 281; SCHEID, *Le délit*, cit., 158; Id., *Il sacerdote*, in GIARDINA (a cura di), *L'uomo romano*, Bari, 1989, 61; TOYNBEE, *L'eredità*, cit., 471, 501, nt. 151, 505, nt. 219; PAILLER, *Caton*, cit., 34 s.; Id., *Bacchanalia*, cit., 90, il quale, come De Sanctis, prende in parte le distanze dagli altri autori, che considerano i sacerdoti del tutto esclusi dall'attività decisionale; DRAPER, *The Role*, cit., 223. *Contra*, soprattutto GRENIER, *Le génie*, cit., 194 ss., che addirittura intitola un capitolo alla "reazione pontificale" ai Bacchanali, ponendo formalmente il collegio al centro delle operazioni; cfr. per esempio Nock, *A Feature of Roman Religion*, in *HThR*, XXXII, 1939, 93; GALLO, *Senatus consulta*, cit., 522.

⁴¹ Del resto anche *aliunde*, ossia da frangenti che, per la materia oggettivamente discussa, appaiono assai diversi, come quello relativo al finanziamento dei ludi votati da M. Fulvio Nobiliore, possono trarsi spunti circa le modalità con cui il collegio pontificale usava, per così dire, liquidare questioni giudicate irrilevanti sul piano giuridico-sacrale: *cum pontifices negassent, ad religionem pertinere, quanta impensa in ludos fieret...* (Liv. 39.5.7-10).

⁴² Livio non riferisce del dibattito che, con ogni probabilità, si svolse tra i senatori, presi da *pavor ingens* (39.14.4), ma solo della *relatio* del console (39.14.3) e dei provvedimenti conseguentemente adottati (39.14.5-8; 18.8-9). Non è facile capirne il perché: forse l'autore patavino voleva dare il massimo risalto alla prontezza d'intervento e alla determinazione di Sp. Postumio e alla compattezza e allo spirito di corpo rivelati, nella circostanza, dalla classe dirigente romana, senza dei quali non si sarebbe potuta condurre, poi, una repressione tanto incontrastata e feroce. Questo però a nostro avviso non esclude che una simile comunanza d'intenti fosse l'*effetto* di una discussione comunque tenutasi, in senato, durante la quale potrebbero essersi, come al solito, confrontati i diversi punti di vista, fino al prevalere dell'orientamento favorevole alla risoluzione più dura, perfettamente comprensibile alla luce della temperie politico-culturale di quegli anni. D'altronde ci sembrano difficilmente eludibili testimonianze, contenute nelle fonti, come quella relativa alla pronuncia da parte di Catone, già allora *consularis* (cfr. BROUGHTON, *The Magistrates*, cit., 339), di un'orazione *de coniuratione* (Fest. 280 L), o come quella di cui riferiamo alla nt. 43, che effettivamente denota il coinvolgimento dei pontefici, seppur *uti singuli*, in quanto membri del senato. Sul ruolo che ebbe Catone, censore due anni dopo, nella persecuzione delle associazioni bacchiche, v. meglio *infra*, con la dottrina riportata alla nt. 46; v. qui, invece, a conferma di quanto detto sopra, per esempio DE SANCTIS, *Storia*, cit., vol. IV.2.1, 204; TARDITI, *La questione*, cit., 282; SCIASCIA, *O senatoconsulto*, cit., 82, 85 s.; COVA, *Livio*, cit., 86, 88, 89 e nt. 17, per cui Livio omette di citare Catone e la discussione in senato per ragioni di mera economia narrativa, preferendo piuttosto dare spazio alla *contio*; BRISCOE, *Livy*, cit., 1100, che parla di classe dirigente non divisa; LUISI, *La 'lex Maenia'*, cit., 182 e nt. 15, 184 s.; PAILLER, *Bacchanalia*, cit., 171, il quale, pur negando, come vedremo, a Catone il ruolo di prim'attore, ragionevolmente suppone che il console abbia dapprima ottenuto l'appoggio dei conservatori, e poi degli stessi moderati filoellenici, disposti a cedere purché non si attaccasse tutto il rito greco.

Catone, e M. Claudio Marcello)⁴³, constatane la assoluta conformità a quelli già rilasciati in passato⁴⁴, tengono la cosa esclusivamente nelle proprie mani⁴⁵.

Sul piano politico, si può anzi ragionevolmente concludere affermando che l'intera vicenda dei Bacchanali, per il fatto che si svolse e per come si svolse, segnò un'importante vittoria di M. Porcio Catone e del suo partito nella lotta contro gli influssi esterni, qui debolmente difesi dai tradizionali leaders del partito filoellenico⁴⁶. Passata la paura della seconda guerra punica e la

⁴³ Questo dato, ricavabile dalla ricostruzione che si legge in FIRA I, n. 30.2 (*Scribendo ar fuerunt M. Claudius M. f., L. Valerius P. f., Q. Minucius C. f.*), è meritevole della massima considerazione: se dei tre incaricati di collaborare alla redazione del senatoconsulto ben due sono da identificare, con tutta probabilità, nei pontefici sopra menzionati, consolari, rispettivamente appartenenti al partito conservatore ed intermedio (lo stesso del console Postumio), e se il terzo, Q. Minucio Rufo, di parte scipioniana, risulta essere l'unico non-sacerdote, potrebbe forse ipotizzarsi che, ai fini della decisione presa dal senato, e certo in ultimo accolta da tutte le fazioni, un contributo importante sia stato fornito, anche al di là delle questioni di ordine giuridico-sacrale, dai membri non filoellenici del collegio pontificale (tanto che completamente in ombra sembra essere rimasta, in questo frangente, la figura del pontefice massimo P. Licinio Crasso, amico di Scipione). Più in generale, a conferma di quanto sopra sul ruolo dei senatori chiamati ad aiutare il *relator* nella redazione ufficiale del testo (*scribendo adesse*), scelti solitamente fra coloro che avevano in precedenza partecipato alla discussione, esprimendo la *sententia* poi ritenuta meritevole di accoglimento, o comunque appoggiandola, v. innanzi tutto, per esempio, Cic. *har. resp.* 7.13; *prov.* 11.28; *Att.* 1.19.9; *fam.* 9.15.4; 12.29.2; v. anche, per tutti, ad esempio WILLEMS, *Le Sénat de la république romaine*, vol. II, Louvain-Paris, 1883, 204 ss., 207 e nt. 4, 208 e ntt. 3-4, 209 e nt. 3, 210, 216, il quale rammenta come dei redattori - il cui numero a quest'epoca non superava mai i due-tre - fosse affatto usuale riportare il nome nel preambolo del senatoconsulto; MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III ed., vol. III, Leipzig, 1888, 1104, 1105, nt. 5, 1106, 1108; BONNEFOND-COUDRY, *Le sénat de la république romaine de la guerre d'Hannibal à Auguste: pratiques deliberatives et prise de décision*, Rome, 1989, 570 ss.

⁴⁴ Il che avrebbe reso, fra l'altro, inutile il ricorso alla procedura ufficiale di consultazione del collegio pontificale, per la risoluzione di una *quaestio* che, sul piano strettamente giuridico, data la sussistenza di precedenti, era probabilmente priva del requisito della *novità*.

⁴⁵ Diversamente non risulta né dall'opera di Livio né da nessuna altra fonte; ma anche nell'ipotesi, per noi senz'altro improbabile, che il collegio sia stato, qui, effettivamente consultato, è facile immaginare quale sarebbe stata, quasi certamente, la risposta: nessuna violazione del *ius sacrum* potrà prodursi, né da parte degli adepti che recedano dal giuramento e abbandonino le associazioni bacchiche, né da parte delle autorità che le reprimano, né da parte di coloro che a ciò offrano il loro apporto (cfr., in ordine a questi, Liv. 39.16.7-13, nell'ambito dell'orazione del console.). I pontefici, sommi custodi delle regole sacrali, né negavano l'applicabilità a culti ufficialmente sconosciuti alla comunità, e pertanto anche la possibilità che qualcuno potesse violarle.

⁴⁶ Conclusione, questa, che sebbene oggi in parte avversata dalla dottrina ci sentiremmo, qui, di riproporre, sulla base dei rilievi svolti: di essi, alcuni offrono spunti nuovi alla riflessione (alludiamo, in particolare, alle argomentazioni relative all'apporto dato dai pontefici non filoellenici alla redazione del *senatusconsultum de Bacchanalibus*), altri sono confortati dal sostegno di studiosi di età più o meno recente. Per una rassegna di opinioni, v. comunque, tra coloro che tradizionalmente riconoscono a M. Porcio Catone la regia politica dell'intera operazione contro i tiasi, anche al di là dell'orazione *de coniuratione* da lui probabilmente pronunciata, per esempio WEISSENBORN, *Titi Livi ab urbe condita libri*, cit., 15, ntt. 1-2; REINACH, *Une ordalie*, cit., 251, per il quale l'iniziativa fu intrapresa da una coalizione antiellenica; DE SANCTIS, *Storia*, cit., vol. IV.1, 599 s.; FRANK, *The Bacchanalian Cult*, cit., 128 s., 132; FRAENKEL, *Senatus consultum*, cit., 387, nt. 1; GELZER, *Die Unterdrückung*,

crisi religiosa che ne era derivata, conclusasi anche l'epoca dell'imperialismo illuminato, incarnato dalla figura di P. Cornelio Scipione, in quegli anni si stava senza dubbio consolidando un orientamento reazionario ed intransigente, deciso ad arrestare l'inquinamento degli usi tradizionali romani da parte di quelli stranieri.

4. La repressione dei Baccanali alla base della trasformazione del sistema processuale criminale romano.

La natura più che altro politica della *quaestio* in esame implica conseguenze di grande rilievo anche sul piano tecnico-giuridico, sia sostanziale che processuale; conseguenze che, a nostro avviso, come si diceva, segnano un considerevole iato rispetto al passato.

Il profilo che qui più interessa è, naturalmente, il secondo, ma non si può fare a meno di ribadire come queste inchieste di “nuova generazione” – certamente limitative, fra l'altro, della libertà d'associazione⁴⁷ – fossero princi-

cit., 283 s.; ACCAME, *Il 'Senatusconsultum'*, cit. 229, nt. 2; PEZZELLA, *Il 'senatus consultum'*, cit., 168 s.; MAC DONALD, *Rome*, cit., 32 s.; FRONZA, *De bacanalibus*, cit., 205, 223; JEANMAIRE, *Dionysos*, cit., 457; SCULLARD, *Roman Politics*, cit., 147 s., 154 s.; BRUHL, *Liber*, cit., 115 s.; TARDITI, *La questione*, cit., 275 ss., 286 s., per cui da Catone derivò l'orientamento persino terminologico della repressione, visto il titolo dato al discorso da lui pronunciato; BAYET, *Histoire*, cit., 152; VAN SON, *Livius*, cit., 50 s., 68 ss., pur con molte incertezze, specie in merito all'orazione sulla *coniuratio*; CASTELLO DE MUSCHIETTI, *Senatus consultum*, cit., 385; COVA, *Livio*, cit., 86, 88, 89 e nt. 17; URRUELA QUESADA, *La represión*, cit., 61, nt. 104; RASCÓN, *A proposito de la represión*, cit., 390, 402 s.; RONCONI - SCARDIGLI, in *Storie*, cit., 524 s., nt. 8, 542 s., nt. 1; LUISI, *La 'lex Maenia'*, cit., 182 e nt. 15, 184 s.; BAUMAN, *Lawyers in Roman Republican Politics*, München, 1983, 200 e nt. 340, 209 e nt. 389; ID., *The Suppression*, cit., 336, 344 e nt. 36, 347 s., che sostanzialmente considera Catone il vero ispiratore della *quaestio* (anche se poi, nel suo secondo scritto, alquanto contraddittoriamente si dice concorde con Rousselle, sotto citato, nel negare carattere antiellenico alla stessa); E. MONTANARI, *Identità*, cit., 125, nt. 72; ID., *Il dinamismo della tradizione: Roma e la ricezione del dionisismo*, in *Storiografia*, II, 1998, 143; MANTOVANI, *Il problema*, cit., 17 s.; TAKÁCS, *Politics*, cit., 307; MINASOLA, *La repressione*, cit., 167 ss., che parla di «ombra politica di Catone»; tra coloro i quali, negli ultimi decenni, hanno disconosciuto a Catone un ruolo di primo piano, che non troverebbe alcun fondamento nelle fonti, v. per esempio SAULNIER, *La 'coniuratio'*, cit., p. 115, 117 s.; ROUSSELLE, *The Roman Persecution*, cit., 71 ss., 200, nt. 7, che recisamente nega l'ispirazione conservatrice della repressione; PAILLER, *Caton*, cit., 29 ss.; ID., *Bacchanalia*, cit., 9 s., 147 ss., 820, secondo cui il vero artefice dell'operazione fu in realtà il console Sp. Postumio Albino, mentre Catone – del quale non appare indispensabile l'intervento neppure al fine di intitolare la *quaestio* (ché in alternativa egli potrebbe aver pronunciato l'orazione sulla congiura di schiavi etruschi di cui a Liv. 33.36.1-3) – probabilmente si limitò ad aderire all'iniziativa, senza ancora esercitare quella leadership, di cui forse, ora, stava soltanto maturando le premesse, e che, rivelatasi appieno nella censura di due anni dopo, non può essergli retrospettivamente attribuita.

⁴⁷ Sotto questo profilo, va rimarcato il fatto che con il nostro senatoconsulto si fosse intervenuti, per la prima volta in maniera tanto rilevante, a dichiarare illecite delle associazioni e a scioglierle. Al riguardo, v. ad esempio, per tutti, MOMMSEN, *De collegiis et sodaliciis Romanorum*, Kiliae, 1843, 32 ss.; ID., *Strafrecht*, cit., 875 ss.; COLI, *'Collegia' e 'sodalitates'. Contributo allo studio dei collegi nel diritto romano*, Bologna, 1913, 100; DE ROBERTIS, *Il diritto*, cit., 53 ss.; ID., *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, Bari, s.d. (ma 1971), 56 ss., il quale peraltro

palmente dirette a sanzionare un crimine che, come la *coniuratio*⁴⁸, sembra compiutamente strutturarsi proprio a partire da quest'epoca e che, a nostro avviso, è sostanzialmente assimilabile alle odierne fattispecie di reato associativo. Se si ha infatti riguardo agli elementi di cui la dottrina penalistica⁴⁹ ritiene che esso debba constare, è difficile negare che nella nostra vicenda sia dato di rinvenirli. Non è per esempio lecito dubitare dell'esistenza di un *pactum sceleris*, che risulta essere addirittura formalizzato in un giuramento, la *coniuratio* rituale, richiesta di volta in volta agli aderenti, molto numerosi, e certamente costitutiva dell'unità sacrale di gruppo, oltretutto custodita come segreta⁵⁰. È da ritenersi altresì sicuro che i tiasi si fossero dotati di un

precisa che la libertà d'associazione, intesa nel suo complesso, non ne risenti affatto in quanto la misura restrittiva, pur di notevole momento, non aveva carattere legislativo; GROTEN, *'Corpus' und 'Universitas'*, Tübingen, 2015, 208 ss.; C. MINASOLA, *La 'lex Licinia de sodaliciis' e i 'collegia illicita' elettorali alla luce di una rilettura della 'pro Plancio' di Cicerone*, in *Iuris antiqui historia*, VIII, 2016, 172, 176; TARDITI, *Il 'senatus consultum'*, cit., 85 s.

⁴⁸ Sui caratteri generali della quale si rinvia a quanto già anticipato *supra*, § 1 e nt. 5.

⁴⁹ V. per esempio BOSCARRELLI, voce *Associazione per delinquere*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, 865 ss.; PATALANO, *L'associazione per delinquere*, Napoli, 1971; INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983; ANTONINI, *Le associazioni per delinquere nella legge penale italiana*, in *Giust. pen.*, 1985, 2, 286 ss.; ANETRINI, voce *Associazione per delinquere*, in *Eng. giur. Treccani*, vol. III, Roma, 1988, 1 ss.; IACOVIELLO, *Ordine pubblico e associazione per delinquere*, in *Giust. pen.*, 1990, 2, 37 ss.; FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *L'indice penale*, 1991, 5 ss.; CONSO, *La criminalità organizzata nel linguaggio del legislatore*, in *Giust. pen.*, 1992, 385 ss.; DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, in *Riv. ital. dir. proc. pen.*, 1993, 93 ss.; ID., *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. ital. dir. proc. pen.*, 1998, 385 ss.; ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, III ed., Milano, 1999; MILITELLO, *Partecipazione all'organizzazione criminale e standards internazionali d'incriminazione. La proposta del Progetto comune europeo di contrasto alla criminalità organizzata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 184 ss.; CERULO, *Il trionfo dei reati associativi e l'astuzia della ragione*, in *L'indice penale*, 2004, 1007 ss.; PICOTTI - FORNASARI - VIGANÒ - MELCHIONDA (a cura di), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, Padova, 2005; G. SPAGNOLO, voce *Reati associativi*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIX, Roma, 2006, 1 ss.; GRASSO, *La "conspiracy" negli ordinamenti di common law*, in *Giust. pen.*, 2006, 161 ss.; PLANTAMURA, *Reati associativi e rispetto dei principi fondamentali in materia penale*, in *L'indice penale*, 2007, 389 ss.; ROMANO - GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2012, 199 ss.; SIMEONE, *I reati associativi*, Santarcangelo di Romagna, 2015.

⁵⁰ In proposito, v. soprattutto Liv. 39.18.3-4: *Qui tantum initiati erant et ex carmine sacro praeunte verba sacerdote precatones fecerant, quibus nefanda coniuratio in omne facinus ac libidinem continebatur, nec earum rerum ullam, in quas iure iurando obligati erant, in se aut alios admiserant, eos in vinculis relinquebant: qui stupris aut caedibus violati erant, qui falsis testimoniis, signis adulterinis, subiectione testamentorum, fraudibus aliis contaminati, eos capitali poena afficiebant*; cfr. 39.8.1; 3; 13.13; 14.4; 8; 15.10; 13; 16.3-5; 17.6; v. anche FIRA I, n. 30.3. Per una rassegna di opinioni in merito alla *coniuratio* in esame, intesa anche come reato associativo, v. per esempio MOMMSEN, *Strafrecht*, cit., 875; SIBER, *Verfassungsrecht*, cit., 245 s., secondo cui la *coniuratio adversus rem publicam* potrebbe integrare gli estremi della *perduellio*, pur non menzionata come tale dalle fonti; BRECHT, *Perduellio*, cit., 234, 242 s., per cui si tratta senz'altro di *perduellio*; DE ROBERTIS, *Il diritto*, cit., 53 ss., 64, nt. 43; Y. BÉQUIGNON, *Observations*, cit., 188, che ricorda come i tiasi già di per sé violassero il divieto di *coetus nocturni*, di cui a XII Tab. 8.26; BRUHL, *Liber*, cit., 100; TARDITI, *La questione*, cit., 280, 286, che scioglie il termine *coniuratio* in "associazione per delinquere"; GALLINI, *Protesta*, cit., 19, 56, 66, 82; DE MARTINO, *Storia*, cit., 204, che contesta il citato

assetto organizzativo significativo, anche sotto il profilo economico, come si evince dalla circostanza che poi il senato non ne consentirà più la ricostituzione, se non a certe condizioni, tra le quali l'assenza di una cassa comune⁵¹. Anche l'ulteriore elemento della sussistenza di un programma criminoso indefinito appare senz'altro verificabile nelle fonti, dato che i Bacchanali, oltre ad essere avvertiti come una vera e propria minaccia per la sicurezza della *res publica*⁵², formeranno oggetto d'indagine per i molteplici crimini consumati dai singoli adepti, si trattasse, come si diceva, di oscenità, o di violenza,

Siber; COVA, *Livio*, cit., 98 s., 101, che a sua volta richiama la norma sui *coetus nocturni*; URRUELA QUESADA, *La represión*, cit., 60, che ritiene legittimo, ma non sufficiente invocare la norma di Tab. 8.26, dato il gran numero di condanne a morte emesse; NORTH, *Religious Toleration*, cit., 95, che, in polemica con la Gallini e con la sua tesi di una protesta di tipo anarchico e destrutturante, rileva come proprio la complessa organizzazione associativa dei Bacchanali sia stata, in un certo senso, la causa ed insieme l'obiettivo principale della repressione; SCHEID, *Le délit*, cit., 158 s.; BAUMAN, *Lawyers*, cit., 38, nt. 131; ID., *The Suppression*, cit., 340; PAILLER, *Lieu*, cit., 262 ss.; ID., *Caton*, cit., 36; ID., *Bacchanalia*, cit., 22, 258, 325 ss., 602, 804 s., per cui il senato conia qui una nuova fattispecie delittuosa, non riconducibile alla *perduellio*, e consistente nella organizzazione di un gruppo il cui fine è il *nihil nefas ducere*, di cui a Liv. 39.13.11; MANTOVANI, *Il problema*, cit., 5 s., 17 s., 19 e nt. 52, 20, 21 e nt. 59, 22, 34, nt. 85, secondo il quale, se il vero scopo del senato era certo la persecuzione della congiura, il bersaglio immediato era tuttavia il *coetus nocturnus* (come in particolare emergerebbe da Liv. 39.16.4), già sanzionato dal precetto di Tab. 8.26, che propriamente limitava l'esercizio del diritto di riunione, non di associazione; VENTURINI, *'Quaestiones' e accusa popolare*, in *Labeo*, XXXIX, 1993, 98; SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1990, 56; ID., *Processi "fuori turno" e 'quaestiones extra ordinem'*, in FEENSTRA ET AL. (a cura di), *'Collatio iuris Romani'. Etudes H. Ankum*, vol. II, Amsterdam, 1995, 437, che parla di «associazioni per delinquere diramate in più città»; ADAM, in TITE-LIVE, cit., 14, nt. 1, 119, nt. 5; CANKIK LINDEMAIER, *Der Diskurs*, cit., 89; P. CERAMI, *Accusatores*, cit., 170, che usa l'espressione "criminalità organizzata"; MONTANARI, *Il dinamismo*, cit., 143; LINKE, *Religio*, cit., 271 ss.; FREYBURGER, *Associations religieuses et collègues de prêtres dans le monde romain*, in *REL*, LXXX, 2002, 10; SEMIOLI, *Associazioni*, cit., 96 ss.; LEPORE, *Introduzione allo studio dell'epigrafia giuridica latina*, Milano, 2010, 65; RUSSO RUGGERI, *'Indices' e 'indicia'*, Torino, 2011, 34 s.; MINASOLA, *La 'lex Licinia'*, cit., 172 e nt. 2; ID., *La repressione*, cit., 178 ss.; TARDITI, *Il 'senatus consultum'*, cit., 77, 80 s.; RAVIZZA, *Il 'senatusconsultum'*, cit., 282.

⁵¹ Sul punto, cfr. Liv. 39.18.8-9: *In reliquum deinde senatus consulto cautum est, ne qua Bacchanalia Romae neve in Italia essent; si quis tale sacrum sollemne et necessarium duceret nec sine religione et piaculo se id omittere posse apud praetorem urbanum profiteretur, praetor senatum consuleret; si ei permissum esset, cum in senatu centum non minus essent, ita id sacrum faceret, dum ne plus quinque sacrificio interessent, neu qua pecunia communis neu quis magister sacrorum aut sacerdos esset*; v. anche FIRA I, n. 30.11. Con senso pratico tipicamente romano si vieta, dunque, alle associazioni di ricostituire una cassa comune, ma anche, si noti, di strutturare gerarchicamente la compagine dei partecipanti ai culti, di cui si cerca, ovviamente, di limitare il numero: a commento v. in particolare NILSSON, *The Dionysiac Mysteries of the Hellenistic and Roman Age*, Lund, 1957, 18 s.; NORTH, *Religious Toleration*, cit., 95, i rilievi del quale sono riportati alla nt. precedente; ADAM, in TITE-LIVE, cit., 103, nt. 11, 119, nt. 7, 120 nt. 12, secondo cui alcuni dei reati commessi dai singoli aderenti avevano anzi lo scopo di finanziare l'attività delle conventicole; ALBANESE, *Per l'interpretazione*, cit., specialmente 18 ss.; GROTEN, *Corpus*, cit., 224 ss.; MINASOLA, *La 'lex Licinia'*, cit., 176; ID., *La repressione*, cit., 181 ss.; TARDITI, *Il 'senatus consultum'*, cit., 77 ss.

⁵² Cfr. *supra*, § 2 e nt. 33. Come si è detto, l'agire dei congiurati era da ritenersi un crimine politico perché ispirato a valori radicalmente incompatibili con quelli fondativi della *civitas*. Cfr. per esempio MANTOVANI, *Il problema*, cit., 5 s., 17 s.

o addirittura di assassinio, falso, od altro⁵³. Differenti saranno ovviamente, a seconda dei casi, le pene irrogate; ma è espressamente attestato che la mera partecipazione venne di per sé sanzionata⁵⁴. Infine, si noti che al successo della repressione contribuirono in modo financo determinante le rivelazioni fatte da taluni delatori dissociatisi dai tiasi, che poi vennero per questo anche generosamente premiati, in modo non dissimile a quanto talora prevede la legislazione attuale⁵⁵.

Quanto agli aspetti processuali, già dicevamo che è proprio in ragione della repressione di questi reati di natura politica che lo stesso processo criminale romano comincia a subire una trasformazione che, come noto, col passare del tempo, avrebbe comportato la istituzione di corti permanenti deputate a giudicare di singole fattispecie, senza possibilità di impugnazione davanti all'assemblea popolare.

⁵³ I reati commessi dai congiurati sono tecnicamente elencati in Liv. 39.18.4 (*stupra, caedes, falsa testimonia, signa adulterina, subiectio testamentorum*); ma v. anche per esempio Liv. 39.8.6-8 (*corruptelae; supra promiscua ingenuorum feminarumque, falsi testes, falsa signa testamentaque, indicia; venena; caedes*); 10.6-7 (*corruptelae; stuprum*); 13.10;13 (*facinus, flagitium, supra*); 14.8 (*stuprum, flagitium*); 16.1;3;5 (*flagitia, facinora, fraudes*); 17.7 (*facinora, flagitia*). Cfr. per esempio NILSSON, *The Dionysiac Mysteries*, cit., 16; GELZER, *Die Unterdrückung*, cit., 285; DE ROBERTIS, *Il diritto*, cit., 63; BÉQUIGNON, *Observations*, cit., 187 s.; BRUHL, *Liber pater*, cit., 99; GALLINI, *Protesta*, cit., 19; UNGERN STERNBERG, *Untersuchungen zum spätrepublikanischen Notstandsrecht*, München, 1970, 34 ss.; LINTOTT, 'Provocatio'. *From the Struggle of the Orders to the Principate*, in ANRW, vol. I.2, Berlin-New York, 1972, 244; COVA, *Livio*, cit., 101 s.; LE GLAY, *Magie et sorcellerie à Rome au dernier siècle de la république*, in *Mélanges J. Heurgon*, vol. I, Rome, 1976, 537; SCHEID, *Le délit*, cit., 159; PAILLER, *Les matrones romaines et les empoisonnements criminels sous la République*, in *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, CXXXI, 1987, 124 e nt. 45; Id., *Bacchanalia*, cit., 588, 605; MARINO, *Cic. 'Verr.' II,1,42,108 e la repressione del falso*, in BURDESE (a cura di), *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, Padova, 1988, 147 e nt. 31, 148 s.; DUBOURDIEU - LEMIRRE, *La rumeur*, cit., 299, 303. Alquanto convincente ci sembra poi l'affermazione di ADAM, in Tite-Live, cit., 103, nt. 11, 119, nt. 7, 120, nt. 12, riferita *supra*, alla nt. 51.

⁵⁴ V. ancora Liv. 39.18.3-4 (trascritto *supra*, alla nt. 50); cfr. per esempio MANTOVANI, *Il problema*, cit., 21, nt. 59, 22; NIPPEL, *Orgien*, cit., 68, 72. Condanne a morte furono d'altronde emesse, in numero addirittura superiore alle altre sanzioni (cfr. Liv. 39.18.5), non contro i meri affiliati, ma contro chi si fosse reso responsabile degli altri *crimina*; in merito, v. anche quanto si è anticipato sopra, e tra breve meglio si dirà, circa la probabile sospensione della normale garanzia della *provocatio*.

⁵⁵ Si trattava di P. Ebuizio e della liberta Ispala Fecennia, e per la verità anche di qualche altro: v. Liv. 39.9.1-14.3;6; 17.1; 19.1-7. Sul tema dei delatori, affiliati alle associazioni criminose e poi dissociatisi, che è di straordinaria attualità, perché ricorda quello odierno dei "pentiti" o "collaboratori di giustizia", hanno come noto fermato l'attenzione soprattutto SPAGNUOLO VIGORITA, 'Utilitas publica'. *Denunce e pentiti nel mondo romano*, in *Panorami. Riflessioni discussioni e proposte sul diritto e l'amministrazione*, VI, 1994, 265 s., 272; CERAMI, *Accusatores*, cit., 141 ss., specialmente 170 s.; Id., *La collaborazione processuale: le radici romane*, in *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea*, Torino, 2003, 249 ss., specialmente 272 ss.; VARVARO, 'Certissima indicia'. *Il valore probatorio della chiamata in correità nei processi della Roma repubblicana*, in *AUPA*, LII, 2008, 369 ss., specialmente 397 ss., e RUSSO RUGGERI, *Indices*, cit., 32 ss.; ma v. anche per esempio già MOMMSEN, *Strafrecht*, cit., 384 e nt. 2; NILSSON, *The Dionysiac Mysteries*, cit., 16 ss.; LURASCHI, *Il 'praemium' nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi A. Biscardi*, vol. IV, Milano, 1983, 268; PAILLER, *Bacchanalia*, cit., 326 s.; NÖRR, *Marginalien zu den Bacchanalien: Das Pseudo-'Senatusconsultum' in Liv. 39.19*, in *CASCIONE - MASI DORIA (a cura di), Fides, Humanitas, Ius*, cit., vol. VI, 3829 ss.

Certo, per il momento, quella *de Bacchanalibus* appare un'inchiesta straordinaria – per come, in fin dei conti, lo stesso Livio⁵⁶ la definisce –, il che ci conferma nella convinzione che essa in effetti possedesse tratti profondamente innovativi rispetto alla tradizione, secondo quanto d'altronde sostiene la parte a nostro avviso prevalente della dottrina⁵⁷.

Tali caratteristiche possono essere, in questa sede, quanto meno declinate.

Rappresenta, anzitutto, una deroga alla prassi da lungo tempo invalsa in materia il fatto che la *quaestio* venga indetta *ex senatusconsulto*. È dunque nuovo il ruolo che il senato si assume, in campo penale⁵⁸.

⁵⁶ Liv. 39.14.6;16.12: *extra ordinem*.

⁵⁷ Non mancano, per la verità, neppure coloro che cercano tendenzialmente di ricondurre la *quaestio* ad un quadro conforme alla tradizione costituzionale romana, la quale imponeva il rispetto delle garanzie accordate ai cittadini (come soprattutto il *ius provocationis*): v. per esempio MOMMSEN, *Staatsrecht*, cit., vol. II, p. 112, nt. 2, 115, nt. 3; vol. III, 1208 s.; *Id.*, *Strafrecht*, cit., 19, nt. 2, 147, 152, nt. 1, 156, nt. 2, 305, nt. 2, 324, nt. 3, 384, nt. 2; *Id.*, *Der Religionsfrevler nach römischem Recht*, in *Gesammelte Schriften*, vol. III, Berlin, 1907, 408 e nt. 5; ACCAME, *Il 'Senatus Consultum'*, cit., 226 s.; BRUHL, *Liber pater*, cit., 100 ss.; TARDITI, *La questione*, cit., 278 e nt. 4, 279; DE MARTINO, *Storia*, cit., 203 s.; RASCÓN, *A proposito de la represión*, cit., 398 ss.; BAUMAN, *Lawyers*, cit., 281, nt. 360, 376 e ntt. 231-232; *Id.*, *The Suppression*, cit., 335, 337, 338 e nt. 11; VENTURINI, *Quaestio extra ordinem*, in *SDHI*, LIII, 1987, 75 ss., 87 s., 91, 108; *Id.*, *'Quaestiones' e accusa*, cit., 98; *Id.*, *Quaestiones ex senatusconsulto*, in F. SERRAO (a cura di), *Legge e società nella repubblica romana*, vol. II, Napoli, 2000, 262 s., 275, 278 ss.; PAILLER, *Bacchanalia*, cit., 172 s., 175, 253 ss., 315; RAVAZZA, *Il 'senatusconsultum'*, cit., 280 ss. Ma più persuasivi ci paiono gli argomenti di coloro che considerano l'inchiesta sui Bacchanali come l'evento più storicamente significativo del mutamento in corso nell'ordinamento criminale romano, d'ora in poi non più, tendenzialmente, fondato sulla competenza giudiziaria popolare, bensì su quella di giudici istituiti di volta in volta (dal senato, per il momento) con funzioni *ad hoc*: v. per esempio STRACHAN DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law*, vol. I, Oxford, 1912, 227, 229 s., 232 ss., 239, 242; LENGLE, *Strafrecht*, cit., 57 ss.; FRAENKEL, *Senatus consultum*, cit., 383, 386 s.; SIBER, *Analogie, Amtsrecht und Rückwirkung im Strafrechte des römischen Freistaates*, Leipzig, 1936, 8 s., 49; *Id.*, *Verfassungsrecht*, cit., 245 s.; BRECHT, *Perduellio*, cit., 237 ss., 240 e nt. 2, 241 s.; BÉQUIGNON, *Observations*, cit., 187 s., 193 ss.; FRONZA, *De bacchanalibus*, cit., 205 ss., 216 e nt. 73, 222; LINTOTT, *'Provocatio'. From the Struggle*, cit., 244, 253 ss.; SAULNIER, *La 'coniuratio'*, cit., 117, nt. 3; MONTANARI, *Identità*, cit., 124 e nt. 70; SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 56; *Id.*, *Processi*, cit., 437, 442 e nt. 18; CERAMI, *Accusatores*, cit., 170 s.; RUSSO RUGGERI, *Indices*, cit., 32 ss.

⁵⁸ Di questa funzione, assolta dal senato al fine di salvaguardare la sicurezza pubblica, già si è in parte detto commentando, al § 1, il testo di Pol. 6.13.4. Ad ogni modo, sulle c.d. *quaestiones ex senatusconsulto* generalmente intese, si rinvia qui alle riflessioni di sintesi condotte, per esempio, da MOMMSEN, *Staatsrecht*, cit., vol. II, 114, 115 e ntt. 2-3, 116 ss.; vol. III, 1066 s., 1208 s.; STRACHAN DAVIDSON, *Problems*, cit., 162, 225 ss.; MAC DONALD, *Rome*, cit., 13 ss.; DE MARTINO, *Storia*, cit., vol. I, 1972, 432; vol. II, 202 ss.; MANTOVANI, *Il problema*, cit., *passim*; *Id.*, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana*, in *Athenaeum*, LXXVIII, 1990, 34 ss.; GIUFFRÉ, *Recensione a D. MANTOVANI, Il problema*, cit., in *Iura*, XL, 1989, 115 ss.; *Id.*, *Repressione criminale e garanzie del cittadino fra Repubblica e Principato*, in *Poder político y derecho en la Roma clásica*, Madrid, 1996, 39 ss.; VENTURINI, *La repressione degli abusi dei magistrati romani ai danni delle popolazioni soggette fino alla' lex Calpurnia' del 149 a.C.*, in *BIDR*, LXXII, 1969, 21; *Id.*, *Quaestio*, cit., 24 ss.; *Id.*, *'Quaestiones' non permanenti: problemi di definizione e di tipologia*, in BURDESE (a cura di), *Idee*, cit., 85 ss.; *Id.*, *'Quaestiones' e accusa*, cit., 95 ss.; *Id.*, *Quaestiones ex senatusconsulto*, cit., 211 ss.; SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 437 ss.; GAROFALO, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana?*, in *Appunti sul diritto criminale della Roma monarchica e repubblicana*, III ed., Padova, 1997, 252, 270 e nt. 130, 281; CERAMI,

Stessa cosa si dica in merito alla circostanza che, al fine di condurre la repressione, pieni poteri vengano affidati ad *entrambi* i consoli, a scapito di ogni altra incombenza⁵⁹.

Ulteriore strappo alle regole fino ad allora applicate, rilevante anche dal diritto internazionale, è costituito dal fatto che tali poteri fossero esercitabili su tutto il territorio confederale, e non solo nello stato romano⁶⁰.

Accusatores, cit., 141 ss., specialmente 160, 170, 173; LINTOTT, 'Provocatio' e 'iudicium populi', cit., 16, 19 ss.; RUSSO RUGGERI, *Indices*, cit., 28 ss.; cfr. DE ROBERTIS, *Il diritto*, cit., 147 ss.

⁵⁹ Rilevano per lo più questa peculiarità, certo riferibile, tra le *quaestiones* del periodo, soltanto ai *Bacchanalia*, gli autori riportati *supra*, alla nt. 57 (tra quelli, s'intende, favorevoli al carattere straordinario dell'inchiesta).

⁶⁰ Sulla facoltà, riconosciuta ai magistrati romani, di ingerirsi nella giurisdizione degli stati alleati - dei quali venne sostanzialmente violata l'autonomia -, sulle ragioni politiche e, soprattutto, sul fondamento giuridico possibile di una simile ingerenza (anche in rapporto all'elenco di crimini di cui a Pol. 6.13.4), non possiamo qui, diffusamente, soffermarci. Rinviando pertanto ai numerosi autori espressi sul tema: per esempio, WEISSENBORN, *Titi Livi ab urbe condita libri*, cit., 25, ntt. 5-8; MOMMSEN, *Staatsrecht*, cit., vol. II, 115, nt. 4, e vol. III, 1209 e nt. 1, che per spiegare l'intrusione, non di per sé ammissibile in termini di stretto diritto, invoca ragioni di pubblica sicurezza, oltre al carattere ramificato e complesso dell'attività criminosa perseguita; DE SANCTIS, *Storia*, cit., vol. IV.1, 599, che parla di scarso riguardo per i trattati; FRAENKEL, *Senatus consultum*, cit., 384 e nt. 1, 391, che si rifà a Mommsen; GELZER, *Die Unterdrückung*, cit., 281; ACCAME, *Il 'Senatusconsultum'*, cit., 229 s., per il quale formalmente si trattò solo di un invito alle autorità locali a procedere, ma certo, in buona sostanza, di una pesante intromissione nel loro ambito (la prima, fra l'altro, a non essere giustificata da uno stato di guerra); BRECHT, *Perduellio*, cit., 237 s., nt. 1, che, per l'accusa di alto tradimento, logicamente ritiene più che altro perseguiti, qui, i *cives*, anche fuori Roma; MAC DONALD, *Rome*, cit., II, 15 s., 26 ss., per cui il tentativo di salvaguardare, nella forma, l'autonomia delle giurisdizioni locali, non vale a nascondere la sostanza politica della vicenda, nella quale Roma, per far fronte ad una situazione di emergenza, manifestò in modo drastico la propria supremazia sugli alleati, pur preoccupandosi forse di salvaguardare, in Italia, gli equilibri oligarchici consolidati; FRONZA, *De bacanalibus*, cit., 215 ss., che esclude repressioni in territorio non romano (quale invece era, a suo avviso, quello teurano, cui era indirizzato il documento rinvenuto a Tiriolo); SCULLARD, *Roman Politics*, cit., 147; SCIASCIA, *O senatoconsulto*, cit., 88, che parla di condotta illegale; DE PLINVAL, in Cicéron, cit., 121, per il quale l'obiettivo principale dell'intera repressione era proprio sedare i movimenti autonomistici dell'Italia del sud; LEVI, *Bacchanalia*, cit., 15 ss., secondo cui il fondamento andrebbe ricercato nella natura sacrale del *foedus*, il cui rispetto avrebbe potuto essere, anzi, compromesso dalla tolleranza di pratiche che violavano la *pax deorum*; GALLINI, *Protesta*, cit., 44, per la quale si trattò di una operazione arbitraria; RAWSON, *Prodigy Lists and the 'Annales Maximi'*, in *CQ*, XXI, 1971, p. 163, che richiama la pratica di espiazione dei prodigi *per totam Italiam*, disposta talora dal senato; LINTOTT, 'Provocatio'. *From the Struggle*, cit., 244; TURCAN, *Religion*, cit., 22 s., che invoca il carattere ramificato e diffuso dei crimini perseguiti; COVA, *Livio*, cit., 95 e nt. 27, che si rifà a Levi e alla sua interpretazione religiosa; RASCÓN, *A proposito de la represión*, cit., 401; SAULNIER, *La 'coniuratio'*, cit., 117 e nt. 4; ROUSSELLE, *The Roman Persecution*, cit., 64; TOYNBEE, *L'eredità*, cit., 476; F. COSTABILE, *Istituzioni*, cit., 96 ss.; *Id.*, *Il 'Senatusconsultum'*, cit., 386 ss., il quale, non ritenendo sufficiente spiegare la violazione dell'autonomia in base a ragioni politiche, né in base al mero successivo inserimento, da parte di Pol. 6.13.4, dei crimini in questione fra quelli perseguitabili dal senato (ché si tratterebbe pur sempre di un potere che questo si sarebbe autoattribuito), individua il fondamento dell'ingerenza nella *deditio in fidem* delle comunità interessate; LURASCHI, *Aspetti*, cit., 506 ss., che pur apprezzando l'impostazione rigorosa di Costabile ne critica la soluzione infine proposta, che non darebbe ragione del trattamento riservato alle città non *deditae*; PAILLER, *Bacchanalia*, cit., 260 s., 330 ss., per il quale i poteri d'indagine si estendono da

Ma il dato che più impressiona è il seguente: ossia che, per la repressione dei crimini imputati ai baccanti – alcuni dei quali non propriamente riconducibili ad alcuna normativa pregressa, di origine legislativa o consuetudinaria che fosse⁶¹ – fossero state previste, e poi effettivamente applicate, sanzioni di notevole gravità e varietà, e soprattutto che contro di esse i condannati, financo alla pena capitale, non potessero avvalersi della *provocatio ad populum* (della quale è in effetti rimarchevole la mancata menzione nelle fonti, a fronte dell'alto numero di sentenze di morte pronunciate).

È dunque plausibile supporre che nel *processo politico* qui esaminato una garanzia di libertà, ritenuta tra le più importanti dell'ordinamento costituzionale repubblicano, fosse stata soppressa, senza che alcuna legge l'avesse autorizzato⁶².

Roma all'Italia per la natura stessa della *quaestio*; MONTANARI, *Identità*, cit., 129, che invoca a sua volta la natura religiosa del *foedus*; ADAM, in Tite-Live, cit., 121, nt. 14; DE CAZANOVE, *I destinatari*, cit., 67, 68 e nt. 50, secondo cui il senatoconsulto fu per la verità più che altro applicato nel territorio di municipi e colonie, da poco sottratto ad altri stati; VENTURINI, *Quaestiones ex senatusconsulto*, cit., 293; RASMUSSEN, *Public Portents in Republican Rome*, Rome, 2003, 231 ss.

⁶¹ Della *coniuratio* in particolare si è già detto: v. specialmente supra, § 1 e nt. 5. Se poi i singoli membri dei tiasi potessero essere processati penalmente, o meno, per aver posto in essere altri comportamenti, sarebbe dipeso dalla discrezionalità del magistrato e dell'organo a cui quegli chiedeva consiglio, ossia il senato; ciò perché, lo ricordiamo, nell'ordinamento romano di allora non vigeva l'odierna regola *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*: cfr. ad esempio, per tutti, DE ROBERTIS, *Il diritto*, cit., 149 s.; SCOGNAMIGLIO, *Nullum crimen sine lege*, Salerno, 2009, 64 ss.

⁶² Come già si diceva, è forse proprio questo il problema più grave tra quelli inerenti alle c.d. *quaestiones extraordinariae* dell'epoca, delle quali la nostra è probabilmente la più importante. Su di esso non possiamo qui fermare approfonditamente la nostra attenzione, e dunque ci limitiamo a rinviare, in generale, alla bibliografia citata supra, alla nt. 58; ma per addurre un esempio del dibattito accessosi in dottrina, su questi temi, v. qui, per tutti, MANTOVANI, *Il problema*, cit., 17 ss., 26, nt. 61, 33 s., nt. 85; ID., *Il pretore*, cit., 34 ss.; GAROFALO, *Il pretore*, cit., 241 ss., 252, 270, nt. 130, 281; cfr. per esempio GIUFFRÉ, *Recensione a MANTOVANI, Il problema* cit., 115 ss.; ID., *Repressione*, cit., 43, 46 s., 39 ss.; GUARINO, *I Romani, quei criminali*, in *Labeo*, XXXIX, 1993, 34 ss.

Abuso d'ufficio: a che punto siamo?

Massimiliano Zaniolo*

Sommario: **1.** Tutto cambia perché nulla cambi: l'abuso d'ufficio a seguito della riforma di cui al d.l. 76/2020. – **2.** Sulla proposta di abolizione della fattispecie (Disegno di legge n. 808, 19 luglio 2023). – **3.** La Proposta di direttiva europea COM(2023)234 sulla lotta contro la corruzione: una soluzione “sgrammaticata”. – **4.** Riflessioni conclusive: fra ineliminabili distorsioni applicative e progressiva integrazione con l'ordinamento amministrativo.

ABSTRACT

Il presente contributo analizza tre attuali momenti chiave del travagliato *iter* normativo dell'abuso d'ufficio: la recente riformulazione di cui al d.l. 76/2020; la recentissima proposta di abolizione (d.d.l. n. 808/2023); l'incriminazione prevista dalla Proposta di direttiva della Commissione europea COM(2023)234 sulla lotta contro la corruzione. Dopo un breve *excursus* generale sulla fattispecie, l'attuale formulazione viene esaminata ponendo in evidenza come con il d.l. 76/2020 non siano stati conseguiti né l'obiettivo di mettere il pubblico funzionario al riparo da iniziative giudiziarie imprevedibili (specie con riguardo alle ipotesi di conflitto di interessi) né, tantomeno, quello di garantire un livello di tutela delle pubbliche funzioni sufficiente e omogeneo. Procedendo da questa prospettiva, avvalorata dai dati sul rapporto fra il numero dei procedimenti e delle condanne, si sostiene come l'originaria debolezza strutturale della fattispecie, unitamente all'intrinseca contraddittorietà del nuovo precetto, abbiano determinato il fallimento anche della recente riformulazione giustificando, per converso, la proposta abolitiva. Inoltre, si è analizzata la Proposta di direttiva europea sulla corruzione (considerata da taluni studiosi come ostativa all'abolizione del reato), evidenziandone le carenze sotto il profilo della tipicità e della proporzionalità dell'incriminazione di abuso d'ufficio ivi contenuta. Attraverso le riflessioni conclusive si è tentato di proiettare il dibattito su di una progressiva integrazione fra ordinamento penale e amministrativo.

This paper analyses three current key moments in the troubled regulatory process of abuse of functions: the recent reformulation as set out in Legislative Decree 76/2020; the very recent proposal to abolish it (Legislative Decree no. 808/2023); and the incrimination envisaged by the European Commission's Proposal for a Directive COM(2023)234 on the fight against corruption. After a brief general excursus on the offence, the current wording is examined, highlighting how Law Decree 76/2020 did not achieve either the objective of sheltering public officials from unforeseeable judicial initiatives (especially with regard to hypotheses of conflict of interest) or, even less, that of guaranteeing a sufficient and homogeneous level of protection of public functions. Proceeding from this perspective, corroborated by the data on the ratio between the

* Avvocato del Foro di Padova.

number of proceedings and convictions, it is argued that the original structural weakness of the case, together with the intrinsic contradictory nature of the new precept, have determined the failure even of the recent reformulation, justifying, conversely, the proposal for its abolition. In addition, the Proposal for a European Directive on Corruption (considered by some scholars as an obstacle to the abolition of the offence) was analysed, highlighting its shortcomings in terms of the typicity and proportionality of the incrimination of abuse of functions contained therein. Through the concluding reflections, an attempt was made to project the debate on a progressive integration of the criminal and administrative systems.

1. Tutto cambia perché nulla cambi: l'abuso d'ufficio a seguito della riforma di cui al d.l. 76/2020.

L'abuso d'ufficio è una fattispecie che presenta un'intrinseca problematicità, poiché si pone come norma di chiusura dell'apparato penalistico dei reati contro la pubblica amministrazione, attestandosi al contempo come condizione e limite del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa. La natura "incipite" di questo reato, al confine fra il diritto penale e quello amministrativo, si riflette inesorabilmente sulla sua fisionomia, determinando rilevanti criticità in termini di tipicità e determinatezza del precetto¹. Per questa ragione, storicamente, dottrina e giurisprudenza hanno tentato di definire i confini applicativi di questa fattispecie. Sotto questa prospettiva deve essere analizzata l'ultima riforma di cui al decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, che ha fatto seguito alle riformulazioni al testo originario del Codice Rocco del 1990 e del 1997².

L'apprezzabile intento legislativo comune alle pur eterogenee disposizioni contenute nel d.l. 76/2020 è stato quello di attribuire maggiore determinatezza alla disposizione al fine di arrestare il fenomeno della c.d. "burocrazia difensiva", inconciliabile con gli obiettivi europei di ripresa economica del Paese. L'approccio seguito risulta quindi in controtendenza rispetto alla "caccia" al funzionario infedele che ha caratterizzato invece la legge Severino e, ancor più, la legge Spazza-corrotti. Tuttavia, questa svolta in senso garantista, celebrata come una vera e propria rivoluzione copernicana, ha prodotto non poche storture di sistema e non sembrerebbe aver soddisfatto appieno la sua *ratio* ispiratrice. Prova ne è il fatto che le iscrizioni di reato per abuso d'ufficio risultano ancora copiose e che l'interpretazione giurisprudenziale della norma non sempre è univoca.

La norma sull'abuso d'ufficio non è stata integralmente riformulata, ma notevoli sono state le innovazioni introdotte dal legislatore del 2020 nella struttura della fattispecie a seguito della sostituzione dell'inciso «in violazione di legge o di regolamento» con l'articolata formula «in violazione di

¹ L'aggettivo "incipite" viene abilmente utilizzato da MERLO, *L'abuso d'ufficio. Tra legge e giudice*, Torino, 2019.

² Per una disamina organica e completa sulla fattispecie e la sua evoluzione si rinvia, per tutti, al recente contributo di MATTEVI, *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta. Evoluzione e prospettive di una fattispecie discussa*, Trento, 2022.

specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità». Il reato in esame, così come novellato, sembrerebbe ora configurabile nei soli casi in cui la violazione di legge da parte dell'agente pubblico abbia avuto ad oggetto: regole dettate da norme di legge o da atti aventi forza di legge, dunque non anche da meri regolamenti ovvero da altri atti normativi di fonte *sub* primaria; specifiche regole di condotta e non anche regole di carattere generale; regole formulate in termini tali da non lasciare alcun margine di discrezionalità all'agente, restando perciò esclusa l'applicabilità della norma incriminatrice laddove quelle disposizioni di condotta rispondano in concreto, anche in misura marginale, all'esercizio di un potere discrezionale. Diversamente, il riferimento all'elemento psicologico del dolo intenzionale è rimasto immutato. Allo stesso modo non è stata modificata la modalità alternativa di condotta meramente omissiva, consistente nella violazione dell'obbligo di astensione. In quest'ultima modalità di condotta la fonte normativa della violazione è da individuarsi nella norma penale stessa, seppure mediante il rinvio (ma solo per i casi diversi dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto) ad altre fonti normative extra-penali che prescrivono lo stesso obbligo di astensione³.

Dunque, si è voluto restringere considerevolmente il "raggio di fuoco" del delitto di abuso d'ufficio, operando rispettivamente sulle norme generiche e sulle norme non vincolanti, giacché le prime possono porsi in contrasto con il principio di legalità (in particolare di precisione e prevedibilità), mentre le seconde, quelle non vincolanti, accentuano il rischio di sconfinamenti del giudice penale nella discrezionalità amministrativa⁴. Benché tali obiettivi, in linea di principio, siano ampiamente condivisibili, vi sono alcuni profili di criticità risultanti dalla nuova fisionomia del reato e dalla prassi applicativa che sembrano non garantire le esigenze di certezza che hanno ispirato il legislatore della riforma.

Un primo profilo che pone alcune perplessità riguarda i casi di c.d. eterointegrazione, *id est* di configurabilità del reato di abuso d'ufficio per violazione mediata di norme interposte. L'ipotesi più ricorrente nella prassi attiene al rilascio di permessi di costruzione in violazione delle previsioni in materia edilizia-urbanistica, quali ad esempio il Piano Regolatore o il Piano Strutturale Comunale⁵. La Corte di cassazione ha affrontato in più occasioni

³ In sede di primo commento, fra i numerosi contributi, si segnalano le riflessioni di PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in www.giurisprudenzapenale.it, 2020; GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in www.sistemapenale.it, 2 dicembre 2020.

⁴ GAROFOLI, *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema Penale*, 2023, 3.

⁵ Il tema ha origini risalenti, per una prima analisi si veda: AMBROSETTI, *Brevi note in tema di configurabilità dell'abuso di ufficio nell'ipotesi di rilascio di concessione edilizia in conformità dallo strumento urbanistico*, nota a Corte di Cassazione, sez. 6. penale, 9 luglio 1998, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 1999, 339 ss.; per un approfondimento recente invece: PAGELLA, *La Cassazione*

tale questione, giungendo però ad esiti interpretativi discordanti. Parte della giurisprudenza di legittimità ha accolto un'interpretazione restrittiva coerente con l'*intentio legislatoris*, negando che possa essere integrato l'abuso d'ufficio attraverso la condotta contraria a norme di fonte *sub* primaria⁶. In altri pronunciamenti, tuttavia, la giurisprudenza ha riconosciuto l'integrazione del reato individuando la "base legale" dell'abuso penalmente rilevante nel t.u. edilizia, dopo aver sottolineato come «il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente...[rientranti nella categoria] degli atti amministrativi generali la cui violazione rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica (art. 12 e 13 del d.P.R. n. 380 del 2001)[...], normativa a cui deve farsi riferimento, per ritenere concretata la "violazione di legge", quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 c.p. anche seguito della modifica normativa»⁷. Com'era prevedibile, dunque, le imprecisioni della nuova formulazione legislativa hanno fatto sì che la norma mantenesse la sua forza espansiva, permettendo ad una parte della giurisprudenza di non conformarsi alle istanze di politica criminale promosse con la riforma. Del resto, la disposizione della nuova fattispecie non prevede espressamente, come sarebbe stato auspicabile, che la regola di condotta sia "contenuta o direttamente prevista" dalla legge. Ciò ha determinato, inevitabilmente, esiti interpretativi incerti ed in evidente contraddizione con gli obiettivi di certezza e prevedibilità perseguiti dal legislatore.

Un ulteriore profilo di criticità nella nuova formulazione normativa - che ha animato il dibattito dottrinale - attiene al requisito negativo dell'assenza di residui margini di discrezionalità. Tale locuzione appare foriera (sia in punto di determinatezza della fattispecie sia di limite al sindacato penale sulle valutazioni amministrative) delle medesime incertezze applicative proprie della precedente formulazione⁸. La discrezionalità, invero, non costituisce una categoria univoca; al contrario, essa assume significati diversi in relazione al contesto applicativo. È sufficiente considerare le numerose sfaccettature che hanno assunto nel tempo il concetto di discrezionalità (amministrativa, tecnica, vincolata, politica, etc.), nonché i concetti inafferrabili di merito amministrativo e di eccesso di potere, per giungere alla conclusione che non

sull'abolitio criminis parziale dell'abuso d'ufficio ad opera del "decreto semplificazioni", in www.sistemapenale.it, 19 maggio 2021.

⁶ Cfr. Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442, in *Sist. Pen.*, 2021.

⁷ Cass., Sez. VI, 12 novembre 2020, n. 31873, in *Giurisprudenza Penale*, 2020; Cass., Sez. III, 28 settembre 2020, n. 26834, in *CED*. In dottrina, sul tema, v. CIOFFI, *Abuso d'ufficio e diritto amministrativo. Il problema dei due ordinamenti, tra eterointegrazione e incorporazione*, in *Dir. amm.*, 2023, 2, 285 ss.

⁸ MERLI, *Alcune riflessioni sul reato di abuso d'ufficio dopo l'ultima riforma*, in *Archivio Penale*, 2021, 2; ALBERICO, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, in *Sistema Penale*, 2021, 4; BORSARI, *A volte ritornano. Riforma dell'abuso d'ufficio e sperimentazioni applicative*, in *Sistema Penale*, 2021, 9.

si possa confidare nella tecnica normativa utilizzata⁹. Come acutamente rilevato, il rinvio all'assenza di margini di discrezionalità rende il precetto in parte "bianco"¹⁰. Tale "assenza" configura un elemento di reale integrazione, sebbene negativo, e perciò il giudice penale potrebbe paradossalmente esercitare un sindacato persino superiore sulle scelte amministrative adottate, ricorrendo all'indagine del fondamento del potere esercitato¹¹. Ancorché tale rischio appaia – ad oggi – scongiurato, dal momento che la giurisprudenza si è finora dimostrata sensibile alla *ratio* restrittiva del precetto, non si può tuttavia escludere che in futuro – attraverso una interpretazione della disposizione normativa astratta – si giunga ad esiti distanti, se non opposti, rispetto a quelli voluti dal legislatore. D'altra parte, la disposizione incriminatrice è stata resa "bianca" in relazione ad un elemento extra-penale dal significato variabile. Ciò implica che la tassatività del precetto dipenda dalla interpretazione giudiziale delle disposizioni extra-penali che conferiscono e regolano il potere discrezionale, strumentale all'esercizio della funzione pubblica. A ciò si aggiunga che il requisito negativo dell'assenza di residua discrezionalità amministrativa non è sempre compatibile con l'invalido esercizio di essa, in particolare quando ricorre un'ipotesi di sviamento di potere. A tal proposito, si riporta un rilevante *obiter dictum* della Suprema Corte, con il quale sembra essersi aperta un'ulteriore breccia nell'intero impianto disegnato dal legislatore nel Decreto Semplificazioni. La Corte di cassazione ha affermato infatti che il residuo di discrezionalità impedisce l'attivazione della risposta penale salvo che «l'esercizio del potere discrezionale non trasmodi tuttavia in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito»¹². Tale soluzione, come evidente, non può essere accolta, dal momento che la valutazione sulla distorsione teleologica della funzione amministrativa determinerebbe un ritorno ad una concezione di abuso eminentemente soggettiva, antitetica rispetto alla natura di reato di evento voluta dal legislatore¹³. Peraltro, ciò consentire al giudice penale un sindacato sull'atto molto simile a quello sul vizio di eccesso di potere che,

⁹ Sulla nuova fattispecie, limitatamente ai profili di diritto amministrativo, a livello monografico, v. PERONGINI, *L'abuso d'ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020*, Torino, 2020, il quale sostiene che al fine di arrestare definitivamente interpretazioni estensive ed elusive della fattispecie penale sia necessario riformare il reato di abuso di ufficio utilizzando il criterio selettivo della specifica indicazione delle fonti violate, quello selettivo della puntuale indicazione dei provvedimenti invalidi e quello della precisa enucleazione delle patologie che lo affliggono.

¹⁰ In questi termini, si v. ALBERICO, *Le vecchie insidie*, cit.

¹¹ ALBERICO, *Le vecchie insidie*, cit.

¹² Cass. Pen., Sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442, in *Sist. Pen.*, 2021.

¹³ Per tutti v. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 110 ss.

come osservato in dottrina, comporta in concreto una “consegna” al giudice delle “chiavi” del merito amministrativo¹⁴. Tale indirizzo ermeneutico, dunque, aprirebbe la strada ad un ennesimo scollamento fra l’obiettivo di politica criminale perseguito dal legislatore attraverso la riformulazione del precetto ed il c.d. diritto vivente.

Infine, come segnalato già in sede di primo commento, vi è un terzo e ulteriore elemento che – contrariamente alla logica di politica criminale del legislatore – appare in grado di (ri)dilatare nuovamente i confini applicativi della fattispecie di abuso d’ufficio. Ci si riferisce ai casi di omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, non interessati dalla riformulazione del precetto poiché speciali rispetto alle generica violazione di norme di legge o di regolamento. La capacità estensiva della fattispecie di omessa astensione, a seguito della riforma del 2020, risulta particolarmente rilevante in relazione alla locuzione «negli altri casi prescritti». Si è correttamente rilevato, infatti, come questa formula sia in grado di ricomprendere ipotesi di abuso d’ufficio in situazioni di conflitto di interesse disciplinate da fonti regolamentari e *sub* legislative e da regole, anche di fonte primaria, specifiche o non, che lasciano residuare margini di discrezionalità¹⁵.

Si pensi ad esempio al delicato tema del conflitto di interessi per c.d. “socializio professionale” nell’ambito dei concorsi per docenti universitari. L’assenza di conflitti di interesse, in capo ai dipendenti pubblici, è il presupposto sostanziale per la tutela della imparzialità del potere pubblico-amministrativo, tuttavia nel nostro ordinamento non esiste una definizione univoca di “conflitto di interesse”, né una norma che ne preveda in modo analitico tutte le ipotesi e gli elementi costitutivi¹⁶.

L’individuazione della situazione di conflitto di interesse è rimessa, pertanto, alla discrezionalità amministrativa dell’organo investito del potere decisionale, di volta in volta chiamato ad effettuare una scelta amministrativa. Sul piano processual penalistico spetta, dunque, al giudice penale chiamato a valutare la configurazione del reato di abuso d’ufficio “per omissione” il gravoso compito di definire – *ex post* – se nel caso portato alla sua attenzione ricorra o meno un’ipotesi di conflitto di interessi, in virtù del quale il pubblico funzionario si sarebbe dovuto astenere. Tale assetto, come evidente, determina un grave *vulnus* in termini di prevedibilità delle conseguenze del proprio agire da parte del pubblico agente, il quale si trova costretto a dover scegliere se procedere o meno all’adempimento delle sue funzioni

¹⁴ Così: SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014, 97 ss.

¹⁵ In dottrina cfr. GAMBARDILLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell’abuso d’ufficio*, in *Sistema Penale*, 2020, 7, 142 ss.; GATTA, *Riforma dell’abuso d’ufficio*, cit.

¹⁶ Per un esame completo della fattispecie sotto il profilo amministrativo si rinvia, per tutti, al recente contributo di D’ANGELO, *Conflitto di interessi ed esercizio della funzione amministrativa*, Torino, 2020.

senza alcun reale e certo parametro normativo di riferimento. Nel contesto dei concorsi universitari, in particolare, si registra un marcato *deficit* di fonti primarie e *sub primarie*¹⁷. A tal riguardo si è espressa di sovente la giurisprudenza amministrativa che ha tentato di stabilire in via ermeneutica il concetto di “sodalizio professionale”, specificando le ipotesi nelle quali ricorre un conflitto di interessi giuridicamente rilevante¹⁸. Secondo l’orientamento prevalente si ha conflitto di interessi qualora il rapporto fra giudicante e giudicato assume una rilevanza di intensità “speciale”, poiché «connotato da caratteri di stabilità e reciprocità di interessi di carattere economico»¹⁹; mentre non assurgerebbe a conflitto di interessi giuridicamente rilevante il mero “coautoraggio”, trattandosi di una pratica ricorrente e talvolta inevitabile nella prassi accademica²⁰. In sostanza, si configura un conflitto d’interessi quando si possa ritenere – in virtù di un criterio meramente teleologico – che il potere amministrativo sia stato orientato al perseguimento di interessi di natura personale, ulteriori e diversi rispetto all’interesse pubblico²¹. Con una recente sentenza il Consiglio di Stato ha confermato questo indirizzo, ribadendo come la procedura concorsuale sia da considerarsi illegittima qualora intercorra fra le parti un rapporto personale di tale intensità da far sorgere il sospetto che il giudizio non sia stato improntato al rispetto del principio di imparzialità²². Tuttavia, muovendo da questa premessa, che valorizza la portata precettiva dell’art. 97 Cost., si impone al pubblico funzionario una

¹⁷ La Legge n. 240/2010, ai sensi della quale vengono bandite le procedure di selezione per i concorsi in ambito universitario, non contiene specifiche disposizioni che regolano le potenziali situazioni di conflitto di interesse relative alla composizione delle commissioni di concorso. Inoltre, il d.p.R. 4 aprile 2016, n. 95, concernente il conferimento dell’abilitazione scientifica nazionale per il passaggio a ruolo dei professori universitari di prima e seconda fascia non annovera specifiche disposizioni in ordine ai casi di conflitto di interessi dei commissari, nel disciplinare le modalità di formazione e funzionamento della commissione nazionale per l’abilitazione alle funzioni di professore universitario di prima e seconda fascia. Pertanto occorrerà richiamare l’art. 11, comma 1 del d.P.R. n. 487/1994 secondo cui i componenti della Commissione sottoscrivono una dichiarazione di non sussistenza di incompatibilità come precisato *ex lege* dagli artt. 51 c.p.c. e 52 c.p., senza che le cause di incompatibilità ivi previste possano essere oggetto di estensione analogica.

¹⁸ Con specifico riferimento all’ambito accademico, si veda: Lorusso, *Concorsi per docenti universitari: il conflitto d’interesse dei commissari*, in *Il diritto amministrativo*, 2023, 10.

¹⁹ Cons. St., Sez. VI, 30 luglio 2013, n. 4015, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰ *Ex plurimis*, recentemente, Cons. St., Sez. III, 17 gennaio 2020, n. 420, in www.giustizia-amministrativa.it.

²¹ Non esiste, dunque, né un parametro di rango normativo né univoci criteri di matrice giurisprudenziale. Dello stesso tenore le indicazioni fornite da ANAC che con la delibera n. 25 del 15 gennaio 2020, avente ad oggetto le «indicazioni per la gestione di situazioni di conflitto di interessi a carico dei componenti delle commissioni giudicatrici di concorsi pubblici e dei componenti delle commissioni di gara per l’affidamento di contratti pubblici» si è limitata a fornire una rassegna organica della giurisprudenza di riferimento senza provvedere all’enucleazione di un tassativo elenco di elementi da cui poter desumere il “conflitto di interessi”.

²² Da ultimo: Cons. St., 21 ottobre 2022, n. 8980, in *il dir. amm.*, con nota di Lorusso. Precedentemente, *ex multis*: Cons. St., Sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2119; Cons. St., Sez. III, 28 aprile 2016, n. 1628

valutazione circa la legittimità della sua azione sulla base degli “inafferrabili” principi di imparzialità e buon andamento, certamente troppo ampi e discrezionali perché possano orientare efficacemente la condotta del pubblico agente. Di conseguenza, stante l’immutata configurabilità del reato di abuso d’ufficio per omissione *ante* e *post* riforma del 2020, si può ragionevolmente prevedere che l’abuso d’ufficio per omessa astensione in caso di conflitto di interessi potrà costituire il “grimaldello” per riespandere la forza punitiva indeterminata che caratterizza, dalla sua origine, questa fattispecie di reato. In particolare, ciò risulta tanto più prevedibile con riguardo agli ambiti, quale quello dei concorsi universitari, in cui il concetto di conflitto di interesse è definito dalla mera interpretazione giurisprudenziale del lacunoso quadro normativo di riferimento. A questo avviso, dunque, onde evitare gravi disparità di trattamento con riferimento alla responsabilità del pubblico funzionario in relazione alle condotte omissive rispetto a quelle commissive, il legislatore potrebbe valutare un ulteriore sforzo di tipizzazione della disposizione dell’art. 323, segnatamente con riferimento alla seconda parte della norma inerente all’ipotesi di condotta omissiva, non interessata dalla restrittiva riformulazione del 2020. Diversamente, abbandonando la logica dell’estrema tipizzazione della fattispecie, per le ragioni di cui *infra*, non appare irragionevole la proposta abrogativa del reato *tout court*.

2. Sulla proposta di abolizione della fattispecie (Disegno di legge n. 808, 19 luglio 2023).

Come è noto, il 15 giugno 2023 il Consiglio dei Ministri ha approvato il disegno di legge n. S. 808, su iniziativa del Ministro della Giustizia Carlo Nordio, che contiene la proposta di abrogare l’art. 323 c.p. (si segnala che l’abrogazione dell’art. 323 c.p. è prevista altresì dalla proposta di legge C. 645 Pittalis, attualmente all’esame della Commissione Giustizia della Camera).

Nonostante i plurimi interventi normativi, di cui *supra*, volti a dare maggiore determinatezza alla disposizione (1990, 1997, 2012 e 2020) rimane ancora elevatissimo il numero di iscrizioni nel registro degli indagati: 4.745 nel 2021 e 3.938 nel 2022 (e alla rilevazione mancano sei uffici): di questi procedimenti, 4.121 sono stati archiviati nel 2021 e 3.536 nel 2022, *i.e.* il 79%. Il numero dei procedimenti per abuso di ufficio è però in forte calo (da 7939 nel 2016 a 5418 nel 2021). Mentre il rapporto col numero delle condanne è pressoché invariato: da 82 nel 2016 a 18 nel 2021 per i processi giunti a dibattimento, oltre le 44 (sempre del 2021) innanzi alle Sezioni G.i.p./G.u.²³.

Questi dati si prestano a differenti, contrastanti letture. Partiamo con ciò che è pacifico: appare netta la riduzione del numero dei procedimenti iscritti nei tribunali ordinari. In particolare, nella sezione gip/gup si è assistito a una

²³ Dati e statistiche tratti da MAGLIONE, *Abuso d’ufficio verso la riforma: processi calati del 40% dal 2016*, in *Il Sole 24 ore*, 13 dicembre 2022.

riduzione del 40% dei procedimenti iscritti: da 7.930 nel 2016 a 4.838 nel 2021. Tale dato dimostra che la riforma illustrata ha effettivamente ridotto l'ambito applicativo della norma. In secondo luogo, però, è incontestabile che la discrepanza fra il numero di procedimenti avviati e le relative sentenze di condanna sia tuttora esorbitante, poiché alla diminuzione del numero dei procedimenti è seguita in maniera direttamente proporzionale una diminuzione anche del numero delle condanne. Diversamente, ci si sarebbe aspettato che l'opera di tipizzazione normativa avrebbe portato sia ad una riduzione (persino superiore) dei procedimenti sia ad una più efficace e calibrata azione di persecuzione penale. Appare, invece, ancora decisamente eccessivo il numero di iscrizioni di reato per abuso d'ufficio nel 2022, *a fortiori* se rapportato al numero esiguo di condanne.

Taluni studiosi, tuttavia, interpretano questi dati in senso positivo, evidenziando che la discrepanza fra il numero dei procedimenti e le relative condanne sia sintomo di una nuova effettiva capacità di filtro da parte del giudice penale e delle procure, sulla scorta della recente formulazione del reato²⁴. Tale considerazione non è da ritenersi del tutto condivisibile, anzi, è smentita dal dato aritmetico sul rapporto procedimenti-condanne, che è rimasto invariato *ante* e *post* riforma. Oggi, come allora, il numero dei procedimenti che si concludono con una sentenza di condanna è estremamente esiguo, si tratta di un rapporto di 1 a 100 circa. Questo rapporto, più che essere «prova di una capacità della giurisprudenza di selezionare rigorosamente gli abusi penalmente rilevanti», come sostenuto in dottrina²⁵, è sintomo di una perpetua tendenza della magistratura inquirente ad avviare procedimenti penali ancorché, all'evidenza, non ricorrano gli elementi costitutivi del reato di abuso d'ufficio. Del resto, ieri, come oggi, tale fattispecie è utilizzata, più o meno esplicitamente, come “reato spia” di altri reati ovvero per sopperire alle carenze probatorie di fatti ascrivibili ad altre fattispecie²⁶. Ciò peraltro in palese violazione della clausola di sussidiarietà con cui si apre la disposizione di cui all'art. 323 c.p. In altri termini, il fatto che il numero di procedimenti sia rimasto così elevato e, soprattutto, che il rapporto con le effettive condanne sia così esiguo, esprime – oggi come allora – l'idea che l'abuso d'ufficio sia un reato onnivoro, capace di attrarre a sé qualsiasi distorsione del potere pubblico, quand'anche distante dalla tipizzazione legislativa. Tale discrepanza,

²⁴ GATTA, *L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra paura della firma, esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, in *Sistema Penale*, 2023, 5; GAROFOLI, *L'annunciata riforma*, cit., 6.

²⁵ Così, testualmente, GAROFOLI, *ibid.*; la medesima considerazione è stata formulata anche da GATTA, *ibid.*

²⁶ In questi termini il Procuratore generale reggente di Bologna, Lucia Musti in Commissione Giustizia della Camera dei deputati, il 20 giugno 2023. Dello stesso indirizzo anche il p.g. di Perugia Raffaele Cantone, il quale ritiene essenziale la fattispecie di abuso d'ufficio per la sua funzione di “reato spia”, si veda l'intervento in audizione del 13 settembre 2023 presso la Commissione Giustizia del Senato, pubblicato in www.sistemapenale.it, 19 settembre 2023.

che dati alla mano continua a persistere, tradisce altresì l'obiettivo di politica criminale perseguito dal legislatore: neutralizzare azioni giudiziarie pretestuose in ambito pubblicistico e, di conseguenza, eliminare il fenomeno della burocrazia difensiva. Numeri così elevati di procedimenti, per un così ridotto numero di condanne, fanno ragionevolmente dubitare della prudenza con la quale viene esercitata l'azione penale e incrementano la percezione del pubblico funzionario di essere esposto ad un rischio del tutto incalcolabile, poiché irrazionale²⁷. Peraltro, sotto un diverso profilo, non si può concordare con coloro che sostengono che i dati in esame siano sintomo di una effettiva capacità di filtro della giurisprudenza poiché, come è oramai indiscusso, l'iscrizione nel registro degli indagati e il relativo procedimento rappresentano ex se una pena nei confronti di coloro i quali esercitano una pubblica funzione, inevitabilmente esposti alla mediatizzazione della notizia di reato ed al susseguente discredito sociale. Questa chiave ermeneutica, oltre ad essere coerente con le moderne concezioni allargate di pena, è suffragata dalla Corte costituzionale stessa che nel dichiarare in parte infondate e in parte inammissibili alcune questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione alla riforma del 2020, con la sentenza n. 8/2022, ha riconosciuto come, rispetto alla paura della firma, «poco conta l'enorme divario, che pure si è registrato sul piano statistico, tra la mole dei procedimenti per abuso d'ufficio promossi e l'esiguo numero delle condanne definitive pronunciate in esito ad essi. Il solo rischio, ubiquo e indefinito, del coinvolgimento in un procedimento penale, con i costi materiali, umani e sociali (per il ricorrente clamore mediatico) che esso comporta, basta a generare un 'effetto di raffreddamento', che induce il funzionario ad imboccare la via per sé più rassicurante. Tutto ciò, peraltro, con significativi riflessi negativi in termini di perdita di efficienza e di rallentamento dell'azione amministrativa, specie nei procedimenti più delicati»²⁸. Una presa di posizione così netta, un passo avanti così marcato, quanto auspicato, in termini di riconoscimento di una necessaria tutela dal, oltre che nel, processo penale da parte del Giudice delle leggi non può essere trascurato, tanto sul versante giurisprudenziale quanto legislativo. Non

²⁷ Si è sostenuto, quanto al reato di abuso di ufficio, che vi possa essere un abuso dell'abuso d'ufficio, probabilmente da parte di chi formula denunce di frequente infondate, oltre che, in ipotesi, da chi lo utilizza per dare avvio a indagini dirette a controllare l'operato dei pubblici amministratori, in vista della contestazione di reati più gravi. Se così fosse, occorrerebbe chiedersi se il rimedio sia da rintracciare sul piano sostanziale o piuttosto su meccanismi di tipo processuale, valutando, tra l'altro, quale possa essere l'impatto applicativo delle recenti innovazioni della riforma Cartabia in punto di doveri del Pubblico Ministero nel concludere le indagini preliminari. Sul punto cfr. GAROFOLI, *L'annunciata riforma*, cit.

²⁸ La questione di legittimità costituzionale concerneva l'art. 23, comma 1, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 ed era stata sollevata dal G.u.p. del Tribunale di Catanzaro non solo con riferimento all'art. 77 Cost., ma anche in relazione ai precetti di cui agli articoli 3 e 97 Cost., venendo a privare di rilevanza penale ogni forma di esercizio della discrezionalità amministrativa del p.u., sostanzialmente equiparandolo al privato. La sentenza 18 gennaio 2022 n. 8 è rinvenibile sul sito www.cortecostituzionale.it.

sorprende pertanto che il legislatore, sulla scorta di questa pronuncia, e alla luce della costante sproporzione fra numero di procedimenti e di condanne, sia tornato sul reato di abuso d'ufficio proponendone l'abrogazione. D'altra parte, l'attuale formulazione legislativa è riuscita nell'arduo compito di non soddisfare né i promotori di istanze liberali volte alla ripresa economica del paese né, ovviamente, i fautori di un modello maggiormente ispirato alla legalità e alla sicurezza. Un tale esito deriva dal fatto che, come evidenziato al paragrafo precedente, la norma ha lasciato margini di interpretazione ampi che permettono, tuttora, di formulare un numero elevato di iscrizioni di reato, lasciando però impunte le ipotesi maggiormente lesive dell'imparzialità delle pubblica amministrazione²⁹. A ciò si aggiunga che l'attuale formulazione espunge dal campo applicativo della fattispecie anche le violazioni dei regolamenti, dove tuttavia si rinvencono le regole di condotta espresse e specifiche più vicine al caso concreto e perciò realmente idonee ad orientare l'operato degli amministratori. Si tratta, in sintesi, di una fattispecie, allo stato, insoddisfacente e ingiusta dal momento che non risolve né le problematiche inerenti al rischio incalcolabile dei pubblici amministratori di incorrere in un processo penale, né garantisce un controllo di legalità sufficientemente ampio.

3. La Proposta di direttiva europea COM(2023)234 sulla lotta contro la corruzione, una soluzione “sgrammaticata”.

Come segnalato da taluni studiosi in sede di primo commento, la scelta abolitiva si porrebbe in contrasto con quanto previsto dalla proposta di direttiva anticorruzione recentemente avanzata dalla Commissione europea, aderente all'art. 19 della Convenzione di Merida del 2003 che si ispira, a sua volta, alla Convenzione interamericana del 1996³⁰.

²⁹ PADOVANI in *Vita morte e miracoli*, cit. denuncia la grave menomazione dell'apparato repressivo a seguito della riforma di cui al d.l. Semplificazioni. L'illustre studioso ha definito la nuova norma un *ircocervo*, dal momento che lascia impuniti i più gravi fenomeni di abuso di potere (quelli connotati dalla discrezionalità amministrativa), mentre continua ad applicarsi alle violazioni bagatellari inerenti la violazione di precise regole vincolanti. Inoltre, secondo lo studioso, ciò determinerebbe una pericolosa riespansione di fattispecie contigue, quale ad esempio il peculato per distrazione. Sulla stessa posizione peraltro anche parte della giurisprudenza, con il presidente Giorgio FIDELBO, su tutti, che nel corso della *Relazione* al Convegno del 23 febbraio 2021 promosso dall'Associazione Veneta degli Avvocati Amministrativisti ha affermato che per un profilo di coerenza di sistema sarebbe auspicabile l'abolizione dell'attuale formulazione, considerato che all'arretramento nel contrasto alla illegalità amministrativa «non si è colto [nemmeno] l'obiettivo di mettere davvero il funzionario pubblico al riparo da iniziative giudiziarie».

³⁰ GAMBARDELLA, La “Proposta di Direttiva in materia di lotta alla corruzione” al vaglio del Parlamento: qualche riflessione sui reati di abuso d'ufficio e traffico di influenze, in *www.sistemapenale.it*, 27 luglio 2023; GATTA, L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra “paura della firma”, esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione, in *Sistema Penale*, 2023, 5. Sotto altro profilo, secondo alcuni studiosi, l'abolizione esporrebbe la norma a possibili sindacati di costituzionalità (con effetti in *malam partem*), tanto per contrasto con l'art. 117 Cost. in relazione

La corruzione è attualmente regolata solo in modo parziale e disomogeneo a livello UE, attraverso: la decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio che stabilisce requisiti relativi alla configurazione della corruzione come reato per quanto riguarda il settore privato; la convenzione del 1997 relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari dell'UE o dei suoi Stati membri; la citata convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (UNCAC) di Merida. Alla luce di un complesso normativo frammentato, la Proposta di direttiva in questione si propone di aggiornare e uniformare il quadro giuridico dell'UE in materia di lotta contro la corruzione, vincolando gli Stati membri all'adozione di norme di armonizzazione minima delle fattispecie di reato riconducibili alla corruzione e delle relative sanzioni, nonché di misure per la prevenzione del fenomeno corruttivo e di strumenti per rafforzare la cooperazione nelle relative attività di contrasto. L'obiettivo espresso dalla Commissione è netto e amplissimo: «garantire che tutte le forme di corruzione siano perseguibili penalmente in tutti gli Stati membri»³¹. Tuttavia, tale obiettivo, così ambizioso, non sembra sorretto dal necessario fondamento giuridico. È vero che l'art. 83 par. 1 e 2 del TFUE menziona la corruzione fra le “sfere criminali” ritenute particolarmente gravi da giustificare un intervento unionale, ma il margine d'intervento del Parlamento e del Consiglio europeo è subordinato dallo stesso articolo alle sole ipotesi di reato che denotino una «dimensione transnazionale». La corruzione in senso proprio, in particolare quella legata al settore degli appalti pubblici, può senz'altro rivelare una dimensione transnazionale, ma non è altrettanto certo che ricorra questo carattere per le altre forme di reato quali l'abuso d'ufficio e l'intralcio alla giustizia, inopinatamente ricondotte dalla Commissione europea alla corruzione *tout court*.

Ciò premesso, come noto, ancorché ricorra la transnazionalità del fenomeno criminoso, l'intervento legislativo europeo deve in ogni caso essere sussidiario e proporzionato (art. 5, TUE). Sotto questo profilo la Commissione europea ha giustificato il suo intervento sostenendo, da un lato, che il quadro normativo frammentato esigesse una normativa unitaria e uniforme e, dall'altro, che vi fosse la necessità di un nuovo strumento europeo di adeguamento alle previsioni contenute nella Convenzione dell'ONU contro la corruzione (UNCAC) siglata a Merida, ritenuta il più esaustivo strumen-

all'art. 19 della Convenzione di Merida, ratificata dal nostro Paese con la legge n. 116 del 2009, che impone una penalizzazione di condotte abusive, quanto perché, lasciando 'scoperte' ipotesi di strumentalizzazione a danno della pubblica amministrazione, creerebbe vere e proprie “zone franche” dell'ordinamento. Cfr. CUPELLI, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, in *www.sistemapenale.it*, 23 gennaio 2023.

³¹ “*Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on combating corruption, replacing Council Framework Decision 2003/568/JHA and the Convention on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of Member States of the European Union and amending Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council*”, COM/2023/234, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2023%3A234%3AFIN>.

to giuridico internazionale in questo campo³². Con riguardo a quest'ultima dichiarata esigenza di ottemperanza agli obblighi convenzionali, tuttavia, sono molteplici le osservazioni che possono essere sollevate, posto che la Commissione europea sembra essersi spinta molto "oltre" rispetto a quanto previsto dalla stessa Convenzione di Merida.

In primo luogo, come rilevato nel parere redatto dalla XIV Commissione della Camera dei deputati (Politiche dell'Unione Europea) del 19 luglio 2023³³, la Convenzione di Merida garantisce maggior determinatezza rispetto alla formulata Proposta di direttiva, poiché impone la penalizzazione di un insieme determinato ed omogeneo di fattispecie criminali, segnatamente: la corruzione di pubblici ufficiali nazionali, la corruzione di pubblici ufficiali stranieri e di funzionari di organizzazioni internazionali pubbliche, la sottrazione, l'appropriazione indebita od altro uso illecito di beni da parte di un pubblico ufficiale, il riciclaggio dei proventi del crimine, l'ostacolo al buon funzionamento della giustizia³⁴. Diversamente, la Proposta di direttiva europea sembra obbligare alla criminalizzazione di una serie eterogenea di fattispecie di reato, valutate in maniera diversa a livello internazionale.

In secondo luogo, non può essere trascurato il fatto che la Convenzione UNCAC, in rispondenza ai canoni di sussidiarietà e proporzionalità che impongono di tener conto della diversità e delle dinamiche dei rispettivi ordinamenti statali, prevede un'incriminazione meramente facoltativa per quanto riguarda l'abuso d'ufficio³⁵, la corruzione nel settore privato e l'arricchimento illecito. Al contrario, la proposta di direttiva in esame, oltre a sovrapporre fenomenologie criminali radicalmente dissimili, pone sullo stesso piano mere raccomandazioni internazionali e veri e propri obblighi convenzionali. Peraltro, in considerazione della recente proposta di abolizione del reato di abuso d'ufficio formulata con d.d.l. n. 808/2023, occorre valutare in modo più specifico l'opportunità, *recte* la legittimità, di ricomprendere questa fattispecie così generale (e peculiare al contempo) nel novero dei reati di corruzione transnazionale interessati dalla direttiva.

Con specifico riguardo all'abuso d'ufficio, l'art. 11 della Proposta di direttiva descrive il reato in parola come: «l'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo;

³² *Ibid.*

³³ Nella seduta del 19 luglio 2023, la XIV Commissione (Politiche UE) della Camera, nell'ambito dell'esame di sussidiarietà, ha adottato un documento recante parere motivato (Doc. XVIII-bis, n. 10), ai sensi della procedura per la verifica di conformità al principio di sussidiarietà di cui al Protocollo n. 2 allegato al Trattato di Lisbona, sulla proposta di direttiva sulla lotta contro la corruzione, contestandone sotto vari profili la conformità al medesimo principio nonché a quelli di attribuzione e proporzionalità. Il parere motivato è stato confermato dall'assemblea della Camera dei deputati nella seduta del 26 luglio 2023, www.camera.it/leg19/410?idSeduta=0147&tipo=stenografico#sed0147.stenografico.tit00030.

³⁴ Titolo III, Convenzione UNAC, 31 ottobre 2003, New York.

³⁵ Art. 19, titolo III, Convenzione, cit.

l'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione di un dovere, da parte di una persona che svolge a qualsiasi titolo funzioni direttive o lavorative per un'entità del settore privato nell'ambito di attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o commerciali al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo».

Come evidente, si tratta di una formulazione estremamente ampia in grado di assorbire condotte già previste dalla Proposta di direttiva (come la corruzione o il traffico di influenze), che però non potrebbero essere agevolmente provate processualmente. Inoltre, una disposizione così ampia, incentrata sull'elemento dell'intenzionalità dell'indebito vantaggio, anziché sull'effettivo concretarsi del vantaggio indebito, introduce la possibilità di reprimere azioni anche meramente potenziali, quale ad esempio la mancata comunicazione di un conflitto di interessi in un contratto o in una transazione a cui il funzionario partecipa nell'esercizio delle sue funzioni. Corre l'obbligo di constatare che, stando alla disposizione contenuta nella Proposta, l'indebito vantaggio verrebbe a configurare un elemento soggettivo di natura teleologica, anziché un evento di materiale e necessaria verifica. Una simile formulazione renderebbe superflua la dimostrazione che l'imputato abbia effettivamente ottenuto un vantaggio indebito, poiché risulterebbe sufficiente provare che l'imputato abbia agito allo scopo di ottenere un vantaggio indebito³⁶. Ciò consentirebbe di perseguire in maniera arbitraria l'azione dei pubblici ufficiali, attraverso un'indagine subiettiva della condotta e a prescindere dalla dimostrazione di un danno effettivo per la pubblica amministrazione, in spregio dei principi di materialità e offensività del reato. Sotto un'altra prospettiva, la formulazione in esame, nonostante l'ampiezza, sembra non soddisfare appieno nemmeno le istanze di tutela dell'imparzialità amministrativa. Invero, l'art. 11 della Proposta UE non prende in considerazione l'abuso di funzioni allo scopo di arrecare un danno che, tipicamente, rappresenta uno dei casi di abuso più gravi (c.d. abuso per prevaricazione). Né prende in considerazione la violazione di un dovere di astensione in presenza di un conflitto di interessi, come fa ad esempio l'art. 323 del codice penale italiano.

Infine, suscita perplessità anche la disposizione inerente all'abuso di funzioni nel settore privato (art. 11, comma 2), che equipara inopinatamente l'abuso di funzioni private a quello pubblico. L'unica spiegazione fornita nella relazione esplicativa appare decisamente tautologica: «Al fine di combattere la corruzione in modo globale, questa Direttiva dovrebbe coprire anche questo reato». Basti in questa sede evidenziare che la fattispecie di reato descritta dalla Proposta di direttiva è eccessivamente generica, il che potrebbe non solo ostacolare la certezza del diritto, ma anche avere un impatto negativo

³⁶ MONGILLO, *Strengths and Weaknesses of the Proposal for a EU Directive on Combating Corruption*, in *Sistema Penale*, 2023, 7.

sulla ripresa economica dell'Unione, in evidente contraddizione con gli obiettivi del piano NextGenerationEu³⁷.

Alla luce del quadro sin qui delineato, si ritiene che la Proposta di direttiva in esame sollevi forti dubbi sul rispetto del principio di proporzionalità (in relazione a quanto è necessario per raggiungerne gli obiettivi) e di alcuni principi fondamentali del diritto penale, quali: la prevedibilità, la determinatezza e l'offensività delle fattispecie di reato. Formulazioni così ampie e generiche, che paiono vere e proprie petizioni di principio, risultano peraltro in netta controtendenza rispetto alle più recenti evoluzioni del moderno diritto penale affermatesi proprio in seno alla CEDU, che impongono un più severo grado di precisione descrittiva della legge, sia in relazione al momento formativo della disposizione sia al momento interpretativo della stessa³⁸. Oltre alla carenza di calcolabilità delle conseguenze del proprio agire, in ragione del marcato *deficit* di determinatezza, appare tradito altresì il principio di ragionevolezza (quale corollario di quello di uguaglianza) con riferimento al segnalato eccessivo livellamento tra il settore pubblico e quello privato. Fermo restando che, con specifico riguardo al reato di abuso d'ufficio, permangono forti dubbi sulla sussistenza del requisito della transnazionalità, posto che, alla luce delle esperienze applicative, tale reato involge principalmente dinamiche territorialmente circoscritte. Si ritiene, invero, che la formulazione di una fattispecie di reato così peculiare debba tenere conto delle specificità del fenomeno criminale e della cornice giuridico-costituzionale dei singoli Stati membri. Del resto, questa soluzione trova conferma nell'attuale panorama legislativo internazionale, all'interno del quale il reato di abuso d'ufficio viene previsto e punito in maniera eterogenea. Il codice penale francese, ad esempio, prevede un reato piuttosto generico denominato «*échec à l'exécution de la loi*» (art. 432-1 C.C.), che punisce la condotta di una persona investita di pubblici poteri che, nell'esercizio delle sue funzioni, prende misure «volte a ostacolare l'attuazione di una legge»; mentre, dal lato opposto, si trova l'approccio tradizionale del legislatore tedesco, che consiste nel rinunciare a un reato generale di abuso di funzioni per evitare un'eccessiva ingerenza della magistratura nell'attività amministrativa. In particolare, il codice penale tedesco – insieme ad altre disposizioni penali particolari – prevede

³⁷ Non sembra ragionevole parificare condotte caratterizzate da diversi livelli di offensività e gravità. Da ultimo, come segnalato in dottrina, l'esperienza di diversi Stati membri, tra cui l'Italia, indica che l'azione penale in contrasto all'abuso di funzioni nel settore privato non è facilmente realizzabile a causa delle difficoltà probatorie. Si concorda con chi, fra tutti, MONGILLO, *Strengths and Weaknesses*, cit., ritiene che sarebbe opportuno almeno limitare l'incriminazione nei confronti degli casi più gravi di "violazione dei doveri".

³⁸ Le disposizioni formulate nella Proposta di direttiva, in particolare quelle esaminate, riguardanti l'abuso d'ufficio, sembrano contraddire gli indirizzi oramai granitici della Corte edu, secondo cui la legge deve essere enunciata con una precisione tale da permettere al cittadino di regolare la propria condotta e di prevedere «con un grado ragionevole di approssimazione in rapporto alle circostanze del caso» le conseguenze che possono derivare da un atto determinato, cfr. Corte, 26 aprile 1979, Sunday Times c. Regno Unito, Serie A, n. 30, par 49.

un reato specifico denominato *Rechtsbeugung* (perversione giudiziaria della giustizia o della legge).

In sintesi, ancorché sia indubbiamente apprezzabile lo sforzo della Commissione di porsi un obiettivo tanto ambizioso e meritevole quale il contrasto della corruzione a livello europeo, non si può ignorare come tale intento dovrebbe essere accompagnato da un pari adeguato livello di tecnicismo e sensibilità giuridica. Altrimenti, quelle che abbiamo definito petizioni di principio, condivisibili in astratto, rischiano di risultare inefficaci in concreto, segnando un netto passo indietro in termini di legalità del sistema. L'ordinamento europeo non può prescindere dalle - proprie - conquiste giuridiche in tema di determinatezza e prevedibilità delle fattispecie di reato. Diversamente, per un singolare effetto paradossale, il rischio è che, perseguendo l'intento di eliminare le distorsioni di potere dal sistema, si concretizzi una macro distorsione dell'ordinamento stesso, che aprirebbe un'insanabile contraddizione giuridica nell'ordinamento eurounitario e con gli ordinamenti nazionali.

4. Riflessioni conclusive: fra ineliminabili distorsioni applicative e progressiva integrazione con l'ordinamento amministrativo.

Alla luce del quadro sin qui rassegnato appare evidente che la norma sull'abuso d'ufficio presenti un'intrinseca problematicità. Numerosi sono stati, invero, i tentativi di riformulazione del precetto, ma non è mutata la natura onnicomprensiva della fattispecie. I dati sui numeri di procedimenti avviati e la casistica giurisprudenziale estremamente eterogenea ci suggeriscono che questa figura di reato, ancorché modificata in senso restrittivo, continui a costituire una valvola di apertura del sistema, tanto sul versante teorico quanto su quello della prassi giudiziaria. È un esito che tradisce la più evoluta concezione di tipicità penale che impone un grado di determinatezza del precetto tale da garantire una precisa calcolabilità in astratto e in concreto delle conseguenze del proprio agire. V'è da domandarsi, dunque, se occorra un ennesimo sforzo di tipizzazione legislativa, in particolare con riguardo alla parte di norma che attiene al dovere di omissione per conflitto di interessi (che come visto suscita rilevanti criticità ermeneutiche), oppure se sia preferibile ragionare in termini di opportunità politico-criminale circa la necessaria permanenza di questa fattispecie, a prescindere dalla tassatività della sua formulazione. A tal riguardo, sovente viene giustificata la permanenza di questa fattispecie in ragione della sua funzione di "reato spia". Tuttavia, un reato è o non è. Non può invece essere accettata e, anzi, persino normalizzata l'idea che esistano fattispecie di reato volutamente generiche (*recte*, atipiche) per consentire una repressione penale generale, preventiva e strumentale. Del resto, l'esercizio dell'azione penale e il relativo processo non possono essere surrettiziamente tramutati in strumenti d'indagine ad ampio raggio. Ciò, *a fortiori*, in considerazione del fatto che il mero procedimento penale assume una peculiare capacità afflittiva - sotto forma di discredito sociale - nei confronti di coloro i quali rivestono una funzione pubblica elet-

tiva³⁹. L'attuale formulazione rappresenta, peraltro, una "pericolosa scorciatoia", poiché depotenzia e quasi elimina il reato di abuso d'ufficio, sottraendo dalla sfera di azione le ipotesi più insidiose (connotate da incisivi poteri discrezionali del pubblico funzionario), ma al contempo, dati alla mano, non sembra cogliere l'obiettivo di salvaguardare il pubblico agente da iniziative giudiziarie infondate. Lo squilibrio tra iscrizioni della notizia di reato – oltre 4800 nel 2021 – e le decisioni di condanna, rimasto costante anche dopo le modifiche volte a ricondurre la fattispecie entro più rigorosi criteri descrittivi, è indicativo di questa anomalia, che ha portato alla proposta di abrogazione secca della fattispecie. A tal riguardo in dottrina si è osservato criticamente come l'abolizione potrebbe portare alla riespansione di altre figure di reato contigue, quali il peculato, la corruzione o la turbata libertà degli incanti.⁴⁰ Non si comprende, tuttavia, perché questo fenomeno di riassetto del sistema dovrebbe esser salutato con sfavore. Il ricorso a fattispecie contigue risulta fisiologico e non comporta una diminuzione delle garanzie di legalità. Al contrario, i reati menzionati risultano, se non altro, maggiormente tipici e determinati (per natura e morfologia) rispetto al reato di abuso d'ufficio, talvolta utilizzato per sopperire a irrimediabili carenze probatorie, talaltra per esercitare un sindacato diffuso in ordine all'esercizio di potestà amministrative. L'abolizione si pone, dunque, come soluzione a queste annose e attuali tendenze, senza tuttavia pregiudicare le esigenze di tutela. Invero, il sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione resta, comunque, un apparato repressivo estremamente vasto e articolato. Inoltre, l'intera gamma dei reati comuni è punita più gravemente se essi sono posti in essere con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla pubblica funzione o al pubblico servizio. Residua, peraltro, anche la possibilità di valutare, in prospettiva futura, specifici interventi additivi volti a sanzionare, con formulazioni circoscritte e precise, condotte meritevoli di pena. Si pensi alle possibili modifiche integrative riguardanti settori particolarmente sensibili quali quello degli appalti pubblici, dei concorsi e della giustizia. Il legislatore potrebbe valutare, ad esempio, un opportuno aggiornamento delle procedure espressamente considerate dall'art. 353, fino a ricomprendervi anche le procedure concorsuali, così risolvendo un possibile vuoto di tutela già denunciato in sede di primo commento⁴¹. Non può viceversa ritenersi condivisibile un approccio incentrato sul mero auspicio ad un equilibrato e restrittivo ricorso alla fattispecie di abuso d'ufficio da parte della giurisprudenza. L'affidamento all'interpretazione giudiziaria finirebbe per tramutarsi, invero, nella negazione della pre-

³⁹ Per un'approfondita analisi sulle differenze ontologiche fra *Amtsträger* (pubblici ufficiali) e *Mandatsträger* (agenti pubblici con mandato elettivo) e sull'opportunità di uno statuto penale differenziato si veda: UBIALI, *Attività politica e corruzione*, Torino, 2021.

⁴⁰ PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit.; FIDELBO, *Relazione*, cit.

⁴¹ Sul rischio di un vuoto di tutela, cfr. GATTA, *Concorsi pubblici "turbati": per la Cassazione è configurabile l'abuso d'ufficio ma non la turbativa d'asta: un esemplare caso di vuoto di tutela che si prospetta con l'abrogazione dell'art. 323 c.p.*, in *Sistema Penale*, 2023, 6.

messa, poiché non è sul piano della prassi applicativa che si può assicurare la certezza del diritto e, di conseguenza, eliminare il fenomeno della “burocrazia difensiva”. Risultano invece necessari interventi legislativi volti a conferire chiarezza e organicità all’ordinamento amministrativo, tanto sotto il profilo delle norme attributive del potere, quanto con riguardo all’implementazione dei sistemi di controllo multilivello (disciplinari, contabili ed erariali). È evidente come solo una nuova e ponderata disciplina dell’azione amministrativa potrà restituire al diritto penale un ruolo davvero residuale, affinché le iniziative giudiziarie riguardanti fattispecie incriminatrici basate sull’esercizio del potere amministrativo non trasmodino in un controllo di legalità imponderabile *ex ante*. In tal senso sembra essersi mosso il legislatore nel nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023) introducendo gli innovativi principi del risultato e della fiducia, che favoriscono e valorizzano l’iniziativa e l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici al fine di garantire tempestività ed efficacia all’azione amministrativa. In una logica di progressiva integrazione fra i due ordinamenti, questi nuovi principi dovranno permeare anche il diritto penale, poiché impressi in una disciplina centrale sotto il profilo economico e giuridico dell’intero ordinamento e poiché espressivi di una rinnovata concezione sostanziale di buon andamento della pubblica amministrazione. Diversamente, si deve concludere per un necessario “passaggio di testimoni” fra ordinamento penale e amministrativo, atteso che non è concepibile una così significativa eterogeneità di principi regolatori della stessa materia.

I criptofonini: sistemi informatici criptati e server occulti

Luigi Ludovici*

Sommario: **1.** I criptofonini: due (doverose) premesse tecniche. – **2.** Le attività di apprensione dei dati digitali: le intercettazioni telematiche. – **3.** *Segue:* il sequestro di documenti informatici. – **4.** L'attività di decriptazione.

ABSTRACT

Penetrare all'interno dei nuovi sistemi di comunicazione criptata rappresenta ormai la via elettiva per il contrasto alla criminalità organizzata. I tradizionali strumenti di ricerca della prova sono ancora all'altezza di contemperare le ragioni degli investigatori con le esigenze di tutela degli indagati e dei terzi? A questo scottante interrogativo cerca di rispondere l'autore soffermandosi sui principali snodi problematici che un primo approccio al tema sembra lasciare emergere.

Penetration into the new encrypted communication systems now represents the elective way to combat organized crime. Are traditional evidence search tools still capable of reconciling the reasons of investigators with the needs of protection of suspects and third parties? The author tries to answer this burning question by focusing on the main problematic issues that a first approach to the topic seems to reveal.

1. I criptofonini: due (doverose) premesse tecniche.

La comparsa dei “criptofonini” tra i mezzi in dotazione della criminalità, specialmente di quella organizzata, ha portato alla messa in campo di metodi investigativi dotati di capacità pervasive così intense da aprire un nuovo e delicatissimo fronte all'interno del già incandescente dibattito sui rapporti tra i tradizionali mezzi di ricerca della prova e le nuove tecnologie.

I “criptofonini”, infatti, rappresentano il *non plus ultra* offerto oggi dalla scienza e dalla tecnica in fatto di segretezza e di sicurezza delle comunicazioni. In particolare, si tratta di comuni *smartphone* sui quali però sono state apportate numerose modifiche, soprattutto a livello di software, tali da renderli impermeabili ad ogni forma di intrusione esterna da parte di terzi. Non fa eccezione neppure il captatore informatico che qui trova sbarrate tutte le sue consuete vie d'accesso: nei criptofonini risultano, infatti, disattivati i servizi Google, la videocamera, il microfono, il sistema Bluetooth, la porta USB, il sistema di geolocalizzazione.

* Professore associato di Diritto processuale penale – Università telematica Marconi di Roma.

Come se non bastasse, questi dispositivi non sono agganciati alla tradizionale rete telefonica o telematica in quanto, per comunicare, si servono di piattaforme informatiche crittografate il cui funzionamento dipende dall'impiego di *server* gestiti da privati, spesso allocati all'estero. Da qui, la necessità di disporre delle chiavi di cifratura in assenza delle quali, i flussi comunicativi scambiati tramite i criptofonini si presentano come mere stringhe informatiche redatte secondo il sistema binario: cioè a dire, sequenze di numeri prive di qualsiasi significato intellegibile ai più.

Un così composito e sofisticato sistema di protezione delle comunicazioni¹ non è però riuscito ad evitare che, tra il 2020 e il 2021, si arrivasse alla decrittazione e al conseguente smantellamento di due delle principali piattaforme criptate fino a quel momento conosciute, Encrochat e Sky ECC. Questo formidabile successo investigativo, raggiunto grazie all'impiego di squadre investigative di indagine costituite dalle autorità francese, olandese e belga, ha avuto un impatto enorme anche nell'ambito dei procedimenti di criminalità organizzata pendenti in Italia. Infatti, le Procure italiane hanno, di riflesso, emesso una "pioggia" di ordini europei di indagine volti all'acquisizione, per il tramite dell'autorità giudiziaria francese, dei dati comunicativi ritenuti di interesse per l'accertamento dei reati perseguiti nei singoli procedimenti. Ne è, quindi, scaturita una sequela di provvedimenti cautelari che nel corso degli ultimi mesi ha generato, a cascata, l'emissione di molteplici pronunce della Corte di Cassazione².

Ebbene, in linea di prima approssimazione, sembra che si possa convenire sul fatto che la provenienza di questa enorme quantità di materiale probatorio da uno strumento di cooperazione giudiziaria qual è l'O.E.I. abbia in parte fatto come da cortina di fumo, dando cioè modo alla giurisprudenza di legittimità di disinteressarsi – più a torto che a ragione – della natura e della legittimità delle attività di indagine che, a monte, avevano consentito di penetrare all'interno delle piattaforme di comunicazione criptate. In particolare, non è dato sapere in che modo si sia giunti all'acquisizione dei messaggi criptati, se

¹ Per una più ampia ed approfondita disamina delle specifiche tecniche che caratterizzano questi dispositivi, si v. NOCERINO, *L'acquisizione della messaggistica*, cit., 1433 ss.

² Cfr., Cass., Sez. IV, 28 aprile 2023, n. 17647, Gulluni, inedita; Cass., Sez. IV, 18 aprile 2023, Papalia, in C.E.D. Cass., n. 284563-01; Cass., Sez. IV, 5 aprile 2023, n. 16347, in www.penaledp.it; Cass., Sez. I, 13 ottobre 2022, Calderon, in C.E.D. Cass., n. 283998 e in *Cass. pen.*, 2023, p. 1432 ss.; Cass., Sez. IV, 18 aprile 2023, n. 16345, Liguori+3, inedita; Cass., Sez. I, 15 settembre 2022, n. 34059, Molisso, inedita; Cass., Sez. I, 15 febbraio 2023, n. 6363, Minichino, inedita; Cass., Sez. IV, 7 settembre 2022, n. 32915, in www.giurisprudenzapenale.it. Quanto alla dottrina finora intervenuta sul tema, si v. NOCERINO, *L'acquisizione della messaggistica su sistemi criptati: intercettazioni o prova documentale?*, in *Cass. pen.*, 2023, 1435 ss.; FILIPPI, *Criptofonini e diritto di difesa*, in *questa rivista*, 2023, 2, 321 ss.; CURTOTTI - RIZZI - NOCERINO - RUSSITTO - GILIBERTI - SCARPA, *Piattaforme criptate e prova penale*, in *Sist. pen.*, 2023, n. 6, 173 ss.; MORCELLA, *La vicenda dei criptofonini in attesa della decisione della Cassazione*, in *Il penalista*, 6 aprile 2023, § 7; BARBIERI, *I limiti di utilizzabilità dei messaggi crittografati scaricati da un server estero ed acquisiti mediante ordine europeo di indagine*, in *Giur. Pen. Web*, 2023, n. 2, 1-24.

attraverso la captazione di flussi in fase dinamica ovvero mediante l'acquisizione di dati telematici "freddi", cioè già archiviati nella memoria del server. A questo proposito, l'unico dato fornito dalla giurisprudenza è che i messaggi sarebbero stati decrittati perché la società che ne era proprietaria avrebbe messo a disposizione degli investigatori gli algoritmi e le chiavi di cifratura.

Tale spiegazione, però, oltre a non giustificare il disinteresse per il tipo di attività investigativa che a monte aveva consentito l'acquisizione dei dati, appare comunque del tutto implausibile in punto di fatto. Non si deve, infatti, dimenticare che i criptofonini attenzionati usavano il sistema di crittografia *end to end* che, a differenza di quello denominato *pin to pin*, si serve di chiavi di cifratura depositate non all'interno del server ma direttamente nei dispositivi³: ciò significa che non è tecnicamente possibile che la società proprietaria del server abbia potuto fornire agli investigatori l'algoritmo per decrittare le stringhe informatiche, trattandosi di un dato ad appannaggio esclusivo degli utenti del servizio cioè i proprietari dei devices.

Per questo motivo sembra da condividere la tesi – avanzata in dottrina⁴ – secondo la quale la captazione dei flussi comunicativi in questione sarebbe avvenuta in questo modo: attraverso l'inoculazione di un *malware* all'interno del server per il successivo invio di una notifica *push* – che cioè perviene al destinatario senza bisogno di *download* – verso i criptofonini che, quindi, dialogando con il server di gestione, avrebbero automaticamente trasmesso le chiavi di cifratura agli investigatori.

Partendo da queste premesse di ordine tecnico, scopo del presente contributo è quello di analizzare i problemi giuridici che circondano i diversi possibili scenari investigativi connessi all'impiego dei criptofonini; con l'avvertimento però, che il sistema di comunicazione criptata posto alla base delle attività di indagine che qui si intende prendere in esame è da intendersi come facente capo ad un server fisicamente allocato su territorio italiano, come tale non interessato dalle questioni connesse all'impiego dell'O.I.E. delle quali pertanto in questa sede non verrà dato conto.

2. Le attività di apprensione dei dati digitali: le intercettazioni telematiche.

La prima possibilità è che il captatore informatico installato nel server abbia captato in tempo reale le *chat* e i flussi comunicativi gestiti dalle piattaforme criptate. La contemporaneità tra la captazione e la comunicazione

³ Per un chiarimento in proposito, si v., *ex multis*, Cass., Sez. I, 13 ottobre 2022, in *C.E.D. Cass.*, n. 283998-01, ove, appunto, la Suprema Corte precisa che "Tali sistemi di comunicazione di Sky Ecc non sono però basati sulla tecnologia *pin to pin* (tipo Blackberry, cioè su un sistema crittografico dove le chiavi di cifratura sono collocate in un server), bensì sul sistema *end to end*, colloquiano, sicché, in questa modalità, neanche il gestore del servizio è in grado di conoscere le chiavi utilizzate e, di conseguenza, il contenuto delle comunicazioni".

⁴ Cfr. FILIPPI, *Criptofonini e diritto di difesa*, in *questa rivista*, 2023, n. 2, 324 ss.

induce a ricondurre la prima nel concetto di intercettazione e, in particolare, di intercettazione telematica di cui all'art. 266-*bis* c.p.p.

Ora, rispetto a questa eventualità, non sembra che il problema sia tanto il fatto che la legge disciplina l'utilizzo del captatore solo come strumento di intercettazione ambientale da installarsi su dispositivi portatili e non anche su dispositivi fissi, come appunto il *server*. Infatti, nella fattispecie esaminata, l'utilizzo del captatore informatico non presenta comunque alcun rischio di violare indiscriminatamente la riservatezza del domicilio: ad essere captati infatti sono necessariamente i flussi comunicativi scambiati tra due dispositivi portatili e non le conversazioni tra presenti; ragion per cui, da questo punto di vista, il captatore informatico si sottrae alla speciale disciplina di cui all'art. 266 c. 2-*bis* - non generando quei rischi che la stessa è preordinata a scongiurare⁵ - per ricadere pertanto nella sfera applicativa della normativa di carattere generale.

Con questo non si vuole naturalmente dire che il particolare tipo di attività di ricerca della prova qui esaminato non presenti criticità. Anzi.

Non dobbiamo infatti dimenticare che, una volta che il *server* sia stato "bucato", la captazione riguarderà non solo le comunicazioni e le conversazioni ritenute potenzialmente rilevanti nel procedimento ove l'intercettazione sia stata disposta, ma anche tutti i flussi comunicativi intercorsi tra gli abbonati al servizio: cadute le barriere protettive, davanti agli investigatori si apre quindi una distesa sterminata di materiale probatorio acquisito attraverso il monitoraggio di una moltitudine di utenze di cui, nel provvedimento autorizzativo, non era però stata fatta alcuna menzione e rispetto alle quali, dunque, non era stato compiuto il doveroso vaglio circa la necessità di sacrificarne la riservatezza.

Ebbene, almeno fino a quando, sul piano strettamente tecnico, non risulti possibile limitare il controllo occulto ai soli flussi comunicativi di interesse per il procedimento in corso, non sembra che un simile *modus procedendi* possa trovare cittadinanza nel nostro ordinamento. Se, infatti, la legge consente di violare la riservatezza di quelle comunicazioni rispetto alle quali sussistono determinati presupposti giustificativi, non si vede come un giudice possa autorizzare un'attività di intercettazione (telematica) nella consapevolezza che, così facendo, sta automaticamente consentendo la captazione a tappeto di tutti i flussi comunicativi veicolati dal *server* infettato e tutto questo in assenza dei necessari requisiti stabiliti dalla legge⁶.

⁵ In proposito, cfr. Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, Scurato, in *C.E.D. Cass.*, n. 266905-01.

⁶ In senso sostanzialmente conforme, SIRACUSA, *Il Giano bifronte: autorità e libertà nella data retention. A proposito di una recente pronuncia della Corte di cassazione*, in *Arch. Pen.*, 2023, 2, 9; CURTOTTI - RIZZI - NOCERINO - RUSSITTO - GILIBERTI - SCARPA, *Piattaforme criptate e prova penale*, in *Sist. pen.*, 2023, n. 6, 185; FILIPPI, *sub art. 266 bis*, in GIARDA-SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano-Padova, 2023; MANCUSO, *L'acquisizione di contenuti e-mail*, in SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino, 2014, 5156 ss.

Laddove poi questa soluzione dovesse apparire troppo radicale, l'unica alternativa possibile – a dati normativi immutati – sembra quella di accontentarsi di una tutela postuma, imperniata sull'inutilizzabilità ex art. 271 c.p.p. dei flussi comunicativi diversi da quelli rispetto ai quali l'intercettazione era stata richiesta e autorizzata.

Conclusione questa che, *a fortiori*, deve valere anche nel caso in cui i medesimi risultati captativi vengano fatti addirittura rifluire, ex art. 270 c.p.p., in un procedimento diverso da quello nel quale l'intercettazione – mediante inoculazione del captatore all'interno del *server* – era stata originariamente disposta, per fatti ivi non perseguiti e che magari, al momento della captazione, non erano ancora conosciuti neppure a livello di *notitia criminis*: Infatti, a prescindere da se il reato oggetto del procedimento *ad quem* preveda o meno l'arresto obbligatorio in flagranza, il punto è che la circolazione tra procedimenti dei risultati delle intercettazioni presuppone, quale suo requisito base – che, per le ragioni illustrate, difetta rispetto ai flussi comunicativi diversi da quelli riferibili all'utenza-bersaglio indicata nel decreto autorizzativo – quello della legittimità dell'attività intercettiva svolta a monte, nel procedimento *a quo*⁷.

3. *Segue*: il sequestro di documenti informatici.

Come già ricordato, è anche possibile che gli investigatori acquisiscano le chat e i flussi comunicativi recuperandoli dalla memoria del *server*. In questo caso, non avendo a che fare con comunicazioni in corso di svolgimento, e quindi con captazioni *live*, certamente ci troviamo al di fuori del concetto di intercettazione.

Se su questo non ci sono dubbi, è altrettanto vero che, per poter correttamente classificare, da un punto di vista giuridico, questa attività dobbiamo prima interrogarci sulla natura del materiale probatorio raccolto.

A questo proposito, si deve notare che, nel momento in cui i dati acquisiti non sono il risultato di una captazione occulta fatta dagli investigatori ma rappresentano l'oggetto di una attività di archiviazione operata dal *server* per ragioni di funzionamento e di gestione del servizio, i supporti digitali che incorporano le chat, i file audio o video, non ineriscono all'attività di indagine, e quindi non sono atti del procedimento; al contrario, essi si qualificano come

⁷ Come hanno chiarito da tempo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., Sez. Un., 17 novembre 2004, p.m. in proc. Esposito, in *C.E.D. Cass.*, n. 229244-01) "Il procedimento di ammissione dell'intercettazione rimane del tutto estraneo alla disciplina dell'utilizzazione dei suoi risultati in un diverso giudizio. Ma questo non può significare affatto che nel giudizio *ad quem* sia indifferente la legalità del procedimento di autorizzazione ed esecuzione delle intercettazioni. Se la violazione della garanzia di libertà e segretezza delle comunicazioni può rendere inutilizzabile la prova nel giudizio a quo, a maggior ragione deve poter rendere inutilizzabile la prova nel giudizio *ad quem*, nel quale ha più ristretti limiti di ammissibilità".

documenti informatici, come tali suscettibili di sequestro probatorio laddove costituenti corpo del reato o cose ad esso pertinenti.

Chiarito ciò, conviene però fare un piccolo passo indietro perché, specialmente nel caso in cui l'ingresso nel server sia stato effettuato non con l'assenso della società che lo gestisce ma attraverso l'impiego di un malware, si pone il problema di verificare la legittimità di un simile operato.

Infatti, se non altro quando il server venga occultamente penetrato, questa intrusione integra un atto di perquisizione informatica che però, essendo stata condotta clandestinamente, deve considerarsi illegittima perché svolta senza le garanzie previste dalla legge. Se a questo poi aggiungiamo che la memoria del server rappresenta a tutti gli effetti il domicilio informatico di ciascun utente relativamente ai dati digitali che lo riguardano, anche il rischio che il problema venga aggirato facendo leva sulla sfuggente categoria della prova atipica sembra in realtà scongiurato; infatti, la prova atipica, proprio in quanto tale, risulterebbe inidonea a comprimere valori che, al contrario, sono presidiati dalla riserva di legge, come appunto il domicilio, compreso quello informatico⁸.

Detto questo, è però anche vero che, laddove l'attività in questione venisse comunque espletata, sarà difficile riuscire ad escludere l'utilizzabilità dei dati acquisiti in forza del successivo sequestro; e ciò per il noto principio - che a tutt'oggi, se non altro a livello giurisprudenziale, gode di ottima salute - del *male captum bene retentum*⁹.

4. L'attività di decriptazione.

Quanto all'attività di decriptazione, è emerso come, per l'acquisizione delle chiavi di cifratura depositate presso i criptofonini, l'unica strada ipotizzabile sia quella di far partire dal server infettato una notifica push, attività questa che, ad avviso della dottrina, darebbe luogo ad una forma di acquisizione probatoria illegittima perché lesiva della libertà morale dei soggetti coinvolti¹⁰. A ben guardare, però, la denunciata violazione dell'art. 188 c.p.p. appare in questo caso più apparente che reale: infatti, qui a collaborare involontariamente con gli investigatori non è tanto l'utente del servizio, che infatti non è neppure chiamato a scaricare il messaggio di notifica, ma piuttosto è il criptofonino stesso che, interfacciandosi con il server, disvela automaticamente le proprie chiavi di cifratura.

Detto questo, non sembra revocabile in dubbio che l'algoritmo impiegato per decrittare i flussi comunicativi captati o comunque sequestrati all'in-

⁸ Sul punto, si v. BRONZO, *L'impiego del trojan horse informatico nelle indagini penali*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 8/2017, 348.

⁹ Per l'affermazione del principio, si v. Cass., Sez. Un., 16 maggio 1996, Sala, in *Cass. pen.*, 1996, 3268 ss.

¹⁰ È di questo avviso FILIPPI, *Criptofonini e diritto di difesa*, cit., 326.

terno del *server* debba essere messo senz'altro a disposizione delle parti unitamente alle stringhe informatiche non ancora decriptate. In assenza di questi dati, infatti, non si vede come sia possibile esercitare a pieno il diritto di difesa su un tema di fondamentale importanza qual è quello della piena corrispondenza tra il testo originario (i.e., la stringa informatica) e il testo intelleggibile introdotto come prova nel giudizio¹¹. Senza contare che, quando i flussi comunicativi siano stati acquisiti tramite captazioni *live*, la transizione dei dati telematici dal linguaggio binario delle stringhe ad un linguaggio intellegibile, non integrando certo una operazione irripetibile, sembra destinata a trovare ingresso nel fascicolo dibattimentale non certo sotto forma di brogliaccio di p.g. ma necessariamente con le forme garantite e, di regola, ineludibili della perizia.

¹¹ Nella sentenza Cass., Sez. I, 6 aprile 2023, n. 16347, in www.penaledp.it, la Suprema Corte, nell'escludere che ricorra la dedotta violazione del diritto di difesa per l'impossibilità di verificare la corrispondenza del dato originale con quello trasmesso, rileva che, anche nel caso dei criptofonini, vale il principio giurisprudenziale affermato in materia di decriptazione della messaggistica con sistema Blackberry (quindi, "pin to pin" e non "end to end, come nella specie) secondo il quale "l'uso dell'algoritmo esclude la possibilità di alterazioni o manipolazioni dei testi captati, in quanto, secondo la scienza informatica, ne consente la fedele riproduzione, salvo l'allegazione di specifici e concreti elementi di segno contrario (sez. 4, n. 30395 del 21/4/2022, Chianchiano, Rv. 283454; sez. 6, n. 14395 del 27/11/2019, dep. 2020, Testa, Rv. 275534)". A questo proposito, non ci si può però esimere dal rilevare che, su un piano squisitamente logico, non ha alcun senso gravare la difesa dell'onere di allegare l'inesattezza di un giudizio di identità tra due dati (i.e., quel giudizio che dovrebbe descrivere il rapporto che intercorre tra il testo introdotto in giudizio, da un lato, e il risultato effettivamente ricavabile dalla stringa informatica una volta decriptata, dall'altro) se, al contempo, gli si nega la possibilità di conoscere sia il dato *grezzo* da comparare (i.e., la stringa informatica) sia lo strumento necessario per rendere quel dato idoneo alla comparazione (i.e., l'algoritmo).

Servono regole di garanzia per la prova informatica*

Giorgio Spangher**

Il futuro ci ha raggiunto, e ci sta superando, anzi ci ha già superato. Tecnologia e intelligenza artificiale condizionano e condizioneranno sempre più la nostra vita.

Ma condizionano e condizioneranno sempre più l'attività della criminalità e conseguentemente quella delle attività di accertamento dei fatti criminosi. È evidente, che se gli strumenti di controllo funzionano, gli organi di polizia e quelli giudiziari saranno indotti ad usarli.

Dovendo tenere conto delle esigenze di tutela degli individui, costituzionalmente garantiti e convenzionalmente tutelati, saranno portati a trovare nel tessuto normativo le possibilità di utilizzare le previsioni che – dal loro punto di vista – consentono una più agevole e rapida acquisizione.

Nell'ambito dell'attività di accertamento e/o di contrasto e lotta – concetti ormai entrati nel patrimonio della giustizia – ci sono strumenti di più agevole acquisizione e mezzi che per la loro invasività nella vita delle persone richiedono un tasso di garanzie più elevato: riserva di legge (casi e modi) e riserva di giurisdizione (intervento del giudice e non del P.M. o della polizia giudiziaria).

In via di mera esemplificazione documenti e corrispondenza sono coperti da minori garanzie rispetto alle intercettazioni ed in questo ambito l'uso dello strumento (trojan) è maggiormente definito nelle condizioni di attivazione (con ricadute in tema di video-riprese).

Naturalmente, la cultura delle garanzie e i suoi fondamenti trovano la loro collocazione nella Corte Costituzionale, nella Corte di Giustizia, nella CEDU, più raramente nell'intervento del legislatore che interviene in ritardo, spesso solo per effetto di queste decisioni di rango superiore.

Deve sottolinearsi, a tale proposito, come l'azione riformatrice di garanzia sia molto lenta e differita nel tempo, lasciando, per un lungo periodo l'imputato privo dell'adeguata tutela alla quale si riconosce che avrebbe diritto, *rectius* che avrebbe avuto diritto.

Quanto affermato, ha trovato una precisa conferma in due situazioni emblematiche.

Con la sentenza n. 170 del 2023, la Corte Costituzionale ha riconosciuto che le comunicazioni whatsapp e la messaggistica contenute in uno smartphone sono tu-

* Contributo tratto dalla relazione svolta nell'ambito del convegno "Per uno statuto dei nuovi mezzi di ricerca della prova di fronte alla società digitale", tenutosi in Roma in data 22.9.2023.

** Professore emerito di Diritto processuale penale – Università Sapienza di Roma.

telate dall'art. 15 Cost. e vanno qualificate, anche se ricevute dal destinatario, come corrispondenza e non come documento.

Tuttavia, non tutte le questioni sono risolte, come già emerge dalla lettura che ne stanno fornendo gli uffici di procura, distinguendo varie possibili situazioni di acquisizione anche in relazione al mezzo con il quale il riferito traffico comunicativo, in partenza, in itinere, arrivato, viene acquisito.

Va sottolineato a tale proposito che nel processo davanti alla Corte Costituzionale, non si sa quanto correttamente, le parti abbiano convenuto che la materia non era riconducibile alla nozione di intercettazione.

Va fatto notare che con la citata sentenza della Corte Costituzionale, al riconoscimento di tutela della classe politica, non è conseguito quella dell'imputato in quanto l'acquisizione della sua corrispondenza non incontra limiti alla introduzione nel processo.

Considerazioni analoghe possono esser svolte anche con riferimento alla disciplina dei tabulati telefonici. È noto come la disciplina domestica prevedesse la possibilità che la loro acquisizione consentita anche alla polizia giudiziaria potesse essere richiesta ai gestori anche solo su iniziativa del Pubblico Ministero. Il dato risultava consolidato sulla base delle sezioni unite 23.02.2000, D'Amuri e 24.06.2000 Tammaro, in considerazione del fatto che si trattava di attività diversa dalle intercettazioni telefoniche.

Per vent'anni ai giudici della cassazione non è venuto in mente di prospettare una questione di legittimità costituzionale ovvero di mutare orientamento giurisprudenziale.

Intervenuta in materia una sentenza della Corte di Giustizia, che ha precisato come il contenuto dei tabulati possa determinare un pregiudizio per la garanzia della riservatezza e della tutela della persona e che quindi era necessario l'intervento di un giudice che ne autorizzasse l'acquisizione, il nostro legislatore è intervenuto in materia con il dl n. 132 del 2021 convertito in l. n. 178 del 2021.

Naturalmente anche in questo caso, medio *tempore*, diritti a copertura costituzionale non hanno trovato adeguata tutela. Non solo a quella decisione si è data attuazione solo in parte in quanto è mancata e manca un'adeguata previsione per quanto attiene all'ubicazione del soggetto e al cosiddetto pedinamento satellitare, ma manca ogni riferimento alle operazioni di controllo dei soggetti in movimento.

Da sempre i processi si devono basare sulle prove (comunque considerate e venute evolvendosi); da sempre si sono prospettati i problemi delle modalità della loro formazione; da sempre si sono posti i problemi delle garanzie individuali.

L'evoluzione tecnologica impone oggi di affiancare all'avvocato, tecnico del diritto, il consulente, tecnico della prova.

Pertanto ora l'idea di uno statuto delle prove informatiche è quantomai indispensabile. Peraltro la materia, come è emerso pure dalle elaborazioni delle convenzioni internazionali non può più essere circoscritta in un ambito domestico e forse nemmeno solo europeo, anche se il Parlamento Europeo mostra grande sensibilità al tema come emerge dai suoi provvedimenti (direttive e leggi) e dalle sentenze della Corte di Giustizia.

L'espansione globale della criminalità, la diffusione degli strumenti investigativi, la circolazione delle prove, pongono questioni che devono esser affrontate in una di-

menzione sovrainternazionale perchè gli strumenti di investigazione operanti a livello internazionale, in sinergia tra loro, sono già attrezzati o si stanno attrezzando¹.

Tuttavia è necessario rapidamente individuare, costruire, consolidare i riferimenti normativi di garanzia: cosa è possibile acquisire, con quali strumenti, come conservare i dati, con quali tecniche e mezzi, come si sono acquisiti, come si devono conservare, come si devono valutare, come evitare le possibili manipolazioni.

Tutti temi che richiedono adeguate risposte nel bilanciamento tra diritto dell'individuo e esigenze di tutela della società, pur nella consapevolezza che il futuro ci supererà. Comunque, alcune categorie generali in materia potranno esser individuate e costituire la premessa per lo sviluppo delle questioni che si prospetteranno come sino a oggi è già avvenuto con la disciplina che è stata introdotta anche quando le ultime novità non erano presenti. Ci sono principi e valori consolidati nella Carta Costituzionale e nelle convenzioni internazionali, come ricostruiti, interpretati e applicati dalle Corti di Garanzia, in una logica di dialogo circolare che non potrà mai interpretarli al ribasso.

Di tutto ciò deve farsi carico la dottrina, l'accademia (in una dimensione pluridisciplinare, non solo giuridica, considerate le materie coinvolte ad alto tasso di tecnicità) in sinergia con gli organi delle investigazioni (per conoscere le loro tecniche di indagine, le prassi, le metodologie) che in un dialogo costante, la rapida evoluzione della materia, fissi le regole così da costituire una premessa alla elaborazione giurisprudenziale.

In questo contesto si colloca lo statuto per la cui formulazione appare necessario aprire un tavolo di confronto che individui i profili nevralgici della materia ed elabori una piattaforma da offrire alla discussione e al confronto.

¹ Mentre ci si confrontava con questi temi, il Parlamento, in sede di conversione del d.l. n. 105 del 2023 ha approvato un'art. 2 bis rubricato "Disposizioni urgenti in materia di contrasto della criminalità informatica e di cybersicurezza.

Il sequestro dei dispositivi di archiviazione digitale*

Katia La Regina**

L'evoluzione tecnologica ha trasformato, innanzitutto, le cadenze di impiego dei tradizionali mezzi di ricerca della prova. Per questo aspetto, basti considerare che nelle indagini tradizionali, quantomeno di regola, la perquisizione o l'ispezione precedono il sequestro mentre, al contrario, nel caso delle investigazioni informatiche o comunque nel caso di indagini che investono dispositivi elettronici e per la comunicazione a distanza, è frequente che questo rapporto si inverta, nel senso che prima si sequestra il *device* per procedere poi alla sua ispezione o perquisizione.

L'esigenza di una rinnovata riflessione sulle ricadute dell'accentuata autonomia del sequestro – anche nell'ottica di quelle dinamiche di presupposizione logico-giuridica che, nei rapporti con la perquisizione, sono state valorizzate per la ricostruzione del perimetro della invalidità derivata – è, tuttavia, solo una delle questioni che si pongono sul tappeto.

Il fronte più delicato è, infatti, quello che investe i vuoti di un settore alla cui dirimpiente evoluzione il legislatore non ha saputo offrire risposte adeguate. Una regolamentazione scarsamente congruente rispetto alle potenzialità espressive dell'agire investigativo, del resto, inesorabilmente conduce il sistema a sbilanciarsi sulle esigenze dell'accertamento, a tutto discapito dei diritti di difesa e di riservatezza.

Non pare un caso, dunque, che quello del sequestro di dispositivi di archiviazione digitale sia un settore in cui il principio di proporzionalità – che è presente nelle analisi della giurisprudenza europea e, seppure con declinazioni talvolta discutibili¹, nella giurisprudenza nazionale² – non riesce a permeare efficacemente l'attuale tessuto normativo.

* Contributo tratto dalla relazione svolta nell'ambito del convegno "Per uno statuto dei nuovi mezzi di ricerca della prova di fronte alla società digitale", tenutosi in Roma in data 22.9.2023.

** Professore associato di Diritto processuale penale – Università Giustino Fortunato di Benevento.

¹ Così, per limitarci a qualche esempio, per l'affermazione secondo cui deve ritenersi legittimo e non in contrasto con i principi di proporzionalità, adeguatezza e proporzione, il sequestro di un intero personal *computer* quando sia giustificato da difficoltà tecniche di estrapolare, con riproduzione mirata, gli elementi contenuti nella memoria, v. Cass. pen., Sez. V, 17.5.2019, n. 38456, rv. 2777343; per la considerazione della mancata fornitura delle chiavi di accesso come comportamento che influisce sulla valutazione della legittimità della protrazione del vincolo, state l'accresciuta difficoltà di accesso ai dati di interesse investigativo, v. Cass. pen., Sez. II, 23.3.2023, Casale, n. 17604, non massimata.

² Cfr., tra le più significative, Cass. pen., Sez. VI, 22.9.2020, n. 34265, rv. 279949, che in tema di

Non ci sono regole per il governo dei dati acquisiti e, prima ancora, non sono posti limiti alla pervasività dello strumento investigativo: basti pensare che oggi è consentito sequestrare una *smartphone* o un qualunque altro dispositivo elettronico in relazione a qualunque tipologia di reato, ancorché di scarsissimo allarme sociale; non vi è alcuna possibilità di sottrarre, tanto alle investigazioni quanto al processo, ciò che non è pertinente e rilevante e non è prevista alcuna forma di tutela della riservatezza dei dati acquisiti per il tramite del sequestro, al contrario di quanto possa dirsi in materia di intercettazioni³.

Perché questo parallelismo? È chiaro che ci sia una differenza tra l'intercettazione e il sequestro di dispositivi elettronici: ovviamente la differenza c'è, tra l'altro, sotto il profilo dinamico della comunicazione. Pare altrettanto indiscutibile, tuttavia, che tali difformità non sbiadiscono la possibilità di intravedere una connessione sul versante della portata offensiva: quando si sequestra uno *smatphone*, un *tablet*, un *computer* o, comunque, un *device* dalle funzioni similari, si consente l'acquisizione di una mole enorme di conversazioni, di documenti e di dati, anche risalenti nel tempo e anche

sequestro probatorio di dispositivi informatici o telematici, ha stabilito che «una volta creata la c.d. copia originale, essa non rileva in sé come cosa pertinente al reato in quanto essa contiene un insieme di dati indistinti e magmatici rispetto ai quali nessuna funzione selettiva è stata compiuta al fine di verificare il nesso di strumentalità tra *res*, reato ed esigenza probatoria. La c.d. copia integrale, cioè, contiene l'insieme dei dati contenuti nel contenitore (pc., tablet, telefono), ma non soddisfa affatto l'esigenza indifferibile di porre sotto sequestro solo il materiale digitale che sia pertinente rispetto al reato per cui si procede e che svolga una necessaria funzione probatoria. Ne deriva ... che la c.d. copia integrale costituisce solo una copia mezzo, cioè una copia che consente di restituire il contenitore, ma che non legittima affatto il trattenimento dell'insieme di dati appresi. La copia integrale consente di fare, dopo il sequestro, ciò che naturalmente avrebbe dovuto essere fatto prima, cioè la verifica di quali, tra i dati contenuti nel contenitore, siano quelli pertinenti rispetto al reato. La c.d. copia integrale è una copia servente, una copia "mezzo" e non una copia "fine". Ne deriva che, restituito il contenitore, il Pubblico Ministero può trattenere la copia integrale solo per il tempo strettamente necessario per selezionare, tra la molteplicità delle informazioni in essa contenute, quelle che davvero assolvono alla funzione probatoria sottesa al sequestro. L'avvenuta selezione delle *res* pertinenti impone la restituzione della copia integrale il cui trattenimento realizzerebbe, diversamente, una elusione ed uno svuotamento della portata dell'art. 253, co. 1, c.p.p. che legittima il sequestro probatorio solo delle cose "necessarie" per l'accertamento dei fatti. Ne consegue che il Pubblico Ministero: a) non può trattenere la c.d. copia integrale dei dati appresi se non per il tempo strettamente necessario alla loro selezione; b) è tenuto a predisporre una adeguata organizzazione per compiere la selezione in questione nel tempo più breve possibile, soprattutto nel caso in cui i dati siano stati sequestrati a persone estranee al reato per cui si procede; c) compiute le operazioni di selezione, la c.d. copia integrale deve essere restituita agli aventi diritto». A partire da queste indicazioni alcune Procure hanno impartito specifiche direttive volte al riconoscimento, anche per il sequestro di dispositivi elettronici, degli stessi criteri di proporzionalità e di adeguatezza che operano in relazione alle misure cautelari personali; in questo senso, per tutte, cfr. la nota di indirizzo organizzativo della Procura Generale di Trento del 22.10.2021, sulla quale v. L. Filippi, *Sequestro dispositivi elettronici: nota della Procura Generale di Trento*, in questa *Rivista*, 19.11.2021.

³ Queste sottolineature si ritrovano diffuse in tutte le audizioni svolte nell'ambito dell'indagine conoscitiva in materia di intercettazioni condotta, a partire dal 12 gennaio 2023, dalla Commissione giustizia del Senato. Tra queste, si ricorda il contributo del Procuratore Nazionale Antimafia Giovanni Melillo, che può leggersi su www.giustiziainsieme.it, 3 febbraio 2023.

relativi a terzi del tutto estranei al procedimento. Di conseguenza – a prescindere dalle modalità esecutive e dalle indiscutibili differenze tra i due atti – è chiaro che gli interessi in gioco siano gli stessi e che la molteplicità di interessi costituzionali di riferimento sia la stessa e, prima di tutto, sia riconducibile all'art. 15 Cost.

In assenza di una regolamentazione, tuttavia, molto spesso si assiste ad una invasione totale nel patrimonio comunicativo e personale dell'interessato; una invasione che, peraltro, non solo rischia di consentire il superamento delle norme di garanzia delle intercettazioni – captatore compreso – ma che pone evidenti rischi di trasfigurazione del sequestro in uno strumento puramente esplorativo e, come tale, preordinato alla ricerca della notizia di reato e all'avvio di nuove o ulteriori indagini.

Immaginare la costruzione di itinerari suscettibili di circoscrivere azioni così invasive significa, pertanto, non poter prescindere dall'introduzione di una disciplina che contempli l'espressa definizione dei presupposti del sequestro nella cornice del principio di proporzionalità.

L'intervento del legislatore, di conseguenza, dovrebbe dirigersi su un duplice fronte, funzionale a ricondurre l'azione investigativa nel perimetro di quella riserva di legge che la Costituzione postula per l'incidenza su un diritto inviolabile: individuazione di un catalogo di reati attraverso cui perimetrare le possibilità di impiego del mezzo e rigorosi oneri motivazionali strutturati nell'ottica dell'indispensabilità.

Sotto il profilo procedurale, poi, del tutto auspicabile è l'innesto di un segmento dedicato alla verifica del rispetto di queste condizioni. In tal senso, sarebbe particolarmente opportuno valorizzare il ruolo del giudice per le indagini preliminari e, correlativamente, potenziare gli itinerari che garantiscano l'effettività del suo controllo. La verifica, in altri termini, non dovrebbe essere calibrata solo sul perimetro ritagliato dal pubblico ministero perché, senza un ampliamento dell'orizzonte conoscitivo del g.i.p. – sulla scia, peraltro, di quello che la Riforma Cartabia ha garantito in materia di iscrizioni (art. 110-ter disp. att. c.p.p.) – è veramente difficile pensare che il giudice non si appiattisca sulla prognosi di pertinenza dei dati e dei documenti espressa dall'unico organo che possiede un quadro completo delle investigazioni.

Sul fronte delle copie forensi, la relativa esecuzione potrebbe assurgere alla considerazione di atto investigativo autonomo che, in quanto suscettibile di incidere in maniera sostanziale sui profili legati all'attendibilità dell'accertamento, andrebbe circondato di adeguate garanzie di partecipazione e di difesa: si pensi, ad esempio, ad una partecipazione assicurata per il tramite di consulenti o, in caso di urgenza, ad una videoripresa che garantisca quantomeno un contraddittorio postumo⁴.

Sempre restando sul medesimo versante, si potrebbe cominciare a trattare le copie forensi come si trattano i risultati delle intercettazioni: si potrebbe far confluire i dati in un archivio riservato ad esempio. Un archivio apposito o lo stesso archivio delle intercettazioni ma, in quest'ultimo caso, bisognerebbe disporre di un archivio adeguato in termini di capienza perché le possibilità di immagazzinamento dei dati non sono illimitate e già sono stati segnalati da più parti problemi di sostenibilità gestionale.

⁴ Per uno spunto in tal senso, da ultimo, v. C. Scaccianoce, *Prova tecnica e contraddittorio nel processo penale*, Palermo, 2023, 73.

Infine, si potrebbe istituire una procedura in contraddittorio sulla falsariga di quella prevista in materia di intercettazioni, per lo stralcio, davanti al giudice, di ciò che non è rilevante.

Alcuni di questi spunti si ritrovano nelle riflessioni legislative più recenti.

Nel mai sopito dibattito in materia di intercettazioni - e a valle dell'indagine conoscitiva che la Commissione Giustizia del Senato ha condotto su questo tema - si è, infatti, aperta una breccia anche per l'individuazione delle garanzie funzionali a circoscrivere la portata invasiva del sequestro di dispositivi elettronici.

In questo senso si muove, in primo luogo, il disegno di legge n. 806, presentato d'iniziativa dei senatori Zanettin e Bongiorno.

Innanzitutto, il d.l. - esattamente come l'ulteriore proposta cui si darà conto a breve - punta all'inserimento di una norma apposita nel codice di rito, l'art. 254-ter, per la disciplina del sequestro di dispositivi e sistemi informatici, *smartphone* e memorie digitali.

Si prevedono, in particolare, i profili che devono essere oggetto di specifica motivazione da parte del p.m., sia sotto il profilo del nesso di pertinenza tra il bene appreso e l'oggetto delle indagini, sia in relazione alla tipologia di operazioni tecniche da svolgere per eseguire la selezione dei dati; si prevede, inoltre, che questa selezione sia circoscritta ai soli dati effettivamente necessari per il prosieguo delle indagini.

In questo contesto, l'analisi e l'esame dei dati viene impedita fino all'espletamento delle operazioni di selezione; queste ultime, infatti, devono essere svolte in contraddittorio con gli interessati e i difensori. Lo schema prescelto è quello degli accertamenti tecnici irripetibili, con la conseguenza anche di risolvere l'annosa questione circa la doverosità, per l'acquisizione della *digital evidence*, della attivazione del congegno di cui all'art. 360 c.p.p. Questo meccanismo, pertanto, diviene funzionale alla selezione dei dati rilevanti e correlativamente alla duplicazione dei soli dati selezionati.

Nonostante, nelle sue linee complessive, si tratti di una proposta da cui certamente non resta estraneo il tema del necessario equilibrio tra le esigenze difensive e quelle dell'accertamento, restano diverse zone d'ombra.

In primo luogo, si assiste ad una marginalizzazione del ruolo del g.i.p., la quale si scorge, peraltro, dallo sbarramento alla possibilità di sollevare riserva di promuovere incidente probatorio perché, nel richiamare la disciplina di cui all'art. 360 c.p.p., si fa espressa esclusione del comma 4.

Che al g.i.p. venga ritagliato un ruolo di secondo piano, del resto, emerge anche dalla scelta di affidare al p.m. la decisione sulle questioni concernenti il rispetto dei principi di necessità e di proporzione nella selezione dei dati: in questo contesto, infatti, è il *dominus* che decide entro quarantotto ore e il g.i.p. deve esprimersi sulla convalida del provvedimento entro le successive quarantotto ore. Tuttavia, non c'è traccia di messa a disposizione del giudice di elementi di valutazione diversi dal provvedimento decisorio del p.m.; di conseguenza, l'impressione è che, nella traduzione operativa, possa agevolmente prendere vita quello stesso simulacro di controllo che caratterizza la verifica di una intercettazione urgente, rispetto alla quale è ben noto che la convalida non rappresenti affatto il controllo di legittimità di un atto compiuto in sostituzione ma, piuttosto, la sanatoria di un atto illegittimo.

In questa proposta, infine, non si fa riferimento all'archivio e ciò in quanto, una volta eseguita la copia dei dati di interesse, il dispositivo e l'eventuale copia integrale - che può essere disposta, ai sensi del comma 2 del progetto di norma, prima e senza

contraddittorio, quando vi è pericolo che il contenuto dei dispositivi possa essere cancellato, alterato o modificato – sono immediatamente restituiti all'avente diritto.

Diversa, anche dal punto di vista dei valori sottostanti, è la prospettiva che viene riversata nella seconda proposta di legge, la n. 690, presentata dal Senatore Scarpinato, la quale – e nonostante conduca la copia forense nell'archivio riservato delle intercettazioni – appare, invece, molto più attenta alle esigenze dell'accertamento piuttosto che ai diritti individuali.

Qui lo schema è presentato come una sorta di ibrido tra il procedimento di sequestro, le disposizioni relative all'acquisizione dei dati del traffico telefonico e le intercettazioni.

In sintesi: al p.m. serve l'autorizzazione del giudice per procedere al sequestro ma nei casi di urgenza può provvedere di propria iniziativa, salvo successiva convalida; sia nel caso di azione autorizzata che nell'ipotesi di atto compiuto d'iniziativa non è prevista la sottoposizione al giudice del fascicolo o comunque di materiale ulteriore rispetto al provvedimento del p.m.

Come nel d.l. n. 806, anche in questa proposta manca l'indicazione di un catalogo di reati anche se, a differenza della prima, nella n. 690 si è seguita la strada delle intercettazioni e si istituisce un doppio regime: servono gravi indizi di reato per la generalità dei reati e sufficienti indizi per quelli attinenti alla criminalità organizzata.

Nel progetto dell'On. Scarpinato, inoltre, non c'è contraddittorio con gli interessati: qui è il pubblico ministero che, in solitaria, stabilisce l'area di ciò che è rilevante e di ciò che non lo è. Lo dimostra anche il fatto che, a conclusione delle operazioni e comunque non oltre settantadue ore (termine peraltro non presidiato da sanzione), si restituisce solo il dispositivo e non la copia forense, la quale però viene indirizzata nell'archivio riservato.

Gli interessati appaiono sulla scena solo una volta concluse le operazioni di selezione dei dati rilevanti, perché possono richiedere – non è chiarito in che modo, in che tempi e con quali possibili sviluppi procedurali nel caso di disaccordo con il p.m. – la distruzione di quanto non rilevante per le indagini.

Entrambi i progetti sono in fase di esame da parte della Commissione giustizia, quindi, non resta che attendere auspicabili ulteriori sviluppi per comprendere che valore assegna il legislatore al principio di legalità processuale.

Le indagini *undercover* nel mondo digitale*

Pasquale Bronzo**

1. Come noto, le cd “operazioni *under cover*” rientrano tra quelle tecniche d’indagine *extra-ordinarie* utilizzate per penetrare in organizzazioni criminali che, in determinati settori (terrorismo, traffico di stupefacenti, corruzione, pedopornografia), si sono manifestate impenetrabili con gli ordinari strumenti dell’indagine penale: una persona – ufficiale di polizia o privato cittadino – celando la propria identità, si infiltra all’interno di tali associazioni allo scopo di scoprirne la struttura, individuare i partecipanti, procacciare prove.

Questo strumento di indagine nel tempo è assai mutato rispetto agli archetipi. Da un lato appaiono ridimensionate nelle finalità normativamente consentite: segnatamente, è recessiva oggi in tutti i sistemi liberali la declinazione dell’“agente provocatore”, cioè di colui che non si limita ad infiltrarsi nell’associazione (cd. “agente infiltrato”), ma determina altri nella commissione di un reato; dall’altro lato, questo metodo di indagine ha visto importantissimi aggiornamenti nelle tecniche, che ne hanno notevolmente potenziato l’efficacia.

La penetrazione nelle reti criminali, infatti, avviene sempre più frequentemente in ambiente digitale: il *web* è sempre più spesso – lo sappiamo bene – teatro o strumento di condotte delittuose, e alcuni settori di attività delinquenziali si sono praticamente “trasferiti” sulle piattaforme digitali: le investigazioni penali sono dovute scendere sullo stesso terreno, trasponendo nella realtà virtuale di *internet* le tecniche dell’infiltrazione mascherata.

L’attività “sotto copertura” in genere, come attività di indagine penale, è una attività fortemente anomala: sia perché comprende condotte che, al di fuori dell’eccezionale contesto esimente, integrerebbero una responsabilità penale dell’operatore, sia perché la sua insidiosità – connessa al fatto che chi agisce non viene percepito come “autorità procedente” – implica una inevitabile compressione delle garanzie normalmente riconosciute alla persona indagata.

Inutile dire quanto siano delicate queste attività intrusive, per le quali è difficile garantire il rispetto del principio di proporzionalità, col rischio costante di legittimare

* Contributo tratto dalla relazione svolta nell’ambito del convegno “Per uno statuto dei nuovi mezzi di ricerca della prova di fronte alla società digitale”, tenutosi in Roma in data 22.9.2023.

** Professore associato di Diritto processuale penale – Università Sapienza di Roma.

¹ Risale almeno ai *delatori privati* usati dalla monarchia francese per contrastare il dissenso politico (DE MAGLIE, *L’agente provocatore. Un’indagine dommatica e politico-criminale*, Milano, 1991, 3 ss)

abusi di potere investigativo. Delicate, eppure ormai indispensabili; lo dimostra la sua crescente diffusione in ambito sovranazionale²: da ultimo la figura compare anche nella disciplina sull'ordine europeo d'indagine (d.l.gs 21 giugno 2017, n. 108³).

Ha contribuito alla sua diffusione l'enorme sviluppo negli Stati Uniti, anche se la declinazione europea dell'istituto – è appena il caso di notarlo – si distacca molto dal modello americano. Negli Stati Uniti al contrario le operazioni sotto copertura sono assai poco regolamentate, soprattutto quanto ai possibili contenuti, mentre è pacificamente ammesso, e non è mai punibile, il *police incitement*; mentre è l'imputato ad esser ammesso ad eccepire la provocazione attraverso una *entrapment defense*, guadagnandosi nel caso l'assoluzione. In Italia al contrario il legislatore ha un atteggiamento «di rigore»⁴ nei confronti delle *undercover investigations*: una normazione dettagliata, specie quanto alle tipologie delle attività consentite, con la principale preoccupazione di evitare che l'attività dell'infiltrato trasmodi in quella dell'agente provocatore. Più in generale, in tutti i sistemi di *Civil law* sono dettagliatamente disciplinate dalla legge le operazioni consentite, i reati per l'accertamento dei quali possono essere impiegate (reati particolarmente allarmanti, la cui gravità rende tollerabile la flessione degli *standard* di garanzia), le procedure che devono essere seguite, l'organo, tendenzialmente giudiziario, al quale spetta controllare il rispetto delle regole poste all'organo poliziesco. Questa differente “postura” dei diversi ordinamenti nei confronti delle operazioni sotto copertura ha a che vedere col recente passato degli Stati europei, in cui l'esperienza dei totalitarismi ha lasciato in eredità un diffuso sospetto nei confronti delle manifestazioni di potere delle forze dell'ordine, e queste attività sono associate al controllo sociale, alla repressione del dissenso politico, allo Stato di polizia.

2. Nel nostro sistema sono numerosi i problemi relativi al trattamento processuale delle operazioni *undercover*⁵; ciò si deve anche al fatto che la disciplina italiana, a differenza di altri omologhi stranieri, è molto attenta a definire i confini della non punibilità delle condotte dell'infiltrato, mentre lo è molto meno alle implicazioni processuali di questa metodica investigativa. Un problema riguarda la loro spendibilità istruttoria: se non pongono particolari questioni la raccolta di prove reali dei reati né l'acquisizione dei relativi proventi (le “consegne controllate” e il “ritardo nei sequestri” hanno costituito la funzione principale delle attività *undercover* già nelle prime figure in materia di traffico di stupefacenti), assai problematico risulta l'apporto dichiarativo dell'agente *undercover* nel processo.

² V. FANCHIOTTI, voce *Agente sotto copertura*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, 1 ss. nota come l'istituto abbia subito una sorta di “europeizzazione” in seguito alla sottoscrizione degli accordi di Schengen in tema di consegne controllate e di osservazione transfrontaliera.

³ PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, in *Archivio pen.*, 2018, f. 1, 25.

⁴ CURTOTTI, *Operazioni sotto copertura*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di ROMANO, Utet, 2015, 431.

⁵ Per una accurata ricostruzione anche dell'evoluzione normativa dell'istituto, cfr. LUDOVICI, *L'agente sotto copertura*, in COLAIACOVO (a cura di) *Sicurezza, informazioni e giustizia penale*, Pisa, 2023, 685 ss.

La giurisprudenza ammette la sua testimonianza indiretta sulle dichiarazioni apprese nel corso delle attività. Con lo schermo dell'anonimato (anche per il giudice), a seguito di una novella contenuta nella l. 13 agosto 2010, n. 136: ai sensi del comma 2-bis dell'art. 9 l. n. 146/2006, nel testo attualmente vigente, gli agenti che siano chiamati a deporre «invitati a fornire le proprie generalità, indicano quelle di copertura utilizzate nel corso delle attività medesime».

E si esclude l'applicabilità all'agente sotto copertura dell'art. 62 c.p.p. che, come noto detta un generale divieto di testimonianza de relato sulle dichiarazioni comunque rese dall'indagato o dall'imputato imputato all'interno del procedimento, perché - dice la Corte di Cassazione - gli agenti *undercover* sono soggetti partecipanti all'azione e non hanno agito nella veste di ufficiali di polizia giudiziaria con i poteri autoritativi e certificatori connessi alla qualifica⁶. C'è chi distingue tra le dichiarazioni provocate (sulle quali non si può testimoniare) e quelle non provocate: distinzione difficile in pratica, e forse irrilevante ai fini della *ratio* di tutela della libertà di autodeterminazione processuale dell'indagato⁷.

Altro problema è quello del trattamento processuale degli esiti investigativi delle attività condotte violando le regole: fuori dai casi consentiti, senza i controlli previsti, o con modalità tali da trasmodare in vera e propria provocazione. Le norme tacciono sul punto: il legislatore non ha riprodotto una previsione sanzionatoria del tipo di quella prevista per le intercettazioni all'art. 271 c.p.p.; e anche quando la già citata legge del 2010 ha precisato che la violazione delle regole legali preclude l'operatività dello scudo penale (cosicché l'agente risponde anche penalmente, salva l'applicabilità, in margini assai ridotti, della scriminante dell'art. 51 c.p.) quella novella ha omesso qualsiasi specificazione in relazione alle sorti processuali del materiale raccolto.

Tutti concordano nell'escludere l'utilizzabilità delle informazioni illegittimamente acquisite, ma non essendovi una traccia espressa di un tale divieto nell'art. 9 l. n. 146 del 2006, la conclusione non è agevolmente giustificabile. Qualcuno fa leva su una nozione di «legge», ai sensi dell'art. 191 c.p.p., estesa anche alle norme penali che l'infiltrato ha violato, e tuttavia una elaborazione dottrinale ormai consolidata ci consente di escludere che le norme penali sostanziali contengano *ex se* regole di esclusione probatoria⁸.

Una diversa ricostruzione - che sottintende l'adesione alla teorica delle "prove incostituzionali" e/o "anticonvenzionali" - rinviene nella illegittimità delle operazioni una violazione del diritto all'equo processo *ex art. 6 C.e.d.u. e dunque* una inutilizzabilità dei relativi prodotti⁹. Ma questo potrebbe dirsi, al più, per il caso in cui l'attività dell'infiltrato abbia trasmodato un vero e proprio *entrapment*, che può rendere iniquo il processo¹⁰; assai più difficilmente in relazione alle operazioni *undercover* effettuate fuori dagli altri presupposti legali (per reati non consentiti, in assenza delle autorizzazioni e così via), per i quali l'eventuale violazione del diritto al rispetto della vita

⁶ Cass. pen., Sez. II, 22 dicembre 2016 n. 14714, rv. 269670.

⁷ LUDOVICI, *L'agente sotto copertura*, cit., 706.

⁸ CORDERO, *Prove illecite nel processo penale*, in *Jus*, 1961, 68 ss., ed in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 32 ss., nonché in *Id.*, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 147 ss. *Id.*, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, 613 ss.

⁹ Cass. pen., Sez. VI del 9 febbraio 2022, n. 27160, rv. 283467.

¹⁰ LUDOVICI, *L'agente sotto copertura*, cit., 801.

privata (art. 8 par. 2 C.e.d.u.) rende iniquo il processo solo all'esito di una valutazione complessiva del procedimento, che riguarda anche l'attendibilità delle prove reperite e il rispetto delle garanzie difensive¹¹.

Più convincente fondare l'inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p. delle operazioni sotto copertura eseguite in modo difforme dalle prescrizioni legali – senza scomodare categorie incerte – ravvisando nella normativa sulle operazioni *undercover* un divieto probatorio “indiretto”. All'art. 9 l. n. 146 e alle altre discipline dello strumento possiamo infatti sicuramente riconoscere natura di norme (anche) processuali: attribuiscono un potere investigativo del quale prevedono casi e modi di esercizio. Siccome le operazioni sotto copertura sono attività autoritative pubbliche che non trovano alcuno spazio di legittimazione al di fuori da questi limiti, il mancato rispetto dei presupposti sostanziali e procedurali previsti dalla disciplina di legge determina una situazione di “carenza di potere” che giustifica l'inefficacia dell'atto ossia la sua inutilizzabilità processuale¹².

La giurisprudenza distingue, nell'ambito delle attività sotto copertura eseguite *contra legem*, tra le ipotesi di “mera” violazione procedurale e quelle in cui le operazioni abbiano costituito condotte di provocazione¹³, ma si tratta di un distinguo opinabile: se la legittimazione a compiere le operazioni in discorso dipende dall'osservanza delle prescrizioni dettate dal legislatore, sarebbe lecito concludere che il mancato rispetto di ciascuna di esse faccia scattare la sanzione dell'inutilizzabilità¹⁴.

Esiste poi il problema della rilevanza probatoria delle cose sequestrate nel corso di un'azione sotto copertura illegittima; la giurisprudenza della Corte di Cassazione nega che l'illegittimità dell'operazione sotto copertura possa riverberarsi anche sull'eventuale sequestro, così da privare il relativo oggetto di valenza probatoria laddove questo consista nel corpo del reato o in cosa pertinente al reato: in simili casi vale il noto insegnamento delle Sezioni Unite secondo cui tra l'attività di ricerca della prova e la sua apprensione non intercorre un vincolo di dipendenza giuridica ma soltanto un rapporto di mera successione cronologica; ciò che è suscettibile di sequestro è tale infatti per sue caratteristiche intrinseche normativamente predeterminate – come nel caso di tutto ciò che è pertinente al reato – e non in ragione delle attività attraverso le quali si sia reso possibile il suo ritrovamento, con conseguente impossibilità di propagazione di eventuali vizi da queste a quello¹⁵.

¹¹ DANIELE, *Indagini informatiche lesive della riservatezza. verso un'inutilizzabilità convenzionale?*, in *Cass. pen.* 2013, 367 ss.

¹² BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e 'giusto processo'*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo-Kostoris, Torino, 2008, 416.

¹³ L'inosservanza degli obblighi comunicativi nei confronti del pubblico ministero e la mancanza delle specifiche autorizzazioni previste dalla legge dall'art. 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146 non determinano l'inutilizzabilità in giudizio dei risultati dell'attività investigativa svolta dall'agente infiltrato, «non potendosi ipotizzare patologie invalidanti degli atti processuali non previste dalla legge e non concretando lo svolgimento di attività di indagine prima che ne sia data notizia al pubblico ministero alcuna lesione di diritti fondamentali traducesi nella violazione dell'art. 6 Conv. EDU» (*Cass. pen.*, Sez. VI del 9 febbraio 2022, n. 27160, cit.) mentre sarebbe inutilizzabile la prova acquisita dall'agente infiltrato che abbia determinato l'indagato alla commissione di un reato (*Cass. pen.*, Sez. 6 f febbraio 2020, n. 12204, rv. 278730).

¹⁴ BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e 'giusto processo'*, cit., 416.

¹⁵ *Cass. pen.*, Sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Cass. pen.*, 1996, 3272.

Esiste infine il problema dell'utilizzabilità delle prove che siano state acquisite attraverso un'operazione svolta sotto copertura, ma in relazione a reati diversi da quelli per i quali essa è stata disposta e autorizzata: una attività investigativa può sempre offrire modo di acquisire elementi probatori utili (anche o soltanto) per l'accertamento di un reato diverso da quello sotto indagine, non ricompreso nel catalogo dei reati per i quali l'attività è consentita. E proprio nelle operazioni *undercover* sul *web* è particolarmente facile che gli operanti si imbattano in delitti diversi ed ulteriori rispetto a quello da quello oggetto del procedimento: l'infiltrazione in un gruppo *hacker* o il semplice accesso al cd. *dark web* può mettere a contatto l'inquirente con condotte illecite inimmaginabili *a priori*, anche molto diverse da quelle in relazione alle quali l'operazione è stata disposta.

Nell'esegesi offerta dalla giurisprudenza, la legittimità dell'operazione coperta presuppone la configurabilità, in forza di una valutazione *ex ante* - nel momento in cui è adottato il provvedimento autorizzativo - di uno dei reati inclusi tra quelli legislativamente indicati, non potendo determinare l'inutilizzabilità del materiale acquisito l'accertamento, all'esito delle investigazioni, di un diverso delitto: una diversa conclusione, si osserva, sarebbe in contrasto con l'art. 55 c.p.p. e col principio di obbligatorietà dell'azione penale¹⁶.

In dottrina è stato segnalato, condivisibilmente, come l'inutilizzabilità dovrebbe però essere riconosciuta almeno in due circostanze: qualora, già *ab initio*, l'ipotesi di reato originariamente formulata presentava carattere meramente strumentale; qualora l'azione *undercover* sia stata portata avanti sebbene l'originaria ipotesi di reato fosse stata ormai messa da parte per manifesta infondatezza e l'unica finalità dell'operazione fosse divenuta ormai quella di acquisire elementi di prova in relazione a reati irrilevanti per l'art. 9 l. n. 146 del 2006; con inutilizzabilità limitata però, in questa seconda ipotesi, ai soli atti acquisiti nella consapevolezza di operare violando il vincolo di scopo posto dal legislatore¹⁷.

3. Le attività svolte *undercover* nel mondo digitale partecipano, ovviamente, di tutti i profili di delicatezza propri di tutte le operazioni sotto copertura, ma qualche criticità, quando le infiltrazioni avvengono nel mondo digitale, risulta addirittura acuita. Nel nostro ordinamento, infatti, l'istituto è sottoposto a due limiti fondamentali, entrambi facilmente superabili quando si opera sul *web*.

Il primo limite deriva dalla configurazione normativa delle "operazioni" in parola, che sono un "mezzo di ricerca della prova" e non possono essere utilizzate per la ricerca di notizie di reato: esse cioè non possono avere funzione meramente esplorativa e devono inserirsi in un procedimento penale già instaurato, in un contesto che presuppone l'esistenza di un *fumus delicti* e dunque l'avvenuta acquisizione di una

¹⁶ La fattispecie potrà verificarsi con qualche complicazione in più nell'ordine europeo di indagine: cosa accade se l'infiltrazione realizzata per eseguire un ordine emesso dall'autorità italiana per un certo reato conduca alla scoperta di altre fattispecie delittuose non contemplate nell'istanza di collaborazione investigativa? In quel caso potrebbe trovare applicazione l'art. 34 del d.lgs. n. 108 del 2017, che prevede, nell'ambito dello stesso o di altro procedimento, la possibilità di emettere un ordine d'indagine integrativo (PAULESU, *Operazioni sotto copertura e ordine europeo d'indagine penale*, in *Archivio pen.*, 2018, 3)

¹⁷ LUDOVICI, *L'agente sotto copertura*, cit., 759.

notitia criminis. Nel nostro sistema, infatti, non sono ricavabili spazi per un impiego di queste attività come strumenti di prevenzione: non a caso l'art. 9 della l. n. 146 del 2006, che contiene oggi lo statuto generale delle operazioni sotto copertura, sia dall'art. 97 del d.p.r. n. 309 del 1990, che in Italia rappresenta la prima configurazione normativa, le descrivono come attività compiute «al solo fine di acquisire elementi di prova» in ordine ai delitti indicati. L'obbligo di comunicare al pubblico ministero le modalità delle operazioni e i relativi risultati, la natura “eccezionale” delle operazioni in parola, le univoche indicazioni provenienti dalla giurisprudenza europea, che vincolano il compimento di tali indagini all'esistenza di una attività criminosa conclusa o in itinere, sono elementi che portano ad estromettere tali operazioni dall'area dell'attività di polizia di sicurezza diretta alla prevenzione dei reati.

E tuttavia, il confine tra prevenzione e repressione è fatalmente destinato ad assottigliarsi: ciò dipende essenzialmente da due fattori. Se uno è legato alla funzionalità dell'istituto ad indagare su crimine organizzato – l'«infiltrazione» di agenti all'interno delle organizzazioni criminali è fatalmente finalizzata (anche) alla ricerca di notizie di reato in relazione alla fisionomia dell'associazione, ai suoi membri, e ai futuri progetti criminali – l'altro è invece connesso, per l'appunto, al contesto digitale delle attività *under cover*.

Per le attività che si svolgono nella realtà digitale è infatti proprio la conformazione di quest'ultima, e il modo in cui in essa tutti noi ci muoviamo, a favorire le distorsioni applicative: l'inserimento di agenti *undercover* in una *chat-line* mira normalmente e naturalmente a captare informazioni concernenti possibili crimini futuri, più che a reperire elementi di prova riguardo a reati già commessi. È facile allora che l'indagine diventi occasione per testare la propensione criminale delle persone-bersaglio, secondo una metodica che gli americani chiamano *manna from heaven operations*, nelle quali la polizia lascia in custoditi oggetti di valore in pubblico per tentare i passanti.

Il secondo importantissimo limite dell'istituto delle operazioni sotto copertura riguarda il discrimine tra “agente infiltrato” e “agente provocatore”: come ho già ricordato, nel nostro sistema le indagini sotto copertura non possono costituire condotte di provocazione; l'istituto presuppone contegni passivi o comunque produttivi di forme di compartecipazione materiale, mai condotte capaci di ingenerare propositi criminali che in loro assenza non sarebbero venuti alla luce¹⁸.

E tuttavia, il confine tra contegno passivo e contegno proattivo, incerto sempre, lo è massimamente quando condotte criminali e atti di indagine si svolgono in uno spazio virtuale. Le metodiche tipiche delle operazioni *undercover* digitali lambiscono infatti costantemente la provocazione: l'attivazione di siti civetta, la realizzazione di aree di sharing la diffusione *on line* di materiale pedopornografico, creano artificiosamente piazze di scambio virtuali in grado di attrarre potenziali criminali conducono i frequentatori di un gruppo o di una piattaforma a scaricarlo, commettendo reato o a caricarne altro a loro volta. Si tratta di attività fatalmente propositive.

¹⁸ Chiara sul punto anche la giurisprudenza della Corte europea: v. per tutti Corte e.d.u., 9 giugno 1998, Teixeira de Castro c. Portogallo, §§ 35-36 e 39, nonché Corte e.d.u., Sez. I, 21 marzo 2002, Calabrò c. Italia e Germania.

In più, dobbiamo considerare che, rispetto alle tecniche di infiltrazione tradizionali, l'ambiente digitale potenzia l'efficacia degli adescamenti, perché nel web la percezione dell'illegalità si attenua. I criminologi hanno notato che il cyberspazio influisce sulle modalità percettive e cognitive delle persone, riduce gli ordinari freni inibitori presenti che si attivano nelle relazioni fisiche, contribuendo a sfumare i confini già labili tra conformità, devianza e criminalità; né vale granché adoperare "maschere di deterrenza", che avvisano i navigatori del web che il contenuto del sito è vietato dalla legge.

4. Rispetto a questi profili di delicatezza l'antidoto principale è certamente nella costante controllabilità dell'attività da parte dell'autorità giudiziaria. Va rilevato, a proposito, che il potere di iniziativa spetti normalmente agli organi di vertice delle forze di polizia, ancorché sia necessaria l'autorizzazione del p.m. Fondamentale anche il controllo *a posteriori*, visto che l'agente provocatore si muove fatalmente ai confini della legalità, confini netti in sede di pianificare l'operazione, assai meno nella fase esecutiva. Ma come e quando è verificabile il rispetto delle indicazioni normative in materia di azioni coperte? Secondo la giurisprudenza se il pubblico ministero ritenga *nelle regole* l'operato dell'agente sotto copertura, non vi è alcuna notizia di reato da iscrivere ex art. 335 c.p.p., in quanto condotta carente di antiggiuridicità (si tratta di una esimente, non di una causa di non punibilità). Il pubblico ministero valuta, perciò, autonomamente il comportamento tenuto dall'agente che godrebbe, nei fatti, di una sorta di «immunità procedimentale»¹⁹. Con importanti ricadute sul processo: una volta ritenuti superflui gli adempimenti di cui all'art. 335 c.p.p., nel procedimento a carico dei responsabili dei reati «sollecitati», l'agente può essere sentito in veste di persona informata sui fatti, sia, in seguito, in qualità di testimone, e non già quale imputato in procedimento connesso, e alle dichiarazioni vanno applicate le regole di valutazione di cui agli artt. 210 e 192 c.p.p.

Ci sarebbe un'altra soluzione, più complicata ma forse più armoniosa rispetto ai principi del sistema: ritenere ineludibile il vaglio del giudice, già nelle indagini, sulla condotta dell'agente coperto. Il sindacato sull'antigiuridicità della condotta andrebbe sottratto al p.m., che sarebbe in ogni caso tenuto a procedere agli adempimenti di cui all'art. 335 c.p.p. ed alla successiva presentazione di una richiesta di archiviazione. Spetterebbe al giudice investito dell'istanza valutare la posizione dell'agente e, segnatamente, la sussistenza del requisito dell'antigiuridicità delle attività: sarebbe un assetto coerente col ruolo di garanzia del giudice per le indagini preliminari, organo di controllo degli atti di parte²⁰.

Un altro correttivo al rischio dell'abuso investigativo è nella descrizione legale, la più accurata possibile, delle attività che è consentito compiere in modo "coperto", che non serve solo a definire l'area dello scudo penale che protegge l'agente infiltrato, ma vale anche a ridurre il rischio di violazioni del principio di proporzionalità. Qui pesa il *deficit* di tipizzazione legale – e prima ancora l'estrema difficoltà di tipizzare – le attività di indagine mascherata consentite nel web; difficile trarre un catalogo di attività, ad esempio, dalle previsioni dell'art. 14 comma 2 l. 269/1998 in tema di con-

¹⁹ PAULESU, *Notizia di reato e scenari investigativi complessi: contrasto alla criminalità organizzata, operazioni «sotto copertura», captazione di dati digitali*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 791.

²⁰ PAULESU, *Notizia di reato*, cit., 791.

trasto alla pedopornografia. Il rischio – è chiaro – è che nel mondo digitale l'istituto delle indagini *undercover* renda possibili poco controllabili "scorrerie investigative"²¹.

Considerando la decisa espansione dell'ambito applicativo delle operazioni *undercover* anche digitali – si noti che gli ampliamenti dipendono a volte più dalla spiccata utilità dello strumento che dalla gravità del reato²² – i profili di criticità fin qui descritti appaiono tutt'altro che trascurabili.

²¹ TROISI, *Operazioni digitali sotto copertura*, in SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino, 2019, 634.

²² Si pensi all'estensione dello strumento, ad opera della l. 9 marzo 2022, n. 22, ai reati di traffico di beni culturali.

Ci risiamo: l'ennesimo tentativo di riformare la prescrizione. Chissà che non sia la volta buona.

Brevi riflessioni sulle proposte di legge portate all'attenzione della Commissione Giustizia (disegni di legge Costa, n. 745, Maschio, n. 1036, Pittalis, n. 893, Bisa, n. 1380)

Diana Tenenbaum*

Sommario: **1.** Le varie proposte di legge parlamentari e l'adozione della proposta di legge Pittalis. – **2.** Le prime reazioni dal mondo del diritto: le audizioni del 27 giugno e del 4 luglio. – **3.** Le osservazioni del Viceprocuratore europeo Ceccarelli: un possibile ritorno alla regola Taricco? – **4.** Considerazioni conclusive.

ABSTRACT

Il contributo analizza alcune proposte di legge volte a modificare, ancora una volta, l'istituto della prescrizione. Tutte le proposte presentate sono accomunate dall'intento di eliminare il blocco della prescrizione dopo la sentenza di primo grado per poi differenziarsi in merito alla sorte dell'art. 344-bis c.p.p. e al tipo di modifica da introdurre in ordine al tempo necessario a prescrivere. Appare quindi opportuno un breve esame delle proposte avanzate per vagliare l'opportunità di una ulteriore riforma in quest'ambito.

The work focuses on some legal proposal in order to reform, one time another, the legal institute of prescription. All the cited proposal are linked on by the intent to delay the locking of prescription after the first degree sentence, to be accounted out according to as established by the article 344-bis p.p.c. and to the kind of reform to be on at the time to prescript. Thus, it is necessary a light focusing of the accounted proposal in order to go trough the opportunità of another reform about this subject.

1. Le varie proposte di legge parlamentari e l'adozione della proposta di legge Pittalis.

Da più di un anno il Governo è cambiato e le Camere sono state nuovamente elette. Eppure, il tema della prescrizione sembra essere sempre al centro degli interessi politici, come se fosse considerato un nodo irrisolto su cui mettere le mani, ogni volta che sia possibile.

* Dottoranda di ricerca in Diritto penale – Università di Roma Tor Vergata.

In concomitanza dell'adozione del disegno di legge del Guardasigilli Nordio, diversi parlamentari hanno presentato delle proposte di legge volte a modificare, ancora una volta, l'istituto della prescrizione. Si tratterebbe del quinto intervento legislativo nell'arco di meno di venti anni, tenendo a mente che gli ultimi tre si sono concentrati nei cinque anni appena trascorsi: dopo la c.d. legge ex-Cirielli del 2005, infatti, è intervenuta dapprima la c.d. riforma Orlando del 2017, successivamente la riforma Bonafede del 2019 e, infine, la riforma Cartabia del 2021¹.

Tali interventi hanno creato confusione non solo per la velocità con cui si sono succeduti, ma anche perché si sono mossi in direzioni diverse: la riforma Orlando aveva introdotto un periodo limitato di sospensione della prescrizione in appello e in Cassazione, mentre la riforma Bonafede aveva deciso di interromperla definitivamente dopo la sentenza di primo grado; la riforma Cartabia - pur mantenendo l'interruzione definitiva della prescrizione dopo il primo grado di giudizio - ha introdotto, all'art. 344-*bis* c.p.p., una nuova causa di improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione².

In questo disordine di norme (oltre che di idee) si collocano le attuali proposte di legge presentate, tra la fine dello scorso anno e l'inizio di questo ancora in corso, dagli Onorevoli Costa (Gruppo misto - ex Azione), Pittalis (Forza Italia) e Maschio (Fratelli di Italia)³. Durante il mese di settembre è stata, poi, elaborata un'ulteriore proposta di legge - per la verità un po' più snella delle precedenti - volta essenzialmente ad inserire nel novero dei reati per i quali i tempi necessari a prescrivere sono raddoppiati una serie di illeciti connotati da particolare allarme sociale⁴.

Tutte le proposte normative in questione sono accomunate da un preciso intento: quello di eliminare l'art. 161-*bis* c.p. e con esso il blocco definitivo della prescrizione dopo la sentenza di primo grado (di fatto introdotto dalla riforma Bonafede).

Ciò si deduce non solo dall'espressa previsione, in ogni proposta, dell'abrogazione dell'articolo appena citato, ma anche dai vari commenti che accompagnano le pro-

¹ Le riforme in questione sono state approvate, più precisamente, con: L. 5 dicembre 2005, n. 251; L. 23 giugno 2017, n. 103; L. 9 gennaio 2019, n. 3; L. 27 settembre 2021, n. 134.

² Va detto che, in verità, la riforma Bonafede aveva espressamente qualificato l'arresto della prescrizione dopo la sentenza di primo grado come un'ipotesi di sospensione della prescrizione nonostante la stessa non potesse più ricominciare a decorrere a seguito di tale pronuncia. Per questo motivo la Riforma Cartabia ha introdotto l'art. 161-*bis* c.p. che, correggendo questa svista, identifica espressamente la cessazione definitiva della prescrizione dopo il primo grado di giudizio come interruzione della prescrizione.

³ Si tratta delle proposte di legge n. 745 (Costa), presentata alla Camera dei deputati il 29 dicembre 2022; n. 893 (Pittalis), presentata il 17 febbraio 2023; n. 1036 (Maschio) presentata il 23 marzo 2023. Per semplificare vengono indicati solo i relatori delle relative proposte di legge. In realtà le proposte di legge Pittalis e Maschio hanno visto l'iniziativa anche di altri deputati. Nel caso della proposta di legge Pittalis ci si riferisce agli On. Calderone e Patriarca mentre la proposta di legge dell'On. Maschio è stata presa d'iniziativa con gli On. Varchi, Buonguerrieri, Dondi, Palombi, Pellini, Polo, Pulciani e Vinci.

I testi di tutte le proposte di legge sono disponibili sul sito della Camera accessibile dal seguente link: <https://www.camera.it/leg19/1>.

⁴ Il riferimento è alla proposta di legge Bisa presentata alla Camera dei deputati il 5 settembre 2023 dall'On. Bisa insieme ai deputati Molinari, Matone, Morrone, Sudano, Andreuzza, Bof, Cavadoli, Coin, Montemagni e Pretto.

poste di legge di cui si discute. In tutte le relazioni, senza giri di parole, si denuncia la scelta di bloccare la prescrizione dopo il primo grado di giudizio facendo leva, soprattutto, sulla necessità di evitare imputati e indagati a vita e dando così ascolto alle innumerevoli voci contrarie che si erano sollevate in dottrina e in giurisprudenza (nonché nel mondo dell'Avvocatura) all'indomani dell'entrata in vigore della riforma Bonafede.

Al di là di questo aspetto comune, le proposte di Costa e Maschio si differenziano nettamente rispetto a quella di Pittalis in ordine alle modifiche da introdurre per evitare che la maggior parte dei processi si prescriva nel corso del procedimento.

Più precisamente, gli Onorevoli Costa e Maschio propongono un modello orientato a reintrodurre la sospensione della prescrizione dopo il primo grado di giudizio, prevedendo un limite massimo a tale sospensione per ogni fase di impugnazione, sulla falsariga della riforma Orlando (i cui esiti non si sono potuti analizzare, essendo stata sostituita solo due anni dopo dalla riforma Bonafede). Ciò sul presupposto, esplicitato soprattutto dall'On. Maschio nella sua relazione, che la riforma Cartabia non abbia risolto i problemi ma, anzi, abbia introdotto una situazione che rappresenta un *unicum* nel panorama giuridico, essendo oggi prevista una nuova causa di improcedibilità dell'azione penale che si aggiunge al normale termine di prescrizione, destinato ad arrestarsi a seguito della conclusione del giudizio di primo grado.

Ciononostante, è interessante notare come le proposte di Maschio e di Costa prevedano la sola abrogazione dell'art. 161-*bis* c.p., non anche della causa di improcedibilità di cui all'art. 344-*bis* c.p.p.; il risultato sarebbe, quindi, quello di consentire una compresenza tra prescrizione sostanziale, che continuerebbe a decorrere con la sospensione del procedimento in sede di gravame, e il regime di improcedibilità, situazione che potrebbe dare vita a problemi applicativi di non poco conto⁵.

Va detto, però, che la proposta di legge che merita più attenzione è quella dell'On. Pittalis che la Commissione Giustizia della Camera dei deputati, d'accordo con l'On. Costa, ha approvato quale testo base per il prosieguo dell'esame⁶.

A differenza delle proposte appena esaminate, quella di Pittalis suggerisce espressamente di abrogare, oltre all'art. 161-*bis* c.p., anche l'art. 344-*bis* c.p.p. e di riportare la prescrizione, come si legge espressamente nel testo di accompagnamento della proposta di legge, "*alla sua funzione e natura primigenie*". Si sottolinea, infatti, come la nuova causa di improcedibilità si sostanzierebbe in una prescrizione mascherata semplicemente da una diversa veste formale (quella processuale) e che, in ogni caso, non risolverebbe i problemi derivanti dalla disorganizzazione che vive il processo penale.

⁵ Diverse critiche sono state mosse in tal senso dai primi commentatori che hanno analizzato tali progetti: GATTA, *Prescrizione e improcedibilità: alla Camera prove tecniche di una ennesima, improvvida, riforma. A proposito dei disegni di legge n. 745, Costa, n. 893, Pittalis, n. 1036, Maschio*, in *Sistema Penale*, 6/2023, 217 ss.; ROSSI, *La "Fabbrica di San Pietro" della giustizia penale*, in *Questione Giustizia*, 2/2023, 6-7.

⁶ Il testo è stato approvato dalla Commissione Giustizia durante i lavori della seduta del 28 settembre 2023. Si sono opposti all'approvazione del testo diversi Onorevoli presenti alla seduta stessa: Debora Serracchiani (PD), Valentina D'Orso (M5S) e Devis Dori (AVS).

Si parte da due considerazioni, non di certo scontate: la prescrizione non è lo strumento col quale rimediare alle inefficienze del processo penale e non è un meccanismo pensato per garantire la ragionevole durata del processo⁷.

Se si muove da queste considerazioni, non sorprende come la proposta legislativa sia volta ad introdurre una modifica normativa che, in sostanza, consiglia un ritorno alla disciplina della legge ex-Cirielli buttando, di fatto, nel macero tutto ciò che è stato fatto negli ultimi cinque anni. Si avanza, infatti, l'idea di mantenere inalterati i termini di prescrizione di cui all'art. 157 c.p. e di modificare l'art. 159 in materia di sospensione della prescrizione ritornando allo stesso testo normativo esistente prima della riforma Orlando (senza, dunque, introdurre alcun limite alla sospensione del procedimento in sede di gravame).

È interessante notare come venga in luce anche l'intento di modificare un particolare aspetto che era stato modificato dalla riforma Bonafede e che era stato al centro di notevoli critiche da parte degli operatori del diritto. L'art. 158 c.p., infatti, a partire dal 2019 prevede che il termine della prescrizione inizi a decorrere, nel caso di reato continuato, dal giorno della cessazione della continuazione. Il legislatore ha deciso, quindi, di considerare il reato continuato come unico reato ai fini del calcolo della prescrizione, consentendo così la possibile produzione di effetti sfavorevoli all'imputato, nonostante la giurisprudenza sia costante nel ritenere che la considerazione del reato continuato come un unico reato sia ammissibile solo quando da ciò conseguano effetti favorevoli. Così, i proponenti suggeriscono un ritorno all'originaria disciplina anche in questo senso, sopprimendo il riferimento alla continuazione nell'ambito dell'art. 158 c.p.

È chiaro, quindi, come la proposta di legge Pittalis non ponga alcun problema di diritto intertemporale con le riforme passate: tutto viene cancellato in nome della funzione rieducativa della pena e del diritto all'oblio dell'imputato. Si legge, infatti, espressamente che *“tanto la funzione rieducativa della pena quanto l'oblio sulla memoria del reato, connesso al trascorrere del tempo, esigono che i termini di prescrizione siano commisurati non alla durata del processo ma alla distanza tra il tempo di commissione del reato e quello di espiazione della pena: dunque, è solo in rapporto a tali estremi che va valutata l'adeguatezza dei termini di prescrizione”*.

Ma è veramente il ritorno alle origini la soluzione a tutti i problemi? Come si avrà modo di vedere, le reazioni della dottrina e della magistratura suggerirebbero il contrario, mentre maggiori segnali di apertura si registrano dal mondo dell'avvocatura.

⁷ Non è questa la sede per analizzare il rapporto tra prescrizione e ragionevole durata del processo. È sufficiente sottolineare come tale rapporto sia oggetto di un ampio dibattito tra chi ritiene che la prescrizione sia uno strumento per assicurare al processo una durata ragionevole e chi, al contrario, sostiene che la ragionevole durata del processo non ha nulla a che fare con la prescrizione in quanto la stessa dipende, in realtà, da interventi organizzati estranei alla gravità del reato.

2. Le prime reazioni dal mondo del diritto: le audizioni del 27 giugno e del 4 luglio.

Durante le audizioni informali del 27 giugno e del 4 luglio 2023 la Commissione Giustizia della Camera dei deputati ha raccolto le opinioni di giuristi appartenenti a diversi settori del mondo del diritto⁸.

Analizzando i vari interventi, si può in generale osservare un'assoluta chiusura da parte della magistratura nei confronti del ritorno al vecchio modello della prescrizione e una più positiva presa di posizione da parte dell'avvocatura.

Volendo fare una sintesi delle varie critiche che sono state fatte, si può dire che l'aspetto di maggiore contestazione ha ad oggetto la scelta di abolire la nuova causa di improcedibilità introdotta dalla riforma Cartabia (con un certo stupore, viste le critiche che la maggior parte della dottrina aveva sollevato in ordine a questo nuovo istituto) poiché la stessa sarebbe in grado di rimediare alle restanti criticità della riforma *“ponendo un limite all'estensione altrimenti potenzialmente infinita dell'accertamento, garantendo il rispetto di un canone fondamentale per la stessa Corte EDU: il fair trial e la ragionevole durata ex art. 6 della Convenzione⁹”*.

A tal proposito viene sottolineato come, prima di procedere ad una abrogazione di tale strumento, bisognerebbe vedere i risultati a cui lo stesso ha condotto, dati alla mano. Ed effettivamente i dati che fino ad ora sono stati raccolti (frutto, chiaramente, dell'intera riforma della giustizia che la Ministra Cartabia ha attuato) sembrano rassicuranti: i tempi del giudizio penale in sede di impugnazione sono diminuiti notevolmente nell'intero territorio nazionale, con la conseguenza che eliminare attualmente l'art. 344-bis c.p.p. sarebbe un *“vero e proprio suicidio¹⁰”*.

D'altronde, l'Italia non si può permettere, visti anche gli obiettivi che devono essere raggiunti in attuazione del PNRR¹¹, il ritorno ad un modello che rischierebbe di

⁸ Durante le audizioni informali del 27 giugno e del 4 luglio 2023 durante le quali sono stati sentiti diversi esponenti del mondo del diritto. In particolare, il 27 giugno sono stati sentiti il Prof. Gatta, il Prof. Gialuz, Fabio Varone (avvocato e dottore di ricerca in diritto e processo penale presso l'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna), Eriberto Rosso (Segretario Nazionale dell'Unione Camere Penali), Piercamillo Davigo, Salvatore Casciaro (Segretario Generale dell'Associazione Nazionale Magistrati), Mattia Alfano (rappresentante dell'Osservatorio nazionale sostegno vittime da reato) e di Vincenzo Orlandini, (Consigliere dell'Associazione Il Mondo Che Vorrei Onlus). Il 4 luglio, invece, sono stati sentiti: Luigi Salvato (Procuratore generale presso la Corte di Cassazione), Danilo Ceccarelli (Viceprocuratore capo della Procura europea), Francesca Nanni (Procuratore generale presso la procura di Milano), Antonio Gialanella (Avvocato generale della Repubblica presso la corte d'appello di Napoli) e Maurizio de Lucia (Procuratore della Repubblica presso il tribunale di Palermo). Per tali audizioni non è prevista la resocontazione ma il video dell'intero incontro è disponibile sul sito della Camera dei deputati al seguente link: https://www.camera.it/leg19/1104?shadow_organo_parlamentare=3502&id_tipografico=02&annomese=202307.

⁹ In questo senso si esprime il dott. Salvato nella sua audizione del 4 luglio.

¹⁰ L'espressione è usata dal Prof. Gatta. Il Professore (già consigliere della Ministra Cartabia) riporta alcuni dati che il Ministero della Giustizia sta raccogliendo e pubblicando sul proprio sito internet, in un'area dedicata al monitoraggio continuo degli obiettivi PNRR, accessibile attraverso il seguente link: <https://webstat.giustizia.it/SitePages/Monitoraggio%20PNRR.aspx>.

¹¹ Ci si riferisce al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (c.d. PNRR) disponibile su: <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf>. Il Piano è stato varato a seguito dell'adozione

allungare i tempi della giustizia, non essendoci più alcuna causa di improcedibilità e potendo dunque operare periodi anche lunghi di sospensione.

Sicuramente più distensivo è l'atteggiamento dell'Unione delle Camere Penali che ritiene complessivamente migliore la situazione che deriverebbe dall'approvazione di una delle tre proposte di cui si discute rispetto a quella attuale, non foss'altro per la scelta di abrogare l'art. 161-*bis* c.p., contrario alla vera essenza dell'istituto della prescrizione che sarebbe quella di presidiare l'inviolabilità del diritto di difesa, segnando il limite temporale entro il quale lo Stato può perseguire un reato ed una persona subire le conseguenze del suo agire.

Insomma, le prime reazioni alle ennesime proposte legislative sono state diverse e abbastanza variegata e di questo non ci si deve sorprendere, visto l'evidente fervore che questo tema suscita ormai da anni non solo a livello politico ma anche sul piano strettamente giuridico. Si tratta, inoltre, di reazioni abbastanza coerenti con l'atteggiamento mostrato sia rispetto alla scelta di interrompere definitivamente il corso della prescrizione sia con riferimento all'introduzione della nuova causa di improcedibilità per scadenza dei termini di impugnazione. Le Camere Penali, infatti, hanno sempre manifestato una convinta ostilità in relazione all'introduzione di un sistema volto ad interrompere definitivamente i termini di prescrizione a seguito della sentenza di primo grado così come la magistratura, già dai primi arresti successivi all'introduzione della riforma Cartabia, aveva assunto un atteggiamento abbastanza favorevole verso il neo art. 344-*bis* c.p.p.¹².

Non resta, ora, che aspettare le reazioni della dottrina (oltre a quelle degli illustri professori che già si sono espressi e di cui abbiamo dato menzione) la quale, a rigore, non dovrebbe essere così critica verso una riforma che decide, da un lato, di eliminare il blocco definitivo della prescrizione (da tutti stigmatizzato come una scelta deleteria per l'imputato, per il processo e per l'ordinamento in generale) e, dall'altro, propone di abolire l'art. 344-*bis* c.p.p., criticato dai più per la sua natura ibrida, con tutte le conseguenze che ciò comporta, e per i diversi problemi di carattere processuale che, evidentemente, la riforma Cartabia non ha tenuto in considerazione¹³.

del *Next Generation EU*, approvato dal Consiglio Europeo per sostenere gli Stati membri colpiti dalla pandemia di Covid-19. Tra gli obiettivi della riforma vi era anche quello di ridurre del 25% la durata dei processi penali.

¹² Basti pensare al fatto che la Corte di cassazione ha respinto già diverse questioni di legittimità costituzionale facendo leva sulla natura processuale dell'art. 344-*bis* c.p.p. e ritenendo che l'improcedibilità, a differenza della prescrizione che opera solo in primo grado - ha una funzione "compensativa e riequilibratrice per garantire a tutti i procedimenti pendenti in appello e in cassazione, per i reati commessi dal 1° Gennaio 2020, una ragionevole durata, distinguendosi in ciò dalla prescrizione sostanziale". Tra le sentenze che hanno confermato la natura processuale dell'improcedibilità v.: Cass. pen., sez. III, 14 dicembre 2021, n. 1567 e sez V, 10 gennaio 2022, n. 334.

¹³ Dalla scelta in ordine alla natura sostanziale o processuale della nuova causa di improcedibilità dipende, innanzitutto, il regime di diritto intertemporale da applicare così come la sua eventuale compatibilità con l'art. 112 Cost. Ancora, da un punto di vista processuale, si pongono diversi problemi, tra i quali quello del rapporto tra la nuova causa di improcedibilità e il giudizio di inammissibilità dell'impugnazione proposta e quello del rapporto tra la sentenza di assoluzione e la declaratoria di improcedibilità in sede di appello.

3. Le osservazioni del Vice Procuratore europeo Ceccarelli: un possibile ritorno alla regola Taricco?

Un cenno particolare meritano le considerazioni sviluppate dal Viceprocuratore Capo Europeo Ceccarelli, anch'esso sentito in sede di audizione dalla Commissione Giustizia il 4 luglio 2023.

Il Vice Procuratore, dopo essersi soffermato sulla scelta di eliminare dall'art. 158 c.p. il riferimento alla cessazione della continuazione come termine da cui far iniziare a decorrere la prescrizione¹⁴, sottolinea l'approccio poco sistemico alla materia, *“la mancanza di una visione su natura, finalità e scopo dell'istituto della prescrizione, nonché sulla necessità che una riforma seria della prescrizione vada di pari passo con valutazioni e considerazioni sull'efficienza del sistema giustizia”*.

Tali considerazioni, se ben si riflette, sono le stesse elaborate dall'On. Pittalis proprio in occasione della presentazione della sua proposta di legge il 17 febbraio 2023: *“non occorre intervenire sulla prescrizione per rimediare alle inefficienze del processo penale, bensì è necessario mirare a sradicare il problema della irragionevole durata dei processi penali, puntando ad affermarne l'efficienza, ossia la perfetta funzionalità, e l'efficacia dall'inizio del processo alla fine, giungendo all'imputazione della responsabilità dei reati”*.

Le stesse parole, dunque, ma con esiti differenti: se l'inefficienza del processo penale porta Pittalis a ritenere possibile un ritorno alla disciplina della prescrizione originaria (o meglio, a quella risultante dalla legge ex-Cirielli del 2005) la medesima inefficienza induce il Vice Procuratore a ritenere del tutto errata la proposta in questione in quanto non farebbe altro che aggravare la situazione italiana rispetto alla violazione degli obblighi europei.

Ad aver realmente ha causato un aumento esponenziale dei procedimenti dichiarati estinti per prescrizione, sostiene Ceccarelli, non sono tanto le ultime riforme quanto, piuttosto, la scelta fatta nel 2005 di eliminare il sistema di prescrizione a scaglioni a favore di un meccanismo basato sul massimo della pena edittale prevista per ciascun reato – tuttora utilizzato nella gran parte degli altri Stati membri – e di ridurre l'aumento massimo del termine della prescrizione – in presenza di cause interruttive – dalla metà a un quarto. In questo modo l'Italia *“si è trovata ad essere allo stesso tempo lo Stato membro dell'Unione con il sistema processuale più lento ed inefficiente, e con la prescrizione di gran lunga più breve di ogni altro Stato”*.

Fin qui niente di particolare: l'idea che l'inefficienza del processo penale sia dovuta a problemi organizzativi estranei alla prescrizione è opinione condivisa da molti, così

¹⁴ Viene sottolineato dal Vice Procuratore Ceccarelli come il reato continuato dovrebbe essere sempre considerato in modo unitario così come, d'altronde, avviene all'interno di tutta l'Unione Europea. In tal senso si osserva come una modifica di questo tipo, tale cioè da far iniziare a decorrere l'inizio della prescrizione dal momento in cui i singoli reati sono stati commessi e non da quello in cui è cessato il vincolo della continuazione, provocherebbe degli effetti assolutamente negativi sull'azione della Procura Europea che spesso ha a che fare con reati di questo tipo. L'effetto di tale modifica sarebbe, pertanto, quello di rendere le indagini superflue, non essendo le stesse in grado di spiegare fenomeni di criminalità così importanti (spesso legati anche ad associazioni a delinquere) in un periodo di tempo contenuto come potrebbe essere quello di prescrizione.

come non mancano le critiche (ormai ventennali) proprio all'introduzione della legge ex-Cirielli.

Ciò che invece merita di essere menzionato è l'esplicito riferimento che il Vice Procuratore europeo fa alla vicenda Taricco. Riferimento che, si noti bene, viene fatto per sottolineare come l'Italia risulti inadempiente in materia di interessi finanziari dell'Unione proprio a causa della disciplina sulla prescrizione.

Ma la saga Taricco non si era conclusa (con l'impossibilità sancita dalla Corte costituzionale di applicare la regola enunciata dalla Corte di Giustizia nel nostro ordinamento, sia perché contraria al principio di irretroattività sfavorevole in materia penale sia perché caratterizzata da un *deficit* di determinatezza)? La risposta non sembra affatto positiva e, anzi, il Vice Procuratore Europeo non lascia molti dubbi al riguardo: nel caso in cui si trovi ad indagare su reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione *"anche negli assai complessi procedimenti per frodi IVA transnazionali e frodi doganali"*, la Procura Europea si potrà presto trovare nella situazione di denunciare di nuovo alla Commissione UE, e indirettamente alla Corte di Giustizia dell'Unione, la inadeguatezza del sistema italiano della prescrizione a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione" e, addirittura, di denunciare l'azione del legislatore italiano che, con l'introduzione di una nuova riforma della prescrizione, *"invece di attivarsi per consentire la repressione effettiva dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, sembra voler adottare modifiche normative che renderebbero ancora più difficile, e in modo sistematico, tutelare gli interessi finanziari dell'Unione nel settore penale, perseguire i reati e recuperare il danno subito dalla collettività"*.

Toni particolarmente duri appaiono, dunque, quelli usati dal Vice Procuratore Europeo il quale, tenendo a mente le modalità con cui si è svolto l'episodio Taricco e la 'vincita' della partita da parte della Corte costituzionale, sembra quasi voler rimescolare le carte in gioco e avvertire che, per quanto la Corte di Giustizia sia stata in quel caso 'magnanima' nella vicenda Taricco, ciò non ricapiterà laddove la questione si dovesse ripresentare all'attenzione dei Giudici di Lussemburgo. Insomma, l'attivazione dei controlimiti potrebbe ora essere minacciata dalle istituzioni europee così come, ai tempi, aveva fatto la Corte costituzionale.

4. Considerazioni conclusive.

Le proposte legislative qui esaminate dimostrano un interesse, che non sembra destinato a placarsi, quasi spasmodico verso il meccanismo della prescrizione, come se dallo stesso dipendesse la soluzione a tutti i mali del mondo.

Non c'è dubbio che ciò derivi, in parte, dalla stessa connotazione della prescrizione che, com'è stato efficacemente affermato, è un istituto che si presenta *'assiologicamente ambiguo'*¹⁵: se da un lato consente a ogni cittadino di non essere sottoposto ad un giudizio penale senza fine e, parallelamente, allo Stato di risparmiare risorse

¹⁵ L'espressione è di PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione, in Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, n. 1, 20 e ss. L'autore paragona la prescrizione ad un estintore: *"la prescrizione è (metaforicamente) un estintore, che, non diversamente dagli estintori previsti da un sistema di protezione dall'incendio, è necessario collocare a presidio di determinate situazioni, ma che il buon funzionamento del sistema dovrebbe mantenere inattivo"*.

se economiche in relazione a fatti di reato assai risalenti nel tempo, dall'altro lato è espressione della rinuncia statale alla propria potestà punitiva. Al tempo stesso, però, è giusto sottolineare, anche con una certa preoccupazione, che intervenire una quinta volta sulla disciplina della prescrizione in soli sei anni darebbe vita ad un'iperproliferazione legislativa che sarebbe meglio evitare.

Ciononostante, non si può non evidenziare che l'eventuale scelta di eliminare il blocco definitivo della prescrizione dopo la sentenza di primo grado sarebbe un'opzione del tutto in linea con la *ratio* della prescrizione e con la funzione che essa assume nel nostro ordinamento. Ciò che si è sempre rimproverato alla riforma Bonafede è proprio la scelta in sé di bloccare il corso della prescrizione nonostante le garanzie costituzionali che la stessa presidia: il diritto all'oblio e la finalità rieducativa della pena che, con il passare del tempo, subentrano alla finalità general-preventiva che giustifica la risposta punitiva dello Stato verso un fatto costituente reato. Per non parlare di come l'interruzione della prescrizione dopo il primo grado di giudizio non risolve affatto il problema del massiccio numero di reati che si prescrivono. Dei molti procedimenti penali dichiarati estinti per prescrizione, infatti, circa la metà si prescrivono durante la fase delle indagini preliminari, un quarto nel corso del giudizio di primo grado ed un altro quarto durante quello di appello a causa del sovraccarico degli uffici giudiziari e del proliferare di nuove incriminazioni¹⁶.

Rispetto alla nuova causa di improcedibilità di cui all'art. 344-*bis* c.p.p., invece, si pongono maggiori dubbi di carattere sistematico.

Da un lato, infatti, deve darsi atto dei dubbi e gli interrogativi che il nuovo strumento introdotto dalla riforma Cartabia solleva.

Innanzitutto, non è chiaro quale sia la sua natura giuridica e il regime applicabile, così come sono discutibili i meccanismi di proroga dei termini previsti dall'art. 344-*bis* c.p.p.¹⁷.

Numerosi sono, poi, i problemi di natura processuale: il rapporto tra la nuova causa di improcedibilità e il giudizio di inammissibilità dell'impugnazione proposta, quello tra la sentenza di assoluzione e la declaratoria di improcedibilità in sede di appello nonché la scelta (da alcuni ritenuta paradossale) del trasferimento della decisione sulla confisca, all'esito della declaratoria d'improcedibilità, dal giudizio di cognizione a quello di prevenzione. D'altronde, se veramente la nuova causa di improcedibilità fosse solo formalmente diversa dalla prescrizione ma rappresentasse sostanzialmente un prosieguo della stessa, non si spiegherebbero i motivi per i quali molti dubbi interpretativi si sono posti e continuano a porsi.

Dall'altro lato, però, non si può prescindere dai dati positivi che, in generale, la riforma Cartabia sta avendo, quantomeno per quanto riguarda la riduzione dei termini di durata dei giudizi di impugnazione. Termini che, è bene ricordarlo, obbligatoria-

¹⁶ Si fa riferimento a quanto affermato dal CSM in occasione del parere fornito in occasione dell'introduzione della riforma Bonafede. Si rinvia, pertanto, a CSM, *Parere sul testo del disegno di legge AC 1189, Pratica num. 39/PA/2018*, 19 Dicembre 2018, 9 e ss.

¹⁷ I meccanismi di proroga sono stati fortemente criticati dalla dottrina, sia per l'eccessiva discrezionalità che viene lasciata al giudice sia per la scelta di prevedere meccanismi diversi in relazione ad alcune tipologie di reati. Anche la Corte di Cassazione, nella relazione dell'Ufficio del Massimario, ha espresso le sue perplessità in ordine al regime di proroghe, così come il CSM nel parere reso il 29 luglio 2021.

mente devono subire un contenimento per consentire di raggiungere (entro il 2026) gli obiettivi fissati dal PNRR.

Le soluzioni astrattamente percorribili, quindi, sembrano essere due: si potrebbe, per prima cosa, lasciare che la nuova causa di improcedibilità faccia il suo corso per verificare se, effettivamente, la stessa sia in grado in qualche modo di favorire la creazione di una macchina giudiziaria più efficiente e più organizzata. È chiaro che per svolgere una valutazione di questo tipo è necessario del tempo ma questo tempo deve essere concesso, con buona pace di tutti coloro che avanzano quotidianamente idee e suggerimenti su come modificare la prescrizione.

Se proprio questa strada non fosse percorribile, invece, non apparirebbe così azzardato un ritorno al passato e, in particolare, alla disciplina prevista all'indomani della *ex-Cirielli*. Per quanto infatti andrebbe rivisto lo stesso criterio di calcolo dei termini di prescrizione introdotto nel 2005 (e quindi la scelta di eliminare il sistema a fasce), l'idea di ripristinare il sistema originario in cui i reati si prescrivono a partire dal momento della commissione del fatto, senza cause di sospensione o di improcedibilità particolare, avrebbe un importante merito: quello di catalizzare l'attenzione sui veri problemi della giustizia e questo sarebbe l'unico modo per far ritornare la prescrizione ad essere uno strumento eccezionale all'interno del sistema penale così da evitare un suo utilizzo ordinario, come oggi accade.

La portata applicativa della norma di cui all'art. 53 del Codice Antimafia a seguito dell'entrata in vigore della Legge n. 161/2017*

Silvia Francazi**

Sommario: **1.** Sulla disciplina delle misure di prevenzione nel Codice Antimafia in generale. - **2.** Sul tenore letterale dell'articolo 53 del Codice Antimafia. - **3.** Sul *quantum* del limite percentuale di garanzia. - **4.** Sul contrasto terminologico tra la locuzione "beni sequestrati" o "beni confiscati" nella norma. - **5.** Sulla necessità di stornare le spese dei procedimenti di confisca, amministrazione e del procedimento di cui agli articoli 57-61. - **6.** Sull'imputazione del valore dei beni alla stima od a quanto conseguito dalla vendita. - **7.** Sui crediti prededucibili sorti nel corso del procedimento di prevenzione.

ABSTRACT

L'Autore esamina la portata applicativa della disposizione di cui all'articolo 53 del Codice Antimafia - relativa al limite di garanzia patrimoniale, nel più ampio contesto della disciplina della tutela dei terzi in caso di applicazione di misure di prevenzione ed in rapporto con le procedure concorsuali - affrontando aspetti interpretativi controversi emergenti dal tenore letterale della norma, superabili operando uno sforzo di interpretazione sistematica ed in linea con le coordinate giurisprudenziali più recenti.

The Author examines the scope of the provision referred to in Article 53 of the Anti-Mafia Code, solving controversial interpretative aspects arising from the wording of that provision, by making an effort of systematic interpretation and in line with the most recent jurisprudential coordinates.

1. Sulla disciplina delle misure di prevenzione nel Codice Antimafia in generale.

Come noto, il Decreto legislativo n. 159/2011, recante il "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136" (di

* Il presente contributo considera il testo del Codice Antimafia per come modificato dal D.L. 31 ottobre 2022, n. 162, convertito con modificazioni dalla L. 30 dicembre 2022, n. 199, nonché dalla sentenza della Corte costituzionale 20 dicembre 2022-12 gennaio 2023, n. 2.

** Avvocato.

seguito, il “Codice”) è caratterizzato da specifiche norme che, nell’ambito della più ampia disciplina delle misure di prevenzione antimafia (Libro I, di cui agli articoli 1-81) – a loro volta distinguibili in personali (Titolo I, di cui agli articoli 1-15) e patrimoniali (Titolo II, di cui agli articoli 16-34-*ter* nonché, quanto a “L’Amministrazione, la gestione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati”, il Titolo III, di cui agli articoli 35-51-*bis*) – regolano, nel Titolo IV, avuto riguardo alle misure patrimoniali, la “*Tutela dei terzi e i rapporti con le procedure concorsuali*”.

In particolare, la disciplina della tutela dei terzi¹ ed i rapporti della medesima con le procedure concorsuali si articola in tre Capi (I, II e III), rispettivamente dedicati a: (i) la statuizione di disposizioni generali (articoli 52-56); (ii) la previsione di uno specifico procedimento di accertamento dei diritti di terzi, tale da consentire ai terzi titolari di diritti di credito nei confronti del soggetto colpito da provvedimento preventivo patrimoniale (di seguito, “proposto”)² di veder vagliata la propria pretesa, al fine della sua liquidazione da parte dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (articoli 57-62, di seguito l’“Agenzia”)³; (iii) la fissazione di particolari regole di coordinamento con le procedure concorsuali (articoli 63-65).

Tanto premesso in ordine alla struttura sistematica della disciplina delle misure di prevenzione nel Codice, quanto alla tutela accordata ai terzi dalla medesima ritraibile, la stessa risulta fundamentalmente informata al medesimo modello che ispira la

¹ Secondo quanto specificato dall’Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma – Commissione Amministrazione giudiziaria e custodia dei beni sequestrati alla criminalità, *D.Lgs. 159/2011 – Codice Antimafia Linee Guida in tema di amministrazione e custodia giudiziaria dei beni sequestrati alla criminalità*, in www.odcec.roma.it, dicembre 2012, 52 ss., la categoria generica dei terzi, dovrebbe, a sua volta, esser suddivisa nelle sottocategorie de: a) i terzi “formali” intestatari di beni (titolari della proprietà del bene anche se nella disponibilità indiretta del proposto); b) i terzi interessati dal provvedimento di sequestro pur non essendo titolari di diritti di credito (proprietari dei beni, in caso ad essere sottoposti a sequestro siano diritti reali di godimento o di garanzia, comproprietari dei beni in comunione, titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni sequestrati); c) i terzi titolari di diritti di credito – garantiti o meno da diritti reali di garanzia (titolari di crediti sorti in momenti antecedenti all’emissione del provvedimento di sequestro) – risultanti da atti aventi una data certa o da diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore al sequestro; d) i titolari di crediti assistiti da cause legittime di prelazione (pegno o ipoteca) sui beni sottoposti a confisca (per cui non è previsto l’obbligo di preventiva escussione del patrimonio residuo del proposto, potendo per gli istituti di credito, l’Amministratore giudiziario, di concerto con il Tribunale, chiedere il rispetto più rigoroso delle norme in materia bancaria e di anticircolaggio e, soprattutto, verificare la buona fede e l’inconsapevole affidamento dei funzionari di banca preposti all’erogazione di linee di credito in favore del proposto e/o persone a lui direttamente collegate); e) i creditori chirografari dell’intestatario fittizio del bene e quelli del proposto, dovendosi accordare preferenza a questi ultimi ai sensi dell’art. 52, comma 6, del Codice.

² In tal senso, l’interesse del creditore nei confronti del bene non è “diretto”, come sarebbe stato qualora il medesimo creditore avesse vantato di esser titolare del medesimo bene, bensì “indiretto”, in quanto fondato sul rapporto intercorso con il proposto, da cui sia sorto il proprio diritto di credito, e che, stante la sottrazione patrimoniale del bene al proposto, con (progressiva, attraverso il sequestro e la confisca) devoluzione del medesimo allo Stato, si veda privato della possibilità di soddisfarsi sul medesimo.

³ Su cui, tuttavia, secondo quanto si specificherà, il presente scritto non si propone di focalizzare l’attenzione.

disciplina dei rapporti in corso e della formazione dello stato passivo in ambito fallimentare⁴, benché emergano alcuni profili differenziali tra i due comparti di tutela, che val la pena brevemente richiamare.

In via meramente esemplificativa, si è posto l'accento su come il procedimento di prevenzione sia caratterizzato: (i) dall' emissione di un provvedimento cautelare (sequestro) che solo gradualmente assume stabilità fino alla confisca definitiva, che determina la caducazione dei diritti del proposto e dei terzi intestatari sui beni; (ii) dalla necessità di gestire l'azienda oggetto del sequestro di prevenzione garantendo la redditività dei beni sottoposti a sequestro⁵, rivelando come la procedura sia improntata ad una logica conservativa del bene, in attesa dell'emanazione del provvedimento ablativo finale disponente confisca; (iii) dall'obbligo di "cristallizzare" i rapporti di debito pregressi richiedendo ai creditori di partecipare ad un processo di accertamento concorsuale (per il pregresso, di cui agli articoli 57-62 del Codice)

⁴ Val la pena sin da subito considerare come la possibilità di coesistenza tra le due procedure sia specificamente disciplinata dagli articoli 63 e 64 del Codice dedicati, rispettivamente, ai casi di sequestro disposto in via antecedente alla dichiarazione di fallimento o successivamente alla medesima dichiarazione di fallimento, stabilendo che: (i) in entrambi i casi, i beni oggetto di misure di prevenzione patrimoniali non entrino a far parte della massa attiva (non potendo, nel caso di sequestro antecedente al Fallimento, il Curatore acquisire i beni in questione, dovendo invece, nel caso di misura di prevenzione successiva alla declaratoria fallimentare, il Giudice delegato, sentito il Curatore ed il Comitato dei creditori, disporre "con decreto non reclamabile la separazione di tali beni dalla massa attiva del fallimento e la loro consegna all'Amministratore giudiziario" e, nel caso di coincidenza tra i beni oggetto di sequestro e l'entità della massa attiva fallimentare, dovendosi dichiarare chiuso il Fallimento); (ii) nel caso di misura di prevenzione disposta successivamente alla chiusura del Fallimento (cfr. art. 64, comma 8) l'esecuzione della medesima sul residuo della liquidazione; (iii) nel caso di revoca della misura di prevenzione durante il Fallimento (cfr. art. 63, comma 7), che il Curatore acquisisca i beni alla massa tramite la redazione dell'inventario; (iv) nel caso di Fallimento già chiuso, il Tribunale, anche su iniziativa del pubblico ministero, debba riaprire la procedura ai sensi dell'art. 121 L.F.; (v) comunque, nel procedimento di verifica del passivo, si tenga conto non solo dei criteri di cui all'art. 92 L.F., ma anche di quelli di cui all'art. 53 del Codice; (vi) ove, al momento dell'emissione del provvedimento cautelare, lo stato passivo sia già stato dichiarato esecutivo, il Giudice delegato fissi una nuova udienza di verifica entro i novanta giorni successivi alla data del provvedimento che dispone il sequestro, al fine di provvedere alla necessaria verifica della buona fede del creditore. Per un approfondimento sulla disciplina afferente ai rapporti tra procedimento di prevenzione e fallimentare di cui agli articoli 63 e 64, si rinvia, altresì, a AULETTA, *Misure reali di prevenzione antimafia e procedure esecutive individuali e concorsuali*, in *Il Fallimentarista*, Giuffrè, 8 maggio 2017 nonché a BRESCIA, *Sintesi dei rapporti tra sequestri penali e procedura fallimentare secondo il codice antimafia*, in *Il Fallimentarista*, Milano, 14 giugno 2022, nel quale l'autore si sofferma, *inter alia*, nel rilevare come "La preminenza del procedimento penale-preventivo emerge altresì nella fase distributiva, posto che il comma 6 dell'art. 64 D.lgs. 159/2011 fa riferimento al "piano di pagamento" di cui all'art. 61". Ossia al "progetto di pagamento redatto dall'amministratore giudiziario", il che lascia intendere appunto che la distribuzione finale dell'attivo ricavato dalla liquidazione dei beni venga attratto anch'esso nelle competenze degli organi della prevenzione (tenuto eventualmente "conto del soddisfacimento dei crediti in sede fallimentare").

⁵ In base a quanto disposto dall'art. 35, comma 5, del Codice, che attribuisce all'amministratore giudiziario la qualifica di pubblico ufficiale nonché i compiti di provvedere a: (i) la gestione; (ii) la custodia; (iii) la conservazione dei beni sequestrati - anche nel corso degli eventuali giudizi di impugnazione, sotto la direzione del Giudice delegato - al dichiarato fine di incremento della redditività di tali beni.

ed al contempo (per il prosieguo) a fornire e/o supportare finanziariamente l'azienda sequestrata⁶; (iv) dall'espressa previsione (cfr. articolo 59, comma 4, del Codice) per cui i provvedimenti di ammissione e di esclusione dei crediti producano effetti unicamente nei confronti dell'Erario; (v) dalla possibilità, per l'Agenzia (cfr. articolo 59, comma 2, del Codice) di partecipare all'udienza di verifica e depositare atti e documenti⁷ nonché di esprimere il proprio parere anche in merito al progetto dei pagamenti, prima ancora che il Giudice delegato determini la definitività del progetto dei pagamenti; (vi) dalla possibilità che la prosecuzione dell'attività d'impresa possa, in ogni caso, compromettere la persistenza della medesima sul mercato, oltre a non garantire in concreto la tutela effettiva dei diritti dei terzi in buona fede, dati i tempi dilatati connessi al procedimento di accertamento che conduce al riconoscimento degli stessi⁸.

Inoltre, proprio la buona fede⁹, ai sensi dell'articolo 52, comma 3 del Codice, costituisce un (pre)requisito soggettivo imprescindibile per poter beneficiare della tutela

⁶ Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma - Commissione Amministrazione giudiziaria e custodia dei beni sequestrati alla criminalità, *D.Lgs. 159/2011 - Codice Antimafia Linee Guida in tema di amministrazione e custodia giudiziaria dei beni sequestrati alla criminalità*, cit., 12.

⁷ Pur essendo stata rilevata, a tal proposito, la difficoltà di individuare, anche solo in astratto, quale possa essere la documentazione "ulteriore" rispetto a quella da cui sia scaturito il provvedimento cautelare che possa essere in possesso dell'Agenzia (*D.Lgs. 159/2011 - Codice Antimafia Linee Guida in tema di amministrazione e custodia giudiziaria dei beni sequestrati alla criminalità*) elaborate dall'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma - Commissione Amministrazione giudiziaria e custodia dei beni sequestrati alla criminalità, Dicembre 2012, cit.

⁸ FLORIO - BOSCO - D'AMORE, *Amministratore giudiziario*, Milano, 2019, 579.

⁹ L'articolo 52 del Codice introduce espressamente il concetto di buona fede del terzo, stabilendo che il creditore possa evitare il pregiudizio derivante dalla confisca dimostrando di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità fra il credito e l'attività illecita o quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego. L'attuale formulazione della norma chiarisce come incomba sul creditore l'onere probatorio afferente alla dimostrazione della sussistenza della buona fede, facendo propria l'impostazione giurisprudenziale che, anche in precedenza rispetto a tale esplicitazione, aveva (Cass. Civ., S.U., n. 10532/2013 nonché, successivamente, Cass. Pen., nn. 4448/2014 e 6449/2015) evidenziato come: (i) nella norma in parola, al terzo comma, il Legislatore abbia fissato dei parametri di giudizio di cui tener obbligatoriamente conto in sede di valutazione probatoria - condizioni delle parti, rapporti personali e patrimoniali tra le medesime e tipo di attività svolta dal creditore nonché il ramo di attività, la sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale e, in caso di enti, le dimensioni degli enti - seppur non esclusivi, né vincolanti (che potrebbero, dunque, in quanto tali, quand'anche considerati, essere motivatamente disattesi in favore di altri non menzionati); (ii) nel silenzio della norma avuto riguardo all'aspetto della mancata specificazione di previsioni espresse in termini di prova - volte a precisare a chi spetti provare la buona fede e l'affidamento incolpevole - in considerazione de "l'elaborazione giurisprudenziale negli anni maturata, soprattutto nell'ambito penale, e la veste sostanziale di attore nel procedimento giurisdizionale di ammissione, che assume il creditore, convergano nell'addossare a quest'ultimo la prova positiva delle condizioni per l'ammissione al passivo del suo credito" - seppur esponendosi alle critiche dottrinarie di chi aveva osservato come sia la medesima disciplina in esame, a dettare i criteri di giudizio in commento, con la conseguenza che risulterebbe non coerente con la norma ritenerli non vincolanti - su base, cioè, immediatamente normativa - MENDITTO, *Confisca di prevenzione e tutela dei terzi creditori. Un difficile bilanciamento di interessi*, in *Dir. pen. contemp.*, 7 luglio 2015, in cui l'autore osser-

garantita dalla norma successiva – stante l'utilizzo, nella medesima, della locuzione “*sempre che il creditore dimostri la buona fede*”, allusiva alla rilevanza della previsione, comunque di portata generale dato il contesto normativo di inserimento, di cui all'art. 52 – anche con riguardo ai creditori che, non rientrando nelle categorie di cui all'elenco di cui al primo comma della norma, risultino impattati ex art. 53 ss. dalla confisca¹⁰.

va, essenzialmente, come il riferimento alla buona fede del creditore, sottendendo la necessità per il Giudice di valutarlo, ponga in capo al creditore richiedente, secondo quanto riconosciuto dalla giurisprudenza maggioritaria (*inter alia*, Cass. Pen., S.U., n. 9/1999 nonché Cass. Pen., nn. 12317/2005, 22157/2005, 19761/2007, 44515/2012) in modo reputato costituzionalmente legittimo (Cass. Pen., n. 30326/2011 ha, infatti, ritenuto manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3, 24 e 47 Cost., la sollevata questione di legittimità costituzionale), pena il rigetto della domanda, l'onere di provare, tra i fatti costitutivi della pretesa fatta valere sul bene confiscato, il possesso di tale requisito soggettivo, consistente nella non conoscenza o non conoscibilità, con l'uso della diligenza richiesta dal caso concreto, di collegamenti tra il proprio diritto e l'attività illecita del proposto (e, in tal senso, incompatibile: (i) in senso assoluto, con il perfezionamento di condotte agevolative-di fiancheggiamento; (ii) in senso relativo, con la ritrazione, da parte del terzo, di vantaggio dall'attività criminosa del proposto – stante la residua possibilità, anche in quest'ultimo caso, per il creditore, di provare il proprio affidamento incolpevole; (iii) con la mancata verifica, da parte degli istituti bancari, dell'affidabilità dei richiedenti finanziamento, attraverso la richiesta e la disamina della documentazione necessaria a garantire il rientro della somma finanziata – peraltro, come richiesto da disciplina normativa e prassi bancaria, oltre che da apposite disposizioni in materia anticiclaggio – soprattutto nell'ambito di contesti territoriali di ridotte dimensioni demografiche (Cass. Pen., n. 33796/2011)). Sul giudizio di buona fede, per come enunciato dalla norma, si è focalizzato, *inter alia*, LOBUONO, *La tutela dei creditori ipotecari fra codice antimafia, normativa bancaria e categorie del diritto civile*, in *Giustizia civile Rivista Trimestrale*, fasc. 1/2016, in www.giustiziacivile.com, in cui l'autore evidenzia come la norma paia circoscrivere agli elementi riportati nella prima parte della disposizione i fattori da considerarsi in via diretta e immediata nella valutazione della buona fede, di carattere soggettivo e “statico”, afferenti alle condizioni delle parti, ed altri di carattere oggettivo e “dinamico”, concernenti i rapporti sussistenti, instaurati e mantenuti nel tempo, tra le medesime sul piano sia personale che patrimoniale ed il tipo di attività esercitata dal creditore.

Secondo quanto specificato da Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma – Commissione Amministrazione giudiziaria e custodia dei beni sequestrati alla criminalità, *D.Lgs. 159/2011 - Codice Antimafia Linee Guida in tema di amministrazione e custodia giudiziaria dei beni sequestrati alla criminalità*, cit., 48, “L'art. 59 del Codice Antimafia ripercorre in linee generali la disciplina stabilita dalla Legge Fallimentare. La difformità principale tra le due procedure riguarda l'accertamento della fondatezza e della buona fede del terzo, elemento imprescindibile nell'accertamento dei diritti dei terzi nell'ambito delle procedure di prevenzione”.

Per semplicità espositiva, si precisa che tutte le pronunce riportate nel corpo del testo e nelle note del presente scritto sono, per quanto concerne gli arresti della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione, reperibili nei siti web ufficiali delle rispettive Corti – www.cortecostituzionale.it e www.cortedicassazione.it – o, con esclusivo riguardo alle pronunce della Suprema Corte, precedenti all'ultimo quinquennio, in banca dati di cui al sito web www.dejure.it.

¹⁰ Nel contributo dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma – Commissione Amministrazione giudiziaria e custodia dei beni sequestrati alla criminalità, *D.Lgs. 159/2011 - Codice Antimafia Linee Guida in tema di amministrazione e custodia giudiziaria dei beni sequestrati alla criminalità*, cit., 47 ss., si è, in collegamento alla trattazione del tema della verifica della buona fede dei creditori da parte dell'Amministratore giudiziario, precisato come, ai fini del corretto espletamento del proprio compito, soprattutto avuto riguardo al fine di evitare che si dia seguito a pretese illecite-apparenti, quest'ultimo debba: a) porre in essere attività di

Posto, pertanto, che è la medesima modulazione della buona fede nel contesto applicativo *de quo* a rappresentare una peculiarità di disciplina¹¹ – esplicitando la necessità di bilanciare la pretesa creditoria con la finalità di prevenzione¹², merita, inoltre, considerare come, con Ordinanza n. 101/2015, la Corte costituzionale – in sede di scrutinio di legittimità costituzionale dell'art. 52, comma 1 del Codice, con riferimento al requisito (per la tutela del creditore) della “data certa”, relativamente al quale era stata richiamata la giurisprudenza relativa alla verifica dei crediti nel fallimento di cui all'art. 2704 c.c. e ventilata la possibile violazione degli articoli 24 e 41 Cost., in considerazione degli “*adempimenti incompatibili con il suo ordinario svolgimento, sull'attività delle imprese*” tali da imporre “*per l'accertamento dei diritti di credito percorsi probatori aggravati*” nonché dell'art. 3 Cost.¹³ – nel dichiarare manifestamente inammissibili le questioni di legittimità sottoposte, abbia esplicitamente affermato come la disciplina introdotta dal Codice, “*non trova conforto con la dedotta piena assimilazione del procedimento di prevenzione a quello fallimentare in quanto il complesso normativo censurato comprende disposizioni eterogenee, parte delle quali delineate autonomamente ed estranee al procedimento concorsuale (ad esempio artt. 52, co. 1 e 714, e 53)*”.

verifica volte a determinare il grado di attendibilità della contabilità aziendale, applicando, ove compatibili, le tecniche previste dai Principi di Revisione, al fine di verificare (i) l'effettiva esistenza delle passività iscritte e risultanti dal bilancio/dalla contabilità, (ii) la loro natura (debiti commerciali, nei confronti di istituti bancari, dell' Erario o di istituti previdenziali, fondi) nonché (iii) la loro corretta iscrizione delle stesse – al fine di vagliare l'attendibilità dei saldi debitori; b) la liceità dei rapporti sottostanti a tali passività, effettuando (i) verifiche a campione con i maggiori fornitori, si da sventare la possibilità che si dia seguito ad esposizioni debitorie apparenti, (ii) ponendo *funditus* l'attenzione sulla congruità delle controprestazioni e (iii) verificando l'effettiva terzietà dei soggetti che vantino diritti di credito nonché (iv) l'effettiva consegna della merce, nel caso la pretesa sia basata su un asserito rapporto di fornitura.

¹¹ Rispetto alla disciplina fallimentare, in cui il creditore può ricorrere al Tribunale semplicemente instando il Fallimento od insinuandosi al passivo fallimentare, provando natura ed entità del credito.

¹² Esplicitata al meglio dalla sentenza n. 94/2015 della Corte Costituzionale, su cui si tornerà nel prosieguo, che sul punto ha fatto riferimento al “*bilanciamento legislativo tra i due interessi che in materia si contrappongono: da un lato, l'interesse dei creditori del proposto a non veder improvvisamente svanire la garanzia patrimoniale sulla cui base avevano concesso credito o effettuato prestazioni; dall'altro, l'interesse pubblico a assicurare l'effettività della misura di prevenzione patrimoniale e il raggiungimento delle sue finalità, consistenti nel privare il destinatario dei risultati economici dell'attività illecita*”.

¹³ Per l'asserita equiparazione di situazioni tra loro diverse, quali quelle dei fornitori e dei creditori “meno dinamici” rispetto ad altri, come le banche, che, per la loro “posizione di supremazia” sarebbero state, a giudizio del Tribunale rimettente, sempre in grado di munirsi di una scrittura con data certa ai fini della dimostrazione dei propri crediti.

¹⁴ Comma abrogato dall' art. 38, comma 3, Decreto Legge n. 113/2018, convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 132/2018, che recitava “*In caso di confisca di beni in comunione, se il bene è indivisibile, ai partecipanti in buona fede è concesso diritto di prelazione per l'acquisto della quota confiscata al valore di mercato, salvo che sussista la possibilità che il bene, in ragione del livello di infiltrazione criminale, possa tornare anche per interposta persona nella disponibilità del sottoposto, di taluna delle associazioni di cui all'articolo 416-bis c.p., o dei suoi appartenenti. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 48, comma 5, sesto e settimo periodo*”.

Di talché, è il medesimo Giudice delle Leggi ad aver prestato conforto alla impostazione che ha evidenziato la persistenza di tratti differenziali tra i due regimi di tutela, imputandoli espressamente, quanto alle previsioni attualmente vigenti, al primo comma dell'articolo 52 del Codice – con cui, con riguardo ai diritti dei terzi è stabilito come la confisca non pregiudichi i diritti di credito dei terzi risultanti da atti aventi data certa anteriore al sequestro, nonché sui diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore al sequestro, qualora (i) il proposto non disponga di altri beni sui quali esercitare la garanzia patrimoniale idonea al soddisfacimento del credito, salvo che per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione su beni sequestrati, (ii) il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisca il frutto o il reimpiego, sempre che il creditore dimostri la buona fede e l'inconsapevole affidamento (iii) per le promesse di pagamento o di ricognizione di debito, che sia provato il rapporto fondamentale, (iv) per i titoli di credito, il portatore provi il rapporto fondamentale e quello che ne legittima il possesso – nonché all'articolo 53 del Codice, la cui attuale portata applicativa il presente contributo si propone di indagare, senza pretesa di esaustività, avuto riguardo ai necessari collegamenti sistematici, ai rilievi dottrinari ed alle elaborazioni giurisprudenziali che, ove del caso, consentiranno di superare alcune criticità testuali emergenti dalla lettera della previsione in parola.

2. Sul tenore letterale dell'articolo 53 del Codice Antimafia.

Nell'alveo della disciplina deputata ad apprestare tutela ai terzi titolari di diritti di credito nei confronti del proposto, il Legislatore ha affidato alla disposizione di cui all'articolo 53, la cui portata letterale non risulta alterata dal D.L. 31 ottobre 2022, n. 162, convertito con modificazioni dalla L. 30 dicembre 2022, n. 199, il compito di parametrare i termini di operatività della garanzia patrimoniale relativa ai crediti.

Stando alla lettera della norma, nel testo attualmente vigente – rubricata “Limite alla garanzia patrimoniale” e collocata, in particolare, nel Libro I, Titolo IV, Capo I della disciplina, dedicato a “*La Tutela dei terzi e i rapporti con le procedure concorsuali*” – è chiarito, anzitutto, come la garanzia patrimoniale sia specificamente imputata ai crediti per titolo anteriore al sequestro, verificati ai sensi delle disposizioni di cui al Capo II successivo, riferito, come anticipato, al procedimento di accertamento dei diritti dei terzi, di cui agli articoli 57-61.

Il testo attualmente vigente della disposizione in esame consente, dunque, *in primis* di rilevare come – in considerazione dell'utilizzo del riferimento verbale generico ai “crediti” – il Legislatore non abbia inteso operare alcun particolare *distinguo* tra i medesimi¹⁵, assumendo valenza, in disparte quanto anticipato con riguardo all'art. 52,

¹⁵ La mancata previsione di una tutela riservata al mero creditore chirografario, oltre a non esser stata interessata da pronunce di illegittimità costituzionale, è stata specificamente considerata dalla giurisprudenza, che ha: (i) precisato come l'affidamento del creditore in chirografo pur di buona fede esclusivamente legato alla garanzia patrimoniale giustificata dall'art. 2740 c.c., assuma carattere recessivo “*giustificato proprio dall'assenza di momenti di collegamento del bene confiscato con il credito asseritamente pretermesso, unica ragione di opponibilità, peraltro depotenziata nelle sue prerogative essenziali, al potere di confisca dello Stato*” (Cass. Pen., n. 49821/2013); (ii) espresso che, pur in assenza della previsione, da parte del Codice, di una specifica tutela rivolta ai crediti chirografari, tale disciplina potrebbe comunque essere desunta

comma 1 del Codice nonché la disciplina dell'ordine di soddisfazione dei crediti, di cui all'art. 61 del Codice, unicamente la circostanza dell'antiorità del credito rispetto al sequestro¹⁶.

in via interpretativa in considerazione della possibilità, per il creditore chirografario, di chiedere il fallimento dell'impresa sequestrata/confiscata al fine di soddisfarsi sul patrimonio confiscato sulla base della regolamentazione adottata dal Codice – consentendo il medesimo, in ogni caso, la soddisfazione del creditore in buona fede secondo diverse procedure (nel caso o meno di fallimento) ed essendo nel medesimo inseriti principi di carattere generale che riguardano i beni non pericolosi in sé sui quali il creditore in buona fede può trovare soddisfazione – dovendo, in tal caso, il Giudice fallimentare, nel verificare i crediti, inserire tra gli elementi da valutare anche quello della buona fede, nonché il Curatore fallimentare, in qualità di terzo, proporre incidenti di esecuzione innanzi al Tribunale di prevenzione (Cass. Pen., n. 49821/2013 e Cass. Civ., n. 8238/2012). Con riguardo a tale prospettiva, si è, tuttavia, espresso in senso deponentemente sfavorevole Menditto in MENDITTO, *Confisca di prevenzione e tutela dei terzi creditori. Un difficile bilanciamento di interessi*, cit., 18-21, il quale ha posto l'accento su come l'impostazione in commento, oltre a comportare problemi di ordine pratico – imputando al Giudice fallimentare l'effettuazione della verifica sulla buona fede, che il medesimo non sarebbe “attrezzato” a svolgere e non affrontando il tema della prevalenza del sequestro e della confisca di prevenzione sul fallimento ed il rapporto tra la verifica operata dal Giudice delegato al fallimento ed i poteri del Tribunale di prevenzione adito nell'incidente di esecuzione – parrebbe anche contrastare con quanto sostenuto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 94/2015 – già citata in nota e di cui si dirà più approfonditamente nel prosieguo – che, affermando come gli unici crediti in chirografo tutelabili siano quelli dei lavoratori, imporrebbe di ritenere escluso che si possa dedurre dalla disciplina in commento tutela riferita a crediti di altra natura.

Per quanto attiene alla categoria dei crediti prededucibili, salvo quanto già esplicitato in nota, si rinvia alla dedicata trattazione, nell'ambito dell'ultimo paragrafo del presente scritto.

¹⁶ Sul punto, giova considerare come: - con riguardo al progetto ed al piano di pagamento dei crediti, l'art. 61 del Codice stabilisca che il progetto debba contenere l'elenco dei crediti utilmente collocati al passivo e che i crediti vadano soddisfatti nel seguente ordine: (a) crediti prededucibili; (b) crediti ammessi con prelazione sui beni confiscati, secondo l'ordine assegnato dalla legge; (c) crediti chirografari, in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascun creditore sia stato ammesso, compresi i creditori muniti di titolo di prelazione, per la parte in cui non siano stati soddisfatti; - per i crediti anteriori al sequestro, peraltro, sia previsto: a) uno specifico procedimento abilitante l'amministratore giudiziario al pagamento degli stessi qualora i medesimi siano riferiti a prestazioni di beni e servizi collegate a rapporti commerciali essenziali per la prosecuzione dell'attività, secondo quanto specificato all'art. 54-bis, comma 1 del Codice, introdotto con Legge n. 161/2017 al fine di superare le criticità connesse alla mancata previsione di meccanismi utili a consentire il tempestivo pagamento dei crediti anteriori al sequestro e relativi a rapporti strategici per la prosecuzione dell'attività aziendale, nel caso di contratti di fornitura di beni e servizi in corso, in relazione ai quali sia disposta la prosecuzione ex art. 56 del medesimo Codice; b) che, nel programma di prosecuzione o ripresa dell'attività di cui all'art. 41 del Codice, il Tribunale possa autorizzare l'amministratore giudiziario a rinegoziare le esposizioni debitorie dell'impresa ed a provvedere ai pagamenti, secondo quanto statuito dall'art. 54-bis, comma 2 del Codice. Di talché, dalla disciplina complessiva relativa ai crediti aziendali delineata dal Codice, si desume la necessità che, di fatto, nel programma di prosecuzione o ripresa dell'attività, l'amministratore giudiziario predisponga elenchi separati, rispetto a quello relativo ai crediti riferiti a rapporti esauriti, incerti o non essenziali, di: (i) creditori titolari di un rapporto giuridico pendente (art. 56), caratterizzato da prestazioni non eseguite, per la totalità o parzialmente; (ii) creditori che, tra quelli di cui *sub (i)*, risultino strategici nel senso di cui si è detto, in quanto titolari di crediti essenziali di cui, fatte salve le valutazioni di opportunità del Tribunale, può essere autorizzato il pagamento a prescindere dalla previa verifica della buona fede del credito.

Di talché, impregiudicata la possibilità di far valere qualsivoglia credito, anche non assistito da diritto reale di garanzia¹⁷, i primi referenti terminologici atti ad individuare l'operatività della garanzia patrimoniale pertengono ai distinti attributi, da una parte, ontologico – afferente al carattere di anteriorità dello stesso rispetto al sequestro e, dall'altra, procedurale – relativamente alla previsione della riferibilità della garanzia unicamente ai crediti che siano stati sottoposti al procedimento di accertamento.

In terzo luogo – a fronte dell'intervenuta selezione dei crediti per titolo anteriore al sequestro e, tra questi, di quelli accertati secondo il procedimento di cui agli articoli 57-61 – la previsione statuisce come la misura (cfr. il "limite") della soddisfazione dei medesimi crediti ad opera dello Stato sia imputata alla percentuale del sessanta per cento del valore dei beni sequestrati o confiscati, per come risultante dalla stima o dalla minor somma che sia eventualmente ritratta dalla loro vendita, al netto delle spese connesse al procedimento di confisca, all'amministrazione dei beni sequestrati e di quelle sostenute nel procedimento di verifica¹⁸.

Pertanto, la lettura complessiva della norma consente di desumere come, una volta che sia stato portato a termine il procedimento di accertamento di cui agli articoli 57-61 del Codice con riferimento ai crediti per titolo anteriore al sequestro, la misura della garanzia patrimoniale e, dunque, della soddisfazione dei medesimi, consista in un *quantum* percentuale da parametrarsi al valore: (i) dei beni sequestrati o confiscati; (ii) per come fatto proprio da una stima o consistente nella somma ricavata dalla loro vendita; (iii) al netto delle spese connesse al sequestro, alla confisca e di quelle di verifica del credito cui si è fatto cenno.

Di talché, la lettura della norma consentirebbe di rilevare, avuto riguardo all'imputazione del limite percentuale, come detto, alternativamente, ai beni sequestrati od a quelli confiscati, oltre che alla stima del valore dei beni od alla minor somma ricavata dalla vendita degli stessi, al netto delle spese di confisca e di amministrazione dei beni sequestrati e di procedura ex artt. 57-61, dei profili di problematicità che si tenterà di risolvere nel prosieguo, non senza aver, precedentemente, approfondito le ragioni per l'intervenuta fissazione del limite percentuale di cui si è detto, per come vagliate, anche, da dottrina e giurisprudenza rilevanti sul punto.

3. Sul *quantum* del limite percentuale di garanzia.

Di talché, la previsione della parametrizzazione del limite di garanzia esclusivamente al valore del bene o dei beni oggetto del provvedimento – esprimendo la mancata

¹⁷ In proposito, merita specificare come, in passato – stante la mancata inclusione, da parte della Legge n. 575/1965, di qualsivoglia riferimento ai terzi titolari di crediti sorti prima del sequestro – la giurisprudenza, in assenza di regolamentazione sul punto, limitasse la tutela ai crediti assistiti da diritti reali di garanzia sui beni oggetto del provvedimento ablativo, purché costituiti in data certa anteriore al sequestro, previa dimostrazione, da parte del titolare, della buona fede e dell'affidamento incolpevole.

¹⁸ Merita sin da ora, in considerazione del tema di indagine, considerare come il limite della garanzia patrimoniale investa carattere relativo, dal momento che, ove il valore del bene confiscato da alienare risulti superiore al valore complessivo dei crediti vantati da terzi in buona fede, questi ultimi potrebbero essere soddisfatti integralmente, secondo quanto rammentato da FLORIO - BOSCO - D'AMORE, *Amministratore giudiziario*, cit., 582.

opzione di una scelta di meritevolezza dei crediti stessi, in base alla loro tipologia – esplicita unicamente la regola di liquidazione solo parzialmente favorevole dei creditori.

In tal senso, la norma è espressiva di deroga rispetto al principio di cui all'art. 2740 c.c. – per cui il debitore dovrebbe rispondere dei propri debiti con tutti i suoi beni, presenti e futuri – e, in dottrina, si è osservato come ciascun creditore, nel contesto della disciplina in commento, non debba esser ritenuto titolare di un vero e proprio credito quanto, piuttosto, beneficiario di una forma di risarcimento od indennizzo, derivante dalla perdita del diritto a rivalersi sul bene¹⁹.

La circostanza che la discrezionalità legislativa²⁰ abbia ritenuto congrua la spettanza al creditore nella misura del sessanta per cento²¹, peraltro, è stata oggetto di dibattito in dottrina che, se, in alcune occasioni, ha sostenuto la razionalità dell'opzione²², in altre ne ha sostenuto l'inappropriatezza²³, finanche ritenendo la norma passibile di censure costituzionali, stante la logica apparentemente espropriativa cui la medesima risulterebbe informata²⁴.

¹⁹ SPANGHER - MARANDOLA, *Commentario breve al Codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, Milano, 2019, sub art. 53, 308.

²⁰ Si ricostruisce l'entità del limite in chiave di razionalità, più ampiamente riferita all'intera disciplina dettata dal Codice, nella sentenza Corte cost. n. 94/2015.

²¹ Il limite originariamente previsto, del settanta per cento, è stato successivamente rimodulato dall'art. 1, comma 443, lett. b) della Legge n. 147/2013 (c.d. "Legge di stabilità 2014"), pur seguendo a trovare applicazione per i rapporti in relazione ai quali non fosse intervenuto il pagamento ai sensi dell'art. 61, comma 8 del Codice, alla data di entrata in vigore della novella legislativa, secondo quanto sostenuto da SPANGHER - MARANDOLA, *Commentario breve al Codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione* cit., 308.

²² MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, collana "Teoria e pratica del diritto - Maior", Milano, 2015, 245.

²³ AIELLO, *Spunti di riflessione in ordine alla tutela dei terzi nel c.d. Codice antimafia*, in *D. pen. cont.*, 11-4-2014, 10 ss., in cui l'autore osserva come: (i) precedentemente all'entrata in vigore del Codice, alcuna previsione tutelava – fatta eccezione per i titolari di diritti reali di garanzia (Cass. Pen., S.U., n. 9/1999 cit.) le pretese dei creditori afferenti a patrimoni oggetto di confisca; (ii) il primo progetto di riforma elaborato dalla Commissione Fiandaca del 1998, nel prevedere un limite della responsabilità erariale per i diritti dei terzi creditori aziendali, da imputarsi al valore dei beni (e/o dei patrimoni aziendali) confiscati, con conseguente sottrazione alla garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c. in porzione percentuale, fosse stata ritenuta inopportuna e difficilmente giustificabile con la manifestata esigenza – espressa dalla medesima Commissione di riforma – di scongiurare il rischio di avvantaggiare il creditore (principalmente terzo fornitore, finanziatore, istituto bancario, lavoratore subordinato che, diversamente, a seguito della confisca, avrebbe potuto "contare su un patrimonio maggiore di quello sul quale poteva confidare al momento costitutivo dell'obbligazione credito") apparendo, piuttosto, finalizzata all'obiettivo dell'incameramento al patrimonio dello Stato di risorse finanziarie (per il 30, oggi 40 per cento) in occasione e/o all'esito del procedimento di prevenzione, facendo leva sull'argomento dell'acquisto a titolo originario del bene e sulla natura "intrinsecamente pericolosa" del bene (Cass. Pen., n. 16783/2010); (iii) il limite valoriale alla responsabilità patrimoniale abbia trovato ulteriore applicazione anche nella Legge di stabilità 2013, relativamente al soddisfacimento dei terzi creditori (di cui al comma 198 dell'art. 1) titolari di garanzie ipotecarie sui beni confiscati ai sensi della Legge n. 575/65 e/o che su tali beni abbiano compiuto atti esecutivi.

²⁴ MAZZAMUTO, *La tutela dei terzi di buona fede nella confisca antimafia: le ultime novità legislative e giurisprudenziali*, in *www.juscivile.it*, 2013, 432.

In proposito, merita porre l'accento su come, in disparte le considerazioni sul merito ideologico della previsione della limitazione della garanzia patrimoniale²⁵, il Giudice delle Leggi abbia superato le ventilate censure di costituzionalità riferite alla disposizione, con sentenza n. 94/2015²⁶.

In particolare, la Corte ha, anzitutto, svolto un *excursus* motivazionale mediante il quale ha ricostruito l'avvicinarsi normativo e giurisprudenziale rilevante - rammentando come, originariamente, la Legge n. 575/1965 non svolgesse alcun riferimento ai terzi titolari di crediti sorti prima del sequestro e come la medesima disciplina fosse stata, ciononostante, ritenuta costituzionalmente legittima dalla sentenza della Corte costituzionale n. 190/1994²⁷.

In secondo luogo, l'arresto ha riconosciuto come, successivamente, in assenza di specifica regolamentazione, fosse stata la giurisprudenza a restringere la tutela ai crediti assistiti da diritti reali di garanzia sui beni oggetto di provvedimento ablativo, purché costituiti in data certa antecedente al sequestro e purché il loro titolare dimostrasse la propria buona fede e l'affidamento incolpevole, con la conseguenza che risultava esclusa la tutela dei creditori chirografari e privilegiati, nonché come solo con il Decreto legislativo 159/2011 fosse stato introdotto un sistema di tutela esteso alla generalità dei creditori (sia chirografari che privilegiati che titolari di garanzia reale) ed imperniato su un procedimento incidentale di verifica dei crediti in contraddittorio e sulla successiva formazione di un programma di liquidazione assimilabile al corrispondente previsto dalla Legge fallimentare²⁸.

²⁵ Argomentazioni critiche che, seppur di certo rilievo nel contesto storico contrassegnato dall'entrata in vigore del Codice, attualmente parrebbero rivestire carattere recessivo, stante il datato collaudo di operatività del meccanismo.

²⁶ Commentata da Menditto in MENDITTO, *Confisca di prevenzione e tutela dei terzi creditori. Un difficile bilanciamento di interessi*, cit. - in cui si mette a fuoco come l'arresto abbia ritenuto l'impianto del Codice costituzionalmente legittimo, avendo la medesima pronuncia evidenziato "Come appare evidente, la disciplina ora ricordata rappresenta il frutto del bilanciamento legislativo tra i due interessi che in materia si contrappongono: da un lato, l'interesse dei creditori del proposto a non veder improvvisamente svanire la garanzia patrimoniale sulla cui base avevano concesso credito o effettuato prestazioni; dall'altro, l'interesse pubblico a assicurare l'effettività della misura di prevenzione patrimoniale e il raggiungimento delle sue finalità, consistenti nel privare il destinatario dei risultati economici dell'attività illecita" ad eccezione che relativamente alla posizione dei lavoratori dipendenti, a tale ultimo riguardo avendo affermato che la mancanza di tutela per i crediti di lavoro, che non rientrino tra quelli tutelabili ai sensi dell'art. 1, co. 198, Legge n. 228/12, si porrebbe in contrasto con l'art. 36 Cost., in quanto tale da "pregiudicare il diritto, riconosciuto al lavoratore dal primo comma della citata norma costituzionale, ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa" - nonché da LEO, *La Corte costituzionale estende ai crediti da lavoro dipendente le tutele per i casi di confisca di prevenzione sui beni del debitore*, in *Dir. pen. contemp.*, 3 giugno 2015.

²⁷ Con la conseguenza che, a fortiori, sulla base dei medesimi capisaldi argomentativi fatti propri dal precedente, non avrebbe potuto - a maggior ragione - dubitarsi della legittimità dei contenuti della nuova previsione.

²⁸ Di cui all'art. 104-ter L.F.

4. Sul contrasto terminologico tra la locuzione “beni sequestrati” o “beni confiscati” nella norma.

Premesso quanto già esposto in ordine all'attuale formulazione della norma di cui all'art. 53 del Codice avuto particolare riguardo alle ragioni sottese alla fissazione del limite nella misura del sessanta per cento, per quanto concerne l'imputazione dello stesso ai beni sequestrati o, alternativamente, a quelli confiscati – suggerita dalla dicitura “*nel limite del 60 per cento del valore dei beni sequestrati o confiscati*”²⁹, la medesima è controversa dal punto di vista interpretativo.

Sul punto, infatti, merita brevemente porre l'accento su come il sequestro di prevenzione³⁰ di cui al Codice, così come quello preventivo funzionale alle confische penali previsto dall'art. 321, comma 2, c.p.p., sia un provvedimento cautelare emesso dall'autorità giudiziaria *inaudita altera parte*, che si connota per l'effetto provvisoriamente depauperativo del patrimonio del proposto, in vista della futura confisca – che si delinea quale provvedimento ablatorio a carattere definitivo, idoneo cioè, alla definitiva devoluzione del bene cui sia riferito, allo Stato – al fine di prevenire l'ulteriore attività pericolosa che la persona potrebbe commettere, concretantesi nella sottrazione al prevenuto dei beni illecitamente accumulati, il cui perdurante possesso sarebbe alla medesima attività funzionale.

In particolare, focalizzando l'attenzione sulle norme del medesimo Codice, sulla base del coordinato disposto degli articoli 20 – rubricato “Sequestro” – e 21 – rubricato “Esecuzione del sequestro” – il sequestro è lo strumento immediatamente esecutivo posto in essere al fine di assicurare l'efficacia della confisca – che, disposto con decreto giudiziale *inaudita altera parte*, sulla base dei presupposti di cui all'art. 20, consente alla Polizia giudiziaria l’“*apprensione materiale dei beni*” e l’“*immissione dell'Amministratore giudiziario nel possesso degli stessi, anche se gravati da diritti reali o personali di godimento, con l'assistenza, ove ritenuto opportuno, dell'ufficiale giudiziario*” (cfr. articolo 21).

In particolare, il sequestro fa sì che si addivenga, mediante l'apprensione materiale del bene da parte della polizia giudiziaria e l'immissione nel possesso dello medesimo da parte dell'Amministratore giudiziario, ad uno stato di possesso contraddistinto da carattere temporaneo ed instabile, atto alla preclusione, benché in via del tutto provvisoria, di condotte di dispersione o di occultamento del bene da parte del pro-

²⁹ Sul punto, in dottrina è stato osservato “*La soddisfazione dei creditori avviene nei limiti del 60% del valore dei beni confiscati o dalla minor somma ricavata dall'esito della vendita; rileva notare che l'art. 53 del Codice non pone questo “tetto massimo” in relazione con la capienza del patrimonio confiscato: si tratta di una “limitazione secca” del diritto dei terzi che si mostra difficilmente giustificabile alla luce della ratio dei procedimenti di prevenzione che è quella di sottrarre beni al circuito della criminalità mafiosa e non di determinare un “arricchimento” dello Stato a danno dei creditori del proposto*” (AULETTA, *Misure reali di prevenzione antimafia e procedure esecutive individuali e concorsuali*, in *Il Fallimentarista*, Milano, 8 maggio 2017).

³⁰ Il connotato preventivo pertiene sia al sequestro ed alla confisca antimafia, entrambe misure svincolate dall'accertamento in sede penale del commesso reato o di un illecito amministrativo e, dunque, non aventi carattere retributivo-sanzionatorio ma, per l'appunto, preventivo, in quanto adottate nei confronti di soggetti pericolosi, di cui si vuole prevenire la realizzazione di condotte costituenti reato.

posto, in via cautelare rispetto all'esigenza di assicurare l'efficacia della successiva, eventuale confisca.

Ciò è quanto si desume dal riferimento alla revocabilità del medesimo sequestro, di cui all' articolo 20 del Codice, nonché all'espressa previsione della perdita di efficacia del sequestro nel caso in cui il Tribunale non depositi il decreto che pronunci la confisca entro un anno e sei mesi dalla data di immissione in possesso (termine prorogabile con Decreto del Tribunale per ulteriori sei mesi, in caso di indagini complesse), specificata al successivo articolo 24.

Di converso, la confisca, seppur contestualizzata nell'ambito del medesimo procedimento patrimonial-preventivo riferibile al sequestro, richiede, per la propria esecutività, l'acquisizione dello *status* di definitività della relativa pronuncia, secondo quanto specificato dall'art. 27, comma 2, del Codice.

Tanto premesso in ordine alla possibilità che discenda provvedimento di confisca in caso di sequestro in atto, è, tuttavia, possibile che la confisca sia pronunciata in caso di sequestro non in atto, sulla base del contenuto letterale del secondo comma dell'art. 27 del Codice, per come novellato dalla Legge n. 161/2017³¹ e secondo quanto riconosciuto dalla giurisprudenza della Suprema Corte³², dovendosi in tal caso, con il decreto con cui sia disposta la confisca, ordinare contestualmente il sequestro atto a consentire l'immediata apprensione dei beni, spiegando i suoi effetti la confisca solo una volta divenuta definitiva.

Soltanto con l'acquisizione dello *status* di definitività da parte della confisca, secondo quanto specificato, peraltro, oltre che dalle norme, da un importante arresto reso dalla Suprema Corte a Sezioni Unite³³, è attuato il trasferimento coattivo del bene dello Stato.

Pertanto, in considerazione della necessità, fatta propria dalle attuali coordinate normative e giurisprudenziali, di tener distinti gli istituti, rispettivamente, del sequestro e della confisca, facendo discendere il trasferimento coattivo del bene allo Stato unicamente dalla confisca, la migliore dottrina ha riflettuto su come, pur essendo fatto riferimento, nell'articolo 53 del Codice, sia ai beni sequestrati che a quelli confiscati, debba aversi riguardo unicamente a quelli confiscati, dal momento che soltanto all'esito dell'acquisizione dello *status* di definitività della confisca allo Stato sarebbe dato disporre in via definitiva e legittima dei medesimi beni nonché assumere responsabilità patrimoniale nei confronti dei creditori che l'abbiano subita³⁴.

Tale ricostruzione dell'art. 53 del Decreto risulta, peraltro, l'unica adeguata a conciliarsi, dal punto di vista sistematico, con la disposizione di cui all'art. 60 successivo, nell'attuale formulazione, cui si è addivenuti a seguito delle modifiche apportate sul testo della norma dall'art. 21 della Legge n. 161/2017.

³¹ Recante "Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate".

³² Cass. Pen., S.U., n. 20215/2017. La riforma, peraltro, aveva fatto seguito ad una impostazione di matrice giurisprudenziale sviluppata in Cass. Pen., nn. 28027/2016, 15964/2013, 27819/2006.

³³ Cass. Pen., S.U., n. 36/2001 (c.d. "S.U. Madonia").

³⁴ In tal senso, SPANGHER - MARANDOLA, *Commentario breve al Codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, cit., 308.

Quest'ultima norma, rubricata "Liquidazione dei beni", prevede, *inter alia* (cfr. comma 1) che il pagamento abbia luogo all'esito del conseguimento dello *status* di irrevocabilità del provvedimento di confisca³⁵, con la conseguenza che, in primo luogo, risulta confermato che il segmento operativo della liquidazione dei crediti sia successivo alla stabilizzazione dell'effetto ablativo del bene per il proposto - per l'appunto, intrinseco alla cristallizzazione del provvedimento di confisca - e che, pertanto, non avrebbe alcun senso immaginare una liquidazione che, pur intervenendo successivamente alla confisca (ed anzi, all'esito del conseguimento della stabilizzazione degli effetti della stessa), sia imputata non al valore dei beni confiscati ma a quello dei beni sequestrati.

Pertanto, l'attuale formulazione dell'articolo 53 del Codice - per quanto concerne il riferimento all'imputazione del limite percentuale al valore del bene sequestrato in alternativa a quello riferito al bene confiscato e stante la necessità di coordinamento con il successivo articolo 60, disponente che la liquidazione dei crediti-vendita dei beni sia successiva alla irrevocabilità della confisca - parrebbe attestare come la norma in parola incorra in un limite di ordine terminologico-temporale, connesso al mancato adeguamento testuale della norma, per come concepita nel 2011 (quando il testo originario del Codice consentiva la vendita dei beni sequestrati), rispetto alla novella legislativa del 2017.

Di talché, pur in assenza di un esplicito intervento modificativo sul testo dell'art. 53 in commento, con cui sia operata l'espunzione, dalla lettera della norma, del riferimento alla vendita con riguardo ai beni sequestrati, sarebbe comunque dato dedurre - in ossequio al principio-meccanismo di cui all'articolo 60 e, dunque, avallando l'unica via interpretativa razionalmente optabile in coerenza normativo-sistematica avuto riguardo alla disciplina antimafia in generale - che l'unico significato evincibile sia che il valore di riferimento sia quello dei beni confiscati.

L'opzione per cui debba prendersi a riferimento il valore avuto riguardo alla confisca e non al sequestro, peraltro, risulta anche essere quella maggiormente compatibile con l'elaborazione giurisprudenziale registratasi in ambito sia domestico che sovranazionale relativamente alla natura della misura della confisca che, come detto, costituisce il provvedimento atto a sottrarre in via definitiva il bene al proposto ed a cui, secondo quanto riconosciuto, per l'appunto, in sede pretoria, è riferibile natura non solo preventiva ma anche ripristinatoria.

Ma si proceda con ordine.

³⁵ La possibilità di richiedere, nelle forme previste dall'art. 630 c.p.p., la richiesta di revocazione della decisione definitiva sulla confisca è espressamente prevista all'art. 28 del Codice, per i casi in cui (i) sopravvengano alla conclusione del procedimento prove nuove e decisive; (ii) siano da escludersi i presupposti applicativi della confisca in costanza di fatti accertati con sentenze penali definitive, sopravvenute o conosciute in epoca successiva alla conclusione del procedimento di prevenzione; (iii) la decisione sulla confisca sia stata motivata, unicamente o in modo determinante, sulla base di atti riconosciuti falsi, di falsità nel giudizio o di un fatto previsto dalla legge come reato - entro sei mesi dalla data in cui si verifichi una delle predette circostanze, salvo che l'interessato dimostri di non averne avuto conoscenza per causa al medesimo non imputabile.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo³⁶ e le Sezioni Unite della Suprema Corte³⁷ si sono soffermate nel delineare la finalità preventiva della con-

³⁶ Si rinvia, *ex multis*, alle sentenze Corte europea dei diritti dell'uomo 5 luglio 2001, Arcuri c. Italia; 4 settembre 2001, Riela ed altri c. Italia; 5 gennaio 2010, Bongiorno c. Italia; 17 maggio 2011, Capitane e Campanella c. Italia; 6 luglio 2011, Pozzi c. Italia.

³⁷ S.U. n. 4880/2015 (c.d. "S.U. Spinelli"), in cui la Suprema Corte ha affermato la natura preventiva della confisca, desumendone la necessità di correlazione temporale attraverso l'esplicito richiamo a principi Cedu, avendo espresso "sono suscettibili di ablazione soltanto i beni acquistati nell'arco di tempo in cui si è manifestata la pericolosità sociale, indipendentemente, dalla persistente pericolosità del soggetto al momento della proposta di prevenzione. Siffatta conclusione discende dall'apprezzamento dello stesso presupposto giustificativo della confisca di prevenzione, ossia dalla ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività illecita (restando, così, affetto da illiceità per così dire genetica o, come si è detto in dottrina, da "patologia ontologica") ed è, dunque, pienamente coerente con la ribadita natura preventiva della misura in esame. Diversamente, ove fosse possibile aggredire, indiscriminatamente, i beni del proposto, indipendentemente da ogni relazione "pertinenziale" e temporale con la pericolosità, lo strumento ablatorio finirebbe, inevitabilmente, con l'assumere connotati di vera e propria sanzione. Una siffatta misura sarebbe, così, difficilmente compatibile con i parametri costituzionali in tema di tutela dell'iniziativa economica e della proprietà privata, di cui agli artt. 41 e 42 Cost., oltretutto con i principi convenzionali (segnatamente, con il dettato dell'art. 1, Prot. 1, CEDU) (...)". Tale arresto ha segnato un importante *revirement* giurisprudenziale, se si considera come l'orientamento conforme, in precedenza, fosse quello di affermare la necessità di correlazione tra pericolosità della persona e confisca, ritenendo che il bene dovesse essere stato acquisito dal soggetto nel periodo di espressione della sua pericolosità (Cass. Pen., nn. 24778/2006 e 18822/2007), benché un differente orientamento avesse sostenuto la confiscabilità di beni acquistati anche prima dell'inizio, ad esempio, dell'appartenenza mafiosa, nel caso in cui i beni costituissero presumibile frutto di attività illecite o di reimpiego (Cass. Pen., nn. 35481/2006 e 33479/2007). Sul punto, si rinvia, tuttavia, a quanto autorevolmente sostenuto da MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali e la confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92*, collana "Diritto e procedura penale oggi", diretta da Giunta-Marzaduri, Milano, 2012, 343 ss. "La necessaria correlazione temporale trova conferma nell'introduzione del principio di applicazione disgiunta. La natura e gli effetti del principio e delle varie ipotesi di interpretazione disgiunta dimostrano che la misura patrimoniale, ormai svincolata dall'irrogazione della misura personale, richiede uno stretto collegamento con la pericolosità della persona, da accertare almeno incidentalmente. La confisca mira a sottrarre dal circuito economico i beni di provenienza illecita acquisiti dalla persona pericolosa. Se la persona non è pericolosa o non era pericolosa all'epoca di acquisizione dei beni viene meno la ragion d'essere della misura di prevenzione patrimoniale, perché manca il collegamento con la provenienza illecita dei beni, sia pure indiziaria, che discende dalla pericolosità della persona. Si può prescindere dall'applicazione della misura personale, ma non dai suoi presupposti, e dal collegamento dell'illecita provenienza con la fattispecie di pericolosità manifestata, perché al soggetto pericoloso vanno sottratti tutti i beni qualunque sia la loro origine illecita, ma non si può spezzare il nesso tra acquisto del bene e manifestazione della pericolosità, pena la trasformazione della misura di prevenzione patrimoniale in sanzione, con una scorciatoia probatoria incompatibile con i principi costituzionali e con la Cedu. Se l'accertamento della penale responsabilità ha consentito alle Sezioni Unite di affermare che non occorre un collegamento temporale tra epoca del commesso reato e epoca di acquisto del bene, di valore sproporzionato ai redditi dichiarati o all'attività economica del reato, anche in considerazione della natura di misura di sicurezza della confisca penale prevista dall'art. 12-sexies d.l. 306/2002, conv. Nella l. 356/1992 (S.U. 920/2004 cit.), questo ragionamento non è consentito per la confisca di prevenzione in cui manca l'accertamento della commissione del fatto-reato con le garanzie proprie del processo penale. Una diversa conclusione comporterebbe che, accertato il mero indizio di commissione

fisca di prevenzione, asserendo “*la precipua finalità della confisca di prevenzione è, dunque, quella di sottrarre i patrimoni illecitamente accumulati dalla disponibilità di determinati soggetti, che non possano dimostrarne la legittima provenienza*” nonché soggiungendo come, anche alla luce della possibilità di applicazione disgiunta della misura di prevenzione patrimoniale rispetto a quella personale, risulterebbe manifesto che “*ad assumere rilievo non è tanto la qualità di pericoloso sociale del titolare, in sé considerata, quanto piuttosto la circostanza che egli fosse tale al momento dell'acquisto del bene. Se così è, e se tale rapporto è indefettibile, nel senso che, in tanto può essere aggredito un determinato bene, in quanto chi l'abbia acquistato fosse, al momento dell'acquisto, soggetto pericoloso, resta esaltata la funzione preventiva della confisca, in quanto volta a prevenire la realizzazione di ulteriori condotte costituenti reato, stante l'efficacia deterrente della stessa ablazione*”.

In altri termini, la pericolosità sociale del soggetto acquirente sul bene acquistato con i proventi di attività illecita si rifletterebbe sul bene³⁸.

In particolare, la scelta legislativa concernente l'applicabilità disgiunta³⁹ della misura di prevenzione patrimoniale rispetto alla (non applicata) misura di prevenzione

dei reati previsti (416-bis c.p. e gravi delitti in materia di mafia) ovvero la pericolosità generica o diretta a prevenire fenomeni sovversivi, potrebbero essere sequestrati e confiscati beni in qualunque epoca acquistati dalla persona, sulla base della mera sproporzione ovvero della sufficienza indiziaria della provenienza illecita. Non basta, per giustificare questa tesi, fare riferimento (come ritiene parte della giurisprudenza di legittimità) all'onere di dimostrare la legittima provenienza dei beni da parte del proposto, che presuppone proprio la previa verifica dei requisiti di applicabilità della misura di cui si sta discutendo; o, ancora porre a carico dell'accusa la prova della provenienza illecita, con un'interpretazione che non trova alcun riferimento normativo. In definitiva, l'introduzione del principio di applicazione disgiunta conferma che è rispondente al sistema della prevenzione solo la necessaria correlazione temporale tra gli indizi di carattere personale sull'appartenenza del soggetto a un'associazione di tipo mafioso o di commissione dei gravi delitti indicati dalla norma (ovvero di manifestazione della pericolosità per le varie categorie di persone nei confronti delle quali è oggi consentita la misura patrimoniale) e l'acquisto dei beni, dovendo verificarsi se i beni da confiscare siano entrati nella disponibilità del proposto, non già anteriormente, ma successivamente o almeno contestualmente al suo inserimento nel sodalizio criminoso (ovvero alla manifestazione della pericolosità)”.

³⁸ Sul punto, con l'arresto n. 4897/2017, la Corte di Cassazione Penale ha dichiarato espressamente di aderire ad una tesi che, fatta propria da alcuni importanti precedenti giurisprudenziali (Cass. Pen., nn. 16478/2015, 17038/2016, 13375/2017 oltre che dalla Sezione Unite Spinelli di cui si è detto), era stata esposta, in dottrina, in MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali e la confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92*, cit., 286 ss.

³⁹ Per una accurata ricostruzione dell'*excursus* normativo che ha condotto alla possibilità di applicazione disgiunta della misura patrimoniale, si veda MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali - la confisca allargata (art. 240-bis c.p.)*, I, Milano, 2019, 660 ss., in cui si evidenzia come: (i) a partire dalla loro introduzione ordinamentale nel 1982, le misure di prevenzione patrimoniali, applicabili agli indiziati di appartenenza ad associazione mafiosa, presentassero inequivocabile carattere accessorio rispetto alla misura di prevenzione personale (ai sensi degli artt. 2-bis e 2-ter della Legge n. 575/1965), con la conseguenza che l'adozione della misura patrimoniale risultava subordinata all'accertamento della pericolosità in atto della persona indiziata di appartenenza all'associazione mafiosa; (ii) alcuni interventi normativi avessero introdotto specifiche ipotesi di applicazione disgiunta delle sole misure patrimoniali ed istituiti alle stesse assimilabili (Legge n. 55/1990 e Legge n. 356/1992); (iii) la sentenza della Corte costituzionale n. 465/1993 - con riguardo al rilievo di irragionevolezza delle norme nella parte in cui non consenti-

personale attesterebbe la considerazione della possibilità che, al momento dell'emissione della misura preventiva patrimoniale, non sussista l'attuale pericolosità del proposto tale da richiedere l'applicazione della misura personale, ma sia utile applicare quella patrimoniale per scongiurare la possibilità che il medesimo seguiti a trarre utilità dal bene.

In proposito, viene in rilievo come la Corte costituzionale abbia, con sentenza n. 106/2015, riconosciuto come non valga “osservare che, in taluni casi, la confisca può essere disgiunta dall'applicazione della misura di prevenzione personale, perché non è su questi casi particolari che può costruirsi un sistema nel quale, fin dalla loro introduzione con l'inserimento nella legge 575/1965, le misure patrimoniali sono state collegate a quelle personali (...) la pericolosità, sulla quale si basano le misure di prevenzione personali, costituisce il presupposto di quelle reali”.

Più di recente, con arresto n. 24/2019, la medesima Corte⁴⁰ ha evidenziato come la confisca di prevenzione, pur non avendo natura sanzionatoria, costituisca la naturale conseguenza dell'illecita acquisizione dei beni, tale da determinare “un vizio genetico

va di disporre la confisca dei beni di provenienza illecita nelle ipotesi di non applicazione della misura personale di prevenzione e di cessazione della stessa per morte del proposto, pur ricorrendo alla finalità dichiarata dalla legge di impedire che i beni illecitamente acquisiti fossero funzionali ad ulteriori condotte illecite – avesse dichiarato la questione inammissibile poiché diretta ad ottenere un intervento di produzione normativa, sollecitando l'intervento normativo sul punto; (iv) con sentenza resa a Sezioni Unite Penali n. 18/1996, la Cassazione avesse affermato l'applicabilità della confisca nel caso di intervento della morte del proposto a seguito dell'accertamento, anche in via non definitiva, della pericolosità, posta l'ammissibilità della prosecuzione dell'accertamento definitivo nei confronti degli eredi del *de cuius* ai fini della confisca – riconducendo la confisca al *genus* di sanzione amministrativa equiparabile, per contenuto ed effetti, alla misura di sicurezza di cui all'art. 240, comma 2, c.p.; (v) tale interpretazione, in chiave sanzionatoria, della confisca di prevenzione, ispirata ad esigenze di politica criminale, fosse stata essenzialmente avallata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 335/1996 che, tuttavia, pur sostenendo la tesi della natura preventiva della confisca di prevenzione, aveva evidenziato come la *ratio* della medesima consistesse nella sottrazione definitiva del bene al circuito economico di origine per inserirlo in altro, esente da condizionamenti criminali, sì da giustificare la permanenza della misura anche oltre la permanenza in vita del soggetto pericoloso; (vi) l'orientamento successivo della Suprema Corte si fosse allineato a tale impostazione, attribuendo alla confisca di prevenzione la funzione di sanzione amministrativa atipica, volta a sottrarre il bene dal circuito illecito anche al di là del decesso del proposto, in considerazione della intrinseca “pericolosità” acquisita dal bene (Cass. Pen., nn. 6160/2005, 12529/2005, 19914/2005, 27433/2005, 16721/2006, 33479/2007) ed anche in caso di cessazione della pericolosità della persona a seguito dell'ammissione al programma di protezione dei collaboratori di giustizia (Cass. Pen., nn. 12541/1997, 20451/2001); (vii) il principio di applicazione disgiunta sia stato introdotto attraverso l'introduzione, nel 2008, del comma 6-bis dell'art. 2-bis della Legge n. 575/1965 (Decreto Legge n. 92/2008, convertito in Legge n. 125/2008), successivamente modificato dalla Legge n. 94/2009 e, successivamente, dall'art. 18 e 24, comma 3, del D.lgs. n. 159/2011; (viii) la giurisprudenza abbia interpretato la nuova disciplina nel senso di ritenere ammissibile l'avvio del procedimento di prevenzione patrimoniale a prescindere da proposte relative all'adozione di misure di prevenzione personali (*inter alia*, Cass. Pen., nn. 5361/2011, 5579/2011, 18327/2011, 484/2012, 10532/2013, 41452/2013, Sezioni Unite n. 4880/2015, 27431/2017 nonché Corte cost. n. 21/2012).

⁴⁰ Ponendosi nel solco dell'orientamento che ha sostenuto la natura preventiva e compensativa della confisca di prevenzione.

nella costituzione dello stesso diritto di proprietà in capo a chi ne abbia acquistato la materiale disponibilità⁴¹.

In altri termini, seguendo tale impostazione, l'applicazione della misura patrimoniale al bene porterebbe ad emersione (in via definitiva con la confisca) lo stato di mera detenzione ed attesterebbe *ex post*, in un momento successivo a quello dell'aprensione del bene da parte del proposto, l'insuscettibilità del bene stesso di essere acquisito tra quelli di proprietà del medesimo, in quanto rappresentativo di un vantaggio geneticamente illecito.

Sul punto, la Corte dimostra di porsi nel solco di quanto ritenuto nella sentenza resa a Sezioni Unite Penali n. 4880/2015, cui si è fatto cenno, nella parte in cui ha affermato che la funzione sociale della proprietà privata possa essere assolta unicamente in caso di acquisto conforme alle regole ordinamentali, conseguentemente sancendo l'incompatibilità dell'acquisizione di beni *contra legem* con tale funzione e non potendosi, pertanto, opporre al medesimo ordinamento e, dunque, allo Stato, un acquisto inficiato da modalità illecite.

In tale ottica ricostruttiva, sarebbe sotteso unicamente alla confisca lo scopo di far venir meno in via definitiva il rapporto di fatto del soggetto con il bene, essendosi costituito tale rapporto in maniera non conforme all'ordinamento giuridico, in modo da neutralizzare l'arricchimento che il proposto, se non fosse stata compiuta l'attività criminosa presupposta, non avrebbe affatto conseguito.

Di talché, l'ablazione operata con la confisca sarebbe contraddistinta, oltre che da finalità preventiva, anche da finalità ripristinatoria dello *status quo ante* il conseguimento del bene illecito da parte del proposto e, sulla base dell'orientamento citato, è stata definitivamente superata la tesi con cui si era sostenuto il carattere sanzionatorio della confisca di prevenzione, soprattutto avuto riguardo alla possibilità di applicazione disgiunta⁴² e suscettibile di porsi in contrasto, con l'indirizzo della Corte

⁴¹ Merita, con riguardo al concetto di disponibilità, specificare come, ai fini della confisca di prevenzione, ad essere rilevante non sia la titolarità formale del bene, bensì la disponibilità sostanziale dello stesso, al fine di evitare che il fenomeno di intestazione fittizia impatti sull'applicabilità della misura. In particolare, in base alla giurisprudenza, la disponibilità designa la relazione effettuale del condannato con il bene, connotata dall'esercizio di poteri di fatto corrispondenti a quelli esercitabili in caso di titolarità proprietaria del bene, coinciderebbe con l'esercizio, da parte del proposto, della signoria di fatto sullo stesso, con la conseguenza che la categoria civilistica più appropriata cui fare riferimento sarebbe quella del possesso nella definizione offertane dall'art. 140 c.c. (in tal senso, Cass. Pen., nn. 11732/2005, 44534/2012, 41100/2014). Più nello specifico, oltre alla disponibilità diretta, rileva la disponibilità indiretta del bene (cfr. art. 20, comma 2 del Decreto), che si realizza nel caso in cui, al di là della formale intestazione del bene ad un soggetto diverso dal proposto, quest'ultimo ne sia l'effettivo *dominus*, potendone determinare la destinazione o l'impiego, quand'anche il bene risulti di titolarità di terzi (interposizione fittizia-interposizione reale-costituzione di patrimoni separati mediante costituzione di trust o di patrimoni separati). Sul punto, la giurisprudenza si è posta nel solco di un orientamento dottrinario sostenuto, *inter alia*, da MAISANO, *Profili commercialistici della nuova legge antimafia*, in *Riv. crit. del dir. priv.*, 1984, 419; CASSANO, *Impresa illecita ed impresa mafiosa. La sospensione temporanea dei beni prevista dagli artt. 3-quater e 3 quinquies della legge n. 565/1965*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1998, fasc. 104, 402 ss.; BONGIORNO, *Tecniche di tutela dei creditori nel sistema delle leggi antimafia*, in *Rivista diritto e processo*, I, 1998, 445 ss.; MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, Milano, 1998, 22.

⁴² Cass. Pen., n. 14044/2013.

europea dei diritti dell'uomo e con la Costituzione, facendo conseguire la sanzione patrimoniale, anziché dall'accertamento della commissione di un fatto penalmente rilevante, dall'accertamento di soli presupposti patrimoniali (nel caso di applicazione disgiunta) o dalla sussistenza di un collegamento con la misura di prevenzione personale, fondata su un mero giudizio di pericolosità.

Ebbene, alla luce della riflessione fatta propria dalla giurisprudenza maggioritaria, che ha essenzialmente riconosciuto come l'emissione del provvedimento di confisca implichi il riconoscimento, in via definitiva, del protratto stato di detenzione-disponibilità, da parte del proposto, del bene oggetto di misura – dovendo essere quest'ultimo considerato come mai entrato nella titolarità proprietaria del medesimo, in considerazione della propria natura di provento illecito – e che ha ricostruito in termini ripristinatori, oltre che preventivi, l'ablazione dello stesso dal patrimonio del fallito, è evidente come tale visione si concili con il riconoscimento del principio per cui la liquidazione dei creditori debba avvenire avuto riguardo al valore del bene confiscato e non a quello del bene sequestrato.

In altri termini, se si ammette che sia la confisca, in quanto provvedimento definitivo, ad assolvere a funzione ripristinatoria – distogliendo stabilmente il bene sottoposto a misura dalla detenzione del proposto (che, comunque, deve ritenersi non essere mai stato il proprietario del bene, in quanto illecito) – è coerente con tale impostazione ritenere che la liquidazione dei creditori debba essere informata al valore dei beni confiscati e non a quello dei beni sequestrati.

5. Sulla necessità di stornare le spese dei procedimenti di confisca, amministrazione e del procedimento di cui agli articoli 57-61.

Per quanto attiene alla parte della norma in cui è specificata la necessità che, al fine dell'individuazione della base valoriale su cui calcolare il sessanta per cento, di effettuare la previa sottrazione delle spese (i) del procedimento di confisca, (ii) di amministrazione dei beni sequestrati, (iii) sostenute nell'ambito del procedimento di verifica, la medesima non ne corredeva l'originaria formulazione – in cui era, tuttavia, inserito l'inequivoco riferimento, da parte della Legge delega n. 136/2010 (art. 1, comma 3, lett. f)) al limite “*al netto delle spese di procedimento*”, con conseguenze impattanti in caso di procedimenti caratterizzati da ingenti spese relative all'amministrazione giudiziaria od al giudizio funzionale alla confisca – che è stata, sul punto, novellata all'esito di un correttivo recente, introdotto in forza della Legge n. 161/2017.

La novella normativa, in quanto non foriera di alcuna disposizione transitoria, implicherebbe l'applicabilità *tout court*, ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della stessa e per i procedimenti di verifica non conclusi, della nuova regola, in applicazione del principio del *tempus regit actum*, con il limite dell'esaurimento degli effetti dell'atto raggiunti dalla sua definitività⁴³.

⁴³ In tal senso, MENDITTO, *Le misure di prevenzione e la confisca allargata*, in *Il Penalista (Gli speciali)*, 18/2017, 103.

6. Sull'imputazione del valore dei beni alla stima od a quanto conseguito dalla vendita.

Per quanto concerne alle possibili criticità di ordine interpretativo e pratico sottese alla riferibilità del valore alla stima⁴⁴ - redatta dall'Amministratore giudiziario o determinata all'esito dell'opposizione alla stima promossa dall'interessato - oppure, alternativamente, al *quantum* ritratto dalla vendita dei beni, autorevole dottrina ha ritenuto che le medesime possano essere risolte nel senso di ritenere che, in caso di "denaro disponibile nella procedura, anche se versato al Fondo Unico Giustizia (che dovrà metterlo a disposizione secondo le modalità previste dal d.m. n. 129/2009), si può fare riferimento al valore dei beni stimato nella relazione depositata dall'amministratore nei trenta giorni dal sequestro (art. 36, comma 1, lett. b)). Qualora tale stima non sia più attuale, per il decorso del tempo o per il deprezzamento che può essere intervenuto (si pensi all'azienda), si può procedere a una nuova stima, eventualmente nel contraddittorio, anche perché è problematico ritenere i terzi in buona fede vincolati a un accertamento cui possono essere rimasti estranei (art. 36, comma 4). Se non vi è liquidità sufficiente si procederà alla vendita del compendio in sequestro che potrebbe condurre a un risultato più favorevole di quello in stima"⁴⁵.

Ne consegue come sia stato chiarito come la previsione dell'imputazione del valore al *quantum* stimato ed alla somma ritratta dalla vendita siano tra loro compatibili, stante la possibilità di informare il limite percentuale alla somma ritratta dalla vendita unicamente in caso di indisponibilità di liquidità per la procedura, essendo stato altresì, evidenziato come, al di là di quanto previsto dalla norma relativamente al conseguimento di una minor somma, rispetto a quella ritraibile dalla stima, dalla vendita, in concreto, la medesima vendita possa consentire il conseguimento di una cifra superiore a quella spettante su base di stima.

7. Sui crediti prededucibili sorti nel corso del procedimento di prevenzione.

Onde concludere compiutamente la disamina della disposizione di cui all'articolo 53 del Codice, in prospettiva di circolarità con quanto espresso in *incipit* relativamente al referente di tutela cui la disciplina postulata da tale norma è informata, ossia "i crediti per titolo anteriore al sequestro", non ci si può esimere dal rilevare come la norma in parola non sia applicabile ai crediti prededucibili sorti nel corso del procedimento di prevenzione⁴⁶.

⁴⁴ Sul potere di stima dell'Amministrazione giudiziario, si rinvia all'art. 36 del Codice.

⁴⁵ SPANGHER - MARANDOLA, *Commentario breve al Codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, cit., 309.

⁴⁶ Oltre che ai crediti prededucibili sorti in corso di procedura, per quanto concerne l'applicabilità del limite di garanzia patrimoniale agli altri pagamenti previsti dal Codice (divisione della comunione, estinzione del diritto reale di godimento, scioglimento del contratto che costituisca diritti reali di godimento), è stato riconosciuto, in dottrina, come spetti al titolare del diritto - purché effettivamente accertato nella sua esistenza ed entità e verificatane la non fittizia intestazione - in prededucazione, un equo indennizzo, secondo i criteri stabiliti dall'art. 52, comma 5 che, tuttavia, rinvia a criteri fatti propri da un Decreto ministeriale allo stato non emanato. Al

In relazione a tali crediti⁴⁷ – ossia quelli che, per espressa definizione dell'articolo 61, comma 3, del Codice, sono “*così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione del procedimento di prevenzione, incluse le somme anticipate dallo Stato ai sensi dell'art. 42*” – consta la disciplina di cui all'articolo 54⁴⁸ del Codice, cui si rinvia, dalla cui lettura è ritraibile che i crediti prededucibili sorti nel corso del procedimento nonché liquidi, esigibili e non contestati – cui comunque, secondo quanto già esposto, è dato esser soddisfatti in via prioritaria ai sensi dell'articolo 61, comma 2 – (i) non siano soggetti al procedimento di accertamento di cui agli articoli 57-59, (ii) possano esser soddisfatti, in tutto o in parte, al di fuori del piano di riparto, previa autorizzazione del Giudice delegato⁴⁹.

fine di superare l'*impasse*, la medesima dottrina ha espresso come, nelle more dell'emanazione del medesimo Decreto, potrebbero applicarsi le norme vigenti in materia di espropriazione per pubblica utilità, di cui al D.P.R. n. 327/2001 (MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, cit., 384). Tanto premesso, posto che l'indennizzo, è espressamente attribuito in prededuzione (al di fuori del piano di riparto ex art. 61) *ex lege*, non richiedendo apposita istanza, è stato affermato che la partecipazione al procedimento di verifica da parte del titolare parrebbe quantomeno “opportuna nel caso di omessa pronuncia circa l'esistenza del diritto nel procedimento di confisca, essendo la corresponsione dell'indennizzo subordinata all'accertamento del medesimo diritto (Cass. Civ., n. 37491/2017).

⁴⁷ Su cui si è già svolta qualche necessaria precisazione nelle precedenti note esplicative nn. 19 e 20.

⁴⁸ BRESCIA, *op. cit.*, nel rilevare come la disposizione di cui all'art. 61, comma 2, stabilendo come i crediti ammessi allo stato passivo vengano soddisfatti nell'ordine (i) prededucibili (ii) privilegiati (con prelazione sui beni confiscati) nonché (iii) chirografari, osserva “*La disposizione precisa però che la soddisfazione può avvenire “nei limiti previsti dall'art. 53”, e pertanto l'attivo distribuibile potrà essere solo quello del 60% del valore dei beni (sequestrati o confiscati) risultante dalla stima dell'amministratore giudiziario o dalla minor somma ricavata dalla vendita. Ad una prima lettura la citata disposizione sembra non escludere l'incapienza delle prededuzioni, che ben potrebbero non trovare una integrale soddisfazione sul (limitato) attivo lasciato a disposizione dei creditori; tuttavia una simile conclusione contrasta con il dettato di altre disposizioni dello stesso testo normativo, segnatamente con gli artt. 54 e 42. In particolare, la prima delle citate norme (art. 54) dispone che i crediti sorti nel corso del procedimento di prevenzione, liquidi, esigibili e non contestati, vengono soddisfatti con le liquidità a disposizione dell'amministratore giudiziario e, ove non sufficienti, mediante anticipazione da parte dello Stato*”.

⁴⁹ Relativamente alla lettera di cui all'art. 54 del Codice, avuto specifico riguardo al riferimento alla confisca dei “*beni organizzati in azienda*” – in altri termini, avuto riguardo al caso di confisca di azienda – per cui è previsto che il pagamento avvenga “*mediante prelievo delle somme disponibili secondo criteri di graduazione e proporzionalità, conformemente all'ordine assegnato dalla legge*”, è stata rilevata l'insorgenza del problema afferente all'individuazione dei “*criteri di graduazione e proporzionalità*” cui dovrebbe ispirarsi l'Amministratore giudiziario nell'adempimento delle obbligazioni assunte nel corso della gestione aziendale. In particolare, non risulterebbe chiaro se il corretto criterio da seguire per l'effettuazione dei pagamenti consista (i) nell'eseguire il pagamento in misura determinata, secondo un'ipotetica previsione del valore del patrimonio aziendale e, dunque, in misura contenuta ad una loro percentuale oppure (ii) correntemente, secondo ordinari criteri di gestione aziendale, rilevando la medesima voce che ha svolto l'osservazione, peraltro, come la prima soluzione sarebbe foriera di gravi difficoltà per gli Amministratori giudiziari, tenuti a non onorare interamente i debiti da loro assunti, con conseguente perdita di credibilità dinanzi ai fornitori ed al sistema creditizio nonché diffidenza da parte, più in generale, degli operatori economici (AIELLO, *Spunti di riflessione in ordine alla tutela dei terzi nel c.d. Codice antimafia*, cit., 12).

Tale previsione consente di concludere come tali crediti non rientrino nel perimetro applicativo del limite di cui all'articolo 53 – del sessanta per cento al netto delle spese del procedimento di confisca, di amministrazione e connesse al procedimento di cui agli articoli 57-59 – che si riferisce ai soli crediti antecedenti al sequestro, essendo stato, con riguardo a tale opzione, peraltro, osservato come l'opposta conclusione si sarebbe profilata "*contrastante con la normativa sulla gestione dei beni sequestrati, in particolare delle aziende (artt. 41, 56, ecc.) perché il rischio del ridotto pagamento scoraggerebbe i terzi a stipulare contratti con l'amministrazione giudiziaria*"⁵⁰.

⁵⁰ SPANGHER - MARANDOLA, *Commentario breve al Codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, cit., sub art. 54, 310.

Il cellulare “contenitore” di corrispondenza anche se già letta dal destinatario

Leonardo Filippi*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il nuovo e più ampio ambito riconosciuto alla “corrispondenza”. – 3. La conferma della definizione di intercettazione. – 4. L’autorizzazione parlamentare *ad acta*. – 5. Il criterio discrezionale tra corrispondenza e documento: l’attuale interesse dei corrispondenti alla riservatezza. – 6. Il cellulare “contenitore di dati informatici” appartenenti a terzi. – 7. Il “modulo procedurale” per il sequestro della corrispondenza del parlamentare. – 8. Anche il conto corrente bancario spedito dalla banca al correntista è corrispondenza. – 9. Le conclusioni della sentenza n. 170/2023.

ABSTRACT

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 170/2023, riconosce che posta elettronica e messaggi inviati tramite l’applicazione WhatsApp, anche se già letti, sono equiparati a lettere o biglietti chiusi e, rientrando nella sfera di protezione dell’art. 15 Cost., sono pertanto sottoposti alla duplice garanzia della riserva di legge e di giurisdizione.

The Constitutional Court, with sentence no. 170/2023, recognizes that e-mail and messages sent via the WhatsApp application, even if already read, are equated to closed letters or tickets and, falling within the sphere of protection of the art. 15 of the Constitution, are therefore subject to the dual guarantee of reservation of law and jurisdiction.

1. Premessa.

Dopo l’annullamento senza rinvio da parte della Corte di cassazione del decreto di perquisizione e sequestro, oltre a documentazione cartacea, dei telefoni cellulari, *pc* portatili, dispositivi informatici, e chiavette USB, di un amico del sen. Renzi, disponendo la restituzione all’avente diritto non soltanto dell’apparecchio sequestrato, ma anche dei dati da esso estrapolati, senza trattenimento di alcuna copia da parte dell’organo inquirente (Cass., Sez. VI, 22.9.2020, n. 34265), ora la Corte costituzionale con la sentenza n. 170/2023 accoglie, sia pure in parte, il conflitto di attribuzioni sollevato dal Senato della Repubblica, per l’effetto annullando il sequestro delle conversazioni disposto sullo *smartphone* di un imprenditore, che aveva colloquiato con lo stesso senatore Renzi.

* Già Professore ordinario di Diritto processuale penale – Università di Cagliari.

2. Il nuovo e più ampio ambito riconosciuto alla “corrispondenza”.

La sentenza della Consulta ha il merito, anzitutto, di aver delimitato nettamente i confini tra le nozioni di “corrispondenza” e “documento”, due concetti dei quali finora si erano registrate diverse interpretazioni, spesso ampliando l’ambito del secondo e riducendo quello della prima, a discapito dell’ “inviolabile” segretezza della corrispondenza, in spregio all’art. 15, comma 1, Cost.

La Consulta, nella sentenza n. 170/2023, inquadra il concetto di “corrispondenza”, ritenendolo “ampiamente comprensivo, atto ad abbracciare ogni comunicazione di pensiero umano (idee, propositi, sentimenti, dati, notizie) tra due o più persone determinate, attuata in modo diverso dalla conversazione in presenza”, secondo l’insegnamento della stessa Consulta, che aveva in passato già affermato che «la tutela accordata dall’art. 15 Cost. – che assicura a tutti i consociati la libertà e la segretezza «della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione», consentendone la limitazione «soltanto per atto motivato dell’autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge» – prescinde dalle caratteristiche del mezzo tecnico utilizzato ai fini della trasmissione del pensiero, «aprendo così il testo costituzionale alla possibile emersione di nuovi mezzi e forme della comunicazione riservata» (Corte cost. n. 2/2023). La garanzia si estende, quindi, ad ogni strumento che l’evoluzione tecnologica mette a disposizione a fini comunicativi, compresi quelli elettronici e informatici, ignoti al momento del varo della Carta costituzionale (Corte cost. n. 20/2017 e, già in precedenza, con riguardo agli apparecchi ricetrasmittenti di debole potenza, Corte cost. n. 1030/1988 e, sulla libertà del titolare del diritto di scegliere liberamente il mezzo con cui corrispondere, Corte cost. n. 81/1993).

La sentenza annotata riconosce che posta elettronica e messaggi inviati tramite l’applicazione *WhatsApp* (appartenente ai sistemi di cosiddetta messaggistica istantanea) “rientrano, dunque, a pieno titolo nella sfera di protezione dell’art. 15 Cost., apparendo del tutto assimilabili a lettere o biglietti chiusi. La riservatezza della comunicazione, che nella tradizionale corrispondenza epistolare è garantita dall’inserimento del plico cartaceo o del biglietto in una busta chiusa, è qui assicurata dal fatto che la posta elettronica viene inviata a una specifica casella di posta, accessibile solo al destinatario tramite procedure che prevedono l’utilizzo di codici personali; mentre il messaggio *WhatsApp*, spedito tramite tecniche che assicurano la riservatezza, è accessibile solo al soggetto che abbia la disponibilità del dispositivo elettronico di destinazione, normalmente protetto anch’esso da codici di accesso o altri meccanismi di identificazione”.

La pronuncia in esame precisa che tra i due concetti di «corrispondenza» e «comunicazione» intercorre, per corrente affermazione, “un rapporto di *species ad genus*” e la nozione di «corrispondenza» – utilizzata anche nell’art. 68, terzo comma, Cost. senza ulteriore specificazione – appare, tuttavia, sufficientemente ampia da ricomprendere le forme di scambio di pensiero a distanza come la posta elettronica e i messaggi via *WhatsApp*, che non costituiscono altro che “versioni contemporanee” della corrispondenza epistolare e telegrafica (Corte cost. n. 170/2023).

La medesima sentenza n. 170/2023 ricorda che anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo non ha avuto incertezze nel ricondurre sotto il cono di protezione dell’art. 8 Conv. e.d.u. – ove pure si fa riferimento alla «corrispondenza» *tout court* – i messaggi di posta elettronica (Corte e.d.u., Grande Camera, senten-

za 5.9.2017, Barbulescu contro Romania, §72; Corte e.d.u., Sez. IV, sentenza 3.4.2007, Copland contro Regno Unito, §41), gli S.M.S. (Corte e.d.u., Sez. V, sentenza 17.12.2020, Saber contro Norvegia, § 48) e la messaggistica istantanea inviata e ricevuta tramite internet (Corte e.d.u., Grande Camera, sentenza Barbulescu, §74), aggiungendo come, d'altro canto, anche a livello di legislazione ordinaria interna, l'art. 616, comma quarto, cod. pen. già da tempo "include espressamente nella nozione di «corrispondenza» - agli effetti delle disposizioni che contemplano i delitti contro l'inviolabilità dei segreti - oltre a quella epistolare, telegrafica e telefonica, anche quella «informatica o telematica ovvero effettuata con ogni altra forma di comunicazione a distanza»".

Ma la sentenza n. 170/2023 ha dovuto affrontare anche il problema se mantengano la natura di corrispondenza anche i messaggi di posta elettronica e *WhatsApp* già ricevuti e letti dal destinatario, ma conservati nella memoria dei dispositivi elettronici del destinatario stesso o del mittente, al fine di rispondere al quesito se, nel caso di specie, si trattasse di sequestro di corrispondenza ex art. 353 c.p.p. o di una mera e generica acquisizione di documenti, a norma dell'art. 253 c.p.p., posto che è pacifico che l'art. 254 c.p.p. regola esclusivamente il sequestro di corrispondenza operato presso i gestori di servizi postali, telegrafici, telematici o di telecomunicazioni e dunque, il sequestro di corrispondenza *in itinere*, che interrompe il flusso comunicativo.

Ai fini della risoluzione del quesito, la Corte prende le mosse dalle opzioni ermeneutiche già riconosciute. Secondo un primo, più garantista, indirizzo interpretativo, "la tutela - iniziata nel momento in cui l'espressione del pensiero è affidata ad un mezzo idoneo a trasmetterlo, rendendo così fattivo l'intento di comunicarlo ad altri - non si esaurirebbe con la ricezione del messaggio e la presa di cognizione del suo contenuto da parte del destinatario, ma permarrebbe finché la comunicazione conservi carattere di attualità e interesse per i corrispondenti. Essa verrebbe meno, quindi, solo quando il decorso del tempo o altra causa abbia trasformato il messaggio in un documento "storico", cui può attribuirsi esclusivamente un valore retrospettivo, affettivo, collezionistico, artistico, scientifico o probatorio". Secondo altro indirizzo interpretativo, più riduttivo, invece, "la corrispondenza già ricevuta e letta dal destinatario non sarebbe più un mezzo di comunicazione, ma un semplice documento". La garanzia apprestata dall'art. 15 Cost. si giustificerebbe, infatti, con la particolare "vulnerabilità" dei messaggi nel momento in cui sono "corrisposti", per "il maggior rischio di captazione o apprensione da parte di terzi: essa cesserebbe, quindi, con l'esaurimento dell'atto del corrispondere, coincidente con il momento in cui il destinatario prende cognizione della comunicazione. Dopo tale momento, la corrispondenza resterebbe tutelata, non più dall'art. 15 Cost., ma da altre disposizioni costituzionali, quali quelle in materia di libertà personale e domiciliare, libertà di manifestazione del pensiero, diritto di difesa o diritto di proprietà".

Tra le due opposte tesi, la Consulta non ha esitazioni nello sposare la prima tesi, sostenuta dal Senato della Repubblica, osservando che "degradare la comunicazione a mero documento quando non più *in itinere*, è soluzione che, se confina in ambiti angusti la tutela costituzionale prefigurata dall'art. 15 Cost. nei casi, sempre più ridotti, di corrispondenza cartacea, finisce addirittura per azzerarla, di fatto, rispetto alle comunicazioni operate tramite posta elettronica e altri servizi di messaggistica istantanea, in cui all'invio segue immediatamente - o, comunque sia, senza uno iato temporale apprezzabile - la ricezione".

3. La conferma della definizione di intercettazione.

Corte cost. n. 170/2023 ribadisce la definizione di intercettazione, unanimemente accolta, come l'«apprensione occulta, in tempo reale, del contenuto di una conversazione o di una comunicazione in corso tra due o più persone da parte di altri soggetti, estranei al colloquio» (Cass., Sez. un., 28 maggio (dep. 24 settembre 2003), n. 36747, Torcasio), aggiungendo che, “affinché si abbia intercettazione debbono quindi ricorrere, per quanto qui più interessa, due condizioni”. La prima è di ordine temporale, nel senso che “la comunicazione deve essere in corso nel momento della sua captazione da parte dell'*extraneus*; questa deve cogliere, cioè, la comunicazione nel suo momento “dinamico”, con conseguente estraneità al concetto dell'acquisizione del supporto fisico che reca memoria di una comunicazione già avvenuta (dunque, nel suo momento “statico”)”. La seconda condizione attiene, invece, alle modalità di esecuzione perché “l'apprensione del messaggio comunicativo da parte del terzo deve avvenire in modo occulto, ossia all'insaputa dei soggetti tra i quali la comunicazione intercorre”. La Consulta, perciò, distingue le intercettazioni – “le quali consistono in una attività prolungata nel tempo di captazione occulta di comunicazioni o conversazioni che debbono ancora svolgersi nel momento in cui l'atto investigativo è disposto” – dal sequestro di *e-mail* e messaggi *WhatsApp* che si attua con “l'acquisizione *uno actu* di messaggi comunicativi già avvenuti”.

4. L'autorizzazione parlamentare *ad acta*.

Applicando il principio generale enunciato alla questione delle prerogative parlamentari previste dall'art. 68 Cost., la Corte osserva come “la citata norma costituzionale non prefigura un privilegio del singolo parlamentare in quanto tale – la libertà e segretezza delle cui comunicazioni è già protetta dall'art. 15 Cost. – ma una prerogativa «strumentale [...] alla salvaguardia delle funzioni parlamentari», volendosi impedire che intercettazioni e sequestri di corrispondenza possano essere «indebitamente finalizzati[i] ad incidere sullo svolgimento del mandato elettivo, divenendo fonte di condizionamenti e pressioni sulla libera esplicazione dell'attività» (Corte cost. sentenza n. 390 del 2007; in senso analogo, sentenze n. 38/2019 e n. 74 /2013, ord. n. 129/2020). Ma se questa è la *ratio* della prerogativa, la sentenza deve ammettere che limitarla alle sole comunicazioni in corso di svolgimento e non già concluse, significherebbe darne una interpretazione così restrittiva da vanificarne la portata, giacché “condizionamenti e pressioni sulla libera esplicazione del mandato parlamentare possono bene derivare, infatti, anche dalla presa di conoscenza dei contenuti di messaggi già pervenuti al destinatario” perché “sarebbe agevole per gli organi inquirenti eludere l'obbligo costituzionale di autorizzazione preventiva per acquisire la corrispondenza del parlamentare: anziché captare le comunicazioni nel momento in cui si svolgono, basterebbe attenderne la conclusione (che nel caso dei messaggi elettronici è peraltro pressoché coeva), per poi sequestrare il dispositivo in cui vi è traccia del loro contenuto”.

La Corte costituzionale, d'altronde, ha già da tempo affermato che “la garanzia apprestata dall'art. 15 Cost. si estende anche ai dati esteriori delle comunicazioni (quelli, cioè, che consentono di accertare il fatto storico che una comunicazione vi è stata e di identificarne autore, tempo e luogo): problema postosi particolarmente

in rapporto ai tabulati telefonici, contenenti l'elenco delle chiamate in partenza o in arrivo da una determinata utenza (Corte cost n. 81/1993; in senso conforme, sentenze n. 372/2006 e n. 281/1998). In proposito, si è rilevato che «la stretta attinenza della libertà e della segretezza della comunicazione al nucleo essenziale dei valori della personalità – attinenza che induce a qualificare il corrispondente diritto “come parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana” (Corte cost n. 366/1991) – comporta un particolare vincolo interpretativo, diretto a conferire a quella libertà, per quanto possibile, un significato espansivo» (Corte cost. n. 81/1993).

La sentenza soggiunge che “se, dunque, l'acquisizione dei dati esteriori di comunicazioni già avvenute (quali quelli memorizzati in un tabulato) gode delle tutele accordate dagli artt. 15 e 68, terzo comma, Cost., è impensabile che non ne fruisca, invece, il sequestro di messaggi elettronici, anche se già recapitati al destinatario: operazione che consente di venire a conoscenza non soltanto dei dati identificativi estrinseci delle comunicazioni, ma anche del loro contenuto, e dunque di attitudine intrusiva tendenzialmente maggiore”.

D'altro canto, pure la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha avuto esitazioni nel ricondurre nell'alveo della «corrispondenza» tutelata dall'art. 8 Conv. e.d.u. anche i messaggi informatico-telematici nella loro dimensione “statica”, ossia già avvenuti. Infatti, la Corte di Strasburgo si è già pronunciata in questi termini con riguardo sia alla posta elettronica (Corte e.d.u., sentenza Copland, § 44), sia alla messaggistica istantanea (Corte e.d.u., sentenza Barbulescu, § 74), sia ai dati memorizzati in *floppy disk* (Corte e.d.u., Sez. V, sentenza 22.5.2008, Iliya Stefanov contro Bulgaria, § 42), sia, infine, al sequestro dei dati di uno *smartphone*, che comprendevano anche SMS e messaggi di posta elettronica (Corte e.d.u., sentenza Saber, § 48, cit.), cioè in relazione a una fattispecie del tutto analoga a quella esaminata dalla Consulta.

5. Il criterio discrezionale tra corrispondenza e documento: l'attuale interesse dei corrispondenti alla riservatezza.

Ritiene dunque la sentenza n. 170/2023 che, analogamente all'art. 15 Cost., quanto alla corrispondenza della generalità dei cittadini, anche, e a maggior ragione, l'art. 68, terzo comma, Cost. tuteli la corrispondenza dei membri del Parlamento – ivi compresa quella elettronica – anche dopo la ricezione da parte del destinatario, “almeno fino a quando, per il decorso del tempo, essa non abbia perso ogni carattere di attualità, in rapporto all'interesse alla sua riservatezza, trasformandosi in un mero documento “storico”. In questo modo la Consulta fa cessare la tutela costituzionale della corrispondenza quando il decorso del tempo o altra causa abbia trasformato il messaggio in un documento “storico”, per cui esso perde il valore comunicativo ed acquista quello esclusivamente retrospettivo, affettivo, collezionistico, artistico, scientifico o probatorio.

La conclusione è, dunque, che l'acquisizione di *e-mail* e messaggi *WhatsApp* costituisce un sequestro di corrispondenza tutelato dall'art. 15 Cost e rientrante nell'ambito della garanzia di cui all'art. 68, terzo comma, Cost.

6. Il cellulare “contenitore di dati informatici” appartenenti a terzi.

Il pregio della sentenza commentata è anche quello di aver precisato che il sequestro di telefoni cellulari, di *computer* o di altri dispositivi costituisce acquisizione di “contenitori” di dati informatici appartenenti a terzi, come nel caso di specie, perché nella memoria sono conservati, tra l'altro, messaggi inviati in via telematica a un parlamentare, o da lui provenienti.

La Consulta esclude anche, sul piano applicativo, qualsiasi dubbio per l'incertezza degli organi inquirenti di sapere, *a priori*, se il messaggio comunicativo già recapitato e appreso dal destinatario conservi, nella considerazione dei soggetti coinvolti, carattere di attualità. Tale carattere di “attualità”, secondo la Corte, infatti, “deve presumersi, sino a prova contraria, quando si discuta di messaggi scambiati – come nella specie – a una distanza di tempo non particolarmente significativa rispetto al momento in cui dovrebbero essere acquisiti e nel corso dello svolgimento del mandato parlamentare in cui tale momento si colloca, e per giunta ancora custoditi in dispositivi protetti da codici di accesso”.

Di conseguenza, l'autorizzazione va chiesta alla Camera di appartenenza del parlamentare, “a prescindere da ogni valutazione circa la natura “mirata” o “occasionale” dell'acquisizione dei messaggi del parlamentare, operata tramite l'apprensione dei dispositivi appartenenti a terzi”. Né può opporsi che “con il sequestro del dispositivo la corrispondenza in esso contenuta deve ritenersi già sequestrata e nella piena disponibilità del pubblico ministero procedente: di modo che l'estrazione dei dati rappresenterebbe un *posterius* rispetto all'esecuzione dell'atto investigativo per il quale è prefigurata la garanzia in questione”. Tale tesi non può condividersi perché, secondo la Consulta, “nel caso di sequestro probatorio informatico il “vero” oggetto del sequestro non è tanto il dispositivo elettronico (il “contenitore”) – il quale, di per sé, non ha di norma alcun interesse per le indagini – quanto piuttosto i suoi dati (il “contenuto”), nella parte in cui risultano utili alle indagini stesse: dati che, secondo le indicazioni della giurisprudenza di legittimità, vanno all'uopo selezionati e fatti possibilmente oggetto di una “copia-clone”, con restituzione del dispositivo (e della disponibilità di tutti gli altri dati) al titolare”. Ed è proprio questo l'aspetto più innovativo della sentenza: la Consulta riconosce finalmente che il cellulare è il “contenitore” di corrispondenza, tutelata dall'art. 15 Cost., con tutte le conseguenti garanzie in materia.

7. Il “modulo procedurale” per il sequestro della corrispondenza del parlamentare.

La Consulta ha pure indicato un “modulo procedurale” che garantisce “un punto di equilibrio tra gli interessi in gioco, evitando inopportune dilatazioni degli effetti propri della prerogativa parlamentare, che rischierebbero di penalizzare in modo ingiustificato le stesse iniziative dell'autorità giudiziaria volte all'accertamento dei reati”. Quando pure, infatti, gli organi inquirenti possano prevedere che nel telefono cellulare o nel *computer* di una persona sottoposta ad indagini siano memorizzati messaggi di un parlamentare, “ciò non impedisce, comunque sia, agli organi stessi di apprendere il dispositivo e di sequestrare tutti gli altri dati informatici contenuti nel dispositivo, che nulla hanno a che vedere con la corrispondenza del parlamentare:

fermo restando invece l'onere della richiesta di autorizzazione al fine di estrapolare dal dispositivo e di acquisire agli atti del procedimento i messaggi che riguardano il parlamentare stesso. L'autorizzazione resta pur sempre preventiva rispetto al sequestro di corrispondenza, senza trasformarsi [...] in una autorizzazione *ex post* ai fini dell'utilizzazione processuale delle risultanze di un atto investigativo già eseguito: autorizzazione che l'art. 6 della legge n. 140 del 2003 prevede solo in rapporto alle intercettazioni e all'acquisizione di tabulati telefonici, e non pure al sequestro di corrispondenza”.

Conclude la Consulta che, “rispetto al sequestro di corrispondenza, la natura “occasionale” o “mirata” dell'atto non viene in considerazione, risultando per esso in ogni caso necessaria l'autorizzazione preventiva”, giacché il citato art. 6 della legge n. 140 del 2003 non ha esteso al sequestro di corrispondenza la disciplina dell'autorizzazione successiva, da esso prevista solo per l'intercettazione.

8. Anche il conto corrente bancario spedito dalla banca al correntista è corrispondenza.

Diverso discorso e opposte conclusioni la Consulta raggiunge, invece quanto all'acquisizione dell'estratto di conto corrente bancario in quanto, nel caso concreto, non era stato spedito dalla banca al parlamentare, ma allegato a segnalazioni di operazioni bancarie sospette, provenienti da uffici della Banca d'Italia. Infatti, la Corte chiarisce che, “se oggetto di apprensione da parte degli organi inquirenti fosse l'estratto conto spedito dalla banca al correntista, si potrebbe effettivamente ritenere che le garanzie previste dagli artt. 15 e 68, terzo comma, Cost. entrino in gioco”. Ma, nel caso di specie, l'estratto del conto corrente bancario del senatore Renzi è entrato negli atti di indagine tramite un decreto di acquisizione di segnalazioni di operazioni bancarie sospette effettuate in base alla normativa antiriciclaggio di cui al d.lgs. n. 231 del 2007: segnalazioni tra i cui allegati figurava l'estratto conto in questione, che quindi non ha dato luogo a sequestro di corrispondenza. Secondo la Corte, “l'estratto conto è, infatti, un documento che ha una funzione e una valenza autonoma, indipendente dalla spedizione al correntista. Esso non è altro, in effetti, che un riepilogo delle risultanze delle scritture contabili della banca, le quali debbono riportare tutte le operazioni di dare e di avere passate in conto corrente. Si tratta, dunque, di per sé, di un documento contabile interno all'ente creditizio”, che diventa corrispondenza solo se spedito al correntista.

9. Le conclusioni della sentenza n. 170/2023.

Le conclusioni alle quali perviene la Consulta sono semplici.

La Procura della Repubblica presso il Tribunale di Firenze ha estratto dalla memoria dei telefoni cellulari di terzi e acquisito agli atti del procedimento i messaggi diretti al senatore Renzi, o da lui provenienti, senza chiedere al Senato alcuna autorizzazione. In questo modo, ha dunque determinato la menomazione dell'attribuzione prevista dall'art. 68, terzo comma, Cost.

Pertanto, il conflitto di attribuzione sollevato dal Senato della Repubblica deve essere risolto dichiarando che non spettava alla Procura di Firenze acquisire agli at-

ti del procedimento penale, sulla base di decreti di perquisizione e sequestro, corrispondenza riguardante il senatore Matteo Renzi, costituita da messaggi di testo scambiati tramite l'applicazione *WhatsApp* tra il senatore Renzi e terze persone, e tra il medesimo senatore Renzi e altri, nonché da posta elettronica intercorsa fra questi e il senatore Renzi.

Per l'effetto, il sequestro degli indicati messaggi di testo scambiati tra il senatore Renzi e terzi deve essere annullato. Non vi è luogo, invece, ad adottare analogo provvedimento in relazione al sequestro della corrispondenza intercorsa tra il senatore Renzi e terzi, in quanto il decreto di perquisizione e sequestro emesso nei confronti di terzi era già stato annullato, senza rinvio, dalla Corte di cassazione. Infatti, come già detto, la suprema Corte, pronunciando sull'impugnazione avverso l'ordinanza del Tribunale del riesame di Firenze, che aveva confermato il decreto della Procura, aveva già annullato senza rinvio l'ordinanza impugnata e il decreto stesso, disponendo la restituzione ai terzi non soltanto dei materiali sequestrati (tra cui il telefono cellulare), ma anche dei dati da essi estrapolati, senza trattenimento di alcuna copia da parte dell'organo inquirente.

Ancora in tema di criptofonini: nuovi arresti giurisprudenziali in attesa delle Sezioni Unite

Wanda Nocerino*

Sommario: 1. Criptofonini e prova penale: un rapporto in continua evoluzione. – 2. Un *revirement* solo apparente. – 3. La natura delle investigazioni sulle piattaforme criptate. – 4. La legittimità dell'OEI. – 5. Prospettive *de jure condendo*.

ABSTRACT

In attesa dell'intervento delle Sezioni Unite, la Corte – con due pronunce “gemelle” – precisa che la qualificazione giuridica delle investigazioni svolte all'estero sulle piattaforme criptate dipende dal tipo di atto condotto e, dunque, varia in base all'oggetto e alle modalità acquisitive dell'elemento probatorio, oscillando tra la categoria delle intercettazioni telematiche e quella dei sequestri presso gli *Internet Service Providers*.

L'autrice si sofferma sui rischi e sulle criticità delle indagini condotte sui c.d. criptofonini con l'obiettivo di verificare la compatibilità delle investigazioni esperite sulle piattaforme criptate con le categorie probatorie esistenti e di accertare l'esistenza di una copertura normativa idonea a garantire la tenuta costituzionale e codicistica degli elementi di prova acquisiti.

Awaiting the intervention of the United Sections, the Italian Supreme Court – with two ‘twin’ pronouncements – specifies that the legal qualification of the investigations carried out abroad on encrypted platforms depends on the type of act carried out and, therefore, varies according to the object and the acquisition modalities of the probative element, oscillating between the category of telematic interceptions and that of seizures at Internet Service Providers.

The author dwells on the risks and criticalities of the investigations conducted on the cryptophones with the objective of verifying the compatibility of the investigations carried out on the encrypted platforms with the existing evidentiary categories and to ascertain the existence of a normative coverage suitable to guarantee the constitutional and codicilistic seal of the evidence acquired.

1. Criptofonini e prova penale: un rapporto in continua evoluzione.

Troppo ingenuamente si è pensato che il fermento giurisprudenziale sui criptofonini si fosse arrestato in ragione delle granitiche posizioni dei giudici di legittimità¹

* Ricercatore di Diritto processuale penale presso l'Università di Foggia.

¹ Cass., Sez. IV, 5 aprile 2023, n. 16347, in *questa Rivista*; Cass., Sez. I, 13 gennaio 2023, n. 19082, in *CED Cass.*, n. 284440; Cass., Sez. IV, 15 luglio 2022, n. 32915, in *Giur. pen.*, con nota di Barbieri, *I limiti di utilizzabilità dei messaggi crittografati scaricati da un server estero ed acquisiti mediante ordine europeo di indagine*; Cass., Sez. I, 13 ottobre 2022, n. 6363, in *Cass. pen.*, 2023, 2786, con nota di Nocerino, *L'acquisizione della messaggistica su sistema criptati: intercettazioni o prova*

che, nel delineare il regime di utilizzabilità della messaggistica scambiata su sistema cifrato *Sky Ecc* ed *Encrochat*, hanno chiarito che l'acquisizione dei dati decrittati e conservati all'estero non soggiace alle regole previste in materia di intercettazioni informatiche o telematiche, ex art. 266-*bis* c.p.p., trovando invece applicazione il dettato di cui all'art. 234-*bis* c.p.p.

Discostandosi (almeno apparentemente) dai precedenti indirizzi, la Corte - con due pronunce "gemelle"² - precisa che la qualificazione giuridica delle investigazioni svolte all'estero sulle piattaforme criptate dipende dal tipo di atto condotto e, dunque, varia in base all'oggetto e alle modalità acquisitive dell'elemento probatorio, oscillando tra la categoria delle intercettazioni telematiche e quella dei sequestri presso gli *Internet Service Providers*.

Nell'occasione, i giudici si soffermano anche sulla verifica della sussistenza delle condizioni per l'emissione dell'Ordine Europeo di Indagine (OEI) al fine di acquisire prove in territorio unionale e sulla legittimazione del p.m. ad autorizzare l'acquisizione di "documenti" informatici all'estero, riscontrando un'aporia sistemica laddove per l'apprensione dei dati esterni del traffico telefonico e telematico (c.d. tabulati), il d.l. n. 132 del 2021 richiede l'intervento preventivo dell'organo giurisdizionale.

Già da questa prima ricostruzione dello stato dell'arte, emerge la complessità delle questioni che la giurisprudenza si trova ad affrontare: da una parte, si profilano criticità di natura classificatoria, determinate dalla difficoltà di individuare la categoria probatoria in cui ascrivere le attività espletate su tali sistemi e, di conseguenza, emergono dubbi circa la diagnosi di utilizzabilità processuale dei dati ottenuti a seguito di decrittazione dei dati giacenti sui *server*; dall'altra, si tratta di comprendere se e a quali condizioni sia legittimo il ricorso all'OEI per acquisire dati e documenti informatici raccolti all'estero, posto che non sempre l'atto di indagine richiesto nell'ordine è svolto nelle medesime forme previste dalla normativa interna.

Senza voler anticipare le riflessioni che verranno svolte nel prosieguo, conviene partire da un assunto difficilmente confutabile: i profili differenziali della tecnica investigativa in esame rispetto alle categorie probatorie "tradizionali" rendono complessa l'opera di sussunzione delle attività esperite sulle piattaforme criptate nell'alveo dei mezzi di ricerca della prova già noti al sistema. Eppure, non potendo arrendersi all'idea che le nuove indagini finiscano per rimanere improficue a causa di una normativa non sempre al passo con i tempi, il giurista - proprio come è accaduto quando il processo penale si è trovato al cospetto del *captatore informatico*³ e dell'*IMSI Catcher*⁴ - deve compiere uno sforzo ermeneutico per adeguare, nel rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico, la disciplina vigente alle nuove sfide dell'era moderna⁵.

documentale?; Cass., Sez. I, 1 luglio 2022, n. 34059, non massimata.

² Cass., Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44154, non massimata; Cass., Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44155, non massimata. Per un primo commento, si rinvia a SPANGHER, *Chat. Saranno le Sezioni Unite a "decriptare" le questioni giuridiche*, in *Giust. insieme*, 13 novembre 2023; RESTA, *Criptofonini e ordine europeo di indagine: le questioni poste alle Sezioni Unite*, *ivi*, 16 novembre 2023.

³ Sul punto, si consenta un rinvio a NOCERINO, *Il captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, Padova, 2021.

⁴ Per approfondimenti, CAMON, *Il cacciatore di IMSI*, in *Arch. pen.*, 2020, f. 1, 1 ss.

⁵ Come osserva TORRE, *WhatsApp e l'acquisizione processuale della messaggistica istantanea*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1279, «[...] l'esponenziale sviluppo tecnologico nel campo delle comuni-

2. Un revirement solo apparente.

Prima ancora di analizzare il contenuto delle pronunce in commento, occorre soffermarsi brevemente sul caso di specie da cui le stesse traggono origine.

Pur non essendo ufficialmente noti i singoli passaggi investigativi che hanno portato all'apprensione degli elementi di prova mediante accesso ai *server* della società canadese (*Sky Global*) di *Sky Ecc*, è dato sapere che l'indagine si è sviluppata con l'istituzione di una squadra investigativa comune, composta dalle autorità giudiziarie e da rappresentanti delle forze di polizia di Belgio, Francia e Olanda, che ha operato con il supporto di *Eurojust* ed *Europol*.

Materialmente, l'acquisizione del contenuto della messaggistica è avvenuta per il tramite delle autorità francesi – luogo in cui il *server* della società di *Sky Ecc* è ubicato – secondo la previsione dell'art. 706-102-1 del *code de procédure pénale* che consente di accedere, conservare, registrare e trasmettere dati archiviati su sistemi informatici.

L'operazione non è rimasta confinata ai Paesi direttamente interessati dall'indagine: infatti, in diversi procedimenti penali nazionali è emersa la necessità di acquisire, mediante OEI, i dati comunicativi ritenuti di interesse per l'accertamento dei reati perseguiti nei singoli procedimenti. L'acquisizione di tali dati ha determinato una sequela di provvedimenti cautelari che, a cascata, hanno generato altrettante pronunce della Corte di Cassazione.

In un simile contesto, i giudici di legittimità vengono chiamati a decidere *in primis* sui limiti di impiego processuale dei contenuti della messaggistica scambiata per il tramite di criptofonini procacciati dalle forze di polizia di altri Stati europei e acquisiti per il tramite dell'ordine.

Per risolvere l'enigma, la Corte parte dal “dato tecnico”, individuando le singole attività di indagine condotte dall'autorità giudiziaria estera: per la prima volta, dopo il silenzio serbato nei precedenti giurisprudenziali, i giudici ammettono che, oltre a raccogliere dati “freddi” precostituiti, gli inquirenti francesi – una volta avviato il procedimento penale – hanno acquisito le *chat* e la messaggistica giacente sui *server* e appreso i flussi di comunicazione in transito avviato tra i fruitori del servizio.

A parere dei giudici, quindi, non è sempre possibile applicare il dettato di cui all'art. 234-*bis* c.p.p., posto che il ricorso alla norma in esame può ritenersi giustificato esclusivamente nell'ipotesi di acquisizione di dati e documenti informatici – intesi come elementi informativi “dematerializzati” – che preesistono rispetto all'avvio delle indagini. In quest'ottica, qualora l'attività investigativa si concretizzi nell'apprensione occulta del contenuto archiviato nel *server* nel corso dell'investigazione, la relativa acquisizione va inquadrata nella disposizione di cui all'art. 254-*bis* c.p.p.; qualora, poi, l'attività consista nella captazione e registrazione del messaggio cifrato nel mentre lo stesso è in transito dall'apparecchio del mittente a quello del destinatario, il mezzo

cazioni rende sempre più difficile il lavoro dell'interprete, il quale, nel tentativo di sussumere una determinata attività processuale nelle fattispecie astratte, ha a disposizione un quadro obsoleto». Rileva la necessità di adeguare le categorie esistenti con il progresso tecnico-scientifico, TONINI, *L'evoluzione delle categorie tradizionali: il documento informatico*, in *Cybercrime. Trattato di diritto penale*, a cura di CADOPPI - CANESTRARI - MANNA - PAPA, Torino, 2019, 1506.

di ricerca della prova più congeniale è quello dell'intercettazione telematica, ex art. 266-*bis* c.p.p.⁶.

Ciò significa che l'inquadramento normativo delle investigazioni sulle piattaforme criptate non può essere "standardizzato" e va inteso come "relativo", mutando di volta in volta in base al tipo di attività per cui viene concessa l'autorizzazione a procedere.

Se così stanno le cose, allora deve rilevarsi che la posizione della Corte non sembra poi così difforme dagli arresti precedenti: a ben guardare, infatti, la giurisprudenza di legittimità non ha mai escluso *tout court* la possibilità di sussumere l'attività investigativa nel novero delle intercettazioni telematiche o del sequestro, ex art. 254-*bis* c.p.p.⁷. Certo è che se fino a questo momento nelle diverse ordinanze impugnate non veniva fatto cenno alle altre attività – diverse ed ultronee dall'acquisizione di dati formati prima ed indipendentemente dall'avvio delle indagini sul territorio nazionale –, i giudici non avrebbero potuto intravedere nessun'altra copertura normativa se non quella fornita dall'art. 234-*bis* c.p.p.

Al di là delle questioni legate alla natura dell'attività acquisitiva e del relativo mezzo di ricerca della prova in cui ascrivere l'investigazione, la Corte si sofferma anche su un altro aspetto, relativo alla legittimità dell'emissione dell'OEI per raccogliere gli elementi di prova raccolti all'estero.

Intanto, posta l'esistenza del c.d. "principio di equivalenza" – per cui tale ordine può essere emesso a condizione che l'autorità dello Stato di emissione verifichi che «l'atto o gli atti di indagine richiesti dall'OEI avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo», ex art. 6, par. 1, lett. *b*, Direttiva 2014/41/UE –, i giudici rilevano l'impossibilità di procedere a investigazioni transfrontaliere disattendendo le regole di ammissibilità della prova riconosciute dall'ordinamento nazionale. Di conseguenza, gli elementi probatori raccolti devono essere ritenuti inutilizzabili perché acquisiti in violazione del diritto di difesa e delle regole del contraddittorio⁸. Non va, infatti, dimenticato che, pur non potendo pretendere un integrale adattamento della fattispecie tipica dell'atto rogato alle linee del modello processuale interno, «le prerogative difensive [...] non possono essere comprese nel loro nucleo essenziale»⁹: in questo caso, secondo i giudici, il diritto dell'imputato di conoscere e contestare il materiale probatorio utilizzato a proprio carico risulta violato nella parte in cui alla difesa non viene consentita la possibilità di verificare la piena corrisponden-

⁶ Tale differenza è stata sottolineata, tra le altre, anche da Cass., Sez. IV, 15 ottobre 2019, n. 49896, in *CED Cass.*, n. 277949; Cass., Sez. III, 26 settembre 2019, n. 47557, *ivi*, n. 277990.

⁷ Cass., Sez. IV, 5 aprile 2023, n. 16347, *cit.*; Cass., Sez. I, 1 luglio 2022, n. 34059, *cit.*; Cass., Sez. I, 13 ottobre 2022, n. 6363, *cit.*

⁸ In una isolata pronuncia (Cass., Sez. IV, 15 luglio 2022, n. 32915, *cit.*), la Corte ha sostenuto che l'acquisizione del dato probatorio (le *chat* decriptate) è inutilizzabile poiché non è stato rispettato il diritto di difesa. Precisamente, la Cassazione afferma che il principio del contraddittorio implica una dialettica procedimentale non solo sugli esiti del materiale acquisito, ma anche sulle modalità con cui è stato acquisito detto materiale. Ne consegue che, ex art. 191 c.p.p., una prova è inutilizzabile se viola i divieti stabiliti dalla legge. In conclusione, per i giudici di legittimità, la difesa gode del diritto di accedere alla documentazione dell'attività investigativa svolta e di conoscere le modalità con cui erano state acquisite tali messaggi criptati, in virtù dell'osservanza del diritto di difesa e di contraddittorio.

⁹ Cass., Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44154, *cit.*, 18.

za tra il testo originario (ossia la stringa informatica) e il testo intelligibile introdotto come prova nel giudizio¹⁰.

Sempre in rapporto alla legittimità dell'OEI, la Corte si sofferma anche su una questione mai esplorata nei precedenti casi affrontati dalla giurisprudenza. Ci si riferisce alla legittimazione della procura ad emettere l'ordine durante la fase investigativa e all'assenza di una qualsivoglia forma di "intermediazione" del giudicante che, come noto, non interviene ad eccezione del caso in cui la richiesta abbia ad oggetto un'attività intercettiva.

In questo caso, secondo i giudici, si realizza un "cortocircuito" sistemico laddove per l'acquisizione dei tabulati telefonici è richiesto l'intervento del giudicante (d.l. 132/2021) nel rispetto della riserva di giurisdizione: dunque, «l'acquisizione all'estero di documenti e dati informatici inerenti a corrispondenza o ad altre forme di comunicazione [deve] essere sempre autorizzata da un giudice [perché] sarebbe davvero singolare che per l'acquisizione dei dati esterni del traffico telefonico e telematico sia necessario un preventivo provvedimento autorizzativo del giudice mentre per compiere il sequestro di dati informatici riguardanti il contenuto delle comunicazioni oggetto di quel traffico sia sufficiente un provvedimento del p.m.»¹¹.

3. La natura delle investigazioni sulle piattaforme criptate.

Come si è avuto di anticipare, il più complesso problema da risolvere è la tassonomia probatoria in cui ascrivere le attività di indagine esperite sulle piattaforme criptate. Convenendo con l'impostazione metodologica seguita dalla Corte, si ritiene che la qualificazione giuridica delle attività esperite sulle piattaforme criptate sia strettamente interconnessa al tipo di dati oggetto di *adprehensio* e al "momento" in cui questa si realizza, dovendosi distinguere a seconda che l'acquisizione abbia ad oggetto dati precostituiti all'avvio del procedimento ovvero dati che si sono formati nell'ambito di iniziative istruttorie in atto.

Intanto, occorre verificare se l'acquisizione di comunicazioni avvenga contestualmente alla trasmissione dell'informazione ovvero in un momento successivo allo scambio comunicativo.

Circoscrivendo l'analisi al caso in cui l'azione acquisitiva sia "*live*" - e, dunque, la captazione avvenga nel momento in cui la comunicazione transita nell'etere digitale -, la categoria probatoria con cui sembra opportuno confrontarsi è rappresentata dalle intercettazioni telematiche, regolate dall'art. 266-*bis* c.p.p.

Sicuramente, sotto il profilo tecnico-operativo, l'accesso ad un *server* per captare comunicazioni in atto può essere ricompreso nell'alveo delle intercettazioni telematiche, venendo in rilievo il carattere della contestualità della captazione di un flusso comunicativo tra sistemi collegati in Rete.

Tuttavia, pur volendo assimilare tali forme captative alle intercettazioni "classiche", non si può negare che le prime siano caratterizzate da significative peculiarità, risultando molto più intrusive per chi vi è sottoposto e, al contempo, assai più efficaci per i loro esiti istruttori.

¹⁰ Conforme a Cass., Sez. IV, 5 aprile 2023, n. 16347, cit.

¹¹ Cass., Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44154, cit., 9.

Si converrà che un conto è captare flussi telematici intercorrenti tra due o più sistemi oggetto di intercettazione, ben altro è accedere direttamente al *server* sul quale transitano tutte le comunicazioni di tutti gli utenti che utilizzano quel servizio. Di qui, si potrebbe dubitare del fatto che tali attività possano essere sussunte nella disciplina di cui all'art. 266-*bis* c.p.p., che, come precisato, «consente limitazioni mirate»¹², circoscrivendo l'ambito della captazione nel pieno rispetto dei *dicta* costituzionali e convenzionali¹³.

Se questa è un'eccezione condivisibile, sembra possibile un'interpretazione "evolutive" del dettato normativo, peraltro suggerita dalla giurisprudenza della Corte EDU, per cui «deve ritenersi sufficiente che il decreto autorizzativo indichi il destinatario della captazione e la tipologia di ambienti ove questa viene condotta»¹⁴. E, allora, così ragionando, il *server* potrebbe essere considerato come un contenitore (*rectius*: spazio) su cui transitano flussi comunicativi da attenzionare, non dissimile dallo *smartphone* o dal *computer*.

Si potrebbe, in altri termini, arrivare ad affermare che tale captazione rappresenti un'evoluzione dell'intercettazione telematica "tradizionale" avendo ad oggetto flussi comunicativi transitanti su un nuovo "sistema informatico", ossia il *server*, posto che è proprio quello spazio a dover essere "monitorato" perché è sul nuovo ambiente virtuale che (presumibilmente) si consuma il fatto di reato.

L'approccio è parzialmente difforme nel caso in cui gli investigatori acquisiscano dati informatici "freddi" dal contenuto comunicativo¹⁵. In questo caso, occorre distinguere a seconda che l'apprensione abbia ad oggetto dati precostituiti (ossia formati al di fuori del procedimento), ovvero dati giacenti sul *server*.

Tradizionalmente, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità¹⁶, i messaggi conservati nella memoria di un cellulare devono essere considerati documenti, ai sensi dell'art. 234 c.p.p., posto che gli stessi «non rientrano nel concetto di "corrispondenza", in quanto quest'ultima implica un'attività di spedizione in corso o comunque avviata dal mittente mediante consegna a terzi per il recapito [...]»; e nemmeno può ritenersi che si tratti degli esiti di un'attività di intercettazione «la quale postula, per sua natura, la captazione di un flusso di comunicazioni in atto. [...] i dati presenti sulla memoria del telefono acquisiti *ex post* costituiscono mera documentazione di detti flussi»¹⁷.

¹² Così FILIPPI, sub art. 266 bis, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di GIARDA - SPANGHER, Milano-Padova, 2023.

¹³ Sul punto, per tutti, BARGI, *L'elusione delle garanzie sostanziali convenzionali nella riforma delle intercettazioni tra illusione (la tutela della privacy) e realtà*, in AA.VV., *Regole europee e processo penale*, a cura di GAITO - CHINNICI, 2018, Milano-Padova, 2018, 87 ss.

¹⁴ Sul punto Corte EDU, 4 dicembre 2015, *Roman Zakharov c. Russia*.

¹⁵ Secondo il significato attribuito da Corte cost., 27 luglio 2023, n. 170, «[P]osta elettronica e messaggi inviati tramite l'applicazione *WhatsApp* (appartenente ai sistemi di cosiddetta messaggistica istantanea) rientrano [...] a pieno titolo nella sfera di protezione dell'art. 15 Cost., apparendo del tutto assimilabili a lettere o biglietti chiusi».

¹⁶ Cass., Sez. VI, 6 febbraio 2020, n. 12975, in *CED. Cass.*, 278808; Cass., Sez. VI, 28 maggio 2019, n. 28269, *ivi*, n. 276227.

¹⁷ Così Cass., Sez. I, 2 dicembre 2020, n. 461, in *Sist. pen.*, 29 marzo 2021. Delineano l'acquisizione della messaggistica istantanea quale sequestro di documenti informatici, *ex plurimis*, Cass., Sez. V, 7 ottobre 2021, n. 3591, in *Cass. pen.* 2022, 3106, con nota di Procaccino, *Piccoli equivoci*

Di conseguenza, non può dubitarsi del fatto che i messaggi decriptati rientrino nel novero dei documenti informatici dal contenuto comunicativo, trattandosi di «rappresentazioni comunicative incorporate su base materiale con metodo digitale»¹⁸. Dunque, allorquando si procede ad acquisire dati informatici che preesistono rispetto al momento dell'avvio delle indagini, il relativo atto investigativo non può che soggiacere alla disciplina di cui all'art. 234-*bis* c.p.p. che, come noto, consente l'acquisizione di documenti e dati informatici conservati all'estero, previo consenso del legittimo titolare.

Allorquando, però, si procede ad acquisire dati informatici dal contenuto comunicativo archiviati nel *server* nell'ambito di un procedimento penale, la relativa attività di indagine non può che avvenire secondo le previsioni di cui all'art. 254-*bis* c.p.p., riguardante le ipotesi di sequestro presso fornitori di servizi informatici, telematici e di comunicazioni.

Deve, tuttavia, evidenziarsi che anche tale procedura sussuntiva non è scevra da criticità. Come noto, infatti, il decreto di sequestro deve contenere una specifica motivazione sulla finalità perseguita per l'accertamento dei fatti¹⁹ e deve essere finalizzato all'apprensione solo di quanto sia effettivamente utile ai fini di indagine²⁰, nel pieno rispetto del principio di proporzionalità²¹. Tuttavia, in alcune pronunce, la Corte di legittimità esclude la violazione del principio di proporzionalità laddove il sequestro dell'intero contenuto di un sistema informatico sia necessitato da specifiche esigenze probatorie che vengono in rilievo sulla base delle peculiarità del fatto di reato per il quale si procede²².

Di conseguenza, non sussisterebbero ragioni ostative all'acquisizione del contenuto informativo giacente sul *server* allorquando il decreto che dispone la misura contenga la precisa indicazione delle ragioni che giustificano l'estensione dell'apprensione, in modo tale da consentire un controllo postumo sulla proporzionalità del vincolo apposto sui dati informatici.

senza importanza: tra intercettazioni di flussi informatici, perquisizioni e prove atipiche. Contra Corte cost., 27 luglio 2023, n. 170, cit., per cui «[D]egradare la comunicazione a mero documento quando non più in itinere, è soluzione che, se confina in ambiti angusti la tutela costituzionale prefigurata dall'art. 15 Cost. nei casi, sempre più ridotti, di corrispondenza cartacea, finisce addirittura per azzerarla, di fatto, rispetto alle comunicazioni operate tramite posta elettronica e altri servizi di messaggistica istantanea, in cui all'invio segue immediatamente - o, comunque sia, senza uno iato temporale apprezzabile - la ricezione».

¹⁸ TONINI, *L'evoluzione delle categorie tradizionali: il documento informatico*, cit., 1507.

¹⁹ Cfr. Cass. Sez. Un., 19 aprile 2018, n. 36072, in *Proc. pen. giust.*, 2019, con nota di Cortesi, *Sequestro del corpo del reato e onere motivazionale: dopo un tormentato dibattito interpretativo raggiunto "forse" un punto fermo*.

²⁰ In questo senso, CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 18 giugno 2014.

²¹ Sul punto, più di recente, ALGERI, *Principio di proporzionalità e sequestro probatorio di sistemi informatici*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 850; CASCONE, *Il sequestro informatico nel prisma del principio di proporzione*, *ivi*, 2022, 123.

²² In questo senso, Cass., Sez. Un., 20 luglio 2017, n. 40963, in *Cass. pen.*, 2018, 131.

4. La legittimità dell'OEI.

L'altro aspetto sul quale si canalizza l'attenzione dalla Corte inerisce alla legittimità dell'emissione dell'OEI quale strumento di cooperazione investigativa da impiegare per acquisire gli elementi di prova raccolti in un territorio eurounitario.

In primo luogo, occorre interrogarsi sull'opportunità (*rectius*: necessità) di formulare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia circa la possibilità di ricorrere all'OEI in situazioni analoghe a quelle prospettate nel caso di specie: sulla scia di quanto accaduto con la decisione *HP* del 16 dicembre 2021, C-724/19²³, i giudici di Lussemburgo potrebbero fare chiarezza sui limiti di impiego dello strumento cooperativo per ottenere elementi di prova (nella specie documenti dal contenuto comunicativo) acquisiti all'estero seguendo regole diverse da quelle previste dall'ordinamento interno e senza l'autorizzazione dell'organo giurisdizionale. In tale ottica, qualora la Corte propendesse per l'impossibilità di ricorrere all'OEI, il materiale probatorio tradotto in Italia dovrebbe essere affetto da inutilizzabilità, determinando un effetto domino che finisce per travolgere le questioni procedurali interne.

In secondo luogo, come anche osservato dalla Corte, il ricorso all'ordine potrebbe profilare alcune criticità in rapporto al principio di legalità della prova, al quale il sistema della cooperazione transfrontaliera è informato: infatti, sia l'art. 1, § 4 della direttiva 2014/41/UE che l'art. 1, d.lgs. 108/2017 sanciscono il dovere di rispettare i principi dell'ordinamento costituzionale e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Inoltre, pur rimettendo alle scelte dei singoli Stati la valutazione probatoria degli elementi investigativi raccolti all'estero²⁴, nell'articolato legislativo sono previste – più o meno esplicitamente – regole di esclusione delle prove acquisite *contra legem*. Solo a titolo esplicativo, si pensi all'art. 6, § 1 della direttiva, trasposto nell'art. 27 del decreto in rapporto all'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei requisiti nazionali di ammissibilità, all'art. 9, § 2 della direttiva, trasfuso nell'art. 4, commi 2, 3 e 5 del decreto in rapporto alle prove acquisite violando le norme sul *quomodo* delle attività istruttorie, all'art. 36 del decreto in rapporto all'inutilizzabilità per l'inosservanza delle garanzie difensive.

Senza entrare nel merito dei rimedi esperibili contro le violazioni dei diritti fondamentali, dall'esegesi delle norme che tipizzano le *exclusionary rules* si ricava un principio generale di diritto consistente nell'impossibilità di procedere ad investigazioni transfrontaliere per l'acquisizione di elementi probatori utili alle indagini disattendendo le regole di ammissibilità delle prove operanti a livello nazionale, pena l'inutilizzabilità delle informazioni raccolte²⁵.

²³ Sul punto, per tutti, DANIELE, *Il controllo giurisdizionale sull'emissione dell'ordine europeo di indagine: la necessaria simmetria con la disciplina nazionale nei casi interni analoghi*, in *Sist. pen.*, 31 marzo 2022.

²⁴ Ai sensi dell'art. 14, § 7, «[...]». Fatte salve le norme procedurali nazionali, gli Stati membri assicurano che nei procedimenti penali nello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'OEI».

²⁵ In sostanza, l'OEI deve avere ad oggetto una prova acquisibile nello Stato di emissione e deve essere eseguito in conformità di quanto previsto nello Stato di esecuzione per il compimento di un analogo atto di acquisizione probatoria, potendosi peraltro presumere il rispetto di tale disciplina e dei diritti fondamentali, salvo concreta verifica di segno contrario. Cfr. Cass., Sez. VI, 25

In altre parole, allo stato attuale, spetta al solo diritto nazionale stabilire le regole relative all'ammissibilità e alla valutazione, nell'ambito di un procedimento penale instaurato nei confronti di persone sospettate di atti criminali, di informazioni e di elementi di prova che siano stati ottenuti mediante una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati, contraria al diritto dell'Unione (c.d. principio di autonomia procedurale).

Di qui, si potrebbe arrivare a ritenere che i risultati di indagini esperite all'estero e acquisiti in Italia per il tramite dell'OEI sarebbero inutilizzabili perché ottenuti disattendendo le regole nazionali sul diritto di difesa e sul contraddittorio nella formazione della prova che, come noto, impongono all'autorità inquirente di disvelare tutte le prove e tutto quanto sia necessario per dimostrare la regolarità delle procedure di acquisizione degli elementi di prova, soprattutto nella dimensione digitale²⁶.

L'assunto non sempre del tutto convincente: intanto, se è vero che il diritto di difesa risulta frustrato dalla scelta della procura di mettere a disposizione i soli esiti dell'attività svolta all'estero e non anche il percorso di acquisizione di quei dati²⁷, è altrettanto vero che l'autorità giudiziaria estera si è resa garante del rispetto delle corrette procedure acquisitive del dato informatico volte ad impedirne l'alterazione, esistendo una presunzione – invero solo relativa²⁸ – di legittimità dell'atto di indagini compiuto all'estero.

Inoltre, va sottolineato che il fondamentale diritto di difesa (e con esso il principio del contraddittorio nella formazione della prova) non trova tutela assoluta, potendo ritenersi indispensabile un bilanciamento con interessi concorrenti tra i quali la sicurezza nazionale o la necessità di mantenere segreti specifici metodi e tecniche di indagine²⁹.

Di conseguenza, nel caso di specie, pur se non vengono disvelati tutti gli elementi di prova sui quali si sono fondate le singole ordinanze cautelari, non si intravede una violazione del diritto di difesa e del contraddittorio, posto che le esigenze di sicurezza (inter)nazionale giustificano l'apposizione del segreto di Stato da parte dell'autorità francese e, dunque, il riserbo su alcune procedure operative da parte dell'autorità italiana.

Assai più rilevante appare la questione relativa alla possibilità di legittimare l'organo del p.m. ad autorizzare l'acquisizione di dati informatici all'estero.

Come è noto, l'art. 27 della Direttiva stabilisce che le autorità competenti a emettere l'OEI sono il p.m. e il giudice che procede nell'ambito delle rispettive attribuzioni, assegnando al primo – ad eccezione del caso in cui l'atto da acquisire all'estero abbia ad oggetto le intercettazioni – la legittimazione ad emettere l'ordine senza preventiva autorizzazione del giudice.

ottobre 2022, n. 48330, in *CED Cass.*, n. 284027.

²⁶ Cass., Sez. VI, 21 settembre 2023, n. 38678, in *questa Rivista*, 4 ottobre 2023, con nota di Cecchi, *Ancora una pronuncia di legittimità sull'utilizzabilità, come prova documentale, dei messaggi estrapolati da dispositivi mobili*.

²⁷ Sul punto, FILIPPI, *Criptofonini e diritto di difesa*, in *questa Rivista*, 2023, 2, 321; LUDOVICI, *I criptofonini: sistemi informatici criptati e server occulti*, *ivi*, 14 ottobre 2023.

²⁸ Cfr. MORCELLA, *La vicenda dei criptofonini in attesa della decisione della Cassazione*, in *Ius*, 6 aprile 2023.

²⁹ CEDU, Grande Camera, 26 settembre 2023, *Yüksel Yalcinkaya c. Turchia*.

Nel caso di specie, pur se l'atto investigativo non rientra sempre nel novero delle intercettazioni, si tratta di acquisire all'estero documenti e dati informatici inerenti alla corrispondenza³⁰ e, dunque, di attività che determinano una compressione del diritto di cui all'art. 15 Cost., giustificabile solo nel rispetto della riserva di legge e di giurisdizione.

Di conseguenza, concordando con la posizione assunta dalla Corte, ogni attività di indagine che si spinga fino all'apprensione di dati dal contenuto comunicativo all'estero dovrebbe essere sempre autorizzata da un giudice, anche in considerazione delle scelte sistemiche effettuate dal legislatore (d.l. n. 132 del 2021) per cui l'acquisizione dei dati esterni del traffico telefonico e telematico (c.d. tabulati), richiede l'intervento preventivo dell'organo giurisdizionale.

5. Prospettive *de jure condendo*.

Alla luce delle ricostruzioni offerte, possono trarsi alcune considerazioni che offrono nuovi spunti di riflessione all'alba di una nuova era che le investigazioni sulle piattaforme si accingono a sperimentare. Il riferimento corre alla prossima pronuncia delle Sezioni Unite – sollecitate dalla III Sezione all'indomani del deposito delle pronunce in commento – chiamate a dirimere un duplice contrasto, ossia «[S]e, in tema di mezzi di prova, la acquisizione mediante OEI di messaggi su *chat* di gruppo presso l'autorità giudiziaria straniera che ne ha eseguito la decrittazione costituisca o meno acquisizione di “documenti e di dati informatici” ai sensi dell'art. 234-*bis* c.p.p.» e «[S]e [...] tale acquisizione debba essere oggetto, ai fini della utilizzabilità dei dati in tal modo versati in atti, di preventiva o successiva verifica giurisdizionale della sua legittimità da parte dell'autorità giudiziaria nazionale».

Per come posti, i quesiti non sembrano idonei a sortire gli effetti sperati, ponendo l'accento solo su alcuni dei complessi aspetti che involgono il tema delle indagini sulle piattaforme criptate; di conseguenza, lungi dal voler pronosticare quanto accadrà nell'imminente futuro, si ha la sensazione che le risposte (a rime obbligate) della Corte potranno risolvere solo in parte le criticità evidenziate.

In rapporto al primo quesito, deve evidenziarsi che non possono esistere risposte univoche. Non è possibile cristallizzare l'acquisizione di dati comunicativi all'estero nell'alveo di un singolo mezzo di ricerca della prova, dovendo far riferimento, di volta in volta, alla *species* di attività compiuta, all'oggetto dell'apprensione e al momento procedurale in cui l'atto viene esperito.

Di qui, l'acquisizione di dati informatici dal contenuto comunicativo acquisiti all'estero è un'attività perennemente in bilico tra differenti istituti processuali, quali le intercettazioni di flussi telematici (art. 266-*bis* c.p.p.), il sequestro di dati informatici presso gli *Internet Service Providers* (art. 254-*bis* c.p.p.), ovvero una prova documentale nel caso in cui l'*adprehensio* abbia ad oggetto dati precostituiti (art. 234-*bis* c.p.p.).

Con riferimento al secondo quesito, va rilevato che – trattandosi di acquisizione all'estero di documenti e dati informatici inerenti alla corrispondenza o altra forma di comunicazione – sarebbe indispensabile prevedere un “controllo” giurisdizionale

³⁰ Corte cost., 27 luglio 2023, n. 170, cit.

(preventivo o postumo) per garantire il pieno rispetto della riserva di giurisdizione di cui all'art. 15 Cost.

Tuttavia, una simile scelta di campo esula dalle competenze della giurisprudenza di legittimità, travalicando le sue stesse funzioni: in tale caso, infatti, si rende necessario l'intervento del legislatore nell'ottica di riportare coerenza all'interno del sistema attraverso la giurisdizionalizzazione della procedura di acquisizione dei dati e dei documenti dal contenuto comunicativo.

Di conseguenza, sarebbe maggiormente auspicabile un intervento legislativo volto ad introdurre - al pari di quanto accaduto in altri Paesi europei³¹ - un nuovo mezzo di ricerca della prova (accesso e acquisizione di *big data* su sistemi informatici o telematici, potrebbe chiamarsi) per regolare le attività di accesso, osservazione e acquisizione di dati e informazioni rinvenuti sui nuovi spazi virtuali: in questi casi, non sarebbe tipizzato lo strumento con cui condurre le indagini informatiche quanto piuttosto le regole cui ricorrere ogni qual volta si proceda ad attività di sorveglianza occulta e continuativa da remoto, predisponendo le garanzie fondamentali che devono essere sempre riconosciute all'indagato e ai soggetti terzi occasionalmente coinvolti, a prescindere dalla tecnica investigativa impiegata.

In altre parole, l'obiettivo potrebbe essere quello di introdurre una nuova categoria probatoria, con la quale verrebbero individuati i "casi" e i "modi" dell'ingerenza nella sfera privata degli individui, così da ritenere il sacrificio dei diritti inviolabili assolutamente rispettoso del principio di stretta legalità e del principio di proporzione.

³¹ Cfr. art. 706-102-1 del *code de procédure pénale* francese.

La giurisdizione militare e il suo mutevole perimetro

Laura Bacchini*

Sommario: **1.** La mutevolezza degli ambiti applicativi delle due giurisdizioni. - **2.** Il *bailamme* legislativo e l'attuale regime delineato dall'art. 13 c.p.p. - **3.** Recenti casi di conflitto di giurisdizione. - **3.1.** Il nonnismo sottratto alla giurisdizione militare e il doppio binario dello spionaggio. - **4.** Criticità dell'attuale riparto di giurisdizione. - **5.** Prospettive *de iure condendo*.

ABSTRACT

L'articolo ripercorre le più significative pronunce della Corte Costituzionale e alcune proposte di modifica della normativa in materia di riparto delle competenze tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione militare. Una sintetica trattazione delle più recenti pronunce che hanno risolto conflitti di giurisdizione (nei casi di nonnismo e spionaggio) pone in evidenza le principali criticità dell'attuale stato dei rapporti. D'altronde, l'ampiezza delle rispettive aree di competenza è da sempre stata oggetto di dibattito e merita tuttora un approfondimento. Nelle conclusioni, l'articolo propone alcune proposte migliorative, mutate dai più recenti disegni di legge.

The article reviews the most significant decisions from the Constitutional Court and several amendment proposals to the legislation about the distribution of competencies between the ordinary and military jurisdictions. A review of the latest judgments rendered on jurisdiction (in cases of hazing and espionage) highlights the main concerns of the current status quo. However, the width of the respective areas of jurisdiction has always given rise to dispute and still deserves an in-depth investigation. In the conclusions, the article proposes prospective amendments to the Law, borrowed from the latest draft bills.

1. La mutevolezza degli ambiti applicativi delle due giurisdizioni.

L'articolo prende spunto dalla lettura di un recente arresto delle Sezioni Unite in materia di connessione tra reati militari e reati comuni più gravi¹.

* Avvocato del foro di Roma.

¹ Cass. S.U., 9.3.2022, n. 8193. La I Sezione della Corte di cassazione aveva adito le Sezioni unite perché chiarissero se, in caso di connessione tra reati militari e reati comuni più gravi, la questione del riparto, regolata dall'art. 13, comma 2, c.p.p., soggiacesse ai limiti preclusivi "brevi", previsti per l'incompetenza derivante da connessione ex art. 21 c.p.p. (secondo cui l'incompetenza è rilevata o eccepita, a pena di decadenza, prima della conclusione dell'udienza preliminare o, se questa manchi, entro il termine previsto dall'articolo 491 comma 1. Entro quest'ultimo termine deve essere riproposta l'eccezione di incompetenza respinta nell'udienza preliminare), ovvero fosse rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento, in applicazione dell'art. 20 c.p.p., che regola il difetto di giurisdizione. Il Supremo Consesso si è espresso affermando che il precetto integrativo concernente la connessione tra reati comuni e reati militari, di cui all'art. 13,

Al di là della questione tecnica affrontata in sentenza, la Suprema Corte, in linea con quanto già prospettata dalle precedenti Sezioni Unite², ha aperto lo spettro motivazionale ad un ambito ben più ampio di quello sottoposto, offrendo una sintetica trattazione della evoluzione della disciplina dei rapporti tra le due giurisdizioni, che ha fornito l'abbrivio per una riflessione sulla mutevolezza dei rispettivi ambiti applicativi, sulle criticità dell'attuale sistema di riparto e sui possibili interventi del legislatore.

Il tema si collega a quello più ampio del perimetro della giurisdizione militare, perimetro profondamente modificato, nel corso del tempo, dal legislatore³ e dalla Corte costituzionale, che ha a lungo puntellato le proprie argomentazioni su un'interpretazione esclusivamente "delimitativa" dell'art. 103, co. 3, Cost.⁴, imperniata sulla valoriz-

comma 2, c.p.p., si inquadra nell'alveo della giurisdizione, con la conseguenza che la sua violazione risulta deducibile o rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento, ai sensi dell'art. 20 c.p.p. Pertanto, la mancata deduzione della questione di giurisdizione nelle fasi di merito non preclude la relativa declaratoria da parte della Suprema Corte (Cass., pen. Sez. VI, Sent., 06.11.2015, n. 44681). In termini critici, su tale approdo, CAPRIOLI, *Giurisdizione penale ordinaria e giurisdizione militare: una tormentata coesistenza*, in AP, II, 2023, 51, secondo cui «È pur vero, dunque, che la giurisdizione precede e "contiene" le competenze. Ma ciò non toglie che esistano, come detto, regole originarie di demarcazione delle due sfere giurisdizionali (ordinaria/speciale) che muovono dal presupposto di una minore idoneità funzionale del giudice a occuparsi di determinate regie giudicande, e regole derivate che alterano eccezionalmente quella distribuzione del potere giurisdizionale in nome di esigenze di altra natura, come quelle sottese all'istituto della connessione. Se la violazione delle prime regole deve certamente potersi sindacare in ogni stato e grado del procedimento a norma dell'art. 20 c.p.p., le seconde possono ragionevolmente ritenersi assoggettate a un diverso e meno severo regime di rilevabilità, più sensibile a ragioni di economia processuale e di stabilità delle situazioni giuridiche (ossia alle ragioni di una perpetuatio che in questo caso è autenticamente una perpetuatio iurisdictionis e non solo una perpetuatio competentiae)».

² Cass. S. U, 25.10.2005, n. 5135.

³ Si segnalano, al riguardo: la l. 23.3.1956, n. 167, che ha sostituito l'art. 264 c.p.m.p., che, nella sua versione originaria, demandava ai tribunali militari la cognizione dei delitti previsti dalla legge penale comune e perseguibili d'ufficio, commessi da militari a danno del servizio militare o dell'Amministrazione militare o in altre particolari condizioni (cd. reati militarizzati); la l. 7 maggio 1981, n. 180, che ha mutato profondamente il sistema, prevedendo la soppressione del Tribunale supremo militare e l'estensione del sindacato di legittimità della Cassazione anche alle sentenze degli organi giudiziari militari. Su tale aspetto BRUNELLI, *Osservazioni sulla natura della giurisdizione penale militare dopo la legge 7 maggio 1981 n. 180*, in *Rass. giust. mil.*, 1984, 593 ss., e Busetto, *La connessione tra reati comuni e reati militari*, in *Rass. giust. milit.*, 2005, 2 e ss; nonché, dal punto di vista organizzativo, la l. n. 244 del 2007, che ha drasticamente ridotto le sedi e l'organico della giurisdizione militare, intervenendo anche sulla composizione del Consiglio della Magistratura Militare.

⁴ Il terzo comma dell'art. 103 attribuisce ai Tribunali militari: in tempo di guerra, la giurisdizione stabilita dalla legge; in tempo di pace, la giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate. Il VI disp. trans. fin., co. 2, prevedeva che entro cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione si procedesse alla revisione degli organi speciali di giurisdizione esistenti, salvo le giurisdizioni del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e dei tribunali militari. Entro un anno dalla stessa data era previsto, con legge, il riordinamento del Tribunale supremo militare in relazione all'articolo 111.

zazione dell'avverbio "soltanto"⁵ e del principio di "unità della giurisdizione", previsto dall'art. 102 Cost., rispetto al quale l'art. 103 costituirebbe l'eccezione⁶.

⁵ Sul punto, RIVELLO, secondo cui «il Giudice delle leggi, nell'ambito di reiterati interventi concernenti questa tematica, a partire dalla sentenza n. 29 del 1958, ha sempre affermato che l'art. 103 comma 3 Cost., nel conferire ai tribunali militari, in tempo di pace, giurisdizione "soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze Armate", non implica affatto la necessità di una specifica area di giurisdizione "attribuita" alla magistratura militare; al contrario si è chiarito come, avendo il dettato della norma sovraccitata una funzione soltanto delimitativa, volta a precludere la possibilità di eventuali tentativi "espansivi" da parte della magistratura militare, ciò non escluda la possibilità di un intervento della magistratura ordinaria anche nel settore del diritto penale militare», nota alla sentenza C. cost., 12 luglio 2000, n. 271, *Criteri di ripartizione fra giurisdizione ordinaria e militare*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 10, 1365 e ss.

⁶ Si segnalano due arresti della Consulta, citati dalla suindicata pronuncia delle Sezioni Unite e destinati a comprimere la giurisdizione militare: uno relativo all'art. 134, secondo comma, del D.P.R. 14 febbraio 1964, n. 237 (Leva e reclutamento obbligatorio nell'Esercito, nella Marina e nell'Aeronautica), che attribuiva all'autorità giudiziaria militare la cognizione dei reati previsti dagli articoli 157-163 c.p.m.p. quando commessi da iscritti di leva, dichiarato costituzionalmente illegittimo perché oltrepassante il limite soggettivo imposto dall'art. 103 della Costituzione, terzo comma, secondo periodo (C. cost., 24.4.1986, n. 112) ed altro relativo all'art. 11 della legge 15 dicembre 1972, n. 772 (Norme per il riconoscimento dell'obiezione di coscienza), che per identica "ratio decidendi" è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, in quanto sottoponeva alla giurisdizione militare gli obiettori di coscienza ammessi a prestare servizio sostitutivo civile (C. cost., 24.4.1986, n. 113).

L'anno successivo, la Corte costituzionale, nel dichiarare non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 264 del codice penale militare di pace, nel testo sostituito ad opera dell'art. 8 della l. 23 marzo 1956, n. 167 (Modificazioni al Codice penale militare di pace ed al Codice penale), sollevate, in riferimento agli artt. 3, 25, primo comma, e 103, terzo comma, della Costituzione, aveva nuovamente affermato: «per i tribunali militari in tempo di pace, invece, questa Corte ne ha sempre inteso la giurisdizione "come una giurisdizione eccezionale, circoscritta entro limiti rigorosi" (v. le sentenze n. 29 del 1958, n. 48 del 1959, n. 81 del 1980, n. 112 e n. 113 del 1986) e, quindi, come una deroga alla giurisdizione ordinaria: "una deroga la cui eccezionalità è sottolineata, per giunta, dall'uso dell'avverbio "soltanto" nell'art. 103, terzo comma, della Costituzione, a conferma che la giurisdizione ordinaria è da considerare, per il tempo di pace, come la giurisdizione normale» (C. cost., 28.5.1987, n. 206).

Nel 1989 la Consulta è nuovamente intervenuta dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 263 c.p.m.p. nella parte in cui sottraeva al tribunale per i minorenni la cognizione dei reati militari commessi dai minori degli anni diciotto appartenenti alle forze armate (C. cost., 03.03.1989, n. 78). Più recentemente la Corte costituzionale si è pronunciata sullo stesso articolo dichiarandolo illegittimo nella parte in cui assoggettava alla giurisdizione militare le persone alle quali era applicabile la legge penale militare, anziché i soli militari in servizio alle armi o considerati tali dalla legge al momento del commesso reato (C. cost., 10.11.1992, n. 429). Nella pronuncia si afferma che «sulle figure e le qualificazioni della legge militare va imposta la volontà del Costituente. Se il Costituente ha inteso conservare la giurisdizione militare in tempo di pace soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate, nell'accezione ristretta di cittadini che, al momento della commissione del reato, stanno prestando il servizio militare e non in quella dilatata da riferire allo "status militis" di chi è titolare di obblighi militari, le persone alle quali è applicabile la legge penale militare, assoggettabili alla giurisdizione militare, cui si riferisce l'art. 263 del codice penale militare di pace, non possono essere altre o di più di quelle elencate nell'art. 3 c.p.m.p. (militari in servizio alle armi) e nell'art. 5 c.p.m.p. (militari considerati in servizio alle armi)».

Nelle più recenti legislature si sono susseguite diverse proposte di legge volte ad ampliare⁷, a ridurre, o addirittura a sopprimere la giurisdizione militare⁸ (o a trasformarla in sezioni specializzate della giurisdizione ordinaria)⁹, in una tensione, da un lato, volta a sostenerne le potenzialità, valorizzandone l'elevato grado di specializzazione e l'efficienza di un sistema che consente di celebrare processi in tempi ristrettissimi, dall'altro, improntata a rimarcare l'esiguità del carico di lavoro e l'antieconomicità del suo sostentamento¹⁰.

⁷ Si segnalano alcuni disegni di legge incidenti sul riparto di giurisdizione tra il giudice militare e il giudice ordinario AS 1343 (Tesei) *Modifiche al codice penale militare di pace, concernenti la disciplina di alcune fattispecie di reato militare*, che prevedeva l'introduzione nel c.p.m.p. di fattispecie concernenti delitti contro l'amministrazione militare, contro l'amministrazione della giustizia militare, reati di falso e contro la persona; AC 1402 (Aresta), *Modifiche al codice penale militare di pace, concernenti la definizione del reato militare nonché la disciplina e la procedibilità di alcune fattispecie di reato militare*, tesa a ricomprendere nella nozione di reato militare quelle violazioni della legge penale commesse dall'appartenente alle Forze armate, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti allo stato di militare o in luogo militare o a causa del servizio militare, in offesa del servizio militare o dell'amministrazione militare o di un altro militare; AC 1242 (Cirielli), AS 905 (Rauti) *Modifica all'articolo 37 del codice penale militare di pace, concernente la definizione di reato militare* che proponevano di qualificare come reato militare alcune categorie di delitti commessi dal militare con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti allo stato di militare, o in luogo militare, e delitti commessi in violazione di determinati interessi, comprendendovi quindi fattispecie allo stato sanzionate dal diritto penale comune, nell'intento di ampliare la giurisdizione penale militare, nonché AS 1193 (Rauti) e AS 1478 (Maiorino), finalizzati alla introduzione nel c.p.m.p. di nuove fattispecie di reato volte a contrastare la violenza di genere.

⁸ Proposta di legge AC n. 2807 d'iniziativa dei deputati Minniti, Finocchiaro e altri *"Riforma dei codici penali militari e dell'ordinamento giudiziario militare"*, presentata il 30 maggio 2002; Disegno di legge AS n. 1533 d'iniziativa dei senatori Nieddu, Brutti ed altri, comunicato alla Presidenza il 25 giugno 2002, *"Riforma dei codici penali militari e dell'ordinamento giudiziario militare"*; tali disegni prevedevano, tra l'altro, l'abrogazione del codice penale militare di pace; Proposta di legge AC 375, d'iniziativa del deputato Spini, Delega al Governo per il riordino dell'ordinamento giudiziario militare, presentata il 3 maggio 2006, volta a «trasferire la giurisdizione militare, ad eccezione dei reati militari commessi all'estero da appartenenti alle Forze armate per i quali è competente il Tribunale militare di Roma, alla cognizione di sezioni specializzate istituite nei distretti di corte di appello e, in funzione requirente, dei procuratori della Repubblica e dei procuratori generali di quelle sedi, sia in primo grado che in appello».

⁹ Il tema involge inevitabilmente quello dell'attuazione di tali misure e l'attivazione della procedura di revisione prevista dall'ordinamento costituzionale. Su tale aspetto si segnala sentenza C. cost., 7.2.1978, n. 16, che ha ritenuto inammissibili le richieste di referendum per l'abrogazione dell'art. 1 del R.D. 20 febbraio 1941, n. 303 («Codici penali militari di pace e di guerra»), limitatamente alle parole «il testo del Codice (penale) militare di pace e per l'abrogazione del R.D. 9 settembre 1941, n. 1022 («Ordinamento Giudiziario Militare»)». In ordine al Codice penale militare la Consulta ha ritenuto che avendo coinvolto «in un solo referendum le parti accessorie e le parti essenziali del codice penale militare di pace, comprese le norme a contenuto costituzionalmente vincolato (...) ne deriva, mancando alla Corte poteri di scissione o di ridefinizione dei quesiti referendari, l'inammissibilità dell'intera richiesta».

¹⁰ In dottrina, per lo studio delle proposte legislative, si segnala DE VERGOTTINI, *Attualità della giustizia militare e Costituzione fortemente critico nei confronti della giurisdizione militare*, in *federalismi.it, Rivista di diritto pubblico, comparato, europeo, Paper*, 11 agosto 2021; nonché, con una posizione fortemente critica nei confronti della giurisdizione militare, TRABUCCO, *Sorella minore o*

2. Il *bailamme* legislativo e l'attuale regime delineato dall'art. 13 c.p.p.

Il codice di procedura penale del 1930 prevedeva, contrariamente a quanto fino ad allora disciplinato¹¹, in caso di connessione, la prevalenza della giurisdizione militare. L'art. 49, co. 3 disponeva, infatti, che in caso di connessione fra procedimenti di competenza dell'Autorità giudiziaria ordinaria e procedimenti di competenza dell'Alta Corte di giustizia o dei Tribunali militari, la competenza per tutti appartenesse al giudice speciale, il quale poteva ordinare, per ragioni di convenienza, con provvedimento insindacabile, la separazione dei procedimenti.

Il Codice penale militare di pace, entrato in vigore nel 1941, con l'art. 263 attribuiva ai tribunali militari la cognizione dei reati militari commessi dalle persone alle quali era applicabile la legge penale militare, assoggettando quindi alla giurisdizione speciale anche i soggetti attivi del reato che non rivestivano la qualità di militari in servizio¹². Tale norma è stata oggetto di ben due interventi della Corte costituzionale che ne ha dichiarato l'illegittimità nella parte in cui sottraeva al tribunale per i minorenni la cognizione dei reati militari commessi dai minori degli anni diciotto appartenenti alle Forze armate¹³, nonché nella parte in cui assoggettava alla giurisdizione militare le persone alle quali era applicabile la legge penale militare, anziché i soli militari in servizio alle armi o considerati tali dalla legge al momento del commesso reato¹⁴.

L'art. 264 c.p.m.p., nell'originaria formulazione, attribuiva ai Tribunale militari anche la cognizione dei delitti previsti dalla legge penale comune e perseguibili d'ufficio, commessi da militari: a danno del servizio militare o dell'amministrazione militare; a danno di altri militari, purché in luoghi militari o a causa del servizio militare; con abuso della qualità di militare o durante l'adempimento di un servizio militare; nonché di altre fattispecie¹⁵. Si trattava dei cd. "reati militarizzati"¹⁶. La norma sarebbe stata poi del tutto snaturata ad opera del legislatore nel 1956¹⁷, che oltre ad eliminare la ca-

'minorata'? La giurisdizione speciale militare fra antistoricità, autoconservazione ed incostituzionalità, in *Archivio giuridico*, anno CLII, fasc. 1, 2020, 153-242.

¹¹ Il riferimento è all'art. 26 c.p.p. del 1913.

¹² Per un approfondimento, FLAMINI, in BRUNELLI, MAZZI (a cura di), *Codici penali militari. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2001, 955 e ss.

¹³ C. cost., 3.3.1989, n. 78.

¹⁴ C. cost., 10.11.1992, n. 429, cit.

¹⁵ Si trattava "dei delitti previsti dagli articoli 270, 271 e 272 del codice penale, commessi da militari; del delitto di renitenza alla leva e di ogni altro reato preveduto dalle leggi di reclutamento delle varie forze armate dello Stato, da chiunque commessi; dei delitti di furto, preveduti dagli articoli 624 e 625 del codice penale, commessi a danno dell'amministrazione militare, nell'interno di arsenali, stabilimenti, officine e altri luoghi militari, da persone diverse dai militari in servizio, che vi siano addette per ragioni di impiego, ufficio o lavoro; dei delitti preveduti dagli articoli 372, 373, 374, 375 e 377 del codice penale, da chiunque commessi nei procedimenti di competenza dei tribunali militari; dei reati da chiunque commessi in udienza davanti ai tribunali militari e che siano immediatamente giudicati".

¹⁶ Per un approfondimento, FLAMINI, in BRUNELLI, MAZZI (a cura di), *Op. cit.*, 965 e ss.

¹⁷ Si trattava, chiaramente, di una norma chiave per la definizione della giurisdizione. La legge n. 167 del 1956 è stata introdotta mentre era ancora viva nell'opinione pubblica la preoccupazione per il procedimento penale, con applicazione della custodia in carcere, sorto nei confronti

tegoria dei reati militarizzati, nella stessa sede ha introdotto una nuova disciplina del regime di connessione, connotato da una sostanziale predilezione della giurisdizione ordinaria.

Il tema del mantenimento o meno della giurisdizione militare era stato *medio tempore* al centro di un vivace dibattito in seno all'Assemblea costituente. Come ricordato nell'*excursus* delle Sezioni Unite, sebbene in un primo momento si fosse optato per la soppressione dei tribunali militari (soluzione accolta nel progetto di Costituzione predisposto dalla Commissione dei 75), «*prevalse, tuttavia, l'orientamento opposto sulle base di diverse considerazioni: in primo luogo, l'unità della giurisdizione era già derogata in altre parti; inoltre, i reati militari hanno una natura specifica che esige una particolare professionalità del giudice; ancora, l'esistenza dei tribunali militari avrebbe garantito la tempestività della repressione e avrebbe tutelato i valori della tradizione e dello spirito militari e della disciplina; infine, la permanenza dei tribunali militari in tempo di pace avrebbe reso immediatamente operativa la loro giurisdizione in tempo di guerra*¹⁸».

Ed è così che trovò luce l'art. 103 della Cost., che mitigò la scelta della permanenza in vita della giurisdizione militare con l'introduzione del duplice limite della giurisdizione militare: oggettivo, perché prevista per i soli reati militari e soggettivo, perché applicabile ai solo appartenenti alle Forze armate.

Quanto al riferimento di natura oggettiva deve osservarsi come vi sia una sostanziale indipendenza tra la nozione di reato militare¹⁹ e il riparto della giurisdizione, «*testimoniata dal sopravvenuto art. 14, co. 3, della l. 8 luglio 1998, n. 230*», in materia di obiezione di coscienza, «*che ha sottratto alla giurisdizione militare la cognizione del reato di rifiuto del servizio militare commesso per motivi di coscienza, reato che nel precedente quadro normativo era pacificamente qualificato come militare*²⁰».

Sulla scia della uniforme giurisprudenza della Corte costituzionale, è stato precisato, come già accennato, che l'art. 103, comma 3 Cost., segna i confini della giurisdizione penale militare e ne delimita la portata, nel senso che essa costituisce giurisdizione eccezionale, circoscritta entro tassativi limiti, rispetto a quella ordinaria, che, per il tempo di pace, resta la giurisdizione normale. In tale ottica si collocano diversi arresti della Consulta il cui minimo comune denominatore è l'affermazione della giurisdizio-

di due sceneggiatori e critici cinematografici, quali militari in congedo, per il reato di vilipendio alle Forze Armate, a causa di una sceneggiatura concernente l'intervento delle truppe italiane in Grecia. Tale processo è spesso ancora utilizzato come argomentazione per la soppressione della giurisdizione militare. Di legge *ad personas* parla CASALENA, nel Convegno *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione militare tra concorso di norme e fattispecie di confine*, tenuto nella Corte d'Appello di Roma, il 9.6.2017.

¹⁸ Cass. S.U., 9.3.2022, n. 8193, cit. Si condivide la considerazione di RIVELLO, in *Op.cit.*, 4 ss., secondo cui uno degli elementi fondanti che giustifica la permanenza della giurisdizione militare vi è la necessità di affidare il giudizio penale militare a giudici «*particolarmente consapevoli dei valori tipizzanti la scelta di vita militare*». Il passo è ripreso anche da CAPRIOLI, in *Op. cit.*, 4. D'altronde non può trascurarsi come già solo la limitazione di diritti costituzionalmente garantiti, in uno con il complesso dei doveri (tra cui l'obbligo di assolvere i doveri di servizio sino al sacrificio della vita) cui i militari sono sottoposti, risulta ben diverso da quello che riguarda gli altri dipendenti della Pubblica Amministrazione.

¹⁹ Allo stato non si rinviene nell'attuale sistema una definizione chiara di "reato militare".

²⁰ FLAMINI, in BRUNELLI, MAZZI (a cura di), *Op. cit.*, 961.

ne ordinaria come “normale e prevalente” e della non esclusività della giurisdizione militare in tempo di pace.

Con l'art. 13 c.p.p., attualmente in vigore, la disciplina della connessione è mutata nuovamente, prevedendo una capacità attrattiva della giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria nel caso in cui il reato comune risulti più grave. I criteri per la valutazione della gravità sono quelli individuati sulla base delle regole stabilite dall'art. 4 c.p.p., stante il rinvio contenuto nell'art. 13, co. 2, c.p.p. ai criteri valutabili ai sensi dell'art. 16, co. 3, c.p.p.

In caso di un unico fatto delittuoso commesso in concorso da un civile e da un militare, i cui elementi integrano soggettivamente e oggettivamente gli estremi di un reato militare²¹, si è affermato che, nonostante la connessione tra i procedimenti, il giudice militare mantiene integra nei confronti dei militari la giurisdizione ed il giudice ordinario esercita la giurisdizione nei soli confronti dei concorrenti civili²². Ciò in quanto, secondo la Corte, con l'introduzione dell'art. 13 c.p.p. «*il legislatore ha inteso privilegiare il Giudice militare specializzato, anche per la particolare composizione collegiale che lo caratterizza, e ha fatto ciò riconoscendo una rilevanza limitata alla connessione*».

Allo stato, pertanto, la giurisdizione militare può vedersi sottrarre proprie sfere di competenza “naturale” «*quando esistano preminenti ragioni d'interesse collettivo generale, e, d'altro canto, deve, di volta in volta, stabilirsi se particolari esigenze, beni o valori possano essere stimati preminenti rispetto ad esigenze, beni e valori tutelati attraverso la speciale giurisdizione dei tribunali militari di pace*».

È proprio in quest'area che sembra collocarsi la sottrazione della giurisdizione per gli imputati minorenni ma anche tutti i casi di connessione che comportino una *vis attractiva* della giurisdizione ordinaria, laddove ad essere favorita è la trattazione congiunta dei reati, all'evidente fine di ridurre possibili conflitti di giudicati e rendere meno gravoso l'esercizio del diritto di difesa²³.

Il tema del perimetro applicativo dell'art. 13 c.p.p. è stato oggetto di studio e ha dato luogo a grandi incertezze interpretative²⁴, nel cui solco si situa anche l'arresto delle Sezioni Unite da cui trae spunto il presente articolo.

²¹ Nel valutare tale ipotesi le Sezioni Unite avevano rilevato come si fossero formati ben tre orientamenti giurisprudenziali:

«1) l'art. 13 c.p.p., comma 2, ha determinato l'abrogazione dell'art. 264 c.p.m.p. e non vi sono casi di attribuzione di procedimenti connessi all'autorità giudiziaria ordinaria diversi da quello in cui «il reato comune è più grave di quello militare»; perciò nel caso di concorso nel reato militare di persone civili e di persone militari la giurisdizione rispetto a queste ultime è del Giudice militare; 2) l'art. 13 c.p.p., comma 2, non ha determinato l'abrogazione dell'art. 264 c.p.m.p.; le due disposizioni risultano collegate e in applicazione della seconda nel caso di concorso nel reato militare di persone civili e di persone militari la giurisdizione per tutte è del Giudice ordinario; 3) l'art. 13 c.p.p., comma 2, presuppone una pluralità di reati, comuni e militari, ed è quindi inapplicabile nel caso di concorso nel reato militare di persone civili e di persone militari; in questo caso l'attribuzione al Giudice ordinario della giurisdizione rispetto a tutti i concorrenti «discende direttamente dall'art. 103, comma 3, della Carta fondamentale». Cass., S. U., 25.10.2005, n. 5135, cit.

²² Cass., S.U., 25.10.2005, n. 5135, cit.

²³ CAPRIOLI, *Op. cit.*, 15.

²⁴ GUGLIELMO, *Osservatorio dei contrasti giurisprudenziali - limiti di incidenza della connessione sul piano della giurisdizione*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 10, 2002, 1210.

Lo stesso criterio della gravità del reato lascia adito a non pochi dubbi; se gli interessi in gioco sono quelli sottesi a preservare la specifica competenza del tribunale e favorire il *simultaneus processus*, la scelta di ancorare alla gravità del reato la giurisdizione appare foriera di conseguenze poco appaganti se non paradossali: «*la competenza potrebbe essere attribuita al giudice ordinario o a quello militare anche in aperto contrasto con la logica che dovrebbe sorreggere l'una o l'altra opzione*»²⁵. Si pensi ai casi in cui il reato militare sia di minore gravità ma richieda approfondimenti specialistici o alla conseguenza, paradossale, per l'appunto, in cui un peculato militare aggravato possa essere assegnato alla giurisdizione ordinaria, in quanto connesso al peculato comune, di cui all'art. 314 c.p. (punito con la reclusione da quattro anni a dieci anni e sei mesi), più grave (il peculato militare di cui all'art. 215 c.p.m.p. è punito con la reclusione da due a dieci anni, sia pure aggravato ex art. 47 c.p.m.p.)²⁶.

Peraltro, l'attuale regime non garantisce la celebrazione di un unico processo. Sono estremamente frequenti i casi, come si avrà modo di vedere, di duplicazioni di processi, spesso dislocati anche in Fori diversi, con conseguenze pregiudizievoli per le difese e per la stessa Amministrazione.

3. Recenti casi di conflitto di giurisdizione.

Muovendo da due casi recenti affrontati dalla Corte di legittimità, è agevole dimostrare la complessità dei rapporti tra le due giurisdizioni e le criticità che possono emergere dall'attuale stato del riparto.

3.1. Il nonnismo sottratto alla giurisdizione militare e il doppio binario dello spionaggio

In passato, era stato sollevato conflitto negativo di giurisdizione in merito ad una condotta consistita nell'ordine di eseguire flessioni sulle braccia per punire un errore commesso durante il servizio di guardia, punito dall'art. 195, co.1, c.p.m.p., nella forma della violenza mediante maltrattamenti, e come violenza privata, ex art. 610 c.p. Ritenuta prevalente la fattispecie delineata dalla legge penale militare, a fronte di elementi specializzanti, consistenti nella qualità di militare dell'imputato e della parte offesa, legati da un rapporto gerarchico, e nell'oggettività giuridica del reato militare, la cui offensività investiva, oltre alla persona del soggetto passivo, l'ordine e la disciplina

²⁵ CAPRIOLI, *Op. cit.*, 24. L'Autore in chiave critica ricorda BORSANI, CASORATI, in *Codice di procedura penale commentato*, Vol. I, Milano, 1873, 417.

²⁶ Cass., pen., Sez. I, 28.11.2019, n. 48461. Su tale pronuncia, SPINA, *Specialità militare e riparto di giurisdizione: un errore irrimediabile della Suprema Corte*, secondo cui «*non può darsi invece mai connessione se, come nel caso in esame, il titolo applicabile è solo uno in quanto le pur plurime fattispecie astrattamente configurabili non possono concorrere: il peculato militare è speciale rispetto al peculato comune, perché contempla tutti gli elementi costitutivi di quest'ultimo ad eccezione di alcuni, e cioè la speciale qualifica del soggetto attivo (militare incaricato di funzioni amministrative e di comando) e dell'oggetto materiale (cosa mobile appartenente all'amministrazione militare). Trattasi di rapporto di specialità unilaterale che configura una piana ipotesi di concorso apparente: si deve dunque applicare soltanto la fattispecie speciale, la quale prevale sull'altra ex art. 15 c.p.*», in *AP*, 2020, n. 1, 4.

militare, concretandosi in una forma di abuso di autorità, il conflitto veniva risolto in favore del Tribunale militare²⁷.

Nel corso del tempo, diverse questioni sono emerse nell'affrontare casi di violenza e vessazioni subite all'interno delle caserme²⁸, spesso riconducibili al fenomeno, di estrema gravità, noto come "nonnismo"²⁹, che ha investito anche il tema della giurisdizione.

La Consulta, già nel 1991³⁰ aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 199 c.p.m.p., limitatamente alle parole: "o in luoghi militari", decretando che comportamenti violenti connessi al fenomeno del cosiddetto "nonnismo" non fossero costitutivi del reato di cui all'art. 195 c.p.m.p. (violenza contro un inferiore), in quanto non posti in essere per motivazioni inerenti al servizio e alla disciplina militari, non rientrando siffatti comportamenti in questo ambito, né essendo essi tali da turbare l'ordinato svolgersi del rapporto gerarchico, alla cui sola tutela presiede la norma in esame. Le predette condotte, pur perseguibili a norma di altre disposizioni del codice penale militare di pace (come nel caso delle percosse di cui all'art. 222) ovvero del codice penale ordinario (come nel caso della violenza privata prevista dall'art. 610 c.p.), ricorrendone le rispettive condizioni, non possono, quindi, più integrare una delle figure di reato di cui al Capo terzo e al Capo quarto del Titolo terzo del Libro secondo del c.p.m.p., non incidendo sull'oggetto giuridico protetto dalle relative disposizioni³¹.

Così, in una recentissima sentenza della Suprema Corte³², che ha ripreso un noto precedente, relativo al conflitto di giurisdizione sorto nel processo Scieri³³ (tragicamente assunto agli onori della cronaca) ha affermato «*che i comportamenti violenti, rientranti nel fenomeno così detto del "nonnismo", costituiscono atti di sopraffazione in sé non ricollegabili al dispiegarsi del rapporto gerarchico né al servizio o al rispetto della disciplina militare*» declinando la giurisdizione militare in favore di quella ordinaria.

Il risultato controintuitivo è che, di fatto, i casi più gravi di nonnismo risultano sottratti alla giurisdizione militare, permanendo la competenza del giudice militare nei

²⁷ Cass., pen., Sez. I, 28.10.1999, n. 5074.

²⁸ Si segnalano alcune pronunce della Suprema Corte in tema di consenso dell'avente diritto (Cass., pen. Sez. I, 11.04.2002, n. 23599, Cass., pen. Sez. I, 11.04.2002, n. 365), nonché C. cost., 31.5.1990, n. 278, in tema di estensione della scriminante di cui all'art. 228, co. 2, c.p.m.p., prevista nel contesto di delitti contro la persona al delitto di insubordinazione. La sentenza ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 42 c.p.m.p., in relazione all'art. 52 c.p., con riferimento agli artt. 2, 3 e 52, u.c, Cost. e non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 228, co. 2 e 198, c.p.m.p., con riferimento agli artt. 2, 3, 52, u.c. e 27, co. 1, Cost.

²⁹ Interessantissimo, anche per i rilievi di carattere sociologico, storico e statistico è lo studio condotto dalla Commissione IV (difesa) della Camera dei deputati nel corso della XIII Legislatura, *Episodi di violenza e qualità della vita nelle caserme delle Forze armate*, 2000, 306 e ss.

³⁰ C. cost. 24.1.1991, n. 22.

³¹ Cass., pen. Sez. I, 31.1.1995, n. 4139

³² Cass., pen. Sez. V, 07.09.2023, n. 36948.

³³ Cass., pen. Sez. I, 23.2.2021 n. 17091. Il procedimento di merito si è da poco concluso in primo grado con sentenza emessa dalla Corte d'assise di Pisa di condanna a 26 e 18 anni, nei confronti di due ex caporali della Folgore.

soli casi meno gravi, la cui procedibilità è subordinata alla richiesta del Comandante di corpo, ai sensi dell'art. 260 c.p.m.p.

Tra i casi più recenti di conflitto di giurisdizione, merita senz'altro un breve esame il conflitto positivo sollevato lo scorso anno dal Tribunale militare di Roma in un processo a carico di un capitano di fregata della Marina Militare, in servizio presso lo Stato Maggiore della difesa, sotto processo per spionaggio³⁴.

La Prima Sezione della Corte Suprema di cassazione era stata adita dalla difesa su ricorso avverso l'ordinanza pronunciata dal Tribunale della Libertà di Roma, che aveva confermato la misura della custodia cautelare in carcere disposta dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale ordinario. La difesa sosteneva che i reati di cui agli artt. 86 e 88 c.p.m.p. costituissero *lex specialis* rispetto alle fattispecie comuni di cui agli artt. 257 e 261 c.p. e che, in applicazione dell'art. 15 c.p., la giurisdizione spettasse all'Autorità giudiziaria militare. Ebbene, secondo la Corte³⁵, i reati militari non avrebbero identico ambito di applicazione rispetto a quelli ordinari contestati. L'esame degli artt. 257 c.p. e dell'art. 88 c.p.m.p. farebbe emergere un quadro precettivo non coincidente, essendo il perimetro di prescrizione della norma penale più esteso di quello della norma militare.

Analogo ragionamento è svolto in merito ai rapporti tra l'art. 261 c.p. e l'art. 86 c.p.m.p.

Il *discrimen* tra le due condotte sarebbe da individuarsi «*sulla finalità, anche politica del procacciamento delle notizie riservate, che vengono appunto rilevate e cedute dal singolo agente*».

Ne consegue l'impossibilità di applicare l'art. 15 c.p. e la soluzione della questione ai sensi dell'art. 13, comma 2, c.p. essendo stato contestato all'imputato anche l'art. 319 c.p., con relativa duplicazione dei processi.

4. Criticità dell'attuale riparto di giurisdizione.

L'attuale riparto di giurisdizione pone questioni applicative complesse e risultati che contrastano con i principi di efficienza ed economia, tanto cari all'attuale legislatore. Come si è avuto modo di vedere, l'attrazione nella giurisdizione del giudice ordinario dei procedimenti per reati concorrenti, comuni e militari, opera solo se il reato comune è più grave di quello militare, mentre negli altri casi le sfere di giurisdizione rimangono separate, con la conseguenza che al giudice militare appartiene la cognizione dei reati militari e al giudice ordinario quella per i reati comuni³⁶.

³⁴ Davanti al Tribunale militare, l'imputato rispondeva di procacciamento di notizie segrete a scopo di spionaggio e procacciamento o rivelazione di notizie di carattere riservato (artt. 88 e 93 c.p.m.p.), esecuzione di fotografie a scopo di spionaggio (art. 89-*bis*, n. 1, c.p.m.p.), rivelazione di segreti militari a scopo di spionaggio (art. 86 c.p.m.p.) e comunicazione all'estero di notizie non segrete né riservate (art. 94 c.p.m.p.); tutti reati commessi quale Capitano di Fregata della Marina Militare in servizio presso lo Stato Maggiore della Difesa. Davanti alla Corte di assise di Roma, lo stesso imputato rispondeva dei delitti di cui agli artt. 81 cpv., 257 e 261, nn. 1 e 3 c.p., nonché di cui all'art. 319 c.p.

³⁵ Cass., pen. Sez. I, 8.4.2022.

³⁶ Cass., pen. Sez. I, 15.10.2014, n. 5680, ripresa anche da Cass., pen. Sez. VI, 6.11.2015, n. 44681.

I risultati non sono ottimali. Si pensi alla connessione, piuttosto frequente nella prassi, dei reati di falso con quelli di truffa militare o peculato, per cui il soggetto indagato viene sottoposto al procedimento per il reato più grave innanzi al Tribunale militare (in una delle tre sedi, di Roma, Verona o Napoli) e, contemporaneamente, ad altro procedimento per il reato meno grave innanzi al Tribunale ordinario del luogo in cui il reato è consumato.

Duplici i costi e le energie spese dall'Amministrazione, duplici i costi del processo per l'indagato che si trova nella posizione di difendersi, magari per la stessa condotta, presso sedi che possono essere tra loro molto lontane.

Si può così essere assolti dal Tribunale Militare per i reati più gravi, dopo un processo che si conclude nell'arco di pochi mesi, e dover attendere i tempi della giustizia ordinaria, con tutto quello che ne consegue, per il reato meno grave. Il tutto con buona pace del procedimento disciplinare, che il più delle volte rimane sospeso fino alla sentenza definitiva del secondo procedimento. Deve considerarsi che la pendenza del processo esclude il militare anche dalle aliquote di valutazione per gli avanzamenti ai gradi superiori, ai sensi dell'art. 1051, co. 2 D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 66, con l'ulteriore e prevedibile rischio, qualora l'indagato abbia la sfortuna di incappare in una Corte d'Appello oberata di processi, di vedersi dichiarare, senza aver minimamente contribuito alla dilatazione dei tempi, l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione.

I ritardi che affliggono la giurisdizione ordinaria non possono essere fattore trascurabile nell'affrontare l'argomento.

Le difese devono, infatti, quotidianamente fare i conti con l'angustiante e consolidatissimo orientamento della Suprema Corte secondo cui, in presenza di una causa di estinzione del reato, la formula di proscioglimento nel merito può essere adottata solo quando dagli atti risulti evidente la prova dell'innocenza dell'imputato e non nel caso di insufficienza o contraddittorietà della prova di responsabilità³⁷. Si tratta di processi in cui la salvezza del contraddittorio, su cui la Corte costituzionale ha tanto insistito³⁸ nel bandire la deprecabile prassi di notificare ai difensori le sentenze di

³⁷ *Ex multis*, Cass., pen. Sez. V, 23.2.2023, n. 18887.

³⁸ Su tale aspetto, si segnala la sentenza della Corte cost. n. 111 del 2022. Secondo la Consulta: «giova allora ricordare che la sentenza n. 317 del 2009 ha già precisato che il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie, in quanto ciò che rileva è esclusivamente la durata del «giusto» processo, quale delineato proprio dall'art. 111 Cost. In tale sentenza si è, quindi, affermato che «[u]na diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso art. 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti. Un processo non "giusto", perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata. In realtà, non si tratterebbe di un vero bilanciamento, ma di un sacrificio puro e semplice, sia del diritto al contraddittorio sancito dal suddetto art. 111 Cost., sia del diritto di difesa, riconosciuto dall'art. 24, secondo comma, Cost.: diritti garantiti da norme costituzionali che entrambe risentono dell'effetto espansivo dell'art. 6 CEDU e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo». I principi dettati sia dall'art. 111, secondo comma, Cost., sia dall'art. 6 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, delineano, così, la ragionevole durata come canone oggettivo di efficienza dell'amministrazione

dichiarazione della prescrizione, si traduce in una mera apparenza “salvifica” della forma ma non dei contenuti, o, in altre parole, in una “condanna” dell'imputato alla declaratoria di prescrizione, con l'eliminazione, di fatto, del secondo grado di giudizio cui avrebbe diritto.

Il numero delle sentenze dichiarative della prescrizione all'esito di procedimenti penali con autore noto, per gli uffici rispondenti alla rilevazione, è passato, per il Tribunale ordinario da 18.193 nel 2011 a 41.426 nel 2022 e nelle Corti d'Appello da 13.726 nel 2011, a 32.992 nel 2022³⁹.

Il tema della prescrizione è invece estraneo alla giurisdizione militare. Per avere un'idea dei tempi di definizione dei processi militari, può rilevarsi come i processi di primo grado nel 2022 si siano conclusi in una media di due anni, nove mesi e dieci giorni, compresi tra la data del fatto e la sentenza di primo grado⁴⁰.

A fronte di tale situazione, garantire ai militari un unico processo, in tempi ragionevoli, potrebbe avere solo effetti positivi.

Peraltro, procedimenti male incardinati, a fronte di incertezze interpretative, possono vanificare sequestri⁴¹ o addirittura, come emerso alla luce delle più recenti Sezioni unite, l'intero processo.

5. Prospettive *de iure condendo*.

Solo un atteggiamento poco obiettivo può condurre a non riconoscere che uno dei più gravi problemi che la giustizia affronta ai nostri giorni sia il tempo.

Le statistiche e l'esperienza diretta degli avvocati che si trovano esercitare il diritto di difesa in un percorso troppo spesso destinato alla prescrizione pongono di fronte a dati drammatici e sconcertanti.

della giustizia e come diritto delle parti, comunque correlati ad un processo che si svolge in contraddittorio davanti ad un giudice imparziale” (...) Occorre inoltre sottolineare che la sostanziale soppressione di un grado di giudizio, conseguente alla forma predibattimentale della sentenza di appello, non soltanto non trova fondamento nel codice di rito, ma, essendo adottata in assenza di contraddittorio, limita l'emersione di eventuali ragioni di proscioglimento nel merito e, di fatto, comprime la stessa facoltà dell'imputato di rinunciare alla prescrizione, in maniera non più recuperabile nel giudizio di legittimità, la cui cognizione è fisiologicamente più limitata rispetto a quella del giudice di merito».

³⁹ I dati sono del Ministero della Giustizia, Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa, reperibili *on line* su <https://reportistica.dgstat.giustizia.it/VisualizzatoreReport.aspx?Report=/Pubblica/Statistiche%20della%20DGSTAT/Materia%20Penale/2.%20Modalita%20di%20definizione/3.%20definiti%20oper%20prescrizione/1.%20dati%20nazionali/1.%20tutti%20gli%20uffici%20in%20serie%20storica>.

⁴⁰ I dati sono ripresi dall'intervento del Procuratore Generale Militare della Repubblica presso la Corte Militare di Appello, nel corso della Inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2023.

⁴¹ Sul tema, Cass., pen. Sez. I, 15.5.2015, n. 23372, il provvedimento di sequestro probatorio emesso da Autorità giudiziaria sprovvista di giurisdizione è affetto da patologia che lo rende del tutto privo di effetti, e non può neppure ritenersi conservare validità ed efficacia in via provvisoria per il termine di venti giorni, dopo il rilievo del difetto di “*potestas iudicandi*”, in applicazione analogica dell'art. 27 c.p.p., poiché questa è norma riferibile soltanto alle ipotesi di difetto di competenza.

La stessa Riforma Cartabia, che ha recentemente investito l'intero ordinamento, è tesa ad accelerare il processo penale ed in particolare la durata del giudizio di impugnazione. In tal senso devono essere lette le modifiche concernenti le pene sostitutive, l'incentivazione dei riti deflattivi e le norme relative alle impugnazioni.

Queste constatazioni non possono non incidere nel rapporto tra le due giurisdizioni.

Va rilevato che l'esigenza della permanenza della giurisdizione militare, oltre al tema di non poco conto dell'eventuale coinvolgimento dell'Italia in conflitti bellici, deriva dal dover garantire un alto grado di specializzazione e una profonda conoscenza delle peculiarità e soprattutto dei valori del mondo militare, assicurate, tra l'altro, dall'attuale composizione mista dei collegi dei Tribunali, cui partecipa un membro laico perveniente dalle Forze armate.

Così, una nuova estensione della giurisdizione militare che muova da una rivisitazione del "reato militare"⁴² e dall'introduzione di nuove fattispecie nel codice penale militare di pace⁴³, comporterebbe una redistribuzione in chiave osmotica dei carichi di lavoro per la magistratura ordinaria, il superamento del tema della duplicazione dei processi per reati connessi e una più chiara delimitazione dell'ambito applicativo delle due giurisdizioni.

Le resistenze, più o meno comprensibili, che la giurisdizione militare ha incontrato in passato, prevalentemente connesse al legame con il potere esecutivo⁴⁴, devono ritenersi oggi superate. Si tratta di giurisdizioni che agiscono in modo simile, sotto l'egida costituzionale dell'indipendenza e dell'imparzialità, con applicazione del codice di procedura penale, con i medesimi gradi di giudizio.

Eliminare un sistema che funziona perché sovradimensionato rispetto ai ruoli, per farlo confluire nella giustizia ordinaria, non sembra affatto una soluzione auspicabile.

⁴² La Costituzione non impone alcuna limitazione in ordine al contenuto del reato militare e, pertanto, stabilire quali comportamenti siano lesivi dell'ordinamento militare è esclusivamente una questione di politica legislativa, così DE VERGOTTINI, *Op. cit.*, 2021, 8.

⁴³ Riprendendo AC 1242 (Cirielli), AS 905 (Rauti) *Modifica all'articolo 37 del codice penale militare di pace, concernente la definizione di reato militare* nonché AS 1193 (Rauti) e AS 1478 (Maiorino).

⁴⁴ RIVELLO, *Il procedimento militare*, Milano, 2010, 2 ss.

I 35 anni del Codice di Procedura Penale

In occasione del 35° anniversario del Codice di Procedura Penale, riportiamo uno stralcio della relazione al progetto preliminare e al testo definitivo, interamente pubblicata sul sito ww.penaledp.it.

MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA

Relazioni 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. (GU n. 250 del 24-10-1988 - Suppl. Ordinario n. 93).

RELAZIONE AL PROGETTO PRELIMINARE DEL CODICE DI PROCEDURA PENALE

La redazione del progetto e della relazione è stata curata dalla Commissione presieduta dal Prof. Gian Domenico Pisapia e composta dal prof. Delfino Siracusano (Vice Presidente), dai professori Ennio Amodio, Vincenzo Cavallari, Mario Chiavario, Oreste Dominioni, Vittorio Grevi, Guido Neppi Modona, Mario Pisani, dai magistrati Giancarlo Caselli, Enrico Di Nicola, Liliana Ferraro, Giuseppe La Greca, Giorgio Lattanzi, Ernesto Lupo, Vittorio Mele, Piero Luigi Vigna e dall'avvocato Giuseppe Frigo. La Commissione è stata affiancata da una Segreteria scientifica, composta dal dott. Giovanni Conti e dal dott. Loreto D'Ambrosio, magistrati dell'Ufficio legislativo del Ministero di Grazia e Giustizia, dai professori Alfredo Gaito, Glauco Giostra, Giulio Illuminati, Giovanni Paolozzi, Enzo Zappalà, dai magistrati Giuseppe Amato, Luisa Bianchi, Mario D'Andria, Giovanni de Roberto, Alberto Macchia, Alida Montaldi, Aniello Nappi, Eugenio Selvaggi, Claudia Squassoni, Lucia Tria. La Commissione si è avvalsa inoltre del contributo fornito dalla Commissione per la redazione delle norme concernenti la disciplina dell'esecuzione penale, presieduta dal dott. Giulio Catelani e composta dai professori Mario Pisani (Vice Presidente), Oreste Dominioni, Franco Mosconi, Giovanni Grasso, dai magistrati Giancarlo Capaldo, Vitaliano Esposito, Orazio Frazzini, Giocchino Polimeni, Daniele Striani, Giuliano Turone e dell'avvocato Walter Oppici. Allo studio dei problemi posti dai grandi processi in tema di criminalità organizzata ha provveduto la Commissione presieduta dal dott. Antonino Caponnetto e composta dai professori Gilberto Lozzi, Alfredo Molari, Marino Petrone, Metello Mario Scaparone, dai magistrati Vittorio Borraccetti, Gherardo Colombo, Elvio Fassone, Franco Ionta, Alberto Macchia, Guido Marino, dagli avvocati Paola Balducci, Vittorio Battista, Umberto De Luca.

2. La legge che disciplina il processo penale, quale espressione essenziale dell'assetto che ogni sistema politico dà ai rapporti tra autorità e libertà, assume contenuti

strettamente collegati alle caratteristiche del sistema stesso. Questo collegamento spiega perché il codice approvato nel 1930 dal regime fascista iniziò a subire interventi di modifica su punti di notevole rilievo già pochi mesi dopo la caduta di tale regime, quando ancora il Governo italiano, in attesa della liberazione dell'intero territorio nazionale, aveva sede a Brindisi (r.l. 20 gennaio 1944, n. 45) e poi a Roma (D.lg. 10 agosto 1944, n. 194 e d.lg.lt. 14 settembre 1944, n. 288). Successivamente, sin dall'anno 1945, venne costituita una Commissione per la riforma organica del codice procedura penale. Esigenze di un intervento celere – reso ancora più indifferibile da alcune disposizioni della Costituzione repubblicana (come l'inviolabilità del diritto di difesa) – fecero propendere verso la metà degli anni cinquanta per un'opera novellistica, attuata con la legge 18 giugno 1955 n. 517, la quale, per la sua ampiezza, alterò sensibilmente ed in molti settori i contenuti del codice, ma ne lasciò immutata l'impostazione di fondo, ispirata ad una ideologia autoritaria. Sulla normativa processuale penale, invero, più che su ogni altra normativa codicistica, sono caduti nei decenni successivi gli interventi invalidanti della Corte costituzionale. Non sono perciò mai venute meno le aspirazioni e le tensioni verso una disciplina nuova del processo penale. Una "bozza" di codice spiccatamente innovativa fu redatta da Francesco Carnelutti quale presidente di una apposita Commissione ministeriale.

La discussione che si sviluppò su tale testo (del 1963) fece ritenere necessaria la preventiva elaborazione, da parte del Parlamento, di una legge che individuasse i principi ispiratori del nuovo codice, onde nell'aprile 1965 fu presentato dal Governo un disegno di legge-delega per la redazione di un nuovo codice di procedura penale. I lavori parlamentari su tale delega si svilupparono lungo tre legislature (durante la quarta legislatura solamente di fronte alla Camera dei Deputati) e sfociarono nella legge 3 aprile 1974, n. 108.

Per l'attuazione di tale legge fu costituita una Commissione ministeriale presieduta dal prof. Gian Domenico Pisapia che, affiancata da una Commissione consultiva a composizione prevalentemente parlamentare, elaborò il Progetto preliminare del nuovo codice, pubblicato all'inizio del 1978 e corredato da un'ampia ed esauriente relazione illustrativa. Sul Progetto preliminare la Commissione consultiva espresse un analitico ed approfondito parere conclusivo. Il Progetto preliminare fu inviato anche alle Università, agli Uffici giudiziari ed ai Consigli dell'ordine forense, che espressero numerose osservazioni.

La particolare situazione dell'ordine pubblico nel 1978-79 (cc.dd. anni dell'emergenza) e la necessità di un riesame delle direttive della legge-delega del 1974 furono fattori concorrenti nel determinare un differimento nell'emanazione del nuovo codice; differimento espressosi con la presentazione del disegno di legge del Ministro Morlino che, nell'ottobre del 1979, nel proporre un nuovo termine per l'esercizio della delega, chiese al Parlamento una valutazione su tutto il lavoro svolto, indicando anche gli aspetti del modello di nuovo processo dei quali si riteneva necessaria una revisione.

Si apriva così il dibattito per l'elaborazione di una seconda legge-delega, dibattito che poteva svilupparsi in modo più concreto, in quanto aveva come punto di riferimento essenziale il Progetto preliminare del 1978. Nel frattempo si ampliava sensibilmente l'area di opinione che riteneva indispensabile l'emanazione di un nuovo codice, aggiungendosi alle ragioni politiche dianzi menzionate quelle di ordine tecnico derivanti dal fatto che il codice del 1930, per l'intervento di una serie sempre più

frequente di modifiche, aveva ormai perso la funzione sistematica ed unificante che è propria di ogni codificazione.

Il lavoro parlamentare sulla nuova legge-delega si è svolto nel corso di due legislature, l'ottava (solamente di fronte alla Camera dei Deputati) e la nona; ad esso si è affiancato l'impegno continuativo del Governo che, soprattutto attraverso la ricostituzione della Commissione di studiosi presieduta dal prof. Pisapia, ha fornito un meditato contributo alle scelte del Parlamento.

Si è così pervenuti alla legge 16 febbraio 1987 n. 81, che ha conferito al Governo la delega per la emanazione del codice qui illustrato. Nel rigoroso rispetto della procedura disciplinata dall'art. 8 di tale legge, il Governo, avvalendosi dei lavori della stessa Commissione che aveva seguito la elaborazione della delega, ha, nel gennaio 1988, approvato ed inviato alla Commissione parlamentare prevista dalla citata disposizione normativa il testo del Progetto preliminare del nuovo codice, accompagnato da una analitica relazione. Anche su questo nuovo Progetto preliminare è stato chiesto ed acquisito il contributo critico delle Università, degli Uffici giudiziari e dei Consigli forensi. Sulla base del parere espresso dalla Commissione parlamentare nel maggio 1988 e tenuto conto anche delle altre osservazioni tempestivamente pervenute al Ministero, è stato redatto il Progetto definitivo del nuovo codice, approvato dal Governo ed inviato nel luglio 1988 alla Commissione parlamentare.

Sul Progetto definitivo, la Commissione parlamentare, nell'agosto 1988, ha espresso parere "pienamente favorevole", formulando peraltro diverse osservazioni che sono state attentamente valutate e recepite nei casi e nei modi che saranno di seguito illustrati. Un ulteriore lavoro di coordinamento e di revisione tecnica ha consentito di pervenire al testo del codice oggi presentato al Consiglio dei Ministri (il quale aveva già approvato i testi del Progetto preliminare e di quello definitivo).

4. Il periodo di tempo assai lungo occorso per giungere al traguardo di una nuova codificazione sul processo penale ha consentito il formarsi di un ampio consenso sociale non solo sulla necessità della riforma ma anche sulle caratteristiche fondamentali del nuovo sistema processuale. Tanto che negli anni più recenti i lavori di elaborazione del nuovo codice, condotti in esecuzione delle due successive deleghe, hanno spesso costituito per il Parlamento un modello per gli interventi novellistici operati sul codice vigente, sino alla recentissima legge 5 agosto 1988, n. 330 sui provvedimenti restrittivi della libertà personale.

Già nella "bozza" redatta nel 1963 da Francesco Carnelutti erano prefigurate in larga misura le linee lungo le quali si sarebbe dovuto muovere il nuovo processo penale, abbandonando gli schemi inquisitori che caratterizzano il codice vigente. Era netta in quella "bozza" la separazione tra la fase preliminare, denominata "inchiesta preliminare", rimessa esclusivamente al pubblico ministero, e il giudizio; ed erano rigidamente contenuti i poteri del pubblico ministero, con il chiarimento, nella "introduzione", che l'inchiesta differiva nettamente dall'istruzione sommaria, perché questa "tende a offrire immediatamente i suoi risultati al giudice del reato affinché se ne serva al dibattimento, mentre l'inchiesta preliminare li offre soltanto al pubblico ministero".

Era chiara nella "bozza" Carnelutti la volontà di cambiare in modo radicale il modello processuale. Un'analoga volontà di cambiamento, per costruire diversamente il rapporto tra autorità e persona, è stata poi espressa nel preambolo dell'art. 2 della legge-delega del 1974 con l'affermazione che il nuovo codice "deve attuare nel pro-

cesso penale i caratteri del sistema accusatorio”; affermazione successivamente ribadita nei medesimi termini dall’art. 2 della legge-delega del 1987.

Il preambolo dell’art. 2 indica una tendenza che si sviluppa “secondo i principi ed i criteri” indicati di seguito nello stesso articolo e che deve armonizzarsi più in generale con altri principi anche di rango costituzionale, quali quelli sulla obbligatorietà dell’azione penale e sulla posizione ordinamentale del pubblico ministero. È in questo quadro che il nuovo processo risulta improntato dai “caratteri del sistema accusatorio”; caratteri che emergono attraverso la netta differenziazione di ruolo tra pubblico ministero e giudice, l’eliminazione del segreto negli atti del giudice e nella formazione della prova, l’accentuazione dei poteri delle parti e la parità tra queste, la valorizzazione del dibattimento e dell’oralità. Questi principi espressi dalla legge-delega hanno trovato ulteriore svolgimento nel codice, che ha sviluppato un processo di parti, curando di collocare le indagini preliminari del pubblico ministero in uno stadio pre-processuale, di garantire nel modo più ampio la parità e di riconoscere, in tutti i casi in cui è risultato possibile, alla concorde volontà dell’imputato e del pubblico ministero il potere di semplificare lo svolgimento del processo. La scelta accusatoria contenuta nella legge-delega, e fatta propria dal Governo nella redazione del codice, è giustificata non solo da un’idea tradizionale di maggiore aderenza agli schemi democratici e di più ampia considerazione per la persona, ma anche dalla consapevolezza che quella scelta più di qualunque altra consente di coniugare garanzie ed efficienza, entrambe sacrificate nel sistema vigente, definito di “garantismo inquisitorio” dopo le riforme intervenute dal 1955 in poi. In questo sistema infatti l’attività istruttoria è stata via via appesantita attraverso avvisi, depositi e controlli, i quali sono riusciti a ridurre l’efficienza ma non anche ad eliminare gli aspetti più tipicamente negativi dell’impianto inquisitorio, come la mancanza nel giudice istruttore della posizione di terzietà, l’ampia segretezza e la formazione istruttoria della prova, con la riduzione del dibattimento a luogo di verifica e di valutazione delle prove precedentemente acquisite.

Le ragioni della scelta risultano inoltre rafforzate dalla convinzione che le probabilità di una decisione giusta sono maggiori quando la prova si forma nella dialettica processuale anziché nella solitaria ricerca dell’organo istruttore, sia esso un pubblico ministero o un giudice, le cui acquisizioni diventano fonte di pregiudizio ineliminabile per il giudice del dibattimento.

Nel nuovo codice è scomparsa l’istruzione: il giudizio è preceduto dalle indagini preliminari del pubblico ministero, che hanno carattere investigativo e sono funzionali alle “determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale”. Gli atti delle indagini preliminari normalmente non costituiscono prova, data la posizione di parte del pubblico ministero; né a questo sono riconosciuti poteri in tema di libertà personale, fatta eccezione per quello di disporre il “fermo”, che ha carattere provvisorio e presuppone l’esistenza di un’urgente necessità di provvedere.

Le misure cautelari possono essere disposte solo dal giudice per le indagini preliminari, che, senza alcun compito di indagine, interviene episodicamente per il compimento di singoli atti su richiesta del pubblico ministero o dell’imputato. È questo giudice che nel corso delle indagini preliminari, quando occorre, raccoglie una prova non rinviabile al dibattimento, provvedendo all’assunzione nel contraddittorio delle parti e con le forme stabilite per il dibattimento.

Nel codice risulta ben posto in evidenza lo stadio pre-processuale delle indagini preliminari. Rispetto a queste, infatti, si è usato il termine “procedimento”, mentre si

è riservato quello di “processo” per la fase che inizia con la definitiva formulazione dell'imputazione, alla quale si lega la qualità di imputato.

Imputazione e imputato che, come è espressamente stabilito (art. 60), nascono solo al termine delle indagini preliminari, con la richiesta del pubblico ministero di rinvio a giudizio, di giudizio immediato o di decreto penale di condanna, con l'emissione del decreto di citazione a giudizio nel procedimento davanti al pretore, oltre che con la richiesta concorde delle parti di applicazione della pena e con gli atti del giudizio direttissimo. La persona nei cui confronti si svolgono le indagini preliminari non è quindi un imputato; non può e non deve risentire, in conseguenza delle indagini, gli effetti negativi di tale qualificazione mentre gli spettano tutte le garanzie a questa collegate. È con la formulazione dell'imputazione che per l'art. 405 viene esercitata l'azione penale, e il corollario di questa impostazione è che le indagini preliminari, quale che ne sia stato lo sviluppo ed anche se sono state adottate misure cautelari personali, possono concludersi con un provvedimento di archiviazione in tutti i casi in cui il pubblico ministero ritiene di non dover chiedere il rinvio a giudizio.

5. Emerge così la centralità del dibattimento, luogo in cui l'accusa è chiamata a superare la presunzione di non colpevolezza e si forma la prova nel contraddittorio tra le parti ed attraverso l'esame incrociato. È alla presunzione di non colpevolezza che può logicamente collegarsi il venir meno della formula dubitativa, con la regola che “il giudice pronuncia sentenza di assoluzione anche quando... è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile”. Si tratta di una regola che trova il suo fondamento nella legge-delega (art. 2 n. 11) e che nel codice è stata espressamente estesa al dubbio sull'esistenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità (art. 530 comma 3) per dare una risposta legislativa ad una questione ampiamente dibattuta nel sistema vigente e risolta in modo non soddisfacente dalla giurisprudenza. Rispetto allo schema tipo sono previsti numerosi riti semplificati, alcuni già collaudati, altri parzialmente o totalmente nuovi, come l'applicazione della pena su richiesta delle parti e il giudizio abbreviato. Entrambi questi riti, che presuppongono un accordo tra imputato e pubblico ministero, tendono a semplificare il giudizio di primo grado ed a contenere le impugnazioni, sono stati introdotti nella convinzione che nel nuovo sistema avranno ampia diffusione e consentiranno la rapida definizione della maggior parte dei processi.

È soprattutto nella fase anteriore al giudizio di primo grado e in questo giudizio che il nuovo codice si differenzia radicalmente da quello vigente; ma, nei limiti tracciati dalla delega, non mancano novità nelle disposizioni sulle impugnazioni e sull'esecuzione, anche se si tratta di novità che non assurgono al rango di elementi caratterizzanti del nuovo sistema processuale.

6. Delle scelte di principio e del contenuto delle singole disposizioni è stato dato diffusamente conto nella Relazione al Progetto preliminare redatta dalla Commissione ministeriale (ed allegata alla presente Relazione).

Il Progetto definitivo, inviato nel luglio 1988 alla Commissione parlamentare, invece, non ha potuto essere accompagnato da una relazione illustrativa, a causa dei tempi ridottissimi imposti dalla legge-delega.

