ISSN 2724-0878

PENALE

Diritto e Procedura

n. 4 | 2020

Rivista trimestrale | Ottobre/Dicembre 2020

DIREZIONE

Ennio AMODIO - Angelo GIARDA - Sergio MOCCIA - Fermin MORALES PRATS - Tullio PADOVANI - Giorgio SPANGHER - Alfonso M. STILE - Luigi STORTONI - Eugenio Raul ZAFFARONI

IN EVIDENZA

EDITORIALI

Leonardo Filippi - **Il *virus trojan*: uno strumento nelle mani incontrollabili della polizia giudiziaria**

Adelmo Manna - **L'ergastolo ostativo alla luce delle pronunce delle corti interne ed internazionali**

ARTICOLI

Enrico Mezzetti - **La colpa grave del medico: dalla prospettiva dell'*ultra legem* a quella dell'*ante litteram***

Luigi Ludovici - **Il "nuovo" regime di impugnazione della sentenza di patteggiamento**

DALLE CORTI

Ersi Bozheku - **La tutela dei diritti fondamentali è "sacra" e non può tollerare inefficienze organizzative o mancanza di risorse**

Francesca Tribisonna - **Sulla credibilità della persona offesa in caso di ritardo nell'emersione della *notitia criminis* e di disvelamento progressivo dei fatti**

Pacini Giuridica

Direzione
Ennio Amodio - Angelo Giarda - Sergio Moccia - Fermin Morales Prats – Tullio Padovani - Giorgio Spangher - Alfonso M. Stile - Luigi Stortoni - Eugenio Raul Zaffaroni

Comitato scientifico editoriale
Enrico Mario Ambrosetti – Giuliano Balbi – Roberto Bartoli – Carlo Bonzano – Stefano Canestrari – Donato Castronuovo – Mauro Catenacci – Antonio Cavaliere – Giovanni Cocco – Carlotta Conti – Cristiano Cupelli – Giovannangelo De Francesco – Pierpaolo Dell'Anno – Massimo Donini – Leonardo Filippi – Giovanni Flora – Gabriele Fornasari – Marco Gambardella – Alberto Gargani – Dario Grosso – Luigi Kalb – Carlo Longobardo – Adelmo Manna – Antonella Marandola – Maria Riccarda Marchetti – Anna Maria Maugeri – Carlo Enrico Paliero – Marco Pelissero – Lucia Risicato – Bartolomeo Romano – Francesco Schiaffo – Sergio Seminara – Silvia Tordini Cagli – Francesco Vergine – Costantino Visconti

Comitato scientifico (revisori)
Tutti i contributi sono sottoposti in forma anonima a peer review. La peer review, c.d. revisione paritaria, è finalizzata a garantire il livello qualitativo della Rivista.
I contributi pervenuti per la pubblicazione nella Rivista vengono trasmessi, in forma anonima, a un revisore scelto tra i membri del Comitato dei Revisori tenendo conto delle loro competenze specifiche.
Il Revisore trasmette alla Direzione Scientifica, nel rispetto dei tempi indicati, una succinta valutazione, adeguatamente motivata, del lavoro indicando la meritevolezza di pubblicazione. Qualora il giudizio sia di meritevolezza della pubblicazione, il Revisore può indicare, in prospettiva migliorativa, ulteriori interventi.
Sono oggetto di revisione i contributi destinati alle rubriche, agli approfondimenti, agli articoli e alle note a sentenza, nonché sotto le voci "Commenti" e "Dalle Corti" contenute nella Rivista web, inoltre sono soggetti a revisione tutti i contributi inseriti nella Rivista a stampa.
La documentazione relativa alla procedura di revisione svolta per ciascun contributo è conservata dal coordinamento di redazione.

Il comitato dei revisori della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

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

Comitato di redazione
Il *coordinamento redazionale* della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Ersi Bozheku – Giulio Colaiacovo – Fabrizio Galluzzo – Luana Granozio – Ottavia Murro

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

Silvia Astarita – Fabio Ballarini – Iacopo Benevieri – Andrea Borgheresi – Gian Marco Caletti – Diamante Ceci – Donatello Cimadomo – Angela Compagnone – Irma Conti – Sylva D'Amato – Francesco Marco De Martino – Laura Dipaola – Gaetano Galluccio Mezio – Maria Novella Masullo – Matteo Mattheudakis – Antonio Nappi – Giuseppe Palmieri – Francesco Porcu – Francesca Rocchi – Mattia Romano – Leonardo Suraci – Francesca Tribisonna

Segreteria di redazione: Gloria Giacomelli
ggiacomelli@pacinieditore.it
Phone +39 050 31 30 243 - Fax +39 050 31 30 300

Amministrazione:
Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Pisa
Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300
www.pacinieditore.it • abbonamenti_giuridica@pacinieditore.it

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.
In corso di registrazione presso il Tribunale di Pisa
Direttore responsabile: Patrizia Alma Pacini

Indice

Editoriali

Leonardo Filippi, *Il* virus trojan*: uno strumento nelle mani incontrollabili della polizia giudiziaria* p. 659

Adelmo Manna, *L'ergastolo ostativo alla luce delle pronunce delle corti interne ed internazionali* » 667

Articoli

Enrico Mezzetti, *La colpa grave del medico: dalla prospettiva dell'*ultra legem *a quella dell'*ante litteram » 673

Federico Mazzacuva, *L'ingresso dei reati tributari nel sistema di responsabilità* ex crimine *degli enti collettivi. Problemi e prospettive* » 687

Francesco Cananzi, *L'autoregolamentazione della magistratura, il ruolo del CSM e le buone prassi in materia di intercettazioni* » 707

Luigi Ludovici, *Il "nuovo" regime di impugnazione della sentenza di patteggiamento* » 729

Elvira Dinacci, *L'ineludibile riforma del sistema sanzionatorio tra illusione e realtà* » 741

Valentina Masarone, *Il problema della qualificazione giuridica delle c.d. soglie di punibilità* » 767

Opinioni

Leonardo Tamborini e Margherita Simicich, *Il* revenge porn *ad un anno dall'entrata in vigore: prime considerazioni* » 781

Sabrina Tirabassi, *"Decreto Ristori" e nuove misure per il contenimento del virus all'interno degli istituti penitenziari: licenze premio straordinarie per i detenuti in regime di semilibertà* » 787

Mattia Romano, *"Decreto Ristori" e nuove misure per la partecipazione alle udienze e il deposito di atti* » 791

Fabrizio Galluzzo, *Se la Cassazione certifica la superiorità del pubblico ministero rispetto alla difesa: il caso della consulenza "assistita da una sostanziale priorità"* » 795

Fabio Ballarini, *Profili penali del procedimento disciplinare dinanzi ai Consigli Distrettuali di Disciplina Forensi* » 799

Dalle corti

Ersi Bozheku, *La tutela dei diritti fondamentali è "sacra" e non può tollerare inefficienze organizzative o mancanza di risorse* » 811

Francesca Tribisonna, *Sulla credibilità della persona offesa in caso di ritardo nell'emersione della* notitia criminis *e di disvelamento progressivo dei fatti* » 825

Ylenia Parziale, *Abuso di autorità dell'insegnante privato nei confronti del minorenne: per le Sezioni Unite sussiste la violenza sessuale* » 835

Filippo Lombardi, *La Corte costituzionale sulla rimessione in termini per l'istanza di oblazione nel caso di riqualificazione giuridica officiosa. Osservazioni a prima lettura* » 849

Nicola Galati, *È costituzionalmente illegittimo il termine di 24 ore per impugnare il provvedimento relativo ai permessi premio* » 867

Pagine senza tempo

Iacopo Benevieri, *Recensione del libro «L'inquisizione medioevale e il processo inquisitorio» di Carlo Reviglio Della Veneria, Ed. L.I.C.E., 1951* » 877

IL *VIRUS TROJAN*: UNO STRUMENTO NELLE MANI INCONTROLLABILI DELLA POLIZIA GIUDIZIARIA

Leonardo Filippi*

1. La sentenza in commento si contraddistingue per la scarsa sensibilità sul rispetto della libertà domiciliare e della segretezza delle comunicazioni, messe ormai in ulteriore pericolo dal ricorso incontrollabile al *virus trojan*.

La pronuncia, purtroppo, si allinea a quell'indirizzo giurisprudenziale che considera il captatore informatico una semplice diversa modalità di intercettazione, dimenticando la pervasività del *malware*, nonostante la stessa sentenza riporti le parole delle Sezioni unite Scurato sulla forza intrusiva del nuovo congegno[1].

Infatti, diversi sono i profili dell'impiego del captatore informatico presi in considerazione dalla pronuncia, ma tutti risolti all'insegna della salvaguardia dei risultati raccolti, disinteressandosi del modo in cui sono stati conseguiti.

2. Anzitutto, la sentenza affronta il tema della motivazione dei decreti autorizzativi, censurati per non indicare sufficientemente le ragioni per le quali tale modalità di intercettazione mediante *virus trojan*, e quindi particolarmente invasiva, fosse necessaria per lo svolgimento delle investigazioni. La Corte osserva correttamente che l'autorizzazione riguardava un delitto di

* Professore ordinario di diritto processuale penale presso l'Università di Cagliari.

1 Le Sezioni unite Scurato avevano definito il *virus trojan* "*Uno strumento tecnologico di questo tipo consente lo svolgimento di varie attività e precisamente: – di captare tutto il traffico dati in arrivo o in partenza dal dispositivo "infettato" (navigazione e posta elettronica, sia web mail, che outlook); - di attivare il microfono e, dunque, di apprendere per tale via i colloqui che si svolgono nello spazio che circonda il soggetto che ha la disponibilità materiale del dispositivo, ovunque egli si trovi; - di mettere in funzione la web camera, permettendo di carpire le immagini; - di perquisire l'hard disk e di fare copia, totale o parziale, delle unità di memoria del sistema informatica preso di mira; - di decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema (keylogger) e visualizzare ciò che appare sullo schermo del dispositivo bersaglio (screenshot); - di sfuggire agli antivirus in commercio. I dati raccolti sono trasmessi, per mezzo della rete internet, in tempo reale o ad intervalli prestabiliti ad altro sistema informatico in uso agli investigatori*" (Sez. un., c.c. 28.4.2016, (dep. 1.7. 2016), Scurato, n. 26889/2016).

criminalità organizzata per il quale non deve essere motivata una "assoluta indispensabilità per la prosecuzione delle indagini" ma una semplice "necessità per lo svolgimento". Ma esclude la Corte che sia una formula stereotipata l'assertiva e apodittica affermazione secondo cui tale mezzo tecnico avrebbe costituito "l'unico da cui era possibile trarre notizie sulle direttive emanate dai capi *clan* in stato di detenzione, conoscere le dinamiche interne del sodalizio ed individuare il compito affidato a ciascuno dei sodali all'interno della compagine criminale". Dimentica, però, la Corte che l'autorizzazione riguardava utenze già in corso di intercettazione con modalità "ordinarie" e ciò sta a dimostrare che il ricorso al captatore non era l'unico modo per ottenere le informazioni rilevanti per le indagini, ma una modalità aggiuntiva a quella ordinaria già in corso.

3. In seconda battuta, la sentenza ritiene legittima la sovrapposizione di nuovi decreti autorizzativi di intercettazioni tramite *trojan* ad altri già in corso ed in esecuzione mediante strumenti tradizionali di captazione delle conversazioni telefoniche e tra presenti.

La sentenza motiva la decisione sostenendo, in modo molto formale, che "la disposizione di un diverso decreto di intercettazione sul medesimo bersaglio/dispositivo elettronico colpito dalle investigazioni, motivata dalla necessità di far ricorso, per ragioni investigative, allo strumento di captazione informatica sviluppato tramite *virus trojan*, configura, un nuovo ed autonomo mezzo di ricerca della prova, perfettamente legittimo in presenza del rispetto dei presupposti di legge per la sua autorizzazione, che non presenta interferenze con le intercettazioni telefoniche e/o ambientali già disposte con i mezzi ordinari, pur se l'oggetto sul quale sono stati installati i captatori informatici coincide con quello su cui sono state disposte altre intercettazioni".

La pronuncia ne deduce addirittura un "principio", che sarebbe basato, oltre che sull'analisi del dato normativo, che non prevede preclusioni di sorta per tale ipotesi, su alcune constatazioni della disciplina "di sistema" delle intercettazioni, ricavate dalla giurisprudenza della stessa Corte di cassazione, secondo cui è ben possibile, da parte dell'autorità giudiziaria, oltre che, ovviamente, far cessare l'intercettazione già disposta prima del termine ovvero non prorogarla, anche disporla nuovamente, una volta che sia scaduto per qualsiasi ragione il termine per la proroga, dovendosi in tal caso solo giustificare la nuova intercettazione (identica per obiettivo colpito) secondo gli ordinari criteri previsti dal legislatore come presupposti per l'autorizzazione [2].

[2] Si citano in tal senso Sez. VI,16.6.2005, Ciaramitaro, n. 28521, Rv. 231957, in un caso di decreto di intercettazione d'urgenza e relativa convalida, che la Corte ha ritenuto legittima in luogo del decreto di proroga di cui sia scaduto il termine, atteso che il presupposto è comunque costituito dalla permanenza dei gravi indizi di reato e dall'assoluta indispensabilità dell'intercettazione ai fini della prosecuzione delle indagini (sostenendo che tale evenienza determina, in concreto, una maggiore garanzia per l'indagato, rispetto al decreto di proroga dell'intercettazione).

A riprova della piena legittimità di sovrapposizioni di intercettazioni diverse, la pronuncia richiama la giurisprudenza di legittimità che afferma che il decreto formalmente qualificato "di proroga" dell'intercettazione, intervenuto dopo la scadenza del termine originario o già prorogato, può avere natura di autonomo provvedimento di autorizzazione all'effettuazione delle suddette operazioni, se dotato di autonomo apparato giustificativo, che dia conto della ritenuta sussistenza delle condizioni legittimanti l'intromissione nella altrui sfera di riservatezza[3].

La sentenza conclude che la legittimità di sostituire l'intercettazione di un obiettivo tramite captatore informatico a quella tramite strumenti ordinari, anche sovrapponendole nei tempi e termini di autorizzazione, discende dalla diversa natura dell'attività di intercettazione mediante *trojan* che è più pervasiva, avendo ad oggetto il complesso dei flussi informativi afferenti ad un determinato *target* e ponendosi come finalità quella di arrivare alla percezione e registrazione di conversazioni, messaggi ed informazioni ulteriori rispetto a quelle captate tramite gli strumenti ordinari. E la riprova di tale diversità deriva dalla disciplina normativa in parte differente, che è stata prevista per regolamentare i presupposti normativi per l'autorizzazione delle intercettazioni tramite captatore informatico, secondo le regole procedimentali dettate dal legislatore del 2017.

Ma l'argomentazione non convince perché il fatto che gli strumenti siano diversi non giustifica l'attentato ai medesimi beni della libertà domiciliare e della segretezza delle comunicazioni, che anzi sono doppiamente limitati.

Inoltre, pare evidente che una tale operazione di moltiplicazione di intercettazioni nei confronti dello stesso soggetto non sia consentita perché l'impiego del *virus trojan* è ammesso quando il ricorso ad altri strumenti di intercettazione non è possibile, per cui utilizzare il captatore informatico abbinato alla tradizionale intercettazione significherebbe smentire la motivazione di indispensabilità posta a sostegno del *virus trojan*. Inoltre, tale duplicazione si risolverebbe in una surrettizia elusione dei termini previsti dal legislatore per la durata delle intercettazioni, richiamati in ciascun decreto autorizzativo, che sarebbero sostanzialmente raddoppiati.

4. La sentenza affronta poi due ulteriori questioni.

La prima riguarda la denunciata scarsa precisione dei decreti autorizzativi nell'indicare le modalità con le quali la polizia giudiziaria ha potuto avvalersi del personale della ditta specializzata RCS nelle attività di inserimento del *trojan* e l'incertezza, dovuta a mancanza di adeguata documentazione e verbalizzazione delle operazioni svolte, su quali siano state le modalità attuative dell'intercettazione poste in essere dal personale privato delegato.

La seconda attiene alla mancata indicazione del nominativo di chi ha materialmente eseguito le operazioni di inoculazione del *virus* e dato luogo alla

[3] Così Sez. V, 17.7.2015 (dep. 2016), Ambroggio, n. 4572, Rv. 265746.

fase primaria e ancora più delicata della stessa installazione del *software* captatore, cioè quella di analisi dei dati relativi al dispositivo da intercettare.

Ma la pronuncia in esame, in riferimento alla mancata indicazione nei verbali di esecuzione delle operazioni di intercettazioni sia delle modalità specifiche con le quali si è installato il *virus trojan* nel dispositivo bersaglio, sia del nominativo del tecnico che ha compiuto tali operazioni, afferma che tali censure peccherebbero di genericità per non essere stato chiarito quale sia l'interesse del ricorrente avuto riguardo a tale aspetto, non essendo stati dedotti vizi o illegittimità sul piano indiziario da parte sua in conseguenza di tali carenze.

Come se l'interesse a tutelare il proprio domicilio e la segretezza delle proprie conversazioni non fosse un motivo degno di interesse e di tutela da parte dell'ordinamento. Tanto più ora che il legislatore ha previsto, nel comma 1-*bis* dell'art. 271 c.p.p., una specifica causa di inutilizzabilità per i "dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento del captatore informatico su dispositivo elettronico portatile" e per i "dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo".

5. In particolare, sulla prima questione, la sentenza in commento, segue le indicazioni delle Sezioni unite Scurato per concludere che la disciplina in tema di intercettazioni ambientali è omogenea a quella delle intercettazioni disposte tramite captatore informatico e da tale omogeneità deriverebbe, anzitutto, che le operazioni esecutive di installazione degli strumenti tecnici atti a captare le conversazioni tra presenti dovrebbero ritenersi implicitamente autorizzate ed ammesse con il provvedimento che dispone l'intercettazione; ciò sulla scorta della giurisprudenza che afferma che la collocazione di microspie all'interno di un luogo di privata dimora, costituendo una delle naturali modalità attuative di tale mezzo di ricerca della prova, deve ritenersi implicitamente ammessa nel provvedimento che ha disposto le operazioni di intercettazione, senza la necessità di una specifica autorizzazione[4].

Tale "principio" sarebbe diretta conseguenza del fatto che le intercettazioni di comunicazioni sono un mezzo di ricerca della prova funzionale al soddisfacimento dell'interesse pubblico all'accertamento di gravi delitti, tutelato dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost., con il quale il principio di inviolabilità del domicilio previsto dall'art. 14 Cost. e quello di segretezza della corrispondenza e di qualsiasi forma di comunicazione previsto dall'art. 15 Cost. devono coordinarsi, subendo la necessaria compressione[5].

La pronuncia in esame aggiunge che le operazioni di collocazione e disinstallazione del materiale tecnico necessario per eseguire le captazioni co-

[4] In tal senso cfr. Sez. VI, 31.1.2011, Di Maggio, n. 14547, Rv. 250032; Sez. I, 9.12.2003 (dep. 2004), Rigato, n. 24539, Rv. 230097.

[5] Così Sez. II, 18.2.2013, Badagliacca, n. 21644, Rv. 255541; Sez. I, 2.10.2007, Biondo, n. 38716, Rv. 238108; Sez. IV, 28.9.2005, Cornetto, n. 47331, Rv. 232777; Sez. VI, 10.11.1997, Greco, n. 4397, Rv.210062.

stituiscono "atti materiali rimessi alla contingente valutazione della polizia giudiziaria, non essendo compito del pubblico ministero indicare le modalità dell'intrusione negli ambiti e luoghi privati ove verrà svolta l'intercettazione"; inoltre "l'omessa documentazione delle operazioni svolte dalla polizia giudiziaria non dà luogo ad alcuna nullità od inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni ambientali"[6].

La giurisprudenza è giunta al punto di ritenere utilizzabili i risultati di intercettazioni acquisite tramite la collocazione di microspie, anziché mediante l'impiego di un *software* spia, così come invece era originariamente disposto nel decreto autorizzativo del giudice; e da tale provvedimento deriva che la modifica delle modalità esecutive delle captazioni, concernendo un aspetto meramente tecnico, può essere autonomamente disposta dal pubblico ministero, non occorrendo un apposito provvedimento da parte del giudice per le indagini preliminari[7]. La sentenza in esame sostiene che l'autorizzazione a disporre le operazioni di intercettazioni "rende superflua l'indicazione delle modalità da seguire nell'espletamento dell'attività materiale e tecnica da parte della polizia giudiziaria, mentre la prova delle operazioni compiute nel luogo e nei tempi indicati dal giudice stesso e dal pubblico ministero è offerta dalla registrazione delle conversazioni intercettate"[8].

In sintesi, la sentenza afferma i seguenti principi di diritto:

- le questioni relative all'installazione degli strumenti tecnici per l'intercettazione – come il *virus trojan* - in relazione all'obiettivo da intercettare non attengono alla fase autorizzativa dell'attività investigativa demandata al giudice per le indagini preliminari, né alla verifica dei presupposti di legittimità delle intercettazioni, bensì alla fase esecutiva, già coperta dall'autorizzazione a disporre le stesse intercettazioni;
- la fase esecutiva è consegnata alle prerogative del pubblico ministero che può delegare la polizia giudiziaria alle operazioni materiali di installazione tecnica degli strumenti (*software*, *hardware*, *trojan*) idonee a dar vita, in concreto, alle intercettazioni e addirittura ci si spinge ad affermare che eventuali modifiche degli strumenti già indicati nel decreto autorizzativo del G.I.P. come quelli da utilizzare per eseguire le captazioni possono essere disposte dallo stesso pubblico ministero;
- le operazioni di collocazione e disinstallazione del materiale tecnico necessario per eseguire le captazioni, anche tramite *virus trojan*, costituiscono atti materiali rimessi alla contingente valutazione della polizia giudiziaria e l'omessa documentazione delle operazioni svolte dalla polizia

[6] Sez. VI, del 23.6.2017, Nobile, n. 39403, Rv. 270941; Sez. VI,25.9.2012, Adamo, n. 41514 Rv. 253805.

[7] Sez. VI, 8.3.2018, Romeo, n. 45486, Rv. 274934.

[8] Si cita, sul tema, in motivazione – oltre che Sez. II, 18.2.2013, Badagliacca, n. 21644, Rv. 255541; Sez. I, 2.10.2007, Biondo, n. 38716, Rv. 238108; Sez. IV, 28.9.2005, Cornetto, n. 47331, Rv. 232777 – anche Sez. VI, 13.6.2017, Romeo, n. 36874.

giudiziaria non dà luogo ad alcuna nullità od inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni ambientali.

In altre parole, al giudice non interessa in che modo è stato installato il *virus trojan* perché si tratta della fase esecutiva dell'intercettazione demandata al pubblico ministero, il quale delega la polizia giudiziaria, la quale ha mano libera nell'agire, anche con modalità diverse da quelle indicate dal GIP, e comunque essa potrebbe omettere qualsiasi verbalizzazione delle operazioni compiute perché tale omissione è priva di sanzione processuale.

In altre parole, la libertà domiciliare e la segretezza delle comunicazioni sono affidate all'iniziativa della polizia giudiziaria, la quale ha pieno e incontrollabile potere di utilizzare qualsiasi mezzo per eseguire l'intercettazione e il giudice e il P.M. non vogliono nemmeno sapere come si è proceduto, cioè se in maniera più o meno legittima. E infatti, nel noto "caso Palamara", le cronache giudiziarie riferiscono che, visto che l'indagato rifiutava *mail* e messaggi vari di invito che, sotto mentite spoglie, avrebbero consentito l'accesso del *virus trojan*[9] nel *device*, il P.M., senza nemmeno avvertire il G.I.P. che aveva autorizzato l'intercettazione col captatore informatico senza precisare le modalità di inoculazione, ordinò alla polizia giudiziaria di bloccare le telefonate in uscita dal cellulare, per cui il soggetto, dopo vari ma inutili tentativi di rimediare a quello che appariva un banale guasto dell'apparecchio, ricevette un avviso di invito a resettare il sistema per superare l'inconveniente e quindi, costretto ad aderire all'invito, diede inconsapevolmente accesso al *virus trojan* nel suo dispositivo.

Quindi alla pericolosità insita nel *virus trojan* si aggiunge l'ulteriore insidia delle modalità di inserimento, che sono sconosciute al giudice e al P.M. e incontrollabili dalla difesa.

6. In riferimento all'altra questione riguardante la mancata indicazione del nome dell'ausiliario che ha provveduto all'installazione del *virus* informatico per l'intercettazione, la Corte iscrive correttamente il difetto nella categoria dell'omessa documentazione delle operazioni svolte dalla polizia giudiziaria delegata dal pubblico ministero all'esecuzione delle operazioni autorizzate e che però non dà luogo ad inutilizzabilità o nullità dei risultati delle intercettazioni, alla stessa stregua di quanto si è affermato da una parte soltanto della giurisprudenza in un ambito parallelo ma omogeneo: quello della mancata indicazione delle generalità degli ausiliari utilizzati per la traduzione delle intercettazioni di conversazioni che si svolgano in lingua straniera[10].

[9] Di solito la polizia giudiziaria fa pervenire al dispositivo portatile un *link* contenuto in un SMS inviato da un contatto frequente o in un allegato ad una *mail* che pare inoffensiva, rispondendo ai quali si apre la porta al *virus trojan*.

[10] Secondo una certa giurisprudenza, l'omessa indicazione, nel verbale di esecuzione delle intercettazioni, delle generalità dell'interprete di lingua straniera che abbia proceduto all'ascolto, traduzione e trascrizione delle conversazioni, non è causa di inutilizzabilità dei risultati di tali operazioni, essendo tale sanzione prevista solo per i casi tassativamente indicati dall'art. 271 c.

7. Un'ultima questione affrontata dalla sentenza riguarda i rischi derivanti dal servirsi per l'installazione del *trojan* di personale proveniente da ditte private. La sentenza annotata richiama la giurisprudenza di legittimità che ha già chiarito come, in tema di intercettazioni telefoniche, la previsione dell'art. 267 c.p.p., secondo cui «il pubblico ministero procede alle operazioni personalmente ovvero avvalendosi di un ufficiale di polizia giudiziaria», si riferirebbe unicamente alle operazioni previste dal precedente art. 266, ossia alle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni telefoniche o di altre forme di telecomunicazioni, con la conseguenza che qualsiasi altra «operazione» diversa, ancorché correlata, dalle suddette non rientrerebbe nella previsione normativa evocata e legittimamente, dunque, potrebbe essere svolta da personale civile[11].

In altre parole, quando serve a sorreggere la conclusione prescelta l'operazione di intercettazione mediante *virus trojan* diventa "diversa" da quella telefonica o di altre forme di telecomunicazioni.

Ma la sentenza contraddice se stessa, giacché poco prima aveva affermato che "la disciplina in tema di intercettazioni ambientali è omogenea a quella delle intercettazioni disposte tramite captatore informatico" per poi contraddirsi e sostenere che l'operazione di intercettazione mediante *virus trojan* sarebbe "diversa" da quelle telefoniche e di altre forme di telecomunicazioni. Insomma, la Corte di cassazione, che dovrebbe censurare la manifesta illogicità della motivazione, ci offre una motivazione manifestamente illogica!

8. In conclusione, ci troviamo di fronte ad una pronuncia molto deludente, che, in nome dell'efficienza del processo, sacrifica la libertà domiciliare e la segretezza delle comunicazioni, la cui limitazione è in definitiva affidata all'iniziativa, incontrollabile e priva di sanzioni, della polizia giudiziaria. Non resta che sperare che rimanga una pronuncia isolata e non apra la strada ad un nuovo illiberale indirizzo giurisprudenziale.

p. p. (Sez. V, 16.1.2020, Polak, n. 7030, Rv. 278659; Sez. V, 19.1.2018, Kochev, n. 15472, Rv. 272683; Sez. VI, 10.11.2017 (dep. 2018), Feretti e altri, n. 5197, Rv. 272151; Sez. VI, 23.3.2017, Lleshaj, n. 31285, Rv. 270570; Sez. III, 19.1.2017, Mifsud, n. 24305, Rv. 269985; Sez. V, 15.4.2015, Silagadze, n. 25549, Rv. 268024; Sez. VI, 4.6.2008, El Arbaoui, n. 24141, Rv. 240372; Sez. VI, 12.7.2007, Barbu, n. 30783, Rv. 237088). Anche le Sezioni Unite che con la pronuncia 26.6.2008, Carli, n. 36359, Rv. 240395, in motivazione, hanno chiarito come la violazione delle disposizioni sulla redazione del verbale poste dall'art. 89 disp. att. c.p p. non comporta l'inutilizzabilità dei risultati dell'intercettazione, ostandovi il principio di tassatività che governa la sanzione processuale, e, dunque, l'assenza di riferimenti in tal senso nell'art. 271 c. p. p. Secondo altro indirizzo giurisprudenziale l'omessa indicazione, nel verbale di esecuzione delle intercettazioni, delle generalità dell'interprete di lingua straniera che abbia proceduto all'ascolto, traduzione e trascrizione delle conversazioni, rende invece inutilizzabili i risultati di tali operazioni: Sez. III, 12.11.2013, Muka, n. 49331, Rv. 257291; Sez. III, 4.11.2015 (dep. 2016), Serban, n. 28216, Rv. 267448; Sez. III, 4.11.2015 (dep. 2016), Burcea, n. 31454, Rv. 267738.

[11] Cfr. in tal senso Sez. IV, 1.12.2016 (dep. 2017), Agnotelli, n. 3307, Rv. 269012; Sez. III, 7.1.2014, Vita, n. 11116, Rv. 259744, nonché Sez. VI, del 23/6/2017, Nobile, n. 39403 cit., in motivazione.

L'ERGASTOLO OSTATIVO ALLA LUCE DELLE PRONUNCE DELLE CORTI INTERNE ED INTERNAZIONALI*

Adelmo Manna**

Prima di analizzare *funditus* le questioni inerenti al c.d. ergastolo ostativo, appare opportuno enucleare, seppure in estrema sintesi, i principali problemi dell'ergastolo come pena perpetua, che infatti si pone inevitabilmente in linea conflittuale con l'art. 27, co. 3 Cost., sia con riferimento al senso di umanità, sia con riguardo alla sostanziale inutilità di ri-educare un soggetto quando non potrà mai essere ri-socializzato, cioè reinserito nel contesto sociale. A questo proposito riteniamo opportuno riportare il pensiero di colui che non è stato solo un grande penalista e filosofo del diritto, ma soprattutto un vero e proprio uomo di Stato, che si caratterizzava soprattutto per la sua lungimiranza, tanto è vero che è stato ucciso barbaramente dalle Brigate Rosse proprio perché aveva capito, fra i primi, che era opportuno costituire un Governo nella Prima Repubblica con l'appoggio esterno del PCI, così rendendosi conto com'era necessario per l'interesse superiore del Paese, "sdoganare" il Partito comunista, in tal modo contribuendo all'ultimazione del lento e progressivo processo di democratizzazione. Stiamo, com'è ormai chiaro, parlando di Aldo Moro, che, in qualità di penalista, si è occupato anche dell'ergastolo, in relazione al quale il Nostro fornisce un giudizio negativo, in linea di principio, simile a quello rivolto alla pena capitale, in quanto anche l'ergastolo elimina dal consorzio sociale la figura del reo. È, però, necessario, a questo punto, lasciare la parola proprio ad Aldo Moro, che infatti così affermava: "L'ergastolo che, priva com'è di qualsiasi speranza, di qualsiasi prospettiva, di qualsiasi sollecitazione al pentimento ed al ritrovamento del soggetto, appare *crudele*

* Testo, riveduto e con l'aggiunta delle note, della Relazione tenuta all'omonimo Convegno svolto presso il Tribunale penale di Roma il 27 gennaio 2020.

** Professore ordinario di diritto Penale presso l'Università di Foggia.

e *disumana* non meno di quanto sia la pena di morte. Ed è, appunto, in corso nel nostro ordinamento – che conosce ancora la pena dell'ergastolo anche se non conosce più la pena di morte – una riforma che tende a sostituire a questo fatto agghiacciante della pena perpetua – ("non finirà mai, finirà con la tua vita questa pena") – una lunga detenzione, se volete, una lunghissima detenzione ma che non abbia le caratteristiche veramente pesanti della pena perpetua che conduce ad identificare la vita del soggetto con la vita priva di libertà. Questo, capite, quanto sia psicologicamente crudele e disumano" (corsivo aggiunto[1]). Sussistono, però, in relazione all'ergastolo *tout court*, diverse sentenze della Corte costituzionale[2], che, appunto, di fronte alla pena perpetua, hanno ritenuto di rinvenirvi una ovviamente, seppur parziale, legittimazione che, tuttavia avrebbe evitato uno scontro frontale con l'art. 27, co. 3 Cost., mediante il ricorso ad istituti che avrebbero, benché *ab externo*, ridotto la rigidità e fissità della pena in oggetto. Trattasi, com'è noto, della liberazione condizionale, della liberazione anticipata, della semilibertà e dei cc. dd. permessi-premio. A dimostrazione, però, che non poteva che trattarsi di una legittimazione *ab externo* fornita, la ricaviamo proprio dalla problematica inerente al c.d. ergastolo ostativo, cioè a quel tipo di ergastolo di cui all'art. 41-*bis* ord. pen., per i reati indicati dal precedente art. 4-*bis*, integrato dalla Legge n. 3 del 2019 c.d. "Spazzacorrotti", che ha esteso l'ambito di influenza dello stesso art. 4 *bis* anche ai diversi delitti di concussione e corruzione, comprese anche l'induzione indebita, l'istigazione alla corruzione ed infine il peculato, la concussione, l'induzione, la corruzione e l'istigazione alla stessa, ma di membri delle Corti internazionali o degli organi delle Comunità europee o delle Assemblee parlamentari internazionali etc.. Per i reati *de quo*, infatti, l'ergastolo ostativo comporta l'inibizione del ricorso a qualunque tipo di beneficio penitenziario, a meno che il soggetto stesso non abbia collaborato con le autorità inquirenti e/o giudicanti, così mostrando di aver rescisso i legami, in particolare, con la criminalità organizzata. Si tratta, in sostanza di un meccanismo c.d. 'a forbice', nel senso che il soggetto in ergastolo ostativo, per ottenere i benefici *de quo*, deve però fornire una collaborazione processuale, in relazione alla quale vanno tuttavia mossi alcuni rilievi critici. In primo luogo, il diritto penale diventa "servente" alle esigenze del processo e, quindi, probatorie, per cui si tratta di quella che già Tullio Padovani, nel lontano 1981, aveva icasticamente definito "la soave inquisizione"[3].

---

[1] Moro, *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale – tenute nella facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma*, raccolte e curate da F. Tritto e con presentazione di G. Vassalli, Bari, 2005, 115 ss. e, *quivi*, 116.

[2] Corte cost., n. 204/1974, con riguardo alla liberazione condizionale della pena; Corte cost., n. 274 del 27 settembre del 1983, in *Foro it.*, 1983, I, 233, con nota di Grevi, con riguardo alla liberazione anticipata. Di recente, per una critica invece serrata all'ergastolo ostativo, cfr. Nappi, *La crisi del sistema delle sanzioni penali*, Napoli, 2010, 132 ss.

[3] Padovani, *La soave inquisizione – Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in *RIDPP*, 1981, 529 ss.

In secondo luogo, non è affatto assicurata la veridicità di quanto riferito dal collaborante, tanto ciò è vero che dopo il già ricordato e assai discusso caso Tortora, la giurisprudenza ha reagito richiedendo comunque la sussistenza di "riscontri esterni individualizzanti" che comprovino, cioè non solo la sussistenza del fatto di reato, ma anche la compartecipazione del soggetto accusato al fatto stesso[4].

In terzo luogo, questa volta da un punto di vista tipicamente del diritto penale sostanziale, non è affatto scontato che la collaborazione processuale riesca a disgregare dall'interno l'organizzazione criminale, per cui anche sotto questo profilo residuano riserve, questa volta in chiave funzionale, rispetto al modello c.d. a forbice. Stabilito ciò, la totale privazione, tranne l'eccezione da ultimo ricordata, di qualunque tipo, di beneficio penitenziario, ha però di recente indotto la Corte EDU con la sentenza Viola c. Italia n. 219[5] a ritenere l'ergastolo ostativo in ogni caso contrario al "*senso di umanità*" e, quindi, evidentemente, anche al principio di risocializzazione. La Corte costituzionale italiana, però, seppure in una sentenza ormai risalente[6], ha invece sostanzialmente 'salvato' l'ergastolo ostativo, nel senso che ha ritenuto legittima la subordinazione dell'ammissione ai benefici penitenziari, alle misure alternative ed alla liberazione condizionale all'avvenuta collaborazione processuale. In tal modo, però, la prevenzione generale prevale nettamente sulle esigenze legate alla prevenzione speciale. Di diverso avviso, come abbiamo potuto constatare, la CEDU, non solo nella sentenza Viola, ma anche nella successiva pronuncia della *Grande Chambre* che, in data 8 ottobre 2019, ha confermato i principi della sentenza Viola dichiarando 'irricevibile' il ricorso dello Stato italiano. La stessa Corte EDU si era mostrata anche di più ampio respiro rispetto al caso Viola in un'altra sentenza sempre del 2019, nel caso Petkhov v. Uckraine[7]. Per esaminare meglio la 'risposta' data alla Corte EDU dalla nostra Corte costituzionale, è però necessaria una premessa circa la possibilità o meno di bilanciare, nell'ambito del dialogo tra le Corti, concetti come quello rela-

[4] Cfr., da ultimo, Cass., VI penale, sent. n. 45733 del 2018.

[5] CEDU, Sez. I, sent. 13 giugno 2019, Viola c. Italia, in RIDPP, 2019, 925 ss.; in argomento, per tutti, Dolcini, *Dalla Corte EDU una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *ibid., loc. ult. cit.*; sull'ergastolo ostativo, da ultimo, cfr. anche De Francesco, *L'invito al diritto penale*, Bologna, 2020, spec. 167 ss.; Bernardi S., *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la presunzione assoluta all'accesso ai permessi premio* ex *art. 4*-bis*, comma 1, ord. pen.*, in *Sistema penale*, 28 gennaio 2020; Id., *L'ostatività ai benefici penitenziari non può operare nei confronti dei condannati minorenni: costituzionalmente illegittimo l'art. 2, comma 3, D.Lgs. 20 0ttobre 2018*, n. 121, in *ibid.*, 29 gennaio 2020 (nota a Corte cost., sent. 6 dicembre 2019, n. 263, (Pres. Carosi, Rel. Amato).

[6] Corte cost., sent. n. 135 del 2003, su cui sia consentito il rinvio a Manna, *Rapporti tra diritto penale sostantivo e processo penale a trent'anni dal Codice Vassalli*, in *Arch. pen.* (web), 2019, n. 3, 14-15.

[7] CEDU, sez. IV, 12 marzo 2019, Petkhov v. Ukraine, in *DPP*, 2019, 1303 ss., con nota di Brucale, *L'ergastolo in Europa e il "right to hope". La sentenza "Petkhov c. Ukrain" nel panorama giurisprudenziale della Corte EDU*, in *ibid., loc. ult. cit.*

tivo alla 'dignità umana', oppure al nostro 'senso di umanità'. Esiste, infatti, un'importante corrente della filosofia del diritto, impersonata in particolare dal Collega Massimo La Torre, che ritiene come non siano affatto bilanciabili concetti come quelli su ricordati, perché, data la loro ritenuta assolutezza, non sarebbero correlabili con concetti di segno opposto[8].

Questa impostazione non appare, tuttavia, convincente, perché è proprio nell'essenza di *Dike*, cioè la dea della giustizia, rappresentata ideograficamente non a caso da una stadera[9], il bilanciamento tra opposte esigenze giacché, se così non fosse, non si saprebbe, anche nel caso di specie, spiegare come il successivo intervento della Corte costituzionale abbia solo in parte recepito il *dictum* della Corte EDU nel caso Viola[10]. La Corte costituzionale, infatti, con la sentenza n. 253 del 2019[11], non ha recepito *in toto* le argomentazioni della Corte EDU perché, se così si fosse condotta, avrebbe dovuto dichiarare l'integrale illegittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo proprio perché contrario al 'senso di umanità', di cui all'art. 27, co. 3, Cost., per riferirsi alla norma costituzionale nostrana. Per comprendere, invece, appieno il senso ed i limiti della sentenza della Corte costituzionale, che sembra sia passata per un'esigua maggioranza ovverosia, nove giudici a favore ed otto contrari, bisogna partire dal caso concreto, che è poi quello che condizionerà fortemente il *dictum* della Corte nostrana. La Corte di Cassazione, con ordinanza del 20 dicembre 2018, aveva infatti sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, co. 1, L. 20 luglio 1975, n. 354 in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., non in linea generale, ma *soltanto* nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo ostativo possa essere ammesso alla fruizione di un "permesso premio".

Il *petitum* non riguarda l'intiero ergastolo ostativo e quindi l'esclusione da tutti i benefici penitenziari, ma soltanto l'esclusione da uno di essi, ovverosia il permesso premio. Da ciò si evince chiaramente come il caso concreto abbia influito grandemente sul *dictum* della Corte costituzionale, tanto è vero

[8] La Torre, *I dibattiti sulla giustizia costituzionale. Tra teoria e storia. Relazione al Convegno dal titolo: "Dialogo tra Corti e bilanciamento: un approccio multidisciplinare*", Università di Foggia, Dipartimento di Giurisprudenza, 30 ottobre 2019 (Atti in corso di pubbl.).

[9] In argomento, cfr. di recente, Cacciari; *Destino di Dike*, in Cacciari-Irti, *Elogio del diritto, con un Saggio di Werner Jaeger*, Milano, 2019, 65 ss.

[10] In quest'ultima prospettiva, in generale, Tesauro A., *Corte EDU e Corte cost. tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-generali e ricadute penalistiche – Parte prima: il bilanciamento ad hoc o caso per caso,* in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 giugno 2019; Id., *Il gioco delle tre Corti: Corte CEDU, Corte costituzionale e Corti comuni tra teoria del bilanciamento e teoria del precedente*, in AA.VV., *Dialogo tra corti e bilanciamento, etc. loc. ult. cit.*; sul bilanciamento degli interessi v. anche di recente, Nisco, *Neokantismo e scienza del diritto penale – Sull'involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo novecento*, Torino, 2019, spec. 219 ss.

[11] Corte cost. sent. 4 dicembre 2019, n. 253 Pres. Lattanzi, Red. Zanon, in *Eius*, in *www.eius.it/giurisprudenza/2019/699*, 1 ss.; nonché in *Guida al dir.*, 2020, n. 5, 18 gennaio, 64 ss., con osservazioni di Fiorentin, *La Consulta rimodella solo l'istituto previsto per i delitti "ostativi"*, in *ibid.*, 77 ss.; nonché Id., *Condizioni stringenti per la concessione dei permessi-premio*, in *ibid.*, 85 ss.

che la Corte medesima, pur essendo ben consapevole del più ampio pronunciamento espresso dalla Corte EDU in materia, non segue affatto tale ultimo pronunciamento, che menziona solamente, perché il problema non è, appunto, posto in linea generale, bensì solo con riferimento allo specifico beneficio di cui abbiamo in precedenza trattato. Chiarita questa *actio finium regundorum*, della sentenza della Corte costituzionale, che altrimenti non potrebbe essere compresa se non, appunto, nell'ambito di una prospettiva legata, in definitiva, al bilanciamento dei beni, veniamo però ora a ciò che accomuna la sentenza della Corte EDU alla sentenza della Corte costituzionale. Il tratto comune e quindi il principio di diritto che viene affermato da entrambe le Corti consiste nell'affermazione dell'illegittimità della presunzione assoluta di pericolosità e ciò, per venire alla sentenza della Corte costituzionale italiana, per contrasto proprio con gli artt. 3 e 27, co. 3, Cost. L'art. 3 Cost. viene in considerazione in quanto la presunzione assoluta parifica irragionevolmente tutti i casi e l'art. 27, co. 3 Cost. perché, conseguentemente, essendo l'ergastolo ostativo contrario al senso di umanità, non può consentire quel processo di 'individualizzazione' che risulta funzionale, non solo al rispetto dello stesso senso di umanità ma anche, di conseguenza, alla stessa rieducazione del condannato.

Per tale ragione la Corte costituzionale dichiara illegittima la normativa di cui all'art. 4 *bis* o.p., seppure solo in riferimento alla inibizione della concessione dei permessi-premio, proprio perché fondata su di una presunzione assoluta di pericolosità che, invece, deve essere sostituita, affinché la norma risulti conforme alla Costituzione, nonché alla normativa comunitaria, con una *presunzione relativa*.

In tal modo si potranno concedere permessi-premio, non solo nell'ipotesi originaria relativa alla collaborazione processuale, ma anche in quella in cui il giudice dell'esecuzione, nel caso concreto, valuti, attraverso gli strumenti offertigli dall'ordinamento, dalla relazione del direttore del carcere, alla valutazione del comportamento del condannato ed anche mediante ausilio di una perizia criminologica, esperibile sinora solo in sede di esecuzione, la mancanza di pericolosità del condannato. Va da sé che, così, la discrezionalità del giudice risulti notevolmente ampliata e ciò spiega, ma non giustifica, le reazioni, talvolta decisamente unidirezionali, di settori importanti della magistratura, soprattutto inquirente. Tali reazioni, infatti, sottolineano in definitiva soltanto la pericolosità soprattutto della criminalità organizzata che, sia detto per inciso, consiste in un'osservazione quasi scontata, senza tener conto che anche per criminali di così notevole caratura i principi costituzionali devono comunque valere. La sentenza della Corte costituzionale non si limita, però, alla legittimità della concessione dei permessi-premio nell'ambito dei reati associativi, ma anche con riguardo a quei delitti dei p.u. contro la P.A., che abbiamo ricordato precedentemente, proprio perché anch'essi inseriti nel novellato art. 4-*bis* o.p. dalla L. n. 3 del 2019.

In conclusione, siamo dell'avviso che la sentenza della Corte costituzionale costituisca un punto di partenza e non già di arrivo, non solo perché nel

futuro prossimo ci si dovrà interrogare sulla legittimità dell'esclusione degli altri benefici penitenziari, ma, più in generale, in quanto prima o poi bisognerà pure domandarsi se lo stesso ergastolo, anche non ostativo, sia contrario o no alle norme costituzionali e/o comunitarie, tenendo conto che, in particolare, nei Paesi del nord Europa come, ad es., nella Repubblica federale tedesca, la pena detentiva non può superare i venti anni di reclusione e così pure si era orientato il Progetto di riforma Grosso-Pulitanò da noi, che infatti prevedeva, al posto dell'ergastolo, una detenzione di lunga durata, sino cioè a ben trenta anni di reclusione. Anche in questo caso, tuttavia, le esigenze di prevenzione speciale sono state sacrificate dalla generalprevenzione[12], espressa soprattutto dalla politica giudiziaria del Ministro della Giustizia di turno.

Qui il discorso si amplia nell'ambito di una riflessione sul carattere ancora "carcerocentrico" del sistema penologico italiano ove invece la pena detentiva dovrebbe essere limitata ai delitti di criminalità terroristica e organizzata, nonché ai delitti di sangue, mentre in altri settori dovrebbe incidere la pena pecuniaria, subordinata però alla commisurazione con il sistema c.d. a tassi giornalieri[13], nonché le sanzioni interdittive e le pene prescrittive, in rapporto alla c.d. "*restorative justice*"[14], ma questo è un discorso molto più ampio, di sistema, che in questa sede può essere solo, ovviamente, enunciato.

[12] Sulle esigenze legate al c.d. diritto alla sicurezza, cfr. di recente, Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, spec. 73 e ss. proprio con riferimento al c.d. populismo penale, di cui è sicura espressione la L. n. 3 del 2019; sul populismo penale v. anche di recente, Nisco, *op. cit.*, 207 ss. Un'accezione del concetto di sicurezza diametralmente opposta a quella della vulgata ministeriale, è espressa recentemente pure da Moccia, *La sicurezza è accesso ai diritti*, in *Il Manifesto*, 8 febbraio 2019, nonché in *Discrimen*, 2019.

[13] Che consiste in una duplica operazione che deve effettuare il giudice penale, nel senso che nello stabilire il numero delle quote o dei tassi deve tener conto sia delle gravità del fatto, che del *quantum* di colpevolezza mostrato dal soggetto, mentre nel calcolare l'ammontare della quota o del tasso deve tener conto della capacità economico-finanziaria del reo. Tale modello in vigore soprattutto nei sistemi penali dei Paesi del nord Europa e introdotto anche da noi nella responsabilità da reato degli enti ha dato buona prova di sé, tanto che, ad esempio in Germania, l'85% delle sanzioni penali sono costituite da pene pecuniarie, mentre solo il 15% da pene detentive. Per i relativi riferimenti bibliografici, sia consentito il rinvio a Manna, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 4, Milano, 2017, 645 ss. e, spec. 647 ss.

[14] In argomento, da ultimo, Ceretti, con Nisivoccia, *Il diavolo mi accarezza i capelli – Memorie di un criminologo*, Milano, 2020.

LA COLPA GRAVE DEL MEDICO: DALLA PROSPETTIVA DELL'*ULTRA LEGEM* A QUELLA DELL'*ANTE LITTERAM**

Enrico Mezzetti**

Sommario: **1.** Corsi e ricorsi storici sulla colpa del medico: dal decreto Balduzzi alla Gelli-Bianco passando per un contrasto giurisprudenziale permanente. – **2.** L'*ultra* (o *contra*) *legem* del *dictum* Mariotti. – **3.** Dalle Sezioni Unite ad oggi: cantieri (ancora aperti) e lavori in corso. – **4.** Il *trend* della prova per indicatori. – **5.** Il richiamo all'art. 2236 c.c. come risposta alla distinzione tra *culpa in eligendo* e *culpa in faciendo* post Mariotti. – **6.** Per concludere: un ritorno all'*ante litteram* della colpa grave al riparo dalle *Straf-kulturnormen*.

ABSTRACT

Negli ultimi anni, la disciplina della responsabilità dei medici e dei sanitari ha subito un profondo mutamento sotto il profilo normativo ed una – conseguente – copiosa e approfondita analisi da parte della giurisprudenza. Il presente contributo, partendo dall'analisi del decreto Balduzzi e della legge Gelli-Bianco, si propone di ripercorrere le tappe evolutive che hanno caratterizzato la materia in parola. Ed infatti, nonostante l'intervento delle Sezioni Unite con la sentenza Mariotti, la giurisprudenza e la dottrina hanno continuato a profondere i propri sforzi nel dare un assetto maggiormente stabile alla disciplina della colpa medica e dei sanitari. Detta evoluzione, tuttavia, come si vedrà, pare condurre inesorabilmente ad un eterno ritorno al paradigma della colpa grave.

In recent years, the responsibility of doctors and health workers has undergone a profound change from the normative point of view and a copious and in-depth analysis by the jurisprudence. This contribution, starting from the analysis of the Balduzzi decree and the Gelli-Bianco law, aims to retrace the evolutionary stages that have characterized this matter. In fact, despite the intervention of the Joint Sections with the Mariotti ruling, jurisprudence and doctrine have continued to make its efforts in giving a more stable structure to the discipline of medical negligence. This development, however, as will be seen, seems to be leading inexorably to an eternal return to the paradigm gross negligence.

---

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole. Il presente contributo è destinato al *Liber amicorum* per Adelmo Manna.

** Professore ordinario di Diritto Penale presso l'Università degli Studi Roma Tre.

1. Corsi e ricorsi storici sulla "colpa grave" del medico: dal decreto Balduzzi alla Gelli-Bianco passando per un contrasto giurisprudenziale permanente.

Come noto, il "*c'era una volta*" della colpa grave del medico è stato scritto col DL 158/2012 (decreto Balduzzi) come risposta, a tutto campo, al progressivo sfumare di quell'iniziale atteggiamento comprensivo della giurisprudenza di fronte agli errori del personale sanitario e al conseguente dilagare della medicina difensiva[1]: tanto che lo stesso Adelmo Manna – cui questo scritto è dedicato – ne ha segnalato sin da subito il carattere di "legge zibaldone" o "contenitore", trattandosi di un complesso normativo esteso anche alla veterinaria come all'assistenza al personale navigante[2].

Pur non ricorrendo *expressis verbis* alla locuzione di colpa grave, la legge esclude, infatti, la responsabilità per colpa lieve, confinata nell'art. 2043 c.c. per effetto di una sorta di *abolitio criminis* parziale[3], e pone così l'esigenza di definire quella che lieve non è, sia essa ordinaria, grave o persino gravissima.

Superati, allora, i primi dubbi di legittimità costituzionale riguardanti l'esclusione di attività socialmente utili, analogamente complesse e potenzialmente pericolose[4], è proprio la nozione di colpa grave, in quanto criterio selettivo del penalmente rilevante e non più mero criterio di commisurazione della pena ai sensi dell' art. 133 c.p. che, pur in presenza di qualche sporadico precedente[5], alimenta fondati sospetti di contrasto col canone della determinatezza della fattispecie (art. 25 cpv. Cost.), essendo desumibile semmai in negativo rispetto a quello di *culpa levis* nella quale, tuttavia, i giudici di legit-

[1] Manna, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa University Press, 2014, 161 ss. Per un commento alla normativa cfr., tra i tanti, anche Pulitanò, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del* novum *legislativo*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 4/2013, 73 ss.; Risicato, *Linee guida e imperizia "lieve" dopo la l. 189/2012: i primi commenti della Cassazione*, in *Dir. Pen. proc.*, 2013, 701 ss.; Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, 2017, 261 ss.

[2] Manna, *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 91.

[3] Così anche Giunta, *Protocolli medici e colpa penale secondo il "Decreto Balduzzi"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 831.

[4] I dubbi erano stati formalmente sollevati dal Tribunale di Milano, sez. IX penale, con ordinanza del 21.03.2013, in *www.penalecontemporaneo.it,* 29.03.2013, con nota di Scoletta, *Rispetto delle linee guida e non punibilità della colpa lieve dell'operatore sanitario: la "norma penale di favore" al giudizio della Corte costituzionale;* poi respinti da Corte Cost., con ord. 6.12.2013, n. 295 (avendo il giudice *a quo*, ad avviso della Corte, omesso di descrivere in maniera esatta la fattispecie concreta e di fornire un adeguato fondamento alla rilevanza della questione), con nota di Gatta, *Colpa medica e linee-guida: manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto Balduzzi sollevata dal Tribunale di Milano*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9.12.2013.

[5] Cfr., a titolo esemplificativo: art. 217, R.D. 267/1942 in tema di bancarotta semplice; art. 2236 c.c. sulla responsabilità civile del professionista; art. 64 c.p.c. sulla responsabilità del consulente tecnico; art. 5, L. 472/1997 nell'ambito degli illeciti amministrativi tributari; art. 2, comma 3, L. 117/1998 sulla responsabilità civile del magistrato.

timità fanno genericamente confluire diversi livelli intermedi, posizionandosi sulla soglia della *culpa lata*[6]. Tanto che ogni tentativo di una codificazione è rimasto "perennemente *de lege ferenda*"[7]. A tacere delle evidenti difficoltà di identificare linee-guida e, peggio ancora, buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica al cui rispetto riconnettere l'efficacia scusante della novella normativa: tema comunque meno annoso, costituendo pur sempre il reato colposo una fattispecie a forma aperta di rinvio a norme extrapenali (persino esperienziali) a carattere cautelare[8], sotto il profilo delle regole di imperizia[9] o anche, come infine sostenuto in giurisprudenza, di quelle di mera negligenza o imprudenza.

Sta di fatto che, col decreto Balduzzi, la legalità entra in crisi per l'espressa presa di posizione del legislatore che si affida a concetti difficilmente dominabili dall'agente *ante factum* senza fornire elementi inequivoci, forse neppure reperibili, sul piano definitorio, con ennesimo affidamento ad operazioni di supplenza giurisprudenziale.

Nemmeno si fa in tempo a trovare un equilibrio nell'incertezza della *lex scripta* o a ponderarne i suoi effetti sul piano applicativo che lo scenario cambia (o almeno sembra) col sopravvenire, ad appena cinque anni di distanza, della L. 24/2017 (cd. Gelli-Bianco) che, al netto della pessima qualità di tecnica legislativa[10] o dell'inserimento di incisi del tutto superflui (art. 590-*sexies*, comma 1, c.p.), sferra due "colpi bassi" tanto alla precedente disposizione, peraltro oggetto di abrogazione espressa, quanto al diritto vivente: da un lato, abbandonando ogni riferimento alla gradazione della colpa e, dall'altro, restringendo la non punibilità all'imperizia a fronte dell'osservanza delle sole linee guida istituzionalmente riconosciute a livello ministeriale.

---

6 Da ultimo, sia pur in altro ambito, si premura di segnalare, previa ampia ricostruzione degli studi in materia, l'indeterminatezza della nozione di "colpa grave" Piva, *Le componenti impulsive della condotta tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena,* Jovene, 2020, 285 ss.

7 In questi termini Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, 1996, 275 (nota 254) e poi Castronuovo, *La colpa penale*, Giuffrè, 2009, 529 e 531.

8 Così, Manna, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa University Press, 2014, 187.

9 Cass., Sez. IV, 27.04.2015, n. 26996, in *C.E.D. Cass.*, n. 263826; Cass., Sez. IV, 29.01.2013, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11.04.2013, con nota di Cupelli, *I limiti di una codificazione terapeutica (a proposito di colpa grave del medico e linee guida)*, ivi, 10.06.2013 e in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1179.

10 Si rinvia ai rilievi critici svolti, ad esempio, da Risicato, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *www.lalegislazionepenale.eu,* 7.06.2017; Cupelli, *L'art. 590*-sexies *c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'imperizia medica (ancora) punibile,* in *Cass. pen.*, 5/2018, 1474 ss.; o anche da Forti, *Una prospettiva «diabolicamente umana» sul rapporto tra norma e sanzione nell'ordinamento penale*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero-Viganò-Basile-Gatta, tomo I, cit., 207 s.

Nondimeno, al di là delle intenzioni – le medesime che avevano animato il decreto Balduzzi[11] – ancora soluzioni mancate e nuovi problemi[12]: dalla necessità di distinguere l'imperizia dalla negligenza o imprudenza, all'esigenza di attendere gli esiti della complessa procedura burocratico-amministrativa di accreditamento delle linee guida con ripiego sulle buone prassi (queste sconosciute) sino al compito, divenuto ancor più nevralgico, di parametrare la colpa alla specificità del caso concreto in relazione all'alternativa tra un'interpretazione letterale dell'art. 590-*sexies* c.p. (ossia, esclusione della responsabilità nei confronti del sanitario che, pur avendo provocato un evento lesivo a causa di imperizia, anche grave, abbia fatto applicazione di direttive qualificate in un qualche momento, a prescindere da quello concreto in cui l'imperizia si sia manifestata)[13] e una sistematica o costituzionalmente orientata (volta a delimitare l'ambito di operatività della norma ai casi di osservanza di linee guida pertinenti e costantemente adeguate alle peculiarità del caso clinico, sempre che non emergano esigenze di scostamento)[14].

Qualche isolata pronuncia, anche sui rapporti intertemporali tra le discipline succedutesi in pochi anni e sul recupero in sede penale dell'art. 2236 c.c., e subito il contrasto alle Sezioni Unite.

2. L'*ultra* (o *contra*) *legem* del *dictum* Mariotti.

Inevitabile la presa di posizione del massimo consesso[15].

Meno scontata, invece, la doglianza espressa rispetto alle due pronunce sopra richiamate per la mancanza di una sintesi interpretativa capace di ricostruire l'effettiva portata dell'art. 590-*sexies* c.p., a partire dell'art. 12 disp. leg. gen., che, pur vincolando l'interprete a considerare necessariamente il significato letterale della disposizione, non gli nega di oltrepassarlo ove si tratti dell'unica opzione interpretativa costituzionalmente orientata.

[11] Non mortificare la professionalità della classe medica, prevenire la medicina difensiva e limitare il contenzioso giudiziario: in questi termini Brusco, *Cassazione e responsabilità del medico. Tipicità e determinatezza nel nuovo art. 590*-sexies c.p., in *Dir. Pen. Cont.*, 11/2017, 205 ss.; B. Romano, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi*, in *www.penalecontewmporaneo.it,* 16.11.2018, 10; Caletti-Mattheudakis, *Una prima lettura della legge Gelli-Bianco nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2/2017, 85 s.; Id., *La fisionomia dell'art. 590*-sexies *c.p. dopo le Sezioni Unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, ivi, 4/2018, 41 s.; Roiati, *La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in *Arch. Pen.*, 2/2017, 2.

[12] Sottolinea convintamente come le aspettative della riforma siano state deluse Romano, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria tra antichi dubbi e nuovi problemi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16.11.2018, 1.

[13] Cass., Sez. IV, 31.10.2017, n. 50078 (cd. Cavazza), in *www.deiuregiuffre.it* (d'ora in poi, per brevità, *DJG*).

[14] Cass. Sez. IV, 7.06.2017, n. 28187 (cd. Tarabori-De Luca), in *DJG*.

[15] Cass., Sez. Un. 21.12.2017, n. 8770, in *DJG*.

Tanto premesso, la sentenza, già ampiamente commentata[16], ribadisce che il presupposto di operatività della norma in esame risiede nella causazione dell'evento (di morte o lesioni) per colpa da imperizia, precisando come per il sanitario non vi sia alcuno sconto sull'errore di *selezione* ma semmai solo in quello di *attuazione* delle linee guida (sempre che, anche in tal caso, le stesse non risultino in qualche modo disattese), tenuto conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico. Come dire: «*linee guida scelte peritamente, eseguite imperitamente, ma non molto*»[17].

Ed è qui che il *dictum* giurisprudenziale si risolve, in fondo, in un *nihil sub sole novum*, se non fosse per il fatto che, in assoluto spregio della nuova *littera legis* che depone per l'esclusione a certe condizioni di qualsiasi colpa (anche di quella lieve), torna ad attribuire un ruolo ermeneutico alle sue gradazioni in rapporto all'errore sulla scelta o sull'esecuzione delle raccomandazioni di linee guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate.

Colpa grave *praeter* o persino *contra* ma comunque di sicuro *ultra legem*[18]: come di recente ben rilevato a proposito del ruolo della funzione nomofilattica della Cassazione (nell'ambito di un gruppo di ricerca coordinato da Francesco Palazzo), per chiarire i confini della causa di non punibilità delineata dall'art. 590-*sexies* c.p. si è infatti ritenuto doveroso andare *oltre* le parole della legge per giungere a un risultato costituzionalmente adeguato in grado di assurgere a "diritto vivente" nella materia in esame"[19].

Riaffiorano, allora, i criteri già individuati dalla giurisprudenza *post* Balduzzi e *ante* Gelli-Bianco, specie nella sentenza Cantore[20], un po' come se nulla fosse frattanto successo, con ennesimo immancabile richiamo all'art. 2236 c.c., la cui estensione in ambito penale – sia pur come norma speciale o sussidiaria ovvero condizionata ai presupposti dell'inosservanza di una rego-

---

16 Tra i tanti Blaiotta, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28.05.2018, 2; Risicato, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza* in bonam partem *dell'imperizia "lieve" del medico*, in *Giur. it.*, 4/2018, 948 ss.; Caputo, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv.it. med. leg.*, 2018, 359 ss.; Roiati, *Il compromesso interpretativo* praeter legem *delle Sezioni Unite in soccorso del nuovo art. 590-*sexies *c.p.*, in *Arch. pen.*, 2/2018, 426 ss.; Piras, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, in *www.penalecontemporaneo.it,* 20.04.2018, 4 ss.

17 Piras, *L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza Post Mariotti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18.01.2019, 5.

18 Bartoli, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. Pen. Cont.*, 5/2018, 241 e 247.

19 Maiello, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sistema Penale*, 3/2020, 140-141.

20 Cass., Sez. IV, 9.04.2013, n. 16237, in *www.penalecontemporaneo.it,* 11.04.2013, con nota di Viganò, *Linee guida, sapere scientifico e responsabilità del medico in una importante sentenza della Cassazione* e poi di Roiati, *Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 4/2013, 99 ss. a cui può rinviarsi ed anche all'ulteriore bibliografia in Manna, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, cit., 173 (nota 31) oltre che alle riflessioni svolte dall'autore in quella sede (173-179).

la cautelare, della speciale difficoltà del caso, dell'imperizia e della colpa lieve del medico – ne conferma il ruolo di autentico "fondamento" della norma cautelare in materia[21].

Ancora una volta, insomma, la palla passa al giudice chiamato a verificare, secondo il suo bagaglio di conoscenze che proprio Manna non esita a etichettare come "pre-comprensione"[22] se il caso singolo rientri o meno nell'ipotesi della colpa grave, senza che neppure un perito possa più di tanto aiutarlo a risolvere una questione che in qualche modo è sì anche tecnica ma ancor prima, e soprattutto, giuridica.

Infine, lo schiaffo alla *voluntas legis* si fa ancora più pesante laddove si tratta di regolare il traffico sul piano intertemporale dal momento che, per i fatti pregressi, continua ad imporsi l'applicazione dell'abrogato art. 3 DL 158/2012 in quanto più favorevole con riguardo ai casi di negligenza ed imprudenza "lievi" (oggi non più sottratti a penale responsabilità) come a quelli di imperizia "lieve" nella fase di selezione delle linee guida, apprezzandosi invece con riferimento alle situazioni caratterizzate da imperizia lieve nell'attuazione delle linee-guida (purché adeguate alla specificità del caso concreto) una sostanziale continuità normativa.

Come non intravedersi, allora, nel caso in esame il segno intangibile dei tempi che assegna al diritto vivente priorità assoluta rispetto a disposizioni pur emanate con ben altre intenzioni da un legislatore incapace, tuttavia, di tradurle in soluzioni tecnicamente corrette, sistematicamente efficaci e costituzionalmente ineccepibili.

3. Dalle Sezioni Unite ad oggi: cantieri (ancora) aperti e lavori in corso.

Successivamente alla sentenza Mariotti sono proseguiti, peraltro, gli sforzi della giurisprudenza per dare un assetto alla responsabilità penale del sanitario che, a ben vedere, appare oggi tutt'altro che stabile quanto ai confini della colpa grave e alle annose questioni intertemporali[23].

Sul primo versante, emerge maggiore convergenza.

---

[21] In tal senso v., sull'importazione in sede penale del limite di cui all'art. 2236 c.c. o del suo utilizzo come massima o regola di esperienza, nel tempo Canzio, *Trattamenti terapeutici e responsabilità penale*, in *Dir. proc. pen.*, 2001, 667; Di Landro, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della "gravità" ex art. 2236 c.c. alle prospettive della* gross negligence *anglosassone*, in *Ind. pen.*, 2004, 733 ss.; nonché, invero, già Manna, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Giuffrè, 1984, 168.

[22] Manna, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, cit., 182.

[23] Sul punto, specialmente, Piras, *L'accertamento della colpa medica nella giurisprudenza post Mariotti*, cit., 1 ss.; Caletti, *La Cassazione alle prese con il "post-Mariotti": precisazioni "metodologiche" in tema di prova scientifica, linee guida e apprezzamento della responsabilità penale del sanitario*, in *Cass. pen.*, 2019, 289 ss.

Come non citare, ad esempio, la sentenza De Renzo[24] – sul punto ripresa poi dalle sentenze Pinto[25] e Bonaiuto[26] – la quale ha avuto ad oggetto il caso di un medico in servizio presso il pronto soccorso condannato in primo grado, con conferma in appello, in relazione all'art. 583, secondo comma, n. 3, c.p., per aver cagionato lesioni personali gravissime nei confronti di un paziente (configuratesi per necrosi testicolare sinistra da pregressa torsione del funicolo spermatico con asportazione del testicolo) con colpa consistita nell'aver omesso di porre la corretta diagnosi e di assumere una condotta conforme alle necessità diagnostiche e terapeutiche, limitandosi alla somministrazione di antidolorifici e dimissione del paziente. In essa si apprezza, infatti, il tentativo di offrire una sorta di itinerario logico-giuridico necessario a scolpire l'odierno volto della colpa grave laddove si afferma, come "*considerato in diritto*", quello secondo cui "non può, oggi, essere ritenuta satisfattiva né conforme a legge" una motivazione che tralasci: di accertare se il caso concreto sia regolato da linee-guida ovvero, in mancanza, da buone pratiche clinico-assistenziali; di valutare il nesso causale tenendo conto del comportamento dall'esercente la professione sanitaria in relazione a tali parametri; di specificare se si tratti di colpa generica o specifica, dovuta ad imperizia, negligenza o imprudenza.

Il tutto sulla base della vera dicotomia tra colpa *per osservanza* e colpa *per inosservanza* delle linee guida, come già tracciata all'indomani del *novum* Balduzzi[27], rilevando forma e grado della colpa nel primo caso sull'*an* e nel secondo solo sul *quantum* di pena.

Ed è questo il criterio selettivo ad oggi preliminare ad ogni ulteriore valutazione di merito, come una sorta di grimaldello necessario ad aprire lo scrigno, altrimenti impenetrabile, del grado della colpa.

Due esempi recenti.

Nella sentenza Trupo[28] si legge nitidamente che, qualora vi sia stata inosservanza delle linee guida e buone pratiche, non assume rilievo la distinzione fra colpa lieve e colpa grave e quindi rimane ferma la responsabilità penale, giungendosi così ad escludere l'applicabilità dell'art. 3 comma 1 DL 158/2012 in un caso di tetraparesi neonatale da anossia per omesso parto cesareo, per asserita violazione delle buone pratiche che, in presenza di segni di sofferenza fetale e di gravidanza a rischio, perché oltre termine, rendono necessario il cesareo.

Nella sentenza Franceschini[29], parimenti, si tralascia l'accertamento di forma e grado di colpa sul presupposto del mancato rispetto delle linee guida e delle buone pratiche in un caso in cui il medico, esclusa una sindrome coro-

[24] Cass., Sez. IV, 22.06.2018, n. 37794, in *DJG*.
[25] Cass., Sez. IV, 16.10.2018, n. 49884, in *DJG*.
[26] Cass., Sez. IV, 16.11.2018, n. 412, in *DJG*.
[27] Cfr. Cass. Sez. IV, 11.03.2013, n. 11493, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29.03.2013.
[28] Cass. Sez. IV, 19.10.2018, n. 47801, in *DJG*.
[29] Cass., Sez. IV, 19.10.2018, n. 47748, in *DJG*.

narica acuta, non aveva posto in diagnosi differenziale una dissecazione aortica, in un paziente che pur continuava a lamentare dolori lombari resistenti alla terapia antalgica.

Come emerso nella sentenza Capuano[30], l'unica ipotesi di inosservanza nella quale forma e grado della stessa influiscono sul giudizio di responsabilità rimane, in verità, quella della *speciale difficoltà del caso* rispetto alla quale vale anche in ambito penale il richiamo all'art. 2236 c.c. non per effetto di una sua diretta applicazione, ma in quanto criterio di razionalità di giudizio e regola di esperienza, sia quando si versi in una situazione emergenziale, sia quando il caso imponga la soluzione di problemi di particolare complessità.

Venendo, infine, al tema dei rapporti intertemporali, il quadro giurisprudenziale appare sorprendentemente ricco di sfumature e ancora oscillante.

In primo luogo, perché non mancano pronunce volte persino ad escludere, contro la *vulgata* precedente, l'applicabilità del decreto Balduzzi alle ipotesi di negligenza o imprudenza[31] desumendone, *in parte qua*, una continuità con la Gelli-Bianco.

In secondo luogo perché – a fronte di un diffuso riconoscimento del maggior favore del decreto Balduzzi rispetto alla Gelli-Bianco nei casi di colpa per selezione delle linee-guida o in quelli di negligenza e imprudenza (nelle citate sentenze De Renzo, Pinto e Bonaiuto), o persino nell'ipotesi di imperizia lieve in fase esecutiva avendo introdotto la prima novella una parziale *abolitio criminis* mentre la seconda una semplice quanto inedita causa di non punibilità[32] – non mancano massime secondo cui, tutt'all'opposto e testualmente, il neo introdotto art. 590-*sexies* cpv. c.p. sarebbe da considerarsi "norma più favorevole rispetto alla previgente in quanto prevede una causa di non punibilità collocata al di fuori dell'area di operatività della colpevolezza, operante – ricorrendo le condizioni previste dalla disposizione normativa (rispetto delle linee guida o, in mancanza, delle buone pratiche clinico-assistenziali, adeguate alla specificità del caso) – nel solo caso di imperizia e indipendentemente dal grado della colpa, essendo compatibile il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche con la condotta (anche gravemente) imperita nell'applicazione delle stesse"[33].

---

[30] Cass., Sez. IV, 30.04.2018, n. 10396, in *DJG*, in cui si è affrontato il caso di un medico che, in cooperazione colposa con altri, non essendo stato avvertito dell'urgenza del caso ed essendo al contempo impegnato in un turno di guardia con 400 pazienti e con diverse emergenze contemporanee, benché il quadro anamnestico e clinico del paziente deponesse per una conclamata emorragia interna in atto, aveva omesso di adottare provvedimenti fino a quando il paziente veniva avviato ad un intervento chirurgico presso altro nosocomio, che non valeva, tuttavia, a scongiurarne la morte.

[31] Cass., Sez. IV, 12.01.2018, n. n. 15178, in *DJG*.

[32] Così Cass., Sez. IV, 19.04.2018, n. 36723, in *DJG*.

[33] Cass., Sez. IV, 29.01.2019, n. 28086, in *DJG*, riguardante il caso di un medico ritenuto responsabile di lesioni colpose in danno di una paziente, perché, quale chirurgo operatore, nell'eseguire un intervento di mastoplastica additiva, per colpa consistita in negligenza, imprudenza ed imperizia – e, più specificatamente, nel non sottoporre la paziente a indagini strumentali volte ad acquisire

4. Sulla colpa grave la prova è per *indicatori.*

Tornando alla delimitazione della colpa grave, sono ancora e sempre i giudici destinati ad impegnare la propria discrezionalità nella ricerca di un limite, al precipuo fine di compensare il *deficit* normativo.

E lo strumento – già sperimentato in tema di prova del dolo eventuale a partire dalla nota sentenza *Thyssenkrupp*[34] ma che sembra progressivamente assumere portata generale in tema di colpevolezza come dimostrano recenti studi volti a prospettarne un utilizzo con riguardo alla valutazione dell'efficacia scusante di impulsi irresistibili nei noti casi di "tempesta emotiva"[35] – è sempre quello del ricorso a una pluralità di *indicatori*: la misura della diligenza tra condotta effettivamente tenuta e quella imposta dal rispetto della norma cautelare del caso; il tasso di prevedibilità ed evitabilità in concreto dell'evento; le specifiche condizioni dell'agente (in rapporto alla sua specializzazione come al sopravvenire di stanchezza, improvviso malessere o persino di un vero e proprio *shock* emotivo); la motivazione della condotta (specie ove sussistano ragioni di emergenza o comunque urgenza); la consapevolezza di tenere una condotta pericolosa; l'eventuale concorso di colpa di altri, inclusa la vittima (paziente)[36].

Tutti fattori da sottoporre a ponderazione comparativa, al pari di circostanze di segno diverso da bilanciare, talora sovrapponibili o di ambiguo significato (oggettivo o soggettivo) e comunque non tassativi o vincolanti, idonee soltanto a delineare, neppure in modo troppo netto e marcato, una "mappa" orientativa, *ex post*, per il giudice del caso concreto ma soprattutto, *ex ante*, per il sanitario tendenzialmente esposto all'incertezza delle conseguenze penali delle scelte diagnostiche e terapeutiche.

Indicatori, dunque, come mere tracce di percorsi motivazionali, per giunta a ostacoli e pieni di insidie derivanti da contrasti apparentemente insanabili. Volendo fare un esempio, anche in assenza di problemi clinici particolarmente complessi o gravi situazioni di urgenza ossia nell'ambito di interventi rutinari o di facile esecuzione, circostanze che sembrano anticipare un giudizio

---

l'esatta conformazione del torace – nell'effettuare lo scollamento di preparazione dell'alloggio di preparazione in profondità, provocava la lacerazione dei muscoli intercostali interni ed esterni della pleura parietale e del tessuto vascolare, così determinando un indebolimento permanente dell'organo respiratorio e fisiognomico.

[34] Cass., Sez. Un., 18.09.2014, n. 38343, pubblicata, tra l'altro, in *Cass. pen.*, 2015, 426, con nota di Summerer (*La pronuncia delle Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*) e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2014, 1925 ss., con note di Fiandaca (*Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*) e di Ronco (*La riscoperta della volontà nel dolo*, ora anche in Id., *Scritti Patavini*, Tomo II, cit., 1337 ss.).

[35] Il riferimento è a Piva, *Le componenti impulsive della condotta tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena,* cit., spec. 388 ss.

[36] Così li elenca già Basile, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23.02.2017, 20-23.

di colpa grave, la condotta realizzata potrebbe rivelarsi prossima a quella doverosa, attestando l'eventuale errore a un livello di assoluta lievità: anche qui vengono in mente le parole di Manna il quale, già all'indomani del decreto Balduzzi, avvertendo il rischio di indebite sovrapposizioni tra oggettivo e soggettivo ai fini dell'accertamento, si affretta a precisare che la colpa lieve non può non integrare in primo luogo la misura oggettiva della colpa per desumerne poi che lo standard di diligenza richiesti non risente, né potrebbero mai risentire per evidenti ragioni di prevenzione generale, delle condizioni dell'ospedale, della scarsità delle risorse disponibili, di una situazione di stress o di stanchezza, dell'organizzazione dei turni o dell'urgenza del caso clinico che invece possono incidere sulla soggettiva possibilità di adeguarsi al precetto, se non addirittura sulla sussistenza di una vera e propria posizione di garanzia[37].

Uno di quei fattori, poi, come ho avuto modo di rilevare incidentalmente a livello manualistico, neppure appare in alcun modo idoneo a diminuire il grado della colpa: il concorso della vittima, infatti, rileva solo sul piano della causalità come dimostra l'art. 62 n. 5 c.p. a tacer del fatto che, ai sensi dell'art. 41 c.p., potrebbe essere anche successivo alla condotta del medico (ad esempio nel decorso post operatorio, nella gestione della convalescenza o nell'esecuzione di terapia farmacologica) potendo eccezionalmente porsi come fattore interruttivo del nesso eziologico, ma senza alcuna possibilità di incidere sulla colpevolezza[38].

5. Il richiamo all'art. 2236 c.c. come risposta alla distinzione tra *culpa in eligendo* e *culpa in faciendo* post Mariotti.

Al netto di quanto sopra, nei confronti del sanitario il ricorso alla gravità della colpa appare obbligato e, allo stesso tempo, inevitabilmente problematico.

Obbligato, perché imposto da quel processo di individualizzazione della responsabilità che costituisce immediato corollario del principio di colpevolezza e di cui un riflesso può leggersi, in materia, nello stesso immancabile richiamo all'art. 2236 c.c.: un po' il vero sopravvissuto, nel tempo, ad ogni sospetto di incostituzionalità[39] e al ravvicinato succedersi di riforme normative tecnicamente deficitarie e, pertanto, autentico baluardo della colpa medica (quantomeno, come insegnava già Crespi[40], quella per imperizia) ove letto

[37] Manna, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, cit., 168.

[38] Mezzetti, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, 3a ed., Zanichelli, 2020, 427.

[39] Si allude alla nota Corte Cost. 28.11.1973 n. 166 che, sia pur con motivazione non proprio brillante per chiarezza espositiva, si pronunciò per l'infondatezza di ogni questione relativa ad irragionevoli disparità di trattamento della colpa per imperizia medica.

[40] Crespi, *La responsabilità penale nel trattamento medico chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, spec. 102 ss.

come criterio di soggettivizzazione del giudizio e non già come restrizione dell'elemento psicologico del reato.

Problematico perché – come dimostra pure la recente riforma dell'eccesso per turbamento nei casi di difesa legittima domiciliare (art. 55 cpv. c.p.)[41] – l'aggettivo "grave", per definizione, si lascia indifferentemente riempire di contenuti qualitativi come quantitativi, all'occorrenza malleabili e combinabili a seconda delle risultanze del caso, tanto che la sua fortuna potrebbe spiegarsi proprio con relativi margini di indeterminatezza (scientifica ancor prima che giuridica): la stessa che ne contraddistingue le esemplificazioni giurisprudenziali imperniate sulle nozioni di "macroscopica" necessità di discostarsi da linee guida, "immediata riconoscibilità" di determinate situazioni, violazione cautelare "alquanto rilevante", "elevata probabilità" di evitare la morte del paziente o "evidente" errore diagnostico[42].

Né può farsi a meno di notare come, a dispetto della vigente normativa, la graduazione della colpa *o è o non è* e non può valere, quanto all'*an* della responsabilità, solo per l'ipotesi di imperizia, se non al costo di possibili irragionevoli disparità di trattamento sulle quali forse il legislatore dovrebbe tornare a riflettere: non si può infatti tacere dell'enigmatica collocazione sotto l'ombrello dell'imperizia o della negligenza, solo per fare un esempio, dell'ampia, quanto frequente, casistica dell'uso dei mezzi strumentali d'indagine o di terapia adoperati per interventi operatori.

Se proprio la si vuole dire tutta, neppure si comprendono a pieno le ragioni per cui – pur ammettendo la possibilità di distinguerli senza sovrapporli o confonderli, come appare inevitabile ove le raccomandazioni contenute nelle linee guida siano tali da riguardare l'intero percorso dell'intervento sanitario – all'errore nella selezione (*culpa in eligendo*) e quello nell'esecuzione (*culpa in faciendo*) delle linee guida debbano riconoscersi regimi differenti, come il "diritto vivente" post Mariotti impone, mutuando la sua forza dal vincolo del precedente di cui all'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p.: anche la prima scelta, infatti, può rivelarsi tutt'altro che scontata a motivo della complessità, ripetitività o persino alternatività delle raccomandazioni reperibili che possono anche contrastare tra di loro o lasciare margini di opinabilità cui il giudice potrebbe essere tentato di sovrapporre indebitamente un sindacato *ex post* condizionato dall'esito infausto *sub iudicio*; senza considerare che, sino all'esito del processo di accreditamento ministeriale, la scelta può ricadere soltanto sulle, ancor più sfuggenti, buone pratiche clinico-assistenziali.

---

41 Sullo stato del dibattito può rinviarsi ora a Piva, *Le componenti impulsive della condotta tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena,* cit., 312-323 anche per i riferimenti bibliografici.

42 Cfr. Cass., Sez. IV, 20.03.2015, n. 16944, in *DJG*; Sez. IV, 19.01.2015, n. 9923; Sez. IV, 18.12.2014, 21243, *ivi*.

6. Per concludere: un ritorno all'*ante litteram* della colpa grave al riparo dalle *Straf-Kulturnomen*.

Rebus sic stantibus, il bilancio sembra essere quello della precarietà costituzionale di un esito interpretativo così creativo, incoerente, incerto e indeterminato: questa sì, davvero, una "colpa grave" cui neppure pare opportuno auspicarsi che rimedi al più presto il legislatore il quale, a sua volta, dopo i fallimenti Balduzzi e Gelli-Bianco, potrebbe persino incorrere in un *tris in idem* diabolico. Per quanto ne possa pure apparire condivisibile la *ratio* di fondo, entrambi gli interventi normativi, per come si sono rivelati nella pratica, sembrano infatti assimilabili a quelle che altrove ho già avuto modo di definire come "*Straf-kulturnormen*" la cui caratteristica sarebbe quella di veicolare messaggi culturali dal contenuto pressoché rassicurante (per non dire propagandistico) in relazione a fenomeni del tutto contingenti, attraverso "norme-lettera-morta" approvate a tutti i costi, tecnicamente irricevibili ove non affette da palese incostituzionalità[43].

Piuttosto, per quanto contro corrente, la soluzione potrebbe essere quella di abbandonare ogni impianto derogatorio dell'art. 43 c.p., anche tramite cancellazione dell'art. 590-*sexies* c.p.[44], e tornare ad affermare o escludere la colpa medica facendo applicazione dei comuni criteri di accertamento, peraltro ormai ampiamente finalizzati dalla giurisprudenza di legittimità, con un duplice effetto. Evitare inutili complicazioni ricostruttive, illogicità, contraddizioni o inevitabili incertezze applicative connesse alla scelta legislativa di riservare trattamenti di favore nei confronti dei (soli) sanitari. Favorire un assetto più equilibrato, omogeneo e coerente di un settore che tocca punti nevralgici dell'imputazione soggettiva in quanto: a) presuppone scelte tecnicamente impegnative in termini di qualificazione giuridica (scusanti o cause di non punibilità); b) rinvia a concetti caratterizzati da indubbia incertezza (raccomandazioni, buone pratiche clinico-assistenziali, rispetto, adeguatezza, adeguamento); impone distinzioni di discusso fondamento teorico o comunque difficilmente governabili (tra imperizia e negligenza o imprudenza ovvero tra errore nella selezione o nell'esecuzione di linee guida). Col rischio, oltretutto, di incorrere nel paradosso logico di una *culpa sine culpa* tale da imporre, come unico modo per garantirne razionale attuazione, l'*interpretatio abrogans* della disposizione, sempre che non le si neghi *ab origine* persino carattere normativo.

Semmai, come da tempo proposto pur prendendo spunto dalla casistica in esame[45], sarebbe il momento di avviare una seria e più ampia riflessione

[43] Mezzetti, *La nuova grammatica del legislatore sulle Straf-kulturnormen*, in *Arch. pen.*, 2/2019, 1 ss.

[44] Così, di recente, anche Merli, *Una proposta a fronte del fallimento dell'assetto normativo della colpa medica nella legge Gelli-Bianco*, in *Arch. Pen.*, 1/2020, 22 ss.

[45] Cfr. Caputo, *Agente modello e responsabilità per colpa in campo sanitario. Problemi e prospettive*, EDUCatt Università Cattolica, 2012, *passim*.

sulla colpa c.d. *speciale*, eventualmente distinta da quella *comune*, in quanto relativa ad attività intrinsecamente rischiose ma socialmente utili e per questo espressamente autorizzate (sanitaria, infortunistica, stradale, etc.): ma con una visione sistematica certamente di ben altro spessore capace di ricondurre ad unità ciò che oggi appare diverso, eccezionale, disarticolato o incomprensibile. A queste premesse, ma solo a queste, potrebbe allora rivalutarsi l'idea di limitare la rilevanza penale della colpa a quella "grave", come già teorizzato in dottrina[46], sul modello della *gross Negligence*[47] anglosassone o della *Leichtfertigkeit* o *große Fahrlässigkeit* tedesca[48]: a condizione, per concludere sempre con Manna, di confezionarne prima una definizione legislativa che, in ossequio al vincolo di determinatezza, ne sdrammatizzi pure l'eventuale contestazione in sede processuale[49].

[46] Si allude, in particolare, al Progetto elaborato dal Centro Studi "Federico Stella" su cui v. Forti-Catino-D'Alessandro-Mazzuccato-Varraso, *Il problema della medicina difensiva*, Edizioni ETS, 2010, *passim* su cui v., ancora, le osservazioni di Manna, *Causalità e colpa in ambito medico tra diritto scritto e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1206 s. e poi di Roiati, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Giuffrè, 2012, 395 ss. e, infine, Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., 224 ss.

[47] Su cui v. Di Landro, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Giappichelli, 2009, spec. 275-281.

[48] Wenin, *La categoria della "Leichtfertigkeit" nell'esperienza tedesca ed europea*, in *Ind. pen.*, 2005, 239 ss.; ma anche Canepa, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Giappichelli, 2011, 44-48; più di recente Salcuni, *Il "silenzio del fine", la "loquacità del rischio". Per una ricostruzione finalistico-volontaristica del dolo eventuale*, Pisa University Press, 2018, 48-51.

[49] Manna, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, cit., 193.

L'INGRESSO DEI REATI TRIBUTARI NEL SISTEMA DI RESPONSABILITÀ *EX CRIMINE* DEGLI ENTI COLLETTIVI. PROBLEMI E PROSPETTIVE*

Federico Mazzacuva**

Sommario: 1. Brevi osservazioni introduttive. – **2.** Scelte legislative e forzature giurisprudenziali: una riforma preannunciata. – **3.** Uno sguardo ai reati tributari presupposto della responsabilità *ex crimine* degli enti collettivi. – **4.** Il doppio binario sanzionatorio nei confronti dell'ente collettivo e i dubbi di compatibilità con il principio di *ne bis in idem*. – **5.** Le vicende della punibilità della persona fisica e il principio di autonomia della responsabilità degli enti: un'irragionevolezza delle ipotesi di decumulo unilaterale in danno della *societas*? – **6.** Considerazioni conclusive "in prospettiva".

ABSTRACT

L'articolo si sofferma sulla recente introduzione dei delitti fiscali all'interno del sistema di responsabilità da reato degli enti. Dopo una rapida disamina dello stato dell'arte cristallizzatosi nel periodo antecedente alle novelle legislative, si prendono in esame due questioni fondamentali attualmente al centro del dibattito: da un lato, le possibili frizioni che la riforma è suscettibile di generare con il divieto di ne bis in idem; dall'altro, il rapporto tra le ipotesi di non punibilità della persona fisica e il principio di autonoma della responsabilità dell'ente.

The article reviews the recent introduction of tax crimes in the Italian system of corporate criminal liability. Following a brief analysis of the previous state-of-the-art, the attention is drawn to two main issues: on the one hand, the compatibility with the double jeopardy principle; on the other hand, the relationship between the cases in which the offender is not punishable by law and the principle of autonomous corporate liability.

---

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Assegnista di ricerca in Diritto penale presso l'Università di Milano – Bicocca.

1. Brevi osservazioni introduttive.

Attesa da tempo, l'istanza riformista sfociata dapprima nel d.l. 26 ottobre 2019, n. 124 (recante "Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili", c.d. decreto fiscale 2020), convertito con modifiche nella l. 19 dicembre 2019, n. 157, e successivamente nel d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75, è stata da ultimo sollecitata dalla necessità di dare attuazione alla Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio ("relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale", c.d. Direttiva PIF).

In realtà, le indicazioni provenienti dalla fonte sovranazionale sono (erano) più specifiche, essendo l'obiettivo di tutela circoscritto all'introduzione di "misure necessarie" per il contrasto dei «reati gravi contro il sistema comune dell'IVA», con la precisazione che «[a]i fini della presente direttiva, i reati contro il sistema comune dell'IVA sono considerati gravi qualora le azioni od omissione di carattere intenzionale [...] siano connesse al territorio di due o più Stati membri dell'Unione e comportino un danno complessivo pari ad almeno 10 000 000 EUR» (art. 2, paragrafo 2 Direttiva PIF)[1]. Tuttavia, come chiarito dal successivo *Considerando* n. 16, la fonte eurounitaria «detta soltanto norme minime», restando pure sempre ferma la «facoltà di mantenere in vigore o adottare norme più rigorose per reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione».

Nel recepire gli *input* sovranazionali, il legislatore italiano è andato, appunto, ben oltre gli obiettivi di tutela prefissati dalla fonte eurounitaria, optando per un'estensione della responsabilità degli enti a quasi tutti i reati fiscali previsti dal nostro ordinamento (lasciando fuori soltati quelli di omesso versamento di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter* del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74), che peraltro riguardano – come noto – non solo l'imposta sul valore aggiunto ma anche quelle sui redditi[2].

Di seguito, si appunterà l'attenzione su due aspetti problematici delle due riforme oggi particolarmente dibattuti: da un lato, la compatibilità del doppio binario sanzionatorio con il principio di *ne bis in idem* e, dall'altro, i meccanismi di c.d. decumulo unilaterale della responsabilità in favore della persona fisica. Questioni che, come si avrà modo di vedere, guardano al "cuore" del sistema punitivo rivolto alla *societas*.

---

[1] Secondo il *Considerando* n. 4 della Direttiva PIF, oggetto della stessa è costituito "in particolare" da «la frode carosello, la frode dell'IVA dell'operatore inadempiente e la frode dell'IVA commessa nell'ambito di un'organizzazione criminale».

[2] Tra i primi commenti critici alla novella di cui al d.l. n. 124/2019, conv. mod. l. n. 157/2019, si segnala R. Bartoli, *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affètta da sistematica irragionevolezza*, in *Sist. pen.*, 3/2020, 219 ss., che la etichetta come «riforma "settoriale scardinante il sistema"» (*ivi*, 221). Sul maggior rigore delle scelte del legislatore interno, si veda anche C. Santoriello, *Alcune riflessioni sui profili più problematici della riforma dei reati tributari*, in *Rivista231*, rivista *online*, luglio 2020.

Prima, però, sia consentito considerare più d'appresso – pur nei limiti imposti dagli obiettivi della presente riflessione – lo "stato dell'arte" cristallizzatosi in passato, nonché i delitti tributari ai quali ora si estende il sistema di responsabilità *ex crimine* degli enti collettivi.

2. Scelte legislative e forzature giurisprudenziali: una scelta preannunciata.

In epoca precedente alle riforme in commento, sia la dottrina che la giurisprudenza non avevano mancato di segnalare le molte criticità derivanti dalla mancata previsione dei delitti tributari nell'ambito del catalogo dei reati presupposto della responsabilità degli enti. Come osservato dalla Suprema Corte, nella sua più autorevole composizione, «la stessa logica che ha mosso il legislatore nell'introdurre la disciplina sulla responsabilità amministrativa degli enti finisc[e] per risultare non poco compromessa proprio dalla mancata previsione dei reati tributari tra i reati presupposto nel d.lgs. n. 231 del 2001, considerato che, nel caso degli enti, il rappresentante che ponga in essere la condotta materiale riconducibile a quei reati non può che avere operato proprio nell'interesse ed a vantaggio dell'ente medesimo»[3].

Per vero, pur in assenza di un'espressa previsione normativa, si sono registrati in passato diversi punti di contatto tra il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 e il d.lgs. n. 74/2000.

Può farsi capo, anzitutto, all'indirizzo interpretativo secondo il quale era configurabile il concorso tra frode fiscale e truffa ai danni dello Stato, quest'ultima sì ricompresa nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità degli enti, all'art. 24 d.lgs. n. 231/2001; indirizzo, come noto, da tempo superato dalle Sezioni Unite[4].

Alla stregua di un altro filone giurisprudenziale, era possibile contestare all'ente, ai sensi dell'art. 24-*ter* d.lgs. n. 231/2001, il delitto di associazione

[3] Cass., Sez. Un., sent. 30 gennaio 2014 ud. (dep. 5 marzo 2014), n. 10561 (*Gubert*). In dottrina, tra coloro che si sono espressi in senso favorevole all'inserimento dei delitti tributari tra i reati presupposto della responsabilità degli enti, si vedano F. Mucciarelli, C.E. Paliero, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. pen. cont.*, rivista *online*, 20 aprile 2015; P. Sorbello, *Evasione fiscale e politica criminale: considerazioni sull'inopportunità sistematica della mancata corresponsabilizzazione degli enti nei reati tributari*, ne *L'Ind. pen.*, 1/2011, 167 ss.

[4] Sulla configurabilità del concorso tra frode fiscale e truffa ai danni dello Stato, si cfr. ad esempio Cass., Sez. V, sent. 23 gennaio 2007 ud. (dep. 16 febbraio 2007), n. 6825, secondo la quale, oltre alla diversità dei beni giuridici tutelati, occorre tener conto, da un lato, «dell'elemento obiettivo della "induzione in errore" e delle condotte ad essa eventualmente rapportabili, necessario nella condotta di truffa ed irrilevante in quello di frode fiscale» e, dall'altro, del «dolo che, nel reato tributario è configurato nella forma del "dopo specifico" di evasione in quello di truffa nella forma della consapevolezza e volontà dell'ingiusto profitto patrimoniale effettivamente conseguito». Viceversa, secondo le Sezioni Unite, tra i reati in questione vi è un rapporto di specialità e, quindi, non è ammissibile il concorso delle medesime (Cass., Sez. Un., sent. 28 ottobre 2010 ud., dep. 19 gennaio 2011, n. 1235).

per delinquere di cui all'art. 416 c.p. finalizzata alla commissione di reati-fine anche eventualmente non ricompresi nella "parte speciale" del decreto medesimo, quali appunto quelli fiscali. Il reato associativo si trasformava, quindi, in una sorta di "cavallo di Troia" capace di spalancare le porte del sistema di responsabilità *ex crimine* ben oltre la "strettoia" rappresentata dal principio di legalità di cui all'art. 2 d.lgs. n. 231/2001[5]. Anche tale lettura estensiva, però, non ha fatto presa nella giurisprudenza di legittimità la quale, pur mantenendo ferma la possibilità di disporre la confisca del vantaggio patrimoniale tratto dal delitto di associazione per delinquere, ha testualmente affermato che «[l]addove si sposasse la tesi dell'estensione della responsabilità della persona giuridica non solo al reato-mezzo (illecito associativo) ma anche ai reati-fine, non previsti nell'elenco di cui al decreto de quo, si realizzerebbe un vulnus circa la certezza dei confini delle aree di rischio per i soggetti interessati, in quanto diretti destinatari del testo normativo»[6].

Peraltro, secondo un meccanismo per certi versi analogo, riferito però non al reato-fine bensì al *predicate crime*, a seguito dell'introduzione del delitto di autoriciclaggio nel catalogo dei reati presupposto (incluso nell'art. 25-*octies* d.lgs. n. 231/2001 dalla l. 15 dicembre 2014, n. 186, intervenuta proprio in materia fiscale) la commissione di un reato tributario può (indirettamente) determinare esiti sanzionatori in capo all'ente ogni qualvolta, appunto, il denaro di provenienza illecita oggetto di reinvestimento sia costituito dal risparmio d'imposta generato dall'evasione fiscale[7].

Per quanto riguarda, poi, le conseguenze patrimoniali, in dottrina si è osservato – in modo senz'altro condivisibile – che «l'impatto della riforma è sensibilmente mitigato dalla lettura che si è venuta consolidando nella giurisprudenza [...] del concetto di "profitto di reato"»[8]. In effetti, secondo i dettami delle note sentenze *Gubert* e *Lucci* delle Sezioni Unite, forieri di torsioni e stiramenti degli istituti giuridici impiegati, quando il profitto del reato consiste in una somma di denaro, quest'ultima finisce per confondersi con il patrimonio del reo, sicché la sua confisca sarebbe sempre diretta (ai sensi dell'art. 12-*bis* d.lgs. n. 72/2000), per cui non risulterebbe nemmeno necessaria la

[5] Si cfr., ad esempio, Trib. Nocera Inferiore, Sez. G.i.p., ord. 14 ottobre 2011, che aveva disposto in sede cautelare la nomina di un commissario giudiziale e il sequestro delle quote sociali o azioni e dei beni mobili o immobili intestati a due società il cui amministratore di fatto era stato accusato di associazione per delinquere, anche transnazionale, finalizzata all'importazione di prodotti petroliferi in violazione delle norme tributarie italiane (precedente citato da T. Guerini, sub *art. 24-ter (Delitti di criminalità organizzata)*, in Aa.Vv., *Codice penale d'impresa*, a cura di A. Lanzi, G. Insolera, Dike, 2015, 797.

[6] Così, da ultimo, Cass., Sez. III, sent. 29 novembre 2019 ud. (dep. 4 marzo 2020), n. 8785; in senso conforme, si veda già Cass., Sez. VI, sent. 20 dicembre 2013 ud. (dep. 24 gennaio 2014), n. 3635.

[7] Si. cfr., ad esempio, Trib. Milano, Sez. XII Pen. in funzione di giudice del Riesame, ord. 3 maggio 2018, consultabile sul sito internet *www.rivista231.it*.

[8] A. Lanzi, P. Aldrovandi, *Diritto penale tributario*, III ed., Wolters Kluwer, 2020, 307.

prova del nesso di derivazione tra i beni oggetto di ablazione ed il reato[9]. Il che ha consentito, appunto, di disporre la misura ablativa nei confronti della *societas*, in caso di commissione di un reato tributario al suo interno, anche prima delle novelle del 2019 e del 2020: in tali casi, infatti, il profitto oggetto di confisca si identifica nel "risparmio di spesa" corrispondente al mancato decremento del patrimonio del contribuente (persona fisica o giuridica) per effetto dell'inadempimento dell'obbligazione tributaria[10].

Venendo, infine, alle ricadute delle riforme sui modelli organizzativi di cui agli artt. 6 e 7 d. lgs. n. 231/2001, se l'ingresso degli illeciti penali tributari ha senz'altro comportato la necessità di introdurre misure di prevenzione del reato rispetto a specifiche ed ulteriori aree a rischio[11], può tuttavia osservarsi come, anche in epoca precedente, la "*tax compliance*" presentasse diverse affinità con la "*compliance* 231"[12]. In effetti, quest'ultima mostra una particolare sensibilità rispetto ai reati fiscali, quali fattispecie strumentali alla realizzazione di reati presupposto ovvero conseguenti a questi ultimi: basti considerare che lo strumento fondamentale attraverso il quale le società liquidano le imposte è il bilancio di esercizio, le falsità del quale sono punite ai sensi degli artt. 2621 e 2622 c.c. (reati presupposto della responsabilità degli enti ai sensi dell'art. 25-*ter* d.lgs. n. 231/2001, inserito dall'art. 3, comma 2 del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61). Del resto, l'art. 6, comma 2, lett. *c)*, d.lgs. n. 231/2001 richiede già, a livello generale, che il *compliance program* individui

[9] Cass., Sez. Un., sent. 30 gennaio 2014 ud. (dep. 5 marzo 2014), n. 10561; conf. Cass., Sez. Un., sent. 26 giugno 2015, n. 31617. Per un commento sul punto, si rinvia tra molti a F. Mucciarelli, C.E. Paliero, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, cit.

[10] Cass., Sez. Un., sent. 26 giugno 2015 ud. (dep. 21 luglio 2015), n. 31617. La rigidità dell'orientamento appena illustrato è stata in parte mitigata dalla recente giurisprudenza di legittimità secondo la quale, invero, deve ritenersi preclusa la confisca diretta delle somme depositate sul conto corrente bancario del reo ogniqualvolta venga fornita la prova che le stesse non derivino dal reato; sicché – come è stato espressamente affermato – «il tema si sposta sul terreno della prova posto che il [...] ricorrente ha l'onere di allegare circostanze da cui desumere che l'accrescimento del conto è frutto di rimesse successive alla commissione del reato e con questo non collegabili» (così *ex multis* Cass., Sez. III, sent. 12 luglio 2018 ud., dep. 24 settembre 2018, n. 41104).

[11] Indicazione che, del resto, è contenuta anche nella *Relazione su novità normativa – La legge 19 dicembre 2019, n. 157 di conversione del decreto legge 26 ottobre 2019, n. 124, "Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili": Profili penalistici*, Rel. 3/20, Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Servizio Penale, 9 gennaio 2020, laddove si legge che «a seguito della riforma in esame, le persone giuridiche che adottano un modello organizzativo ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 devono aggiornarne i contenuti, al fine di implementare efficaci sistemi di gestione del rischio fiscale» (disponibile all'URL *https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2020/01/Rel0320.pdf*, 31). Per una più approfondita disamina di questi aspetti, si rinvia a F. Piergallini, *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente*, in *Sist. pen.*, rivista *online*, giugno 2020, 5 ss.

[12] Nel senso che, anche prima delle riforme in commento, il sistema «induceva l'ente a predisporre modelli volti ad ostacolare la commissione dello stesso reato tributario al fine di ostacolare la realizzazione del reato per il quale l'ente poteva essere punito», si veda R. Bartoli, *Responsabilità degli enti e reati tributari*, cit., 223.

«modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee a impedire la commissione dei reati»[13].

Ciò detto, guardando alla disciplina di settore, si può riferimento anzitutto al d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128, che ha – tra l'altro – istituito un peculiare regime collaborativo con l'Amministrazione finanziaria e Agenzia delle Entrate, finalizzato alla prevenzione e alla risoluzione delle controversie in materia fiscale, riservandolo ai contribuenti di maggiori dimensioni (con volume d'affari o ricavi non inferiore a 10 miliardi di euro) dotati di un «sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale, inteso quale rischio di operare in violazione di norme di natura tributaria ovvero in contrasto con i principi o con le finalità dell'ordinamento tributario». Più in dettaglio, ai sensi dell'art. 4 del decreto da ultimo citato, tale sistema deve assicurare, da un lato, una chiara attribuzione di ruoli e responsabilità ai diversi settori dell'organizzazione dei contribuenti in relazione ai rischi fiscali; e dall'altro, efficaci procedure volte alla rilevazione, misurazione, gestione e controllo dei rischi fiscali nonché all'attivazione delle necessarie azioni correttive[14]. Si tratta – come si osserva in letteratura – di un sistema «di nicchia, volto però a implementare ulteriormente l'adozione di modelli organizzativi, essendo questi modelli in un certo senso il presupposto per la collaborazione»[15].

Da ultimo, per gli istituti creditizi si può richiamare la circolare di Banca d'Italia del 17 dicembre 2013, n. 285 (più volte aggiornata) la quale prevede l'obbligo di istituire un efficace presidio del rischio fiscale fondato su una collaborazione tra funzione fiscale e funzione *compliance*[16].

3. Uno sguardo ai reati tributari presupposto della responsabilità *ex crimine* degli enti collettivi.

Come accennato, il legislatore italiano si è dapprima parzialmente adeguato alla Direttiva PIF con la riforma intervenuta con d.l. n. 124/2019[17] e,

[13] Con riguardo alla disposizione richiamata, si osserva appunto che «il legislatore aveva comunque mostrato di farsi carico del problema "fiscale"»: F. Piergallini, *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente*, cit., 3.

[14] Chiarimenti su questo sistema sono contenuti nella circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 38/E del 16 settembre 2018, che richiama il *Tax Control Framework* elaborato dall'Ocse nel suo report del 2016 (consultabile all'URL *https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/298102/Circolare+n.+38E+del+16+settembre+2016_Circolare+n.+38_E+del+16+settembre+2016.pdf/47d08c8c-b457-e276-3864-a27241ab9309*).

[15] R. Bartoli, *Responsabilità degli enti e reati tributari*, cit., 224. Al riguardo, si segnala che, secondo la circolare della Guardia di Finanza prot. 216816/2020 del 1° settembre 2020, la predisposizione di un sistema di prevenzione del rischio fiscale, necessario per accedere al regime di adempimento cooperativo di cui al citato d.lgs. n. 128/2015, non ha valenza esimente ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 231/2001 (reperibile su *www. rivista231.it*).

[16] Consultabile all'URL *https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/circolari/c285/aggiornamenti/Circ-285-Rist-int-34-agg.pdf* (Parte Prima, IV, 3.22).

[17] Va ricordato che il testo originario del d.l. n. 124/2019 prevedeva, quale unico reato presupposto, il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni

successivamente, ha formalmente dato esecuzione alla stessa con il d.lgs. n. 75/2020 il quale, rispetto alla novellazione precedente, ha operato un ampliamento di modeste dimensioni del catalogo dei reati tributari presupposto della responsabilità *ex crimine* degli enti.

Più in particolare, con l'art. 39, comma 2 del d.l. n. 124/2019, conv. mod. l. n. 157/2019, è stato introdotto l'art. 25-*quinquiesdecies* d.lgs. n. 231/2001, che al comma 1 ricomprende i delitti di cui agli artt. 2, 3, 8, 10 e 11 del d.lgs. n. 74/2000. La scelta iniziale, pertanto, risultava circoscritta solo alle ipotesi più gravi, connotate da fraudolenza, con esclusione dell'omessa dichiarazione e della dichiarazione infedele: fattispecie, quest'ultima, dai contorni ancora incerti in ragione delle dense nubi che avvolgono la linea di demarcazione tra elusione ed evasione fiscale, malgrado le novelle di cui al citato d.lgs. n. 128/2015 e di cui al d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158, avessero tentato un riordino della materia[18].

Sennonché, l'art. 5, comma 1, lett. *c),* n. 1 d.lgs. n. 75/2020 ha inserito il comma 1-*bis* dell'art. 25-*quinquiesdecies* d.lgs. n. 231/2001 il quale ha aggiunto non solo il reato di dichiarazione infedele, ma anche quello di omessa dichiarazione e di indebita compensazione (rispettivamente, artt. 4, 5 e 10-*quater* d.lgs. n. 74/2000); tuttavia, in relazione a tali delitti, la responsabilità dell'ente ricorre solo qualora gli stessi – secondo le citate indicazioni contenute nella Direttiva PIF – siano «commessi nell'ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri e al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro». La scelta non manca di destare perplessità, posto che si attribuisce rilievo differente a fattispecie suscettibili di entrare in gioco nel caso di frodi dell'IVA (le cc.dd. frodi carosello): se, infatti, le dichiarazioni fraudolente sono in grado di "impegnare" incondizionatamente la responsabilità dell'ente, la stessa cosa non vale per la dichiarazione infedele o per l'omessa dichiarazione[19].

Le considerazioni che seguiranno impongono di soffermarsi, da ultimo, sulle misure punitive predisposte nei confronti dell'ente.

L'art. 25-*quinquiesdecies* d.lgs. n. 231/2001 prevede sanzioni pecuniarie, improntate al tradizionale sistema per quote di cui ai precedenti artt. 10 e 11, a seconda dei casi fino a quattrocento o cinquecento quote per i reati previsti dal primo comma e fino a trecento o quattrocento quote per quelli indicati nel comma 1-*bis*.

---

inesistenti (art. 2 d. lgs. n. 74/2000); tuttavia, in sede di conversione in legge, il novero dei delitti tributari inseriti nel d. lgs. n. 231/2001 è stato ampliato. Per una disamina delle novità introdotte dal d.l. n. 124/2019, si rinvia anche a C. Larinni, L*a recente riforma in materia tributaria (d.l. n. 124/2019), tra disciplina penale e responsabilità degli enti*, in *disCrimen*, rivista *online*, 7 gennaio 2020, 9 ss.

[18] Sul tema, particolarmente ampio e complesso, sia consentito in rinvio sempre a A. Lanzi, P. Aldrovandi, *Diritto penale tributario*, cit., 309 ss.

[19] Sulle incongruenze della prima novellazione, rispetto agli obiettivi di tutela imposti dalla Direttiva PIF, si rinvia a A.M. Dell'Osso, *Corsi e ricorsi nel diritto penal-tributario: spunti (critici) sul c.d. decreto fiscale*, in *Dir. pen. proc.*, 3/2020, 327 ss.

Ai sensi dell'art. 25-*quinquiesdecies*, comma 2 d.lgs. n. 231/2001, la sanzione pecuniaria è aumentata di un terzo se «in seguito alla commissione dei delitti indicati ai commi 1 e 1-*bis*», l'ente ha conseguito – secondo una formula ricorrente all'interno del decreto – un «profitto di rilevante entità». Al riguardo, va ricordato che secondo le Sezioni Unite «[i]l profitto di rilevante entità [...] evoca un concetto di profitto "dinamico", che è rapportato alla natura e al valore dell'attività d'impresa e ricomprende vantaggi economici anche non immediati [...] ma, per così dire, di prospettiva in relazione alla posizione di privilegio che l'ente collettivo può acquisire sul mercato in conseguenza delle condotte illecite poste in essere dai suoi organi apicali o da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di questi»[20].

Secondo una tecnica normativa non del tutto chiara (soprattutto con riguardo alla parziale sovrapponibilità con i presupposti previsti dall'art. 13 d.lgs. n. 231/2001), l'ultimo capoverso della disposizione *de qua* stabilisce che, nei casi di cui ai commi precedenti, si applicano le sanzioni interdittive del divieto di contrarre con la pubblica amministrazione (salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio); dell'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e dell'eventuale revoca di quelli già concessi e, infine, del divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Da ultimo, va ricordato che, in caso di condanna, ai sensi dell'art. 18 può essere disposta la pubblicazione della sentenza di condanna quando nei confronti dell'ente viene applicata una sanzione interdittiva mentre, ai sensi dell'art. 19 d.lgs. n. 231/2001, il giudice deve sempre provvedere alla confisca del prezzo o del profitto del reato, anche nella forma per equivalente.

4. Il doppio binario sanzionatorio nei confronti dell'ente collettivo e i dubbi di compatibilità con il principio di *ne bis in idem.*

La prima fondamentale questione, sollevata dalle riforme in commento, è quella della compatibilità del doppio binario sanzionatorio rivolto agli enti collettivi con il principio di *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 4, Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[21].

[20] Cass., Sez. Un., sent. 27 marzo 2008 ud. (dep. 2 luglio 2008), n. 26654. Per un commento, si rinvia tra gli altri a M. Panasiti, sub *Articolo 13 (Sanzioni interdittive)*, in Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, diretto da M. Levis, A. Perini, Zanichelli, 2014, 304 ss.; nella più recente manualistica, si veda A. Presutti, A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, II ed., Giuffrè, 2018, 207.

[21] Come noto, il principio di *ne bis in idem* conosce due diverse declinazioni, una sostanziale e una processuale: mentre la seconda ha un riconoscimento normativo, nel nostro ordinamento, nell'art. 649 c.p.p., oltreché nell'art. 4, Prot. n. 7 Cedu e nell'art. 50 Cdfue; il primo, invece, è rimasto un canone esegetico, che trova espressione nei criteri della specialità e della consunzione o assorbimento. Tuttavia, nella giurisprudenza di legittimità e in quella Corti dei diritti, la demarcazione tra le due citate declinazioni presenta caratteri di porosità: sul punto, si veda A.

Problema, quest'ultimo, considerato dalla stessa Direttiva PIF laddove si afferma che le «sanzioni non assimilabili a sanzioni penali, che sono irrogate nei confronti della stessa persona per la stessa condotta possono essere tenute in considerazione in sede di condanna della persona in questione per un reato definito nella presente direttiva»; con la precisazione che per «gli altri tipi di sanzione dovrebbero essere pienamente rispettato il principio del divieto di essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato (*ne bis in idem*)»[22].

Al riguardo, occorre premettere che, in ambito tributario, i rapporti tra i due tipi di illecito sono regolati dal principio di specialità di cui all'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 74/2000, che gli stessi giudici di Lussemburgo hanno richiamato (insieme al successivo art. 21, in tema di ineseguibilità della sanzione amministrativa in caso di condanna in sede penale) per ritenere compatibile il doppio binario sanzionatorio per le persone fisiche con il principio in commento[23].

Ora, tralasciando l'orientamento restrittivo adottato in materia dalla Suprema Corte, che è giunta ad una sostanziale disapplicazione della norma *de qua*[24], con specifico riguardo agli enti collettivi entra in gioco la norma derogatoria di cui al comma 2 dell'art. 19 d.lgs. n. 74/2000, che stabilisce il permanere, "in ogni caso", della responsabilità amministrativa dei soggetti indicati nell'art. 11, comma 1, del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, salvo che si tratti di persone fisiche concorrenti nel reato. In altri termini, il responsabile solidale (persona fisica o ente collettivo) soggiace comunque alla sanzione

Vallini, *Tracce di* ne bis in idem *sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Dir. pen. proc.*, n. 4/2018, 525 ss. Segnala la commistione tra profili sostanziali e processuali del principio di *ne bis in idem*, osservando tuttavia come «i contenuti della garanzia nelle due prospettive sono talmente eterogenei da rendere inopportuna qualsiasi interferenza tra i medesimi», Fr. Mazzacuva, Ne bis in idem *e diritto penale dell'economia: profili sostanziali e processuali*, in *disCrimen*, rivista *online*, 3 agosto 2020, 4. Al riguardo, va osservato come non si possa dubitare della titolarità, in capo agli enti, delle fondamentali prerogative consacrate dalla Cedu, atteso che in materia di *status* di vittima, lo stesso art. 34 della Convenzione stabilisce che la Corte può essere investita di un ricorso da parte di «una persona fisica, di un'organizzazione non governativa o di un gruppo di persone». Più diffusamente sul punto, sia consentito rinviare a Fe. Mazzacuva, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Giappichelli, 2020, 103 ss., e alla giurisprudenza europea ivi citata.

[22] *Considerando* n. 17. Ancora, nel *Considerando* n. 28 si afferma ulteriormente che «la presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti, in particolare, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, segnatamente [...] i principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene e il principio del *ne bis in idem*».

[23] Corte GUE, sent. 20 marzo 2019, C-524/15, *Menci*, § 56.

[24] Il riferimento è alle note sentenze "gemelle" delle Sezioni Unite concernenti, in un caso, il delitto di cui all'art. 10-*bis* d. lgs. 74/2000 e, nell'altro, la fattispecie di cui al successivo art. 10-*ter*, secondo le quali il rapporto tra detti reati e l'illecito amministrativo contemplato dall'art. 13, comma 1 d. lgs. 18 dicembre 1997, n. 471 andrebbe regolato non secondo il principio di specialità, bensì secondo quello di "progressione" (si cfr. Cass., Sez. Un., 28 marzo 2013 ud., dep. 12 settembre 2019, n. 37424 e n. 36425); in dottrina, per una critica a tale indirizzo interpretativo, si rimanda tra gli altri a A. Lanzi, P. Aldrovandi, *Diritto penale tributario*, cit., 155 ss.).

amministrativa, anche qualora la stessa non risulti applicabile al reo in forza del principio di specialità.

Peraltro, a seguito della novella di cui all'art. 7 d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (convertito in l. 24 novembre 2003, n. 326), le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica «sono esclusivamente a carico della persona giuridica».

In sostanza, in caso di commissione di un reato tributario all'interno di una *societas*, oltre alle sanzioni di cui all'art. 25-*quinquiesdecies* (e di cui agli artt. 18 e 19) d. lgs. n. 231/2001, la circostanza che l'ente abbia o meno personalità giuridica determinerà l'irrogazione anche di quella amministrativa a titolo di responsabilità solidale (salvo il diritto di regresso nei confronti dell'autore della violazione) ovvero – rispettivamente – diretta ed esclusiva.

Pertanto, nella materia che ci occupa viene meno – come accennato – uno dei principi attorno ai quali si è sinora valutata la compatibilità del doppio binario sanzionatorio rivolto alle persone fisiche, ossia quello di specialità: l'illecito amministrativo, del quale la persona giuridica viene chiamata a rispondere in via solidale o diretta, e quello pur sempre formalmente amministrativo ancorché "dipendente da reato", non sono tra di loro in rapporto di *genus ad speciem*.

Si pone, allora, il problema di valutare il ricorso ad altri criteri afferenti alla accezione sostanziale del *ne bis in idem*, quali quello della sussidiarietà e della consunzione; il che richiede di soffermarsi – secondo le indicazioni anticipate nelle note introduttive – sulle due principali chiavi di lettura del d.lgs. n. 231/2001.

Secondo una prima tesi, che è stata autorevolmente sostenuta in dottrina e che ha avuto un'eco significativa anche nella giurisprudenza di legittimità, il sistema di corresponsabilizzazione dell'ente nel reato dell'individuo costituirebbe una fattispecie plurisoggettiva di parte generale, tipizzante una nuova ipotesi di concorso necessario di persona fisica e giuridica nel reato[25]. Si avrebbe a che fare, in sostanza, con «*un solo* reato in cui *insieme* concorrono,

[25] Per una ricostruzione dell'illecito corporativo come «fattispecie plurisoggettiva di parte generale, tipizzante una nuova ipotesi di concorso (necessario) di persone fisiche e giuridiche», si veda C.E. Paliero, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, relazione al convegno "Impresa e giustizia: tra passato e futuro" – XXV Convegno di studi Enrico de Nicola (Milano, 14 e 15 marzo 2008, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1535 ss.; sulle "forzature" insite in tale impostazione, che ha avuto seguito anche nella giurisprudenza di legittimità (si cfr. Cass., Sez. Un., sent. 27 marzo 2008 ud., dep. 2 luglio 2008, n. 26654, secondo la quale vi è «una convergenza di responsabilità, nel senso che il fatto della persona fisica, cui è riconnessa la responsabilità anche della persona giuridica, deve essere considerato 'fatto' di entrambe, per entrambe antigiuridico e colpevole, con l'effetto che l'assoggettamento a sanzione sia della persona fisica che di quella giuridica si inquadra nel paradigma penalistico della responsabilità concorsuale»), si rimanda – tra i più recenti contributi – a L. de Martino, *La colpa di organizzazione nel prisma del diritto penale liberale*, in *disCrimen*, rivista *online*, 30 marzo 2020, 2 ss.; E. Greco, *L'illecito dell'ente dipendente da reato. Analisi strutturale del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2101 ss.

secondo la logica dell'accessorietà e con criteri di imputazione diversi, *e* la *societas e* la persona fisica»[26].

Secondo una diversa chiave di lettura, che fa perno sulla valenza "sostanziale" del principio di autonomia della responsabilità dell'ente di cui all'art. 8 d. lgs. n. 231/2001, il disvalore dell'illecito *ex crimine* deve considerarsi altro rispetto a quello insito nella fattispecie incriminatrice di base: il reato rimane un fatto delle persone fisiche, mentre ciò che si esige dalle imprese, chiamate a svolgere il ruolo di vere e proprie "sentinelle della legalità", è «produrre prevenzione, regole cautelari e modelli di organizzazione della sicurezza»[27].

Venendo, quindi, al principio di *ne bis in idem*, va ricordato – in estrema sintesi – che la nota sentenza della Corte di Strasburgo nel caso *A. e B. c. Norvegia* ha notevolmente ridimensionato la più rigida interpretazione dalla stessa offerta nella precedente pronuncia *Grande Stevens c. Italia*, tramutando il *ne bis in idem* convenzionale da principio eminentemente processuale (inderogabile ed automatico) a garanzia di tipo sostanziale, secondo criteri applicativi più flessibili e più prossimi a quelli elaborati dalla Corte di giustizia[28].

---

[26] C.E. Paliero, *op. loc. ultt. citt.*

[27] M. Donini, Compliance, *negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la* restorative justice, in Aa. Vv., C*riminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, collana dei convegni di studio "Enrico de Nicola", *Problemi attuali di diritto e procedura penale* (organizzati dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale), a cura di C. Beria di Argentine, Giuffrè, 2017, 582-583.

[28] Corte Edu, *A. e B. c. Norvegia*, sent. 15 novembre 2016, consultabile in lingua italiana all'URL *http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20.wp*. Si cfr., al riguardo, anche C. cost., sent. n. 43 del 2018, secondo la quale, a seguito della sentenza emessa dalla Corte europea nella vicenda *A. e B. c. Norvegia* il «ne bis in idem convenzionale cessa di agire quale regola inderogabile conseguente alla sola presa d'atto circa la definitività del primo procedimento, ma viene subordinato ad un apprezzamento proprio della discrezionalità giudiziaria in ordine al nesso che lega i procedimenti, perché in presenza di una "close connection" è permesso proseguire nel nuovo giudizio ad onta della definizione dell'altro. Inoltre, neppure si può continuare a sostenere che il divieto di bis in idem convenzionale ha carattere esclusivamente processuale, giacché criterio eminente per affermare o negare il legame materiale è proprio quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata» (in senso analogo, si veda più di recente C. cost., sent. n. 222 del 2019). Più in dettaglio, la Corte di Strasburgo, nella citata pronuncia sul caso *A. e B. c. Norvegia*, ha formulato il principio secondo il quale il *ne bis in idem* non opera quando i procedimenti sono avvinti da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto («*sufficiently closely connected in substance and in time*»); come si precisa al § 132 della sentenza, è necessario verificare: se i procedimenti abbiano scopi diversi ed assumano ad oggetto (non solo in astratto ma pure in concreto) aspetti differenti della stessa condotta antisociale; se la duplicità dei procedimenti sia un effetto prevedibile della condotta; se i due giudizi siano condotti in modo da evitare per quanto possibile ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova e, infine, la proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente considerato. Tale orientamento, come noto, supera quello precedentemente espresso dai giudici di Strasburgo nella pronuncia *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2014 in materia di illeciti di manipolazione del mercato, alla stregua del quale, ai fini della individuazione dello spettro operativo del divieto in parola, si richiedeva il ricorrere di due condizioni: da un lato, la qualificabilità come "punitivo" dell'illecito formalmente amministrativo; dall'altro, l'identicità da un punto di vista sostanziale, dei fatti per i quali si era già

Ebbene, circa la compatibilità del doppio binario sanzionatori, predisposto nei confronti degli enti collettivi in materia tributaria, con criteri elaborati dalle due Corti europee, può anzitutto osservarsi come i due tipi di illecito, quello amministrativo *tout court* e quello (formalmente) amministrativo dipendente da reato, siano entrambi riconducibili alla nozione di *matière penale*[29], il che costituisce – come noto – un presupposto fondamentale di operatività del principio in parola.

Ciò posto, la prospettiva qui prescelta impone di confrontarsi *in primis* con il parametro di giudizio (processuale), elaborato dalle Corti europee, dello scopo dei procedimenti, al quale fa da contraltare quello (sostanziale) della finalità delle due sanzioni. Su questo terreno, il doppio binario non pare generare frizioni in quanto mentre il procedimento amministrativo è preordinato a verificare il mancato assolvimento dell'obbligazione tributaria, quello *de societate* è volto all'accertamento – tra l'altro – della "colpa di organizzazione" ai sensi degli artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001. Ragionando secondo i criteri che tradizionalmente valgono in materia di concorso apparente di norme, posta l'assenza di un rapporto di *genus ad speciem* e anche ammettendo che vi sia assorbimento tra l'illecito amministrativo e il delitto tributario presupposto, rispetto al soggetto corporativo si avrebbe comunque a che fare

proceduto in sede diversa da quella penale. In argomento, si rimanda a F. Viganò, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, rivista *online*, 18 novembre 2016; nella letteratura processualistica sul punto, si veda R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Giappichelli, 2018, 28 ss. Del resto, anche la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo si assesta su parametri sostanzialmente assimilabili a quelli testé indicati. Infatti, nell'ambito del diritto dell'Unione, è possibile che l'ordinamento interno sottoponga ad una duplice sanzione una medesima condotta illecita, purché le misure irrogate siano finalizzate ad un obiettivo di interesse generale tale da giustificare il cumulo; le stesse siano previste da regole chiare e precise, tali da rendere prevedibile il ricorso ad un sistema di doppio binario sanzionatorio; sia garantito un coordinamento fra i due procedimenti relativi all'*idem factum* e, infine, sia rispettato il principio di proporzionalità (si cfr. Corte GUE, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Aklagaren/Hans Akerberg Fransson*, cit., §§ 32 ss.; Corte GUE, 20 marzo 2019, C-524/15, *Menci*, §§ 17 ss.; Corte GUE, C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e a. c. Commissione Nazionale per la Società e la Borsa*, §§ 21 ss.; Corte GUE, 20 marzo 2018, cause riunite C-596/16 e C-597/16 *Di Puma e Zecca c. Commissione Nazionale per la Società e la Borsa*, §§ 24 ss.). Sul punto, si rimanda più diffusamente, tra gli altri contributi, a G. Angiolini, *Una questione ancora irrisolta: il* ne bis in idem *"europeo" e l'Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2109 ss.; A. Galluccio, *La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di* bis in idem, in *Dir. pen. cont.*, 3/2018, 286 ss.; D. Labianca, *Il* ne bis in idem *rivisitato: appunti sulla svolta "proporzionalista" della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in Aa.Vv., *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, 1901 ss.; Fr. Mazzacuva, Ne bis in idem *e diritto penale dell'economia: profili sostanziali e processuali*, cit.; B. Nascimbene, *Il divieto di* bis in idem *nella elaborazione della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Sist. pen.*, 4/2020, 95 ss.

[29] Circa la riconducibilità sia delle sanzioni tributarie sia di quelle *ex* d. lgs. n. 231/2001 alla c.d. *matière pénale*, secondo i noti criteri "Engel" formulati dalla Corte di Strasburgo nella celebre sentenza [...], si veda – nella più recente manualistica di settore – A. Lanzi, P. Aldrovandi, *Diritto penale tributario*, cit., 304.

con due fattispecie punitive poste a salvaguardia di oggettività giuridiche distinte.

In questa prospettiva, in dottrina si è persino posto l'interrogativo se ci si trovi al cospetto di una "medesimezza fattuale" in quanto «[m]entre l'illecito amministrativo, ai sensi del d.lgs. 471/1997, è interamente legato ad un obiettivo riscossivo (alla stregua di un mero disvalore di evento)», quello corporativo «risulterebbe munito di un disvalore di condotta aggiuntivo rispetto a quello di evento»[30].

Ad ogni modo, al di là della problematizzazione in termini di *idem factum*, non vi è dubbio che il doppio binario sanzionatorio qui considerato risulti di problematica compatibilità con un altro fondamentale parametro di giudizio, attinente all'accezione sostanziale del principio in esame, ossia quello della proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente considerato, che acquisisce un autonomo rilievo (al di là della previsione di cui all'art. 52, paragrafo 1 Cdfue) nella citata giurisprudenza delle Corti europee. Come da più parti segnalato, infatti, non solo mancano meccanismi di scomputo della sanzione amministrativa da quella pecuniaria di cui all'art. 25-*quinquiesdecies* d.lgs. n. 231/2001[31], ma l'ente, già passibile di confisca diretta del "risparmio fiscale", viene oggi sottoposto alla sanzione pecuniaria e alla confisca-sanzione di cui al citato art. 19 del decreto medesimo.

Del resto, anche nella Relazione alla prima novellazione redatta dall'Ufficio del Massimario della Cassazione si afferma in modo senz'altro significativo, anche nell'ottica di eventuali questioni di costituzionalità, rinvii pregiudiziali ovvero disapplicazioni da parte del giudice interno, che «potrebbe rendersi necessario valutare di dare maggiore rilievo ai meccanismi di coordinamento tra l'attuale sistema sanzionatorio amministrativo tributario e la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti anche al fine di evitare un eccesso della risposta sanzionatoria in contrapposizione all'esigenza di promuovere un apparato di tutela che appaia legittimo e giusto»[32].

Se poi si dovesse accedere a quell'indirizzo giurisprudenziale, assai criticabile e per vero minoritario, secondo il quale la nozione di "profitto" oggetto di confisca, in relazione ai reati tributari, ricomprende non solo l'ammontare dell'imposta evasa, ma anche gli interessi e sanzioni dovute in seguito all'accertamento del debito tributario[33], l'aggravio delle conseguenze (sanziona-

[30] F. Piergallini, *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente*, cit., 23-24.

[31] Su tale carenza, segnalata da più parti, si rinvia a A.M. Dell'Osso, *Corsi e ricorsi nel diritto penal-tributario*, cit., 331.

[32] *Relazione su novità normativa*, cit., 32.

[33] Così Cass., Sez. III, 11 febbraio 2015 ud. (dep. 19 marzo 2015), n. 11497, che richiama sul punto Cass., Sez. III, 23 ottobre 2012 ud. (dep. 23 novembre 2012), n. 45849, quest'ultima pronuncia relativa alle fattispecie di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter* d.lgs. n. 74/2000. A ben vedere, le sanzioni amministrative non integrano un "profitto" del reato, bensì una sua conseguenza. L'errore nel quale incorrono le sentenze richiamate risulta evidente ove solo si consideri che l'indirizzo in parola è stato inaugurato da una sentenza che riguardava il reato di cui all'art. 11 d.lgs. cit., in materia

torie e non) derivanti all'ente dall'attività illecita diverrebbe ulteriormente sproporzionato.

5. Le vicende della punibilità della persona fisica e il principio di autonomia della responsabilità degli enti: un'irragionevolezza delle ipotesi di decumulo unilaterale in danno della *societas*?

Come si è già avuto modo di osservare, anche sul piano dei rapporti tra, da un lato, le vicende della punibilità della persona fisica e, dall'altro, la responsabilità della *societas*, occorre muovere dalle diverse letture del "sistema 231" sopra richiamate.

Infatti, tra i corollari che discendono dalla tesi della fattispecie plurisoggettiva di parte generale, tipizzante una nuova ipotesi di concorso necessario di persona fisica e giuridica nel reato, vi sarebbe l'applicabilità dell'art. 119 c.p., a mente del quale le circostanze oggettive che escludono la pena operano per tutti coloro che sono concorsi nel reato.

Viceversa, dalla prospettiva del cumulo delle responsabilità, occorre distinguere l'offesa arrecata al bene giuridico tutelato, da uno dei reati presupposto di cui alla Sezione III del Capo I del d.lgs. n. 231/2001, dall'interesse sotteso all'intera disciplina di riferimento, vale a dire quello a che l'ente si doti di una autoregolamentazione interna atta a ridurre il rischio di commissione di attività illecite secondo i parametri fondamentali della ragionevolezza e della proporzione[34].

di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, nel quale la condotta tipica è quella di compiere atti fraudolenti sui beni proprio o altrui per sottrarsi a procedure di riscossione coattiva in relazione a imposte, interessi o sanzioni (Cass., Sez. V, 10 novembre 2011, n. 1843): è dunque evidente che solo in tale ultimo caso il profitto può dirsi costituito dal *quantum* (imposta evasa, interessi e sanzioni) sottratto all'esecuzione erariale. Sul punto, si rinvia a A. Lanzi, P. Aldrovandi, *Diritto penale tributario*, cit., 276 ss.

[34] Sull'illecito amministrativo dipendente da reato come «fattispecie complessa», si vedano G. Cocco, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 90 ss. e – da ultimo – G. Varraso, *Autonomia del sistema sanzionatorio a carico dell'ente nel d.lgs. 231/2001 e non punibilità del reato presupposto*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2020, n. 1, 27. Nello stesso senso, si possono richiamare le Sezioni Unite nella nota sentenza relativa al caso ThyssenKrupp, secondo le quali – testualmente – «il legislatore, orientato dalla consapevolezza delle connotazioni criminologiche degli illeciti ispirati da organizzazioni complesse, ha inteso imporre a tali organismi l'obbligo di adottare le cautele necessarie a prevenire la commissione di alcuni reati, adottando iniziative di carattere organizzativo e gestionale. Tali accorgimenti vanno consacrati in un documento, un modello che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarli. Non aver ottemperato a tale obbligo fonda il rimprovero, la colpa d'organizzazione» (Cass., Sez. Un., sent. 24 aprile 2014 ud., dep. 18 settembre 2014, n. 38343). Sulla categoria della c.d. colpa di organizzazione, ricostruita in senso normativo-funzionalistica, V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, 2018, 433, secondo il quale trattasi di «categoria scevra da qualsiasi connotazione eticizzante [...] interamente orientata al *telos* delle sanzioni corporative, eminentemente preventivo» (*ivi*, 149); per questo, lo stesso Autore preferisce «alla nozione di colpevolezza quella – più funzionalistica – di "*responsabilità*", in accezione dogmatico-sistematica e teleologica» (*ivi*, 433, corsivi nel testo).

Come si è accennato a proposito del *ne bis in idem*, il sistema di responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche risponde ad uno scopo ben preciso, che vale a contraddistinguerlo – per ciò che qui interessa – rispetto sia ai delitti di cui al d.lgs. n. 74/2000 sia agli illeciti amministrativi tributari: tale scopo si indentifica – appunto – con la funzione, che l'ordinamento affida agli enti collettivi, di prevenire i reati al loro interno[35]. Al riguardo, due disposizioni del "sistema 231" risultano particolarmente significative, l'una riguardante i profili sostanziali e l'altra quelli processuali della responsabilità dell'ente.

Per un verso, si può richiamare la disciplina "speciale" del recesso attivo della *societas*: a mente dell'art. 26, comma 2 d.lgs. n. 231/2001, l'ente «non risponde quando volontariamente impedisce il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento». Si è al cospetto di una "causa di esclusione della punibilità dell'ente" (ovvero di un decumulo unilaterale a suo favore), intimamente collegata – come si afferma nella Relazione illustrativa – «alla filosofia preventiva che percorre trasversalmente l'intero decreto», in quanto «l'ente che volontariamente impedisce l'azione o la realizzazione dell'evento compie una inequivocabile scelta di campo in favore della legalità, disinnescando la fonte di rischio o comunque impedendo che la stessa sprigioni definitivamente i suoi effetti dannosi»[36].

Per altro verso, guardando al procedimento *de societate*, la contestazione rivolta all'ente deve contenere, oltre all'«indicazione del reato da cui l'illecito dipende», anche «l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto che può comportare l'applicazione delle sanzioni amministrative» (art. 59, comma 2, d.lgs. n. 231/2001)[37].

In altri termini, all'assenza di un *idem factum* fa da contraltare la dissociazione tra le vicende punitive/premiali della persona fisica e quelle del soggetto corporativo[38].

---

[35] In questi termini, si veda anche A.M. Dell'Osso, *Corsi e ricorsi nel diritto penal-tributario*, cit., 329.

[36] *Relazione allo schema del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, documento qui consultato nella versione contenuta in Aa. Vv., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, diretto da M. Levis, A. Perini, cit., 1374, che così prosegue: «[i]l bisogno di pena [...] nel caso del recesso attivo viene completamente meno».

[37] Evidenzia tale duplicità, tra gli altri, G. Fiorelli, *La* vocatio in iudicium *dell'ente, tra istanze di semplificazione probatoria e forme di responsabilità "senza fatto"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1267 e 1271; M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società*, Giappichelli, 2017, 176; G. Fiorelli, *Il diritto alla contestazione dell'illecito dipendente da reato, tra istanze di semplificazione probatoria e forme di responsabilità "senza fatto"*, in Aa. Vv., *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, a cura di L. Lupária, L. Marafioti, G. Paolozzi, Giappichelli, 2018, 108. Per una più diffusa disamina della contestazione dell'illecito *ex crimine* ai sensi dell'art. 59 d.lgs. n. 231/2001, si rinvia a R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 59 ss.

[38] Nel senso che «non è insostenibile ritenere che nel d.lgs. 231/2001 sia già vigente [...] un *principio di autonoma 'punibilità' dell'illecito dell'ente* rispetto all'illecito individuale», si veda – tra i più recenti contributi – M. Mossa Verre, *Le cause di esclusione della punibilità nel sistema della*

Guardando più d'appresso alla materia oggetto di attenzione, nell'attuale assetto normativo per i delitti di omesso versamento di ritenute dovute o certificate, di omesso versamento di IVA e di indebita compensazione con crediti non spettanti (di cui, rispettivamente, agli artt. 10-*bis*, 10-*ter* e 10-*quater,* comma 1, d.lgs. n. 74/2000), il contribuente persona fisica non incorre nella sanzione qualora, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, abbia estinto il debito tributario (sanzioni amministrative ed interessi compresi) mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito di speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie nonché del ravvedimento operoso (art. 13, comma 1, d. cit.).

Viceversa, per i reati di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti, di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifizi, di dichiarazione infedele e di omessa dichiarazione (artt. da 2 a 5 d.lgs. n. 74/2000), il "premio" viene accordato solo allorquando intervenga l'integrale pagamento, «a seguito del ravvedimento operoso o della presentazione della dichiarazione omessa entro il termine di presentazione di quella relativa al periodo di imposta successivo», sempreché l'autore del reato non abbia avuto, nel frattempo, formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o comunque dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali (art. 13, comma 2, d. cit.).

Com'è agevole avvedersi, il legislatore, oltre a differenziare le vicende della punibilità a seconda del disvalore di condotta, ha ritenuto prevalente, nel bilanciamento di interessi in gioco, la reintegrazione *post factum* del bene giuridico tutelato dalle norme rispetto alle quali operano le ipotesi premiali in esame, ossia l'interesse alla percezione dei tributi, delineando così un sistema «premiale/riscossivo»[39].

In tutti i casi sopra indicati, nei quali la legge accorda la non punibilità, residua comunque la responsabilità dell'ente collettivo, proprio in virtù del richiamato principio di autonomia di cui all'art. 8 d.lgs. n. 231/2001.

Al riguardo, in dottrina si è parlato di «evidente contraddizione nell'apparato penale tributario» in quanto lo stesso determinerebbe «un evidente conflitto di interessi tra autore del reato ed ente collettivo, che, oltre a rap-

responsabilità degli enti: il caso della particolare tenuità del fatto, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 291. Una conferma al riguardo si può ricavare anche dalla *Relazione allo schema del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, cit., laddove si afferma che «le cause di estinzione della pena, al pari delle eventuali cause di non punibilità e, in generale, alle vicende che ineriscono a quest'ultima, non reagiscono in alcun modo sulla configurazione della responsabilità in capo all'ente [...] Si tratta infatti di due illeciti, quello penale della persona fisica e quello amministrativo della persona giuridica, concettualmente distinti» (1361).

[39] Di «diritto penale premiale/riscossivo» parla, da ultimo, R. Bartoli, *Responsabilità degli enti e reati tributari*, cit., 219. Perplessità rispetto alle descritte scelte premiali del legislatore sono espresse da F. Piergallini, *op. cit.*, 15, laddove si osserva che, a seguito dell'estensione della citata causa di non punibilità a fattispecie connotate da fraudolenta, «la controazione riparativa compensa sì il disvalore di evento, ma non assorbe del tutto la decettività della condotta».

presentare di per sé una controspinta alla condotta riparatoria del primo, potrà indurre l'ente a non rendersi disponibile al pagamento»[40]. In effetti, sono senz'altro condivisibili le preoccupazioni derivanti dai molti problemi che un siffatto assetto normativo pone: nel caso in cui, ad esempio, la persona fisica provvede al pagamento dell'imposta, si pone l'interrogativo di stabilire se e, in caso affermativo, in quale modo la *societas* possa comunque beneficiare della mitigazione del trattamento sanzionatorio di cui agli artt. 12 e 17 del decreto. Senza contare che, nella prassi, è spesso la stessa impresa ad attivarsi direttamente in tal senso, rischiando però così – oggi– di "autodenunciare" il proprio illecito *ex crimine*[41].

Per questa via, si prospettano diverse soluzioni: un'interpretazione restrittiva dell'art. 8 d.lgs. n. 231/2001, che fa leva sull'impossibilità di ricomprendere le c.d. cause di non punibilità in senso stretto (ossia quegli istituti di diritto penale sostanziale che escludono la punibilità "in astratto" di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, ma che non importano l'estinzione del reato) nell'ambito dei casi di responsabilità autonoma delimitati dalla lettera della disposizione *de qua*[42]; prospettare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 d.lgs. n. 74/2000, nella parte in cui non è applicabile alla *societas*, per contrasto con il principio di uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.[43]; ancora, ricorrere – come si è accennato – all'art. 119 c.p., mediante la valorizzazione della la citata lettura del sistema di responsabilità dell'ente come fattispecie plurisoggettiva di parte generale, tipizzante un concorso necessario tra persona fisica e giuridica[44].

Tuttavia, dalla prospettiva del *cumulo* di responsabilità, la segnalata irragionevolezza della scelta del legislatore riguarda non tanto l'assenza di un automatismo tra non punibilità della persona fisica e (ir)responsabilità della *societas*, quanto piuttosto – come pure si è condivisibilmente osservato – dal fatto che «rispetto alle persone fisiche, si prevede un diritto penale premiale/riscossivo, un diritto penale, cioè, che minaccia la pena ma tende a recuperare il gettito tributario attraverso la previsione di una causa di non punibilità

[40] A. Lanzi, P. Aldrovandi, *Diritto penale tributario*, cit., 305-306.

[41] I profili critici, qui solo evocati, sono sviluppati da R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 144 ss.

[42] L'interpretazione restrittiva dell'art. 8 d.lgs. n. 231/2001 è illustrata e discussa, da ultimo, da M. Mossa Verre, *Le cause di esclusione della punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, cit., 284 ss.; la stessa fa capo, evidentemente, alla tradizionale distinzione tra punibilità in astratto e punibilità in concreto: sul punto, si veda per tutti G. Vassalli, *La potestà punitiva*, Utet, 1942, 379 ss.

[43] Così R. Bartoli, *op. cit.*, 220; considerazioni analoghe sono svolte da F. Piergallini, *op. cit.*, 16, laddove si osserva che «[s]e, infatti, tutte le cause di estinzione del reato possono essere considerate (negli effetti come) cause di non punibilità, non è necessariamente vero il contrario, di modo che l'estensione dell'art. 8 anche a quest'ultime costituirebbe un'ipotesi di analogia *in malam partem*».

[44] F. Piergallini, *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente*, cit., 18.

sopravvenuta consistente nel pagamento degli importi dovuti [...] Dall'altro lato, rispetto agli enti collettivi, si prevede un diritto penale che [...] soltanto in parte è premiale/riscossivo, mentre per altra parte giunge comunque a punire l'ente nonostante le controazioni compensative»[45]. Si tratta di due piani certamente contigui, ma comunque distinti.

Con minore approssimazione, si è detto che vi è un interesse specifico sotteso all'illecito *ex crimine*, sicché la condotta reintegratoria del bene giuridico dal reato presupposto non è tale da compensare il disvalore del fatto addebitato all'ente, ossia la mancata organizzazione "virtuosa" dell'ente. Di modo che, in caso di riparazione del reato, la *societas* potrebbe andare esente da responsabilità solo allorquando la stessa provveda all'adozione di un modello organizzativo *post factum* ovvero all'implementazione di quello già esistente (e risultato inidoneo).

Sul punto, si è peraltro obiettato che l'eventuale riorganizzazione aziendale in chiave prevenzionistica, posta in essere *volontariamente* dal soggetto metainvidivuale dopo la commissione del delitto, rappresenterebbe una sorta di rieducazione "imposta" dallo Stato nonostante la soddisfazione delle sue pretese punitive intervenuta con il pagamento dell'imposta non versata. In questo senso, si osserva infatti che «se è vero che, a differenza di quanto accade per l'uomo, la personalità dell'ente consistente nell'organizzazione è nella sostanza conoscibile, potendosi attivare meccanismi premiali connessi ad una riorganizzazione nel senso della legalità, tuttavia ciò non può tradursi in un abuso che si avrebbe nel momento in cui lo Stato si ingerisce nella personalità dell'ente nonostante manchino le ragioni per punirlo»[46].

Il tema, in effetti, è alquanto scivoloso, anche in ragione delle difficoltà che si riscontrano nell'ipotizzare una funzione di prevenzione speciale (e anche di colpevolezza) della *societas* in senso diverso da quello normativo.

Ad ogni modo, muovendo dal presupposto (comune alle due impostazioni qui a confronto) secondo il quale sarebbe errato affidare alle fattispecie premiali anche scopi di specialprevenzione, dal momento che, in assenza di pena, la loro funzione si esplica più propriamente sul piano dell'oggettività del fatto e del bene giuridico tutelato, ciò che interessa qui evidenziare è che l'adozione di un modello *post factum,* ovvero l'implementazione di quello adottato *ante factum* e poi risultato inidoneo, ben potrebbe rilevare come condotta riparatoria capace di incidere non solo sul *quantum*, ma più radicalmente sull'*an* della sanzione punitiva, attesa appunto la reintegrazione dell'interesse sotteso alla disciplina di riferimento[47].

Trattasi, come certamente il lettore si avvede, di questioni di portata più generale rispetto alle riforme di settore in commento le quali pongono, in

[45] R. Bartoli, *op. cit.*, 219.

[46] R. Bartoli, *Responsabilità degli enti e reati tributari*, cit., 227.

[47] In senso contrario, circa l'irragionevolezza della mancata estensione all'ente delle cause di non punibilità di cui all'art. 13 d.lgs. n. 74/2000, si veda ancora R. Bartoli, *op. cit.*, 227.

sostanzia, i medesimi dubbi interpretativi generati dalla previsione generale della non punibilità per la persona giuridica in caso di particolare tenuità de fatto, ai sensi dell'art. 131-*bis* del codice penale[48].

6. Considerazioni conclusive "in prospettiva".

Rispetto alle criticità della disciplina sopra considerate, vale la pena fare un cursorio riferimento, nelle battute conclusive della presente riflessione, alle possibili soluzioni.

In primo luogo, con riguardo all'irragionevolezza dell'estensione della responsabilità degli enti ai reati tributari, sotto il profilo della sproporzione delle conseguenze derivanti dalla commissione dell'illecito a carico della *societas*, da più parti si auspica l'introduzione di una norma che – secondo le citate indicazioni della stessa Direttiva PIF – mitighino gli effetti del doppio binario sanzionatorio, simile a quella prevista in materia di abusi di mercato dall'art. 187-*terdecies* d.lgs. n. 58/1998 (come sostituito, da ultimo, dall'art. 4, comma 17, d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107)[49].

Al riguardo, può incidentalmente osservarsi come la proporzionalità sia stata di recente valorizzata anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale quale autonoma proiezione dell'art. 42 Cost. (e, potrebbe aggiungersi, dell'art. 41 Cost.) rispetto alle sanzioni amministrative aventi contenuto patrimoniale (ovvero interdittivo), al di là dell'individuazione di un *tertium comparationis* che evidenzi una disparità di trattamento[50].

In secondo luogo, con riferimento alle ipotesi di decumulo unilaterale in favore della persona fisica, l'irragionevolezza del sistema risulta derivare, nella chiave di lettura qui proposta, non tanto dalla mancata previsione di un automatismo tra non punibilità dell'autore del reato e esonero della responsabilità della *societas*, quanto piuttosto dall'assenza di una fattispecie premiale all'interno del d.lgs. n. 231/2001 la quale, piuttosto che incidere solo sul *quantum* della sanzione pecuniaria o sulla possibilità o meno di irrogare

[48] Sul punto, si rimanda più diffusamente a R. Lottini, *La natura autonoma della responsabilità dell'ente*, in Aa. Vv., *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, cit., 2998 ss.; M. Mossa Verre, *Le cause di esclusione della punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, cit., 280 ss.

[49] Così C. Santoriello, *op. cit.*; più di recente, si veda anche R. Bartoli, *Responsabilità degli enti e reati tributari*, cit., 220 ss., il quale – tra l'altro – prospetta l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*terdecies* d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 nella parte in cui non è applicabile alla responsabilità degli enti.

[50] C. cost., sent. n. 112 del 2019, secondo la quale – testualmente – «non può dubitarsi che il principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'illecito sia applicabile alla generalità delle sanzioni amministrative» (punto 8.2.2). Nel caso di specie, riguardante l'ipotesi di confisca prevista dall'art. 187-*sexies* d.lgs. n. 58/1998 in materia di abusi di mercato, il Giudice delle leggi individua il fondamento giuridico di operatività del principio di proporzionalità nel combinato disposto di cui agli artt. 3 e 43 della Costituzione. Al riguardo, mette conto segnalare come la libertà d'impresa sia espressamente indicata tra i diritti e principi fondamentali che la Direttiva PIF dichiara di rispettare (*Considerando* n. 28).

sanzioni interdittive, accordi più radicalmente la non "sanzionabilità" del soggetto corporativo nel caso in cui lo stesso, a seguito della commissione di un reato al suo interno, non solo abbia riparato quest'ultimo, ma abbia altresì rimediato alla lacuna organizzativa che lo ha determinato, adempiendo così, seppur *post factum*, il compito affidatogli dall'ordinamento[51]. In effetti, la premialità dovrebbe guardare *in primis* proprio al soggetto corporativo, piuttosto che all'agente di reato, in quanto il primo, oltre ad essere il "beneficiario" dell'evasione fiscale (come tale, peraltro, attinto da confisca diretta, secondo quanto affermato dalle Sezioni Unite sopra richiamate), è quasi sempre l'unico in grado di fatto di attivarsi per soddisfare le pretese dell'Erario

Più in dettaglio, rispetto al soggetto metaindividuale, le ricordate difficoltà che si riscontrano nell'ipotizzare una funzione di prevenzione speciale (e anche di colpevolezza) in senso diverso da quello normativo portano a ritenere che la condotta riparatoria, se posta in essere volontariamente dall'ente dopo la commissione del reato presupposto, ben possa determinare una ritrazione della potestà punitiva in ragione del venir meno di un suo bisogno.

In quest'ottica, la particolare adattabilità della premialità rispetto al sistema punitivo riservato agli enti risiede, da un lato, nel fatto che «[l]a responsabilità dei soggetti metaindividuali è orientata alla prevenzione, segnatamente alla *compliance* a carattere cautelativo e – *ex post* – riparatoria»[52]; dall'altro (e di riflesso), nella natura restaurabile del bene giuridico di riferimento.

In altri termini, in un sistema che non solo guarda all'*ante factum*, ma che "scommette" anche sul *post factum*, l'assenza di una causa di "non sanzionabilità" dell'ente derivante da condotte reintegratorie risulta in definitiva disfunzionale rispetto alla stessa logica del sistema positivo, che si rivela marcatamente negoziale, imperniata com'è non sul binomio obbligo-sanzione, bensì su quello onere-benefici[53].

[51] Circa la proposta di un ripensamento della premialità nel sistema di cui al d.lgs. n. 231/2001, sia consentito rinviare a Fe. Mazzacuva, *L'ente premiato*, cit., *passim*, in particolare 294 ss.

[52] V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., *Premessa*, XVII; considerazioni analoghe sono espresse, con riferimento alla materia dei reati ambientali, da C. Piergallini, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2019, 546.

[53] Proprio in questa prospettiva, del resto, la dottrina considera i modelli organizzativi come una tra le tante «forme di premialità penalmente significative»: L. Eusebi, *Forme e problemi della premialità nel diritto penale*, in Aa.Vv., *Ripensare la premialità. Le prospettive giuridiche, politiche e filosofiche della problematica*, atti del convegno nazionale di Teramo (8-10 maggio 1997), a cura di S. Armellini, A. Di Giandomenico, Giappichelli, 2002, 93 ss.

L'AUTOREGOLAMENTAZIONE DELLA MAGISTRATURA, IL RUOLO DEL CSM E LE BUONE PRASSI IN MATERIA DI INTERCETTAZIONI*

Francesco Cananzi**

Sommario: **1.** *Soft law* del Consiglio Superiore della Magistratura. – **2.** Le ragioni della Risoluzione. – **3.** Sintesi delle linee guida consiliari. – **4.** La rinnovata attualità della Risoluzione a seguito della legge n. 7/2020: la controriforma. – **5.** Dal sindacato eventuale del pubblico ministero a seguito della annotazione della polizia giudiziaria alle direttive del pubblico ministero. – **6.** Il ruolo del pubblico ministero nella previsione costituzionale e codicistica. – **7.** Le modalità e l'ambito di incidenza delle direttive del Pubblico ministero e del sostituto procuratore. – **8.** I criteri per la trascrizione nei brogliacci: casi tipizzati e non tipizzati. – **9.** La preselezione funzionale all'udienza stralcio e il diritto di difesa. –**10.** La sobrietà contenutistica e il procedimento cautelare.

ABSTRACT

Il presente contributo si pone l'obiettivo di analizzare una recente ed estremamente importante risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura in tema di intercettazioni. Detto provvedimento di soft law, in particolare, chiarisce il ruolo assegnato dalla Costituzione e dall'ordinamento al pubblico ministero e pone delle linee guida per l'utilizzo del succitato – e ormai invalso – mezzo di ricerca della prova.

This contribution aims to analyse a recent and extremely important resolution of the Superior Council of the Judiciary on interceptions. This soft law provision, in particular, clarifies the role assigned by the Constitution and by law to the plublic prosecutor and sets guidelines for the use of the above-mentioned means of evidence.

---

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Giudice presso il Tribunale di Napoli.

1. *Soft law* del Consiglio Superiore della Magistratura.

Nell'ambito delle competenze del Consiglio Superiore della Magistratura la Settima Commissione referente è dedicata all'organizzazione degli uffici giudiziari. Sempre più, a fronte delle insufficienze, quanto a risorse umane e materiali rispetto al numero di affari da trattare, nella quasi totalità degli uffici giudiziari italiani, da parte del Consiglio Superiore si è ricercata la strada per dare una risposta in termini di efficienza e responsabilità, per quanto spettante al governo autonomo, ai magistrati e ai dirigenti degli uffici giudiziari, al fine di offrire un servizio adeguato ai cittadini.

Ciò si è fatto, fermo restando che la responsabilità della magistratura in tal senso non può surrogare, né oscurare o rendere meno intensa quella politico-costituzionale attribuita dall'art. 110 Cost. al Ministro per la Giustizia, quanto ai servizi e alle risorse da fornire, nella consapevolezza che le diverse competenze, quella consiliare e quella di governo, debbano ricercare forme di collaborazione leale, come è proprio della dinamica fra i poteri dello Stato.

Il rispetto reciproco, la fermezza delle posizioni quando necessario e al tempo stesso la capacità di dialogo, costituiscono la strada maestra per una interlocuzione equilibrata fra poteri dello Stato, pur nella consapevolezza che ogni doveroso sforzo per la migliore organizzazione giudiziaria, per garantire il miglior servizio per i cittadini, non può fare a meno delle risorse indispensabili.

Questa premessa, per quanto appaia estranea al tema delle intercettazioni, in vero consente di collocare la Risoluzione consiliare dal titolo *"Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni"* nell'ambito ordinamentale che le è proprio[1].

A ben vedere lo strumento dell'intervento consiliare in commento non è stato quello della Circolare, bensì quello della Risoluzione, proprio perché opportunamente privo di valenza normativa[2].

La Risoluzione in tema di intercettazioni si inserisce, infatti, all'interno di una pluralità di interventi consiliari aventi un comune contenuto di 'linee guida', quale strumento di *soft law*. Tali delibere sono anche conseguenti ad un metodo di lavoro che ha visto il Consiglio sempre più recepire indicazioni provenienti dalle *buone pratiche* degli uffici giudiziari, validarle e rielaborarle per offrirle come modelli organizzativi virtuosi, come possibili soluzioni anche per altri uffici giudiziari[3].

---

[1] Si tratta della Risoluzione n. 285/VV/2016 – Pratica 285/VV/2016, approvata con delibera del 29 luglio 2016, reperibile su *www.csm.it*, nonché in *Foro it.*, anno 2017, parte III, col. 286.

[2] Sugli atti consiliari e sulle fonti dell'ordinamento giudiziario, da ultimo, F. Dal Canto, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Giappichelli, 2018, 65 ss.

[3] Da ultimo, anche in relazione all'emergenza determinata dalla pandemia del virus Covid-19 il CSM, recependo alcuni protocolli realizzati fra dirigenti degli uffici giudiziari e organismi dell'avvocatura in sede locale, ha deliberato le *Linee guida ai Dirigenti degli uffici giudiziari in ordine all'emergenza sanitaria Covid-19 e proposta al Ministro della Giustizia ai sensi dell'art. 10, comma*

Il Consiglio, come si legge nella delibera che approvava la pubblicazione del Codice dell'organizzazione, «*non si sostituisce alle decisioni di competenza del giudice e dei dirigenti degli uffici giudiziari, ma effettua interventi che si collocano nell'ambito del soft law*»[4] [5]. E d'altro canto anche il ricorso a strumenti non vincolanti può annoverarsi nell'ambito dei poteri atipici del CSM, propri dell'esercizio di una funzione di politica giudiziaria che spetta all'organo di governo autonomo della magistratura[6].

2 L. n. 195 del 24 marzo 1958 (delibera 5 marzo 2020), nonché *Ulteriori linee guida in ordine all'emergenza sanitaria Covid-19 all'esito del D.L. n. 11 8.3.2020* (delibera 11 marzo 2020), reperibili in *www.csm.it*.

[4] L'espressione si rinviene nella delibera introduttiva del *Codice dell'Organizzazione*, 5, costituente un testo unico ricognitivo dell'attività normativa in materia, approvato in Plenum nella seduta del 25 luglio 2018, è reperibile al link: www.csm.it.

[5] Sulla categoria degli atti di *soft law,* che attraversa il tema delle fonti a livello internazionale, eurounitario e nazionale, come pure sui protocolli e le linee guida in sede di diritto processuale penale, F. Zammartino, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, in *Dirittifondamentali.it*, Fasc. 1/2020, 944 e ss., in particolare 953 e ss.; A. Algostino, *La* soft law *comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *Costituzionalismo.it*, Fascicolo n. 3/2016, 257; F. Trapella, *Brevissimo viaggio nel* soft-law *processuale, ovvero il giudizio penale al tempo dei protocolli*, in *Cass. pen.*, 2018, 4013; V. Bove, *Brevi riflessioni su protocolli e linee guida: è a rischio il principio di legalità?*, in *Dir. pen. contemp.* (rivista online), 17 luglio 2015; R. Bin, *Soft law, no law*, in A. Somma (a cura di), Soft law *e* hard law *nelle società postmoderne*, Giappichelli, 2009.

[6] Sul punto si richiama G. Volpe, voce *Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Giuffrè, 2000, 391, che definisce il senso dell'espressione 'politica giudiziaria' del Consiglio e vi annovera anche gli atti di indirizzo e orientamento funzionali allo spontaneo adeguarsi dei destinatari, come la Risoluzione in commento: «Tra gli organi giudiziari, la Costituzione (art. 105 e 107) assegna al Consiglio le funzioni più importanti per quanto riguarda sia l'organizzazione sia l'indipendenza dei magistrati. Queste competenze riservate conferiscono poteri a tal punto vasti e rilevanti che, grazie anche alla forma e al contenuto normativi in cui possono essere esercitati, il Consiglio è in grado di elaborare e volgere un indirizzo di politica giudiziaria, di delineare e di perseguire l'attuazione di un disegno generale di governo della magistratura.
Dipende dalla concreta capacità "politica" dei diversi consessi consiliari se l'esercizio delle competenze si risolva in interventi episodici e contingenti oppure risulti espressione coerente e sistemica di una politica dell'organizzazione e del funzionamento della magistratura (come i frammenti ricomponibili di un *puzzle*). Nella storia dei Consigli, se ne possono individuare alcuni che hanno svolto i loro poteri nell'ambito dell''amministrazione', cioè di un sostanziale esercizio della classica discrezionalità amministrativa, ed altri che hanno trasformato l'esercizio di quei medesimi poteri in strategia di 'politica giudiziaria', di governo della magistratura. Resta comunque fermo che sia l'attività 'amministrativa' sia l'attività 'governativa' del Consiglio trovano fondamento nel riconoscimento dell'autonomia dell'ordine, di cui il Consiglio è costituzionalmente l'organo principale; e perciò da essa possono legittimamente scaturire sia atti amministrativo-normativi (astratti e generali) sia provvedimenti (concreti e singolari), tutti sottoposti al regime di controllo, impugnazione ed invalidazione tipico degli atti amministrativi; ma anche atti di indirizzo e di orientamento alla ricerca del consenso e dello spontaneo adeguarsi dei destinatari».

In tale contesto la citata Risoluzione in tema di intercettazioni è paradigmatica della valorizzazione dei provvedimenti organizzativi assunti nelle singole Procure della Repubblica, poi rielaborati dal CSM e rimessi nuovamente alla valutazione degli uffici competenti.

Come si leggerà alcuni temi sono rimasti di attualità, in particolare in relazione al bilanciamento fra le esigenze di riservatezza – degli indagati e ancor più dei terzi, estranei all'indagine – e le esigenze di ricerca della verità connessa alla obbligatorietà dell'azione penale, valori da combinarsi con il diritto alla informazione.

Una lettura anche superficiale dei pareri resi dal Consiglio Superiore della Magistratura, ai sensi dell'art. 10 comma 2 della legge n. 195/1958, in merito ai disegni di leggi in tema di disciplina relativa alle intercettazioni degli ultimi decenni, palesa come il tema del bilanciamento dei predetti valori sia rimasto sostanzialmente irrisolto, nonostante le modifiche normative realizzate, o anche solo proposte, dal che le misure afferenti la previa selezione delle intercettazioni rilevanti, l'archivio riservato, l'udienza stralcio[7].

[7] Si richiamano sul punto, senza pretesa di esaustività, le seguenti delibere consiliari, reperibili in *www.csm.it*, costituenti parere *ex* art. 10 c. 2 l. 195/1958 in relazione ai disegni di legge nel corso degli anni proposti e alle relative ipotesi di modifica normativa in tema di disciplina delle intercettazioni, che già prevedevano, ad esempio, l'istituzione dell'archivio riservato con modifica dell'art. 269 c.p.p. (cfr. delibera 17 febbraio 2009), come pure si riportano le indicazioni relative al parere reso dal CSM anche in ordine all'ultima modifica del dettato codicistico, operata con disegno di legge di conversione del decreto legge n. 161/2019:
Parere sul disegno di legge recante: "Modifiche alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni" (Deliberazione del 2 luglio 1997);
Nota in data 17 settembre 2005 del Ministro della giustizia, con la quale trasmette, per il parere, copia del disegno di legge, approvato dal Consiglio dei ministri il 9 settembre 2005, concernente: "Disposizioni in materia di intercettazioni telefoniche ed ambientali e di pubblicità degli atti del fascicolo del pubblico ministero e del difensore" (Deliberazione del 9 febbraio 2006);
Richiesta del Ministro della giustizia di parere relativa al testo del decreto legge concernente: "Disposizioni per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche". (Deliberazione del 28 settembre 2006);
Nota in data 28 settembre 2006 del Ministro della giustizia con la quale trasmette, per il parere ai sensi dell'art. 10 della Legge 195/1958, copia del D.d.l., approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 4 agosto 2006, concernente: "Disposizioni in materia di intercettazioni telefoniche ed ambientali e di pubblicità degli atti di indagine". (Deliberazione del 21 dicembre 2006);
Parere sul disegno di legge governativo n. 1415 del 2008 in materia di intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali. (Delibera del 17 febbraio 2009);
Parere sul Disegno di Legge n. 1659 AS di conversione del Decreto Legge n. 161/2019 recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni (GU Serie generale n. 305 del 31.12.2019) (Delibera del 13 febbraio 2020).

2. Le ragioni della Risoluzione.

La necessità della Risoluzione emergeva dall'esigenza di far fronte, attraverso i rimedi propri dell'organizzazione interna agli uffici giudiziari, al *deficit* di riservatezza manifestatosi in concreto in relazione ad alcune inchieste, sollecitando un impiego oculato dello strumento delle intercettazioni, nella consapevolezza che solo un uso equilibrato, idoneo a limitare le pubblicazioni di parti delle conversazioni non penalmente rilevanti, specie quando riguardanti terzi estranei alle condotte di reato, avrebbe evitato riduzioni nella disponibilità di uno strumento investigativo insostituibile.

Attraverso questa Risoluzione il Consiglio si poneva come Istituzione nel dibattito sul tema delle intercettazioni, a maggior ragione in considerazione della circostanza che l'istruttoria consiliare e la decisione in Plenum ebbero a sovrapporsi con l'*iter* di approvazione della riforma "Orlando", conclusa con la legge 23 giugno 2017 n. 103, che solo alla fine del 2017 ha trovato poi completa attuazione con il d.lgs. 29 dicembre 2017 n. 216 quanto alle intercettazioni.

La lettura delle modificazioni apportate al regime delle intercettazioni dalla legge delega n. 103/17 ricalca anche molte fra le indicazioni contenute della Risoluzione consiliare, come pure annotato in dottrina[8], anche se il tema della centralità/responsabilità del Pm nella selezione delle conversazioni sembrava attutirsi decisamente nel decreto legislativo attuativo.

D'altro canto, l'attenzione del Consiglio Superiore al tema delle intercettazioni si era manifestata anche in merito alla questione della riservatezza dei dati sia con il richiedere, per quanto di competenza, le misure di salvaguardia fisiche e informatiche, come richiesto a più riprese dal Garante per la Protezione dei dati personali[9], sia anche con accorgimenti giuridico-fattuali in grado di contenere il fenomeno delle cd. fughe di notizie e della violazione della riservatezza, quando il dato conosciuto non abbia rilevanza per l'indagine in sede penale.

La Risoluzione, valutando le circolari e le direttive assunte da alcuni Procuratori della Repubblica, chiarisce il ruolo assegnato dalla Costituzione e dall'ordinamento al pubblico ministero nell'indagine, per ribadirne la responsabilità nella direzione, molto valorizzata nel documento consiliare, proprio al fine di praticare la previa selezione delle conversazioni, grazie alle direttive

---

[8] La delibera è richiamata e illustrata da L. Giordano, *La delega per la riforma della disciplina delle intercettazioni*, ne *La Riforma della giustizia penale,* Giuffrè, 2007, 361 e ss. e sempre da L. Giordano in *Il Consiglio Superiore della Magistratura sulle buone prassi in materia di intercettazioni: prime considerazioni***,** in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, 11 ottobre 2016.

[9] Si tratta del Provvedimento in materia di misure di sicurezza nelle attività di intercettazione da parte delle Procure della Repubblica – n. 356 del 18 luglio 2013 (Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 189 del 13 agosto 2013), al quale ne sono seguiti di successivi, prescriveva misure di sicurezza fisica, informatica nonché quanto alle medesime misure per il luoghi diversi dalle Procure della Repubblica ove veniva praticato l'ascolto da remoto.

a darsi alla polizia giudiziaria. Come si vedrà questo tema è tornato, nell'attuale testo normativo, ad assumere una assoluta centralità.

3. Sintesi delle linee guida consiliari.

Prima di provvedere a una analisi approfondita dei profili della Risoluzione che mantengono ancora una loro attualità a fronte della riforma Bonafede, vanno da subito evidenziati alcuni degli ambiti di intervento e dei principi declinati nella delibera consiliare.

In primo luogo, come già accennato, il Consiglio ha riaffermato il ruolo ordinamentale e processuale del pubblico ministero quale parte imparziale del processo e *dominus* delle indagini preliminari, ribadendo la dipendenza funzionale della polizia giudiziaria: tale centralità del pubblico ministero determina l'impossibilità di delegare, senza controllo, il compito di 'filtro' e selezione delle intercettazioni rilevanti ed utilizzabili, che invece deve essere assicurato nell'ambito di un continuo e proficuo confronto con la polizia giudiziaria.

In relazione al contenuto della conversazione intercettata il Consiglio suggeriva ai procuratori della Repubblica di distinguere le intercettazioni oggetto di trascrizione e quelle suscettibili di mera 'indicazione', vale a dire contenenti i dati estrinseci della conversazione e la ragione della mancata trascrizione. In tal modo intercettazioni irrilevanti, intercettazioni di conversazioni contenenti dati sensibili, intercettazioni di conversazioni dei difensori e di altri soggetti garantiti, intercettazioni di conversazioni di parlamentari, intercettazioni di conversazioni di servizio previste dall'art. 270-*bis* c.p.p., potevano rifluire in casi in cui è opportuna la mera 'indicazione' estrinseca delle ragioni dell'omessa trascrizione da parte della polizia giudiziaria.

Il Consiglio rilevava, poi, l'utilità di un indice separato contenente l'indicazione meramente numerica del progressivo delle conversazioni, privato anche dell'indicazione degli interlocutori (indicazione invece contenuta nel brogliaccio), il che avrebbe reso più agevole, nel contempo, la valutazione del PM sulle richieste di stralcio *ex* art. 268 comma 6 c.p.p., la possibilità per la difesa di individuare immediatamente le conversazioni che, accantonate dalla polizia giudiziaria e dal Pm in quanto ritenute irrilevanti, possano invece rivelarsi utili ai fini difensivi.

Le predette modalità avrebbero consentito – a parere del CSM – la più agevole gestione da parte del giudice per le indagini preliminari, in occasione del vaglio e della portata delle operazioni da compiersi nel corso dell'udienza stralcio, per la quale si sollecitava l'esigenza di una utilizzazione **mirata e non massiva**, secondo canoni di 'sostenibilità organizzativa', avendo preso atto che, come da precedente deliberazione del Consiglio, il limitato ricorso alla procedura di stralcio costituiva *«... un fenomeno che ha destato, nel pubblico dibattito, allarme e perplessità rispetto alla tutela della riservatezza di terzi estranei al processo o delle stesse parti su circostanze irrilevanti per il processo ma di interesse per la cronaca».*

La Risoluzione analizzava poi le ragioni processuali che hanno condotto a una sorta di desuetudine nel ricorso a tale momento procedimentale, previsto dall'allora vigente art. 268, commi 6 e 7, c.p.p.

In primo luogo il ricorso significativo ai riti alternativi, che consentono l'utilizzo come prova dei cd. "brogliacci d'ascolto", cosicché inutile, se non in casi peculiari e limitati, risulta la trascrizione delle registrazioni.

Un fattore critico rispetto alla attivazione del procedimento di stralcio è consistito nella difficoltà di espletare in tempi brevi la conseguente perizia di trascrizione, che importa il decorso di un lasso temporale prezioso, incidente sui termini di custodia cautelare, cosicché nella prassi l'attività tecnica viene affidata al giudice del dibattimento.

Anche le questioni giurisprudenziali attinenti alla competenza funzionale, del Gip piuttosto che del Gup a disporre la trascrizione delle conversazioni, non hanno consentito l'individuazione di un unico giudice competente.

Inoltre è frequente il caso che da un unico procedimento possano derivarne di ulteriori, cosicché il deposito degli atti può essere parziale e anche il giudizio di rilevanza può mutare in relazione ad ogni singolo procedimento.

A fronte delle cause della desuetudine dell'istituto, il Consiglio suggerisce, con la Risoluzione, un ricorso all'udienza prevista dall'art. 268 c.p.p. limitato, essenzialmente in due casi, appunto un uso mirato e non massivo.

Quando il pubblico ministero abbia avanzato una richiesta di misura cautelare e, nel selezionare il materiale posto a sostegno della stessa, abbia escluso le comunicazioni o le conversazioni vietate dalla legge e quelle che, oltre ad essere manifestamente irrilevanti, contengano anche dati sensibili.

Ovvero allorché il pubblico ministero, pur non avendo avanzato una richiesta cautelare, dirigendo le indagini ai sensi dell'art. 327 cod. proc. pen., abbia assunto cognizione volta per volta della raccolta di conversazioni che presentano gli attributi indicati in precedenza – di rilevanza e irrilevanza – e offra pertanto una selezione del materiale tratto dalle intercettazioni che può da subito essere valutato dal Gip.

Come si leggerà il tema dell'udienza stralcio, a seguito della riforma operata con legge n. 7 del 2020, può tornare a essere centrale, potendo restituire, con il ruolo riattribuito al pubblico ministero, attualità anche alla Risoluzione consiliare del 2016.

4. La rinnovata attualità della Risoluzione a seguito della legge n. 7/2020: la controriforma.

Il decreto legge del 30 dicembre 2019 n. 161, convertito in legge 28 febbraio 2020 n. 7, è stato indicato dai primi commentatori come la «riforma della riforma» ovvero la «controriforma»[10], volendo di fatto intendersi la natura di

[10] Di «riforma della riforma» si legge in W. Nocerino, *Prime riflessioni a margine del nuovo decreto legge in materia di intercettazioni*, in *Sist. pen.*, 1/2020, 67; di «controriforma» si legge in

"ritorno al passato" della riforma "Bonafede", che riedita l'impostazione originaria del codice di rito, scavalcando la disciplina del decreto legislativo n. 216/2017, attuativo della cd. riforma "Orlando"[11] e differito a più riprese nella sua vigenza dal legislatore, come noto.

Oltre alle critiche relative allo strumento del decreto legge[12], questo alternarsi normativo, che di certo non aiuta gli operatori del diritto, esprime opzioni di natura politica ben diverse e ha determinato che di fatto la legge n. 7/2020 abbia ricondotto allo 'status quo ante' alcuni profili della disciplina delle intercettazioni.

Tale 'retroazione' rende in tal modo di nuovo attuali alcuni profili della Risoluzione consiliare che si rapportava proprio al quadro normativo anteriore alla riforma "Orlando".

Certamente una chiara rivisitazione vi è stata in relazione al ruolo del pubblico ministero e al suo rapporto con la polizia giudiziaria, come pure vi è stato un ribaltamento quanto alla selezione delle conversazioni, nella riforma "Orlando" previsto 'a monte', in quella "Bonafede" di fatto 'a valle'.

D. Pretti, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e l'inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni*, in *Sist. pen.*, 2/2020, 71. Tali contributi intervengono prima della conversione del decreto legge, come pure G. Santalucia, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Sist. Pen.*, 1/2020, p. 47; C. Larrini, *La (contro)riforma delle intercettazioni: d.l. n. 161 del 2019*, in *disCrimen*, 21 Gennaio 2020; G. Pestelli, *La controriforma delle intercettazioni di cui al d.l. 30 dicembre 2019 n. 161: una nuova occasione persa, tra discutibili modifiche, timide innovazioni e persistenti dubbi di costituzionalità*, in *Sist. pen.*, 2/2020, 109; A. Scalfati, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 1, 1; C. Gallo, *La procedura di deposito e selezione delle intercettazioni*, in www.questionegiustizia.it. Successivi alla legge 7/2020 di conversione D. Pretti, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto? La legge n. 7/2020 di conversione del D.L. n. 161/2019*, in *Sist. Pen.*, scheda, 2 marzo 2020; G. Amato, *Pm "guardiano" della riservatezza, una scelta utopistica*, in *Guida dir.*, 13-14 marzo 2020, 47; G. Amato, *Nella richiesta vanno riportati solo i brani essenziali*, in *Guida dir.*, 13-14 marzo 2020, 57; A. Nappi, *Appunti sulla nuova disciplina delle intercettazioni*, in www.giustiziainsieme.it, 17 aprile 2020. Si segnala altresì, all'esito della conversione, la Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione n. 35/20 del 23 marzo 2020, rinvenibile in *www.sistemapenale.it*.

[11] Sulla riforma "Orlando", G. Pestelli, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*, in *Dir. pen.contemp.*, 1/18, 169; C. Parodi, *La delega in materia di intercettazioni contenuta nella Riforma della giustizia penale*, in *Il Penalista*, 24 luglio 2017; L. Giordano, *Riforma Orlando: riprese fraudolente, intercettazioni, archiviazione e impugnazioni – meccanismi complessi non senza pericoli per il diritto di difesa*, in *Giur. It.*, 2018, 7, 1744. L. Filippi, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2018, 3, 294; C. Conti, *Riforma Orlando: riprese fraudolente, intercettazioni, archiviazione e impugnazioni – le nuove norme sulla riservatezza delle intercettazioni: anatomia di una riforma discussa*, in *Giur. It.*, 2018, 7, 1754; C. Conti, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2017, 78; A. Camon, *Primi appunti sul nuovo procedimento d'acquisizione dei risultati delle intercettazioni*, in *Arch. pen.*, 2018/1, 1; A. Camon, *Intercettazioni e fughe di notizie: dal sistema delle circolari alla riforma Orlando*, in *Arch. pen.* 2017/2.

[12] Di questo avviso Nocerino, *Prime riflessioni*, 64; Pretti, *La metamorfosi*, 72; Scalfati, *op. cit.*, 1.

5. Dal sindacato eventuale del pubblico ministero a seguito della annotazione della polizia giudiziaria alle direttive del pubblico ministero.

Si anticipa da subito che deve condividersi il giudizio positivo in ordine alla rinnovata centralità attribuita al pubblico ministero dall'art. 268 c. 2-*bis* c.p.p., al quale oggi è chiesto di dare indicazioni e vigilare affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo risultino rilevanti ai fini delle indagini[13].

Questa impostazione ribalta quella che aveva delegato la polizia giudiziaria, nella precedente formulazione del citato comma 2-*bis*, vietando la trascrizione anche sommaria delle conversazioni irrilevanti, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti, ovvero di quelle irrilevanti e aventi a oggetto i dati sensibili. In tal caso la polizia giudiziaria si sarebbe limitata alcuni dati estrinseci (data, ora, utenze o dispositivo), redigendo poi una annotazione indirizzata al pubblico ministero *ex* art. 267 comma 4 c.p.p., che a sua volta avrebbe effettuato il sindacato di rilevanza disponendo con decreto motivato la trascrizione della conversazione, se del caso.

Come è stato notato anche dal CSM, con il parere in ordine all'ultimo d.d.l. di conversione[14], al pubblico ministero veniva, quindi, riservato un controllo successivo ed eventuale rispetto alla selezione effettuata dalla polizia giudiziaria, alla quale quindi veniva attribuita una eccessiva discrezionalità con riguardo all'individuazione delle conversazioni irrilevanti.

Già nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 216/2017 si chiariva che l'obbligo di informare il pubblico ministero per mezzo dell'annotazione di cui all'art. 357 c.p.p. sussistesse per i soli casi di dubbio in ordine alla rilevanza della conversazione: cosicché nei casi di ritenuta – da parte della polizia giudiziaria – certa irrilevanza, al pubblico ministero sarebbe stata del tutto sottratta la conoscenza del contenuto della captazione, quindi anche la facoltà di indirizzare le indagini in modo conseguente, oltre che la possibilità di disporre la trascrizione immediata.

Tanto più che, se anche non si fosse intesa l'annotazione come conseguente solo ai casi dubbi ma per tutti i casi impeditivi della trascrizione, dunque in modo diffuso, il meccanismo 'annotazione della polizia giudiziaria/

[13] Giudizio positivo è espresso anche da Pretti, *La metamorfosi*, 76, che riferisce della sottrazione di ogni potere di delibazione alla polizia giudiziaria, con pieno recupero del ruolo del pubblico ministero; nello stesso senso anche Nocerino, *Prime riflessioni*, 68 e s., pur se al nobile intento di attribuire al pubblico ministero la responsabilità della selezione, rileva difficoltà di ordine pratico legate alla impossibilità di garantire una adeguata vigilanza. Di diverso avviso Scalfati, *op. cit.*, p. 2. che critica il meccanismo di selezione rimesso alla vigilanza del pubblico ministero.

[14] *Parere sul Disegno di Legge n. 1659 AS di conversione del Decreto Legge n. 161/2019 recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni (GU Serie generale n. 305 del 31.12.2019) (Delibera del 13 febbraio 2020).*

delibazione del pubblico ministero' avrebbe determinato una formalizzazione eccessiva dei rapporti fra il magistrato e la polizia giudiziaria, per altro evidenziata anche in dottrina[15], oltre che una sostanziale insostenibilità organizzativa della descritta dialettica procedimentale.

6. Il ruolo del pubblico ministero nella previsione costituzionale e codicistica.

La Risoluzione consiliare, come anticipato, ribadiva come il pubblico ministero sia parte imparziale del processo, *dominus* delle indagini preliminari che effettua direttamente o delegando la polizia giudiziaria, che dal pubblico ministero dipende funzionalmente.

Si affermava come spetti al pubblico ministero, direttamente o attraverso le direttive fornite alla polizia giudiziaria, il primo delicato compito di "filtro" nella selezione delle intercettazioni, come momento preventivo, teso a evitarne la verbalizzazione delle conversazioni intercettate quando irrilevanti o inutilizzabili e dunque a impedire l'ingiustificata diffusione.

Tali affermazioni, di sistema, restano di assoluta attualità, e occorrerà verificare se e come siano adattabili, e con esse il generale potere di direttiva del pubblico ministero alla polizia giudiziaria, al nuovo dettato normativo.

Né, per altro, il CSM riteneva ammissibile, neanche nell'ambito specifico delle operazioni di intercettazione, una possibile delega "in bianco" alla polizia giudiziaria.

A tale ultima possibilità si opponevano e si oppongono tuttora plurime ragioni.

La prima fra queste attiene alle attribuzioni del Pubblico ministero nelle indagini, funzionali alle proprie e esclusive determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale: la relazione fra pubblico ministero e polizia giudiziaria, ciascuno nell'ambito delle proprie attribuzioni (art. 326 c.p.p.), è caratterizzata dalla primazia del primo in quanto titolare dell'azione penale obbligatoria (art. 112 Cost.), della direzione delle indagini, del disporre della polizia giudiziaria.

Tale primazia si esprime anche nella previsione dell'art. 370 c.p.p. che sancisce che è il pubblico ministero che compie personalmente gli atti di indagine, salve le ipotesi di delega alla polizia giudiziaria.

Pertanto, sia la funzionalizzazione delle indagini alle scelte in ordine all'esercizio dell'azione penale, che spettano al Pubblico ministero; sia anche il disporre direttamente della polizia giudiziaria, ai sensi dell'art. 109 Cost., escludono una autonomia valutativa di quest'ultima in tema di intercettazioni.

[15] Ritiene di non trascurabile macchinosità il sistema annotazione/sindacato del Pubblico ministero, Pretti, *La metamorfosi*, 73; come pure Nocerino, *op. cit.*, 68, ritiene semplificata la procedura di selezione con attribuzione della responsabilità dell'operato esclusivamente alla pubblica accusa che deve compiere la sintesi e la complessiva valutazione degli accertamenti operati. Nello stesso senso Pestelli, *op. cit.*, 118.

D'altro canto la stessa disciplina delle intercettazioni *ex* art. 266 c.p.p. e ss. c.p.p. non prevede un potere di iniziativa della polizia giudiziaria, in quanto lo strumento investigativo è inserito nell'ambito di indagini preesistenti dirette dal Pubblico ministero – non a caso occorrono i gravi indizi di reato quale presupposto dei provvedimenti di autorizzazione alla captazione – e per altro l'art. 267, comma quarto, c.p.p. sancisce che sia il pubblico ministero a procedere alle operazioni di captazione personalmente ovvero avvalendosi di un ufficiale di polizia giudiziaria[16].

Anche l''avvalersi' indica una dimensione di dipendenza della polizia giudiziaria dal pubblico ministero, a maggior ragione in questo ambito, in coerenza con il disegno costituzionale e codicistico.

D'altro canto la stessa Corte costituzionale è intervenuta sulla portata dell'art. 109 Cost. a proposito del conflitto di attribuzioni sollevato dal Procuratore della Repubblica di Bari in relazione all'art. 18, co. 5, D.lgs. 19 agosto 2016, n. 177[17] nella parte in cui prevedeva che ai vertici delle forze di polizia fosse consentito dettare istruzioni per ricevere, nell'ambito della scala gerarchica, notizie in ordine all'inoltro delle informative di reato alla autorità giudiziaria.

Secondo la Corte, «l'art. 109 Cost., prevedendo che l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria, ha il preciso e univoco significato di istituire un rapporto di dipendenza funzionale della seconda nei confronti della prima, escludendo interferenze di altri poteri nella conduzione delle indagini, in modo che la direzione di queste ultime ne risulti effettivamente riservata all'autonoma iniziativa e determinazione dell'autorità giudiziaria medesima»[18]. Dunque la dipendenza della polizia giudiziaria dal pubblico ministero nell'ambito delle indagini risulta corollario del principio di indipendenza esterna della magistratura.

Ciò non impedisce, anzi implica una capacità di collaborazione e una intesa strettissima fra pubblico ministero e polizia giudiziaria, come pure un potere di iniziativa attribuito alla stessa pur sempre nell'ambito della relazione di dipendenza descritta.

Ulteriore ragione che impone la centralità del pubblico ministero nell'ambito delle intercettazioni attiene alla previsione dell'art. 358 c.p.p. che gli attribuisce il potere-dovere, ordinamentale e processuale, di raccogliere elementi

[16] Diverso il caso delle cd. intercettazioni preventive, nella forma prevista dall'art. 226 disp. att. c.p.p., ovvero nelle altre forme consentite dall'ordinamento, delle quali offre una interessante analisi W. Nocerino, *Le intercettazioni e i controlli preventivi sulle comunicazioni. strumenti d'indagine a rischio di "infiltrazioni processuali"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 881.

[17] «Disposizioni in materia di razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato, ai sensi dell'articolo 8, co. 1, lett. a), l. 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche».

[18] Si rinvia per la sentenza della Corte, con nota di G. Battarino, *Autorità giudiziaria e polizia giudiziaria: ritorno alla Costituzione*, in *Questione Giustizia*, 13 dicembre 2018, www.questionegiustizia.it, con interessanti rinvii anche al dibattito della Assemblea Costituente sull'art. 109 Cost.

a favore della persona sottoposta all'indagine. Anche in questa prospettiva la primazia del pubblico ministero nella 'gestione' delle intercettazioni risulta fondamentale, come declinazione dell'essere 'parte imparziale'.

La terza ragione, come osservato dalla Risoluzione consiliare, sta nella circostanza che è il pubblico ministero l'unico organo, in quanto magistrato, in possesso degli imprescindibili strumenti conoscitivi, spesso di non facile applicazione rispetto al caso concreto, atti a consentire un appropriato vaglio delle conversazioni.

E soprattutto in indagini delicate e ad ampio spettro, è il collettore di plurimi accertamenti, a volte provenienti da diversificati settori della polizia giudiziaria, talora svolti direttamente dal medesimo ufficio inquirente, i quali trovano proprio nella saldatura operata dal magistrato dell'accusa il loro momento di sintesi e di complessiva valutazione, senza contare che proprio il pubblico ministero possa valutarne la rilevanza anche rispetto ad altri procedimenti in corso.

Pertanto, risulta coerente con le ragioni normative e di sistema predette l'opzione della legge n.7/2020 che richiede al pubblico ministero di dare indicazioni e vigilare anche sul contenuto del brogliaccio, ai sensi dell'art. 268 comma 2-*bis* c.p.p. Facoltà che già i procuratori della Repubblica avevano esercitato con le richiamate circolari prima della riforma "Orlando".

7. Le modalità e l'ambito di incidenza delle direttive del Pubblico ministero e del sostituto procuratore.

Il CSM con il richiamato parere[19] ha condiviso il giudizio positivo quanto alla nuova previsione dell'art. 268, comma 2-bis, c.p.p. che supera le criticità connesse alla precedente opzione legislativa, in particolare eliminando il divieto di trascrizione, anche sommaria, delle comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini.

D'altro canto, lo stesso parere evidenzia la criticità della nuova disposizione che grava il pubblico ministero di un «obbligo di vigilanza la cui concreta attuazione può rivelarsi particolarmente complessa e difficile, fino a divenire di dubbia esigibilità nei casi di procedimenti con numero elevato di comunicazioni captate quotidianamente. Tanto più se la norma venisse interpretata in senso letterale, ossia disponendo una vigilanza concomitante alla redazione del verbale, il che non appare tecnicamente praticabile».

Due sono i temi da affrontare nella prospettiva dell'ordinamento giudiziario oltre che processuale: in primo luogo quali modalità debbano assumere le indicazioni del pubblico ministero alla polizia giudiziaria; in secondo luogo se l'ambito di intervento delle direttive del pubblico ministero debba limitarsi ai casi tipici indicati dal comma dall'art. 268 comma 2-*bis* c.p.p. – esclusione delle espressioni lesive della reputazione o afferenti dati personali sensibili –

[19] Cfr. nota 12.

o sia possibile una estensione ad altri casi non tipizzati che giustifichino una trascrizione limitata.

Quanto al primo quesito, si è dato conto delle ragioni – *supra* § 6. – per le quali il potere di indicazione e di vigilanza sia frutto generale del principio che individua nel pubblico ministero il *dominus* delle indagini preliminari.

L'esperienza ordinamentale pregressa ha visto, in assenza della disposizione del comma 2-*bis*, l'intervento dei procuratori della Repubblica con le circolari a tutela della riservatezza, sia dell'indagine che dei dati sensibili, esigenza poi fatta propria dalla Risoluzione consiliare e poi, seppur nella forma differente, dalle riforme "Orlando" e "Bonafede".

Non si vede alcun impedimento a ritenere replicabile l'utilizzo di circolari o direttive interne, con previsione di criteri generali idonei a fornire indicazioni sulle modalità di espletamento delle trascrizioni valevoli in tutti i procedimenti [20]. Per altro il sostegno normativo a tale opzione oltre che dalla normativa codicistica e da quella ordinamentale primaria – decreto legislativo 106/2006 – si trae anche dalla Circolare consiliare sull'organizzazione degli Uffici di Procura che all'art. 2 c. 2 prevede che «per assicurare l'efficacia e l'efficienza dell'attività dell'ufficio, il Procuratore della Repubblica può determinare i criteri generali ai quali i magistrati devono attenersi nell'impiego della polizia giudiziaria, nell'uso delle risorse tecnologiche assegnate e nella utilizzazione delle risorse finanziarie delle quali l'ufficio può disporre, nel rispetto delle disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 106 del 2006»[21]. Nella nozione di impiego della polizia giudiziaria ben può annoverarsi l''avvalersi' dell'ufficiale di polizia giudiziaria previsto dall'art. 267 comma quarto c.p.p.

D'altro canto la nozione di pubblico ministero, alla quale fa riferimento il citato comma 2-*bis*, è da riferirsi all'ufficio del pubblico ministero, non al singolo sostituto.

Non di meno, essendo il sostituto assegnatario del fascicolo colui che deve provvedere alla attività di vigilanza in concreto ai sensi dell'art. 268 c. 2-*bis* c.p.p., deve ritenersi che, qualora sia necessario, ben possa integrare di ulteriori specifiche i criteri generali dettati in tema di intercettazione, in ragione delle peculiarità dell'indagine e fermo il dovere di leale collaborazione con il dirigente, come prefissato sempre dal richiamato art. 2 della citata circolare.

Critiche sono state proposte alla modifica "Bonafede" in quanto, si è affermato, attribuire un potere di vigilanza al pubblico ministero implicherebbe – anche oltre l'intenzione – il riconoscimento di un ruolo autonomo alla polizia giudiziaria nell'ambito delle intercettazioni, che la riforma "Orlando" non prevedeva[22].

[20] In questo senso la Relazione dell'Ufficio del Massimario, cit., 18.

[21] *Circolare sulla organizzazione degli Uffici di Procura (delibera del 16 novembre 2017 e succ. mod. al 18 giugno 2018)* in www.csm.it e anche in

[22] Santalucia, *op. cit.*, 50.

Tali acute osservazioni, a ben vedere, non convincono, non solo per la stabile dipendenza funzionale della polizia giudiziaria dal pubblico ministero, ma anche perché resta ferma la facoltà, prevista dall'art. 267 c. 4 c.p.p., che il pubblico ministero provveda di persona alle operazioni di intercettazione, ovvero scelga di avvalersi della polizia giudiziaria.

In sostanza, la nuova previsione del citato comma 2-*bis* troverà applicazione quando il pubblico ministero si avvalga della polizia giudiziaria, il che solitamente avviene: ma l'ufficiale di p.g. oggi più di ieri dovrà rispondere, seppur in modo informale, e non a mezzo del macchinoso alternarsi di annotazioni, ai criteri e alle direttive generali e specifici dettate dall'ufficio del pubblico ministero.

Sul punto risulta di assoluta attualità quanto prevede la Risoluzione consiliare che per un verso, consapevole delle difficoltà logistiche specie negli uffici di grandi dimensioni, promuoveva la necessità che il procuratore della Repubblica, con una direttiva generale alla polizia giudiziaria, ed il pubblico ministero, nello specifico delle indagini, riservino all'organo inquirente il controllo nei soli casi di dubbio. Si badi, a differenza della riforma Orlando, le direttive in questo caso provengono dall'ufficio del pubblico ministero e il dubbio deve riguardare l'applicazione delle stesse al caso concreto, con forte riduzione dell'autonoma valutazione da parte della polizia giudiziaria.

Per altro verso la Risoluzione prevedeva, in ordine al rapporto fra pubblico ministero e polizia giudiziaria la necessità di un continuo e proficuo confronto immediato anche per evitare «la redazione di sunti di conversazioni contenenti dati sensibili irrilevanti e/o inutilizzabili, con conseguente pericolo di illegittima divulgazione, dall'altro di garantire la non dispersione di tutti gli elementi di prova a favore o contro l'indagato, nell'ambito della riaffermazione di un principio di completezza ed onnicomprensività del fascicolo delle indagini del PM., che consiglia di evitare la redazione di note o appunti separati di problematica gestione e conservazione».

Anche la questione dei sunti delle conversazioni nelle informative della polizia giudiziaria, con finalità di tutela dei dati caratterizzati da riservatezza, deve trovare però un bilanciamento con la messa a disposizione del pubblico ministero prima e del gip dopo, chiamato a autorizzare o prorogare le intercettazioni, della trascrizione, anche sommaria, della conversazione nella forma completa: solo in questo modo è possibile una delibazione reale delle conversazioni, che vede il magistrato requirente e giudicante unici interpreti del dialogo captato in funzione delle decisioni da assumere.

8. I criteri per la trascrizione nei brogliacci: casi tipizzati e non tipizzati.

Massivo e radicale era il divieto della versione "Orlando" che impediva la «trascrizione, anche sommaria» delle comunicazioni irrilevanti, ancor più se relative a dati personali sensibili, imponendo la sola 'indicazione' dei dati estrinseci: data, ora, dispositivo.

La riforma "Bonafede" elimina il divieto e affida al pubblico ministero il compito di dare indicazioni e vigilare «affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili[23] per legge», salva la rilevanza ai fini delle indagini.

Letteralmente si passa dal divieto dell'«intera conversazione» (riforma "Orlando"), perché irrilevante oggettivamente e soggettivamente, a un 'criterio *ex lege*' al quale il pubblico ministero e la polizia giudiziaria devono attenersi, riferito alle sole «espressioni» (riforma "Bonafede"), il che lascerebbe ritenere che il resto della conversazione, nella parte in cui non è lesiva della reputazione o non attinga dati sensibili, si debba trascrivere[24].

Si è evidenziata opportunamente la discutibilità, nel passaggio dall'una all'altra riforma, della opzione minimalista della soluzione "Bonafede": sia nel senso di limitare la selezione solo alle 'espressioni' afferenti dati sensibili o offensivi e non anche all'intera conversazione, se necessario; sia anche quanto alla ipotizzata riduzione dei casi che legittimano l'omessa trascrizione, che non dovrebbero comprendere più la generale irrilevanza della conversazione per ragioni oggettive e soggettive, il che consentirebbe l'acquisizione di informazioni *ultra vires* [25].

Certo esiste il divieto "a valle", posto dall'art. 114 comma 2-*bis* c.p.p. quanto alla pubblicazione delle conversazioni non acquisite: se per un verso la fiducia nel divieto può dirsi fondata in ragione dell'esistenza dell'archivio riservato, fermo il divieto di copia e la possibilità di mero ascolto, per altro verso la sanzione prevista è stata giudicata correttamente irrisoria[26].

A fronte di ciò si è suggerita una condivisibile interpretazione che non frena la trascrizione in ordine alla sola «espressione» bensì all'intera conversazione – in caso di irrilevanza complessiva della stessa – in forza di una interpretazione logica-sistematica, collegata alla finalità della tutela dei dati sensibili non necessari all'indagine[27].

---

[23] Quanto al contenuto dei dati personali sensibili, indicati dalle due riforme, lo stesso era presente nelle indicazioni provenienti dalle circolari dei procuratori e della Risoluzione consiliare che così definisce la 'categoria': «Una speciale cautela, nella valutazione di pertinenza o rilevanza, si impone per le conversazioni il cui contenuto sia riferibile a dati sensibili *ex* art. 4 lett. d) d.lgs. n. 196/03 (opinioni politiche o religiose, sfera sessuale, dati relativi alla salute, ecc.), per i quali il c.d codice della privacy disegna uno statuto di protezione più marcata, riguardanti sia l'indagato sia terze persone non indagate o non intercettate direttamente. Quando dette conversazioni siano ritenute non rilevanti sul piano probatorio, se ne dovrà omettere la verbalizzazione anche riassuntiva, procedendo alla mera indicazione dei dati estrinseci con la dizione: "conversazione privata relativa a dati sensibili". Tali colloqui potrebbero essere trascritti e comunicati al pubblico ministero solo se ritenuti pertinenti e rilevanti sul piano investigativo, previa consultazione del Pm nei casi dubbi o di opportunità ...».

[24] In questo senso Pretti, *La metamorfosi*, 76.

[25] Nocerino, *Prime riflessioni*, 69.

[26] Larinni, *op. cit.*, 21.

[27] *Relazione dell'Ufficio del Massimario*, p. 21.

Non di meno, invece, qualora la conversazione sia complessivamente rilevante, potrà limitarsi a espungersi l'espressione (in sé non rilevante) offensiva o afferente dati sensibili.

Tornando alla natura della previsione dell'art. 268 c. 2-*bis* c.p.p., deve convenirsi con l'orientamento che ha rilevato come non tratti di divieto probatorio, bensì di un criterio fissato dal legislatore per il pubblico ministero a tutela del bene della riservatezza (dati sensibili) e dell'onore (espressioni lesive della reputazione) [28].

In effetti la norma non vieta, bensì riempie di contenuto le 'indicazioni' che il pubblico ministero deve necessariamente dare alla polizia giudiziaria per la tutela dei predetti beni: non vi è sanzione, tanto che si è escluso il divieto probatorio e ipotizzata l'irregolarità processuale[29].

Proprio questa condivisibile interpretazione, letterale e logico-sistematica, consente di ritenere che accanto ai contenuti minimali predetti indicati dal legislatore, perchè da inserire obbligatoriamente nelle direttive da dare alla polizia giudiziaria, ve ne debbano e possano essere di altri.

Infatti l'art. 103 c. 7 c.p.p., non modificato dalla riforma 'Bonafede', continua a vietare la trascrizione anche sommaria delle conversazioni con il difensore, imponendo solo l''indicazione' dei dati estrinseci – data, ora, dispositivo.

A fronte di questo divieto, in questo caso, non solo non è precluso ma anzi deve ritenersi raccomandato che nelle direttive alla polizia giudiziaria il procuratore preveda esplicitamente la prescrizione del divieto di trascrizione della conversazione con il difensore, con le modalità che seguono.

La Risoluzione consiliare, anche su tale ipotesi, mantiene la sua attualità:

«I testi delle intercettazioni – telefoniche ed ambientali – relative a colloqui tra l'indagato ed i propri difensori, dei quali è vietata l'utilizzazione ai sensi dell'art. 103 co. 5 cpp, non vanno riportati né nei brogliacci di intercettazioni, né nelle comunicazioni inviate al pubblico ministero. In tali casi la p.g. potrebbe indicare nel brogliaccio, oltre ai conversanti ed agli ulteriori dati estrinseci della conversazione, la dizione: "conversazione con difensore". Opportuna è la scelta, effettuata in talune circolari, di prevedere che dell'esistenza di detti colloqui debba essere quanto prima dato avviso al pubblico ministero per le sue valutazioni».

Proprio il divieto dell'art. 103 c. 7, secondo periodo, c.p.p., introdotto con la riforma "Orlando", recepiva la distinzione fra 'trascrizione' e 'indicazione' che la Risoluzione consiliare aveva proposto.

La 'trascrizione', anche sommaria, riproduce nel brogliaccio il contenuto della conversazione, in aggiunta ai dati estrinseci (conversanti, ora, data, utenze).

L''indicazione' invece – non a caso l'art. 103 c. 7 c.p.p. prevede che nel «verbale sono *indicate*» – è l'unica annotazione a farsi nel caso di mancata

[28] *Relazione dell'Ufficio del Massimario*, 20 e 23.
[29] Vedi nota che precede.

trascrizione sommaria, con l'aggiunta della causale della mancata trascrizione in ossequio alle direttive del procuratore della Repubblica o del sostituto.

Questa distinzione costituisce un modello che, universalizzato dalla Risoluzione consiliare[30], è stato recepito dal legislatore del 2017 e che oggi può essere nuovamente ripreso nelle circolari dei procuratori della Repubblica.

Plurime le ragioni per procedere alla 'mera indicazione' nei casi di irrilevanza e inutilizzabilità della conversazione: non trascrivere conversazioni inutili, che però mettono in circolazione dati riservati o sensibili, per altro imponendo anche alla polizia giudiziaria un onere superfluo di trascrizione; nonché garantire alla difesa, oltre che al pubblico ministero e alle altre parti, la conoscenza degli elementi essenziali e utili della conversazione per poter valutare se chiedere l'ascolto e la copia successivamente.

Il catalogo delle categorie di conversazioni da 'indicare' e non 'trascrivere' si rinviene nella Risoluzione consiliare.

In primo luogo con riferimento alle conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini, categoria richiamata anche dall'attuale art. 268 c. 2-bis c.p.p.:

«**Intercettazioni irrilevanti**. a) Ove le singole intercettazioni risultino palesemente estranee alle esigenze investigative e/o processuali, alla dimostrazione dei fatti costituenti reato e alla relativa responsabilità, la polizia giudiziaria potrebbe riportare nel brogliaccio di ascolto l'annotazione "intercettazione manifestamente irrilevante ai fini delle indagini", senza alcun sunto o trascrizione, oltre che la mera indicazione, se conosciuti, degli interlocutori, nonché sinteticamente della tipologia di oggetto (es. "conversazione su argomenti familiari", ovvero "conversazione su temi strettamente personali", ecc.). b) Le trascrizioni, oltre a non essere riportate – per esteso o per estratto – nei brogliacci, nelle annotazioni di p.g. e nelle informative, non dovrebbero essere trasfuse dal magistrato procedente nelle richieste al giudice; c) In caso di dubbio o di inopportunità valutati da parte della polizia

[30] Così si legge nella Risoluzione n. 285/VV/2016 – Pratica 285/VV/2016, approvata con delibera del 29 luglio 2016, 5 e s.: «A tali fini, nonché per assicurare pieno diritto ad interloquire alla difesa, e' buona prassi assicurare che quanto meno in termini sommari, gli elementi essenziali delle captazioni in oggetto siano riportate nel brogliaccio, con riferimento ai dati estrinseci della conversazione (indicazioni sulla identità dei conversanti, sull'orario e sull'oggetto del colloquio). In tal senso puo' condividersi la distinzione fra la normale prassi operativa di trascrivere il contenuto delle conversazioni nel brogliaccio della polizia giudiziaria e, viceversa, la diversa ipotesi in cui è opportuna e sufficiente una "mera indicazione" dei dati estrinseci delle conversazioni per le intercettazioni, che si presentino come inutilizzabili o manifestamente irrilevanti. Pertanto nel prosieguo della risoluzione si distinguerà formalmente fra trascrizione e mera indicazione (...). In sostanza condivisibilmente i dirigenti degli uffici requirenti indirizzano i pubblici ministeri, con l'ausilio della polizia giudiziaria delegata all'ascolto delle intercettazioni, a procedere ad effettuare un primo filtro di selezione delle conversazioni captate. Un primo vaglio, macroscopico, da operarsi nell'immediato, al momento dell'ascolto, che inciderà sulla scelta dell'an o del quomodo della trascrizione della conversazione, ovvero della diversa determinazione di procedere alla sua mera indicazione nel brogliaccio. Occorrerà poi un secondo vaglio, più raffinato, al momento della scelta e della selezione delle comunicazioni, trascritte o da trascrivere, da utilizzare a sostegno dell'accusa e dunque destinate ad essere utilizzate, depositate e rese conoscibili alle parti».

giudiziaria in merito alla possibile rilevanza della conversazione, sarebbe opportuno prevedere, come già prescritto in alcune delle direttive esaminate, la necessità di sottoporla al pubblico ministero designato per la trattazione delle indagini, affinché egli, nella cui competenza ricade la selezione delle conversazioni, ne esamini il contenuto. Le ragioni di metodo su evidenziate consigliano che la polizia giudiziaria riceva anche la direttiva, in caso di dubbio ovvero qualora sia opportuno per la qualità dei conversanti o per l'oggetto della conversazione, di segnalarla al Pm per il suo diretto ascolto. Il pubblico ministero, all'esito dell'ascolto, compiute le sue valutazioni ne disporrebbe la trascrizione o la mera indicazione nel brogliaccio. La peculiarità di ogni indagine, e la stessa sensibilità e preparazione professionale della polizia giudiziaria delegata, renderebbe necessario lasciare al singolo PM – in sede di formulazione delle specifiche direttive di indagine – la modulazione dei tempi di sottoposizione dei casi dubbi al suo esame.

Intercettazioni di conversazioni contenenti dati sensibili. Una speciale cautela, nella valutazione di pertinenza o rilevanza, si impone per le conversazioni il cui contenuto sia riferibile a dati sensibili *ex* art. 4 lett. d) d.lgs. n. 196/03 (opinioni politiche o religiose, sfera sessuale, dati relativi alla salute), per i quali il c.d codice della privacy disegna uno statuto di protezione più marcata, riguardanti sia l'indagato sia terze persone non indagate o non intercettate direttamente. Quando dette conversazioni siano ritenute non rilevanti sul piano probatorio, se ne dovrà omettere la verbalizzazione anche riassuntiva, procedendo alla mera indicazione dei dati estrinseci con la dizione: "conversazione privata relativa a dati sensibili". Tali colloqui potrebbero essere trascritti e comunicati al pubblico ministero solo se ritenuti pertinenti e rilevanti sul piano investigativo, previa consultazione del Pm nei casi dubbi o di opportunità secondo le modalità quanto già indicate ai precedenti punti a), b), c). (...)

Intercettazioni di altri soggetti garantiti: si tratta delle conversazioni che intercorrano fra gli altri soggetti - comunque "garantiti" in quanto depositari di segreto professionale - indicati dal combinato disposto degli artt. art. 200 comma 1 lett. a), b), c) e d) c.p.p. e l'indagato o terzo sottoposto ad intercettazione. Tali conversazioni potrebbero non essere trascritte ma meramente indicate nel brogliaccio con la seguente indicazione: "conversazione tra indagato e soggetto *ex* art. 200 comma 1 cpp", specificando a quale categoria della disposizione il medesimo appartenga. In tutti questi casi, di conversazioni che coinvolgono difensori o soggetti altrimenti garantiti, potrebbe applicarsi, in quanto compatibile, quanto già previsto ai precedenti punti a), b), c).

Intercettazioni di conversazioni di parlamentari. Nel caso in cui si verifichino intercettazioni "casuali" di conversazioni di parlamentari, esse non andrebbero immediatamente trascritte, ma meramente indicate nel brogliaccio con la dicitura "conversazione casualmente captata con parlamentare", dandone immediata informativa al pubblico ministero per le sue valutazioni. Andrebbe applicato, per quanto compatibile, quanto previsto ai precedenti

punti a), b), c)., **Intercettazioni di conversazioni di servizio previste dall'art. 270-*bis* c.p.p**. Andranno trascritte le conversazioni che appariranno immediatamente utilizzabili nei confronti di terzi indagati. Nel caso di captazione casuale di conversazioni di servizio di appartenenti al Dipartimento delle Informazioni per la sicurezza e ai servizi di informazione per la sicurezza, di cui all'art. 270-*bis* c.p.p., appare congrua la raccomandazione secondo la quale dovrà essere effettuata generica annotazione sul brogliaccio di intercettazioni ("conversazione *ex* art. 270-*bis* c.p.p.") e dovrà essere avvertito tempestivamente il pubblico ministero, trattandosi di intercettazioni inutilizzabili (salvo che non ricorrano le condizioni di cui al co. 3 o il Presidente del Consiglio ne abbia autorizzato l'utilizzo o siano decorsi i termini di cui al co. 4 del medesimo art. 270-*bis* c.p.p.). Andrebbe poi dove compatibile, quanto previsto ai precedenti punti a), b), c)».

Quello della Risoluzione risulta essere, a seguito della contro-riforma 'Bonafede', un catalogo e una proposta di modalità nei rapporti fra pubblico ministero e polizia giudiziaria di assoluta attualità[31].

9. La preselezione funzionale all'udienza stralcio e il diritto di difesa.

La pre-selezione in fase di ascolto, in attuazione delle direttive e a seguito di interlocuzione informale con il pubblico ministero per i casi dubbi, ha il pregio di fornire già una prima distinzione in vista dell'udienza stralcio fra conversazioni rilevanti e non, utilizzabili e non. Si tratta, per altro, di una prassi già seguita spesso dalla polizia giudiziaria, con la quale anche le difese hanno dimestichezza.

In sostanza sia che si tratti dell'udienza stralcio prevista dall'art. 268 c.p.p., ovvero del contraddittorio a seguito del deposito dell'avviso dell'art. 415-*bis* c.p.p. o anche della richiesta di giudizio immediato ai sensi dell'art. 454 c.p.p., il Pubblico ministero deve depositare l'elenco delle conversazioni rilevanti ai fini di prova [32]. E altrettanto spetta alla difesa.

La pre-selezione assicura maggior tutela ai dati sensibili, oltre a essere funzionale a semplificare il momento dello stralcio, anche per il giudice in vista della perizia di trascrizione.

Accompagnando ai dati estrinseci previsti dall'art 103 c.p.p. (ora, data, dispositivo) anche l'identità dei conversanti e la causale della omessa trascrizione (conversazione con il difensore, su argomenti familiari, relativa a dati

[31] Di questo avviso, di fatto richiamando il valore maggiormente garantista della Risoluzione consiliare e per riempire di contenuto e effettività il dovere di vigilanza del procuratore, non limitabile alle sole 'espressioni' e si soli casi tipizzati, Amato, *Pm "guardiano"*, cit., 50.

[32] Santalucia, *op. cit.*, 77, richiama le circolari dei procuratori come fonte di ispirazione del d.l. 161 del 2019 in ordine alla previsione dell'elenco, rilevando come *«le buone prassi possono prendere il posto della legge nel mettere a punto soluzioni soddisfacenti quando sono in gioco interessi potenzialmente contrapposti».*

sensibili, ecc.) si consente anche alla difesa la consultazione di una "mappa" delle conversazioni non trascritte, che può orientare a un ascolto mirato delle conversazioni per le quali richiedersi la trascrizione non ancora effettuata, avendo contezza della rilevanza di conversazioni che eventualmente la polizia giudiziaria ed il pubblico ministero non abbiano colto.

La Risoluzione consiliare consigliava anche, come misura utile e opportuna, che la polizia giudiziaria mettesse a disposizione del pubblico ministero un indice separato contenente l'indicazione meramente numerica del progressivo delle conversazioni non trascritte, privato anche dell'indicazione degli interlocutori (indicazione invece contenuta nel brogliaccio) che renda più agevole, nel contempo, la valutazione del pubblico ministero sulle richieste di stralcio ex art. 268 comma 6 cpp, la possibilità per la difesa di individuare immediatamente le conversazioni che, accantonate dalla polizia giudiziaria e dal Pm in quanto ritenute irrilevanti, possano invece rivelarsi utili ai fini difensivi, ed infine la più agevole gestione da parte del giudice per le indagini preliminari del vaglio e della portata delle operazioni dell'udienza stralcio.

Tale indice separato verrebbe a far parte della documentazione da archivio riservato e potrebbe suggerire alla difesa un ascolto mirato delle conversazioni presso l'archivio riservato, non potendo estrarre copia dei brogliacci, come pure costituire già un elenco 'negativo' per il pubblico ministero[33], oltre che una 'guida all'esame' per il giudice, che deve operare, quando necessario, lo stralcio anche d'ufficio, come recita l'art. 268 c. 6 c.p.p.

10. La sobrietà contenutistica e il procedimento cautelare.

C'è un ulteriore profilo che sembra aver raccolto il legislatore, tratto dalla Risoluzione consiliare, che di fatto costituisce un richiamo alla responsabilità, all'etica professionale degli attori del processo.

Il CSM nel luglio 2016, infatti, rilevava come indispensabile il contributo di tutte le parti del giudizio per la ricerca del contemperamento tra interessi individuali e collettivi, non solo con riferimento alle registrazioni irrilevanti e inutilizzabili, ma anche per quelle utili per il giudizio.

In effetti il legislatore della riforma 'Orlando', confermato dall'intervento 'Bonafede', ha introdotto l'art. 291 comma 1-*ter* c.p.p. per effetto del quale la richiesta di misura cautelare formulata dal pubblico ministero non può contenere la riproduzione integrale delle intercettazioni, bensì solo quella dei brani essenziali [34].

Fu poi introdotta una speculare disposizione per il g.i.p. – art. 292, comma 2-*quater*, c.p.p. secondo cui quando è necessario per l'esposizione delle esi-

[33] Pretti, *La metamorfosi*, 82 e 89, ipotizza che il pubblico ministero possa formare un elenco per esclusione, cioè anziché indicare le conversazioni rilevanti si limiti a indicare quelle irrilevanti e non trascrivibili.

[34] Sul punto Amato, *Nella richiesta*, cit., 57.

genze cautelari e degli indizi, delle comunicazioni e conversazioni intercettate sono riprodotti soltanto i brani essenziali.

Questo richiamo all'essenzialità dei brani tratti dalle conversazioni intercettate è evidentemente funzionale a evitare che negli atti procedimentali siano rinvenibili elementi di fatto non funzionali alla richiesta e all'ordinanza cautelare, con una superflua quando non dannosa divulgazione dei risultati delle intercettazioni.

È stato opportunamente osservato come tali norme introducano una sorta di raccomandazione per il pubblico ministero e per il Gip, priva di sanzione e, quindi, senza alcuna garanzia che non si perpetui la diffusione dei brani integrali[35].

Non pare possibile una diversa formulazione dell'invito a selezionare il materiale tratto dalle intercettazioni, in quanto esclusivamente i soggetti del processo possono, in ragione delle valutazioni del caso per caso, rilevare la necessità o la superfluità dell'inserimento delle trascrizioni delle intercettazioni negli atti del procedimento.

In tal senso deve rilevarsi come in molti contesti, specie nelle indagini di criminalità organizzata, l'intercettazione è prova diretta, in quanto cristallizza la condotta di reato che si vuole provare (si pensi al caso di una richiesta estorsiva captata dalla microspia posta nell'autovettura dell'indagato) o anche il contesto che fornisce elementi utili a verificare l'inserimento in associazioni mafiose (cosicché una pluralità di conversazioni comprovano l'*affectio societatis* e il contributo continuativo e costante offerto al sodalizio, pur non comprovando in sé alcun reato fine). Cosicché ciò che fuori contesto può apparire irrilevante non lo è in certo ambito delinquenziale.

A fronte della peculiarità di ogni indagine non può che essere rimessa alla responsabilità di ogni attore del processo, pubblico ministero, difensore e giudice della cautela, l'esame di ciò che è essenziale e di ciò che non lo è.

La Risoluzione consiliare evidenziava un profilo di ulteriore importanza, anche a fronte di proposte di modifica normativa che per garantire la riservatezza dei dati sensibili proponevano che negli atti della cautela fossero inseriti i sunti delle conversazioni: maggiori garanzie anche per la difesa offre invece la riproduzione integrale della trascrizione ferma restando la possibilità di escludere profili inutilmente lesivi della riservatezza di terzi che ne sono parti o che sono citati.

Tale impostazione appare ancora attuale e soprattutto è stata recepita dal comma 2-bis dell'art. 268 c.p.p., che consente l'espunzione anche di singole espressioni.

Spetterà ai magistrati valutare e evidenziare la necessità della esclusione o meno del rilievo probatorio del dato sensibile nella motivazione del provvedimento, in tal modo di fatto illustrando il bilanciamento dei valori contrapposti e la ragione che giustifica la riproduzione della registrazione negli atti.

[35] *Relazione Ufficio del Massimario*, 47.

Non di meno incombe sul giudice come sul pubblico ministero e il difensore un onere che il CSM definisce di "sobrietà contenutistica", di natura deontologica, per altro sostenuta dall'obbligo di correttezza e di lealtà nei confronti delle parti.

Non a caso nella Risoluzione vengono richiamate per un verso le disposizioni deontologiche del codice etico dell'Associazione nazionale magistrati che agli artt. 12 e 13 prevede che il giudice «*nelle motivazioni dei provvedimenti … evita di pronunciarsi su fatti o persone estranei all'oggetto della causa …. ovvero – quando non siano indispensabili ai fini della decisione – sui soggetti coinvolti nel processo*» ed il pubblico ministero «*indirizza la sua indagine alla ricerca della verità acquisendo anche gli elementi di prova a favore dell'indagato e non tace al giudice l'esistenza di fatti a vantaggio dell'indagato o dell'imputato … Evita di esprimere valutazioni sulle persone delle parti, dei testimoni e dei terzi, che non sia conferenti rispetto alla decisione del giudice*».

Nonché l'art. 13 del codice deontologico forense intitolato "Dovere di segretezza e riservatezza" che prevede: «*L'avvocato è tenuto, nell'interesse del cliente e della parte assistita, alla rigorosa osservanza del segreto professionale e al massimo riserbo su fatti e circostanze in qualsiasi modo apprese nell'attività di rappresentanza e assistenza in giudizio, nonché nello svolgimento dell'attività di consulenza legale e di assistenza stragiudiziale e comunque per ragioni professionali*».

Le raccomandazioni che il legislatore rivolge al pubblico ministero e al giudice, quanto al contenuto della richiesta e dell'ordinanza cautelare, possono quindi riempirsi di contenuto deontologico, sollecitando una selezione del materiale al proprio vaglio nei limiti di quello effettivamente funzionale alla motivazione del provvedimento, limitando la lesione della riservatezza dei terzi estranei alle indagini, anche ricorrendo, se ritenuto opportuno e comunque funzionalmente sostenibile, ad *omissis* quanto a riferimenti a cose o persone.

D'altro canto il compito di selezione è attribuito anche normativamente al giudice della cautela che ai sensi dell'art. 92 c. 1-*bis* disp. att. c.p.p. con la trasmissione della ordinanza al pubblico ministero dell'esecuzione trasmette anche i brogliacci di conversazioni non utilizzabili o irrilevanti rispetto all'ordinanza cautelare, per la conservazione nell'archivio riservato.

Anche questa una disposizione a tutela della riservatezza, che certamente potrà essere garantita da norme vincolanti, ma che maggior tutela potrà avere da un comportamento responsabile e deontologicamente corretto di tutti gli attori del processo e del mondo della informazione.

IL "NUOVO" REGIME DI IMPUGNAZIONE DELLA SENTENZA DI PATTEGGIAMENTO*

Luigi Ludovici**

Sommario: 1. Inquadramento del problema e considerazioni preliminari. – **2.** Estensione dell'accordo e latitudine del controllo: una relazione a canone inverso. – **3.** Rilievi critici: nodi risolubili e nodi irrisolti. – **4.** *Segue*: pattuizioni non consentite e pattuizioni vincolanti tra discrasie sistematiche e forzature interpretative.

ABSTRACT

*Commentando due importanti pronunce rese dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sulle problematiche conseguenti all'entrata in vigore dell'art. 448 c. 2-*bis *c.p.p., l'Autore fa il punto sulle criticità e sui principali vuoti di tutela che a tutt'oggi persistono ancora all'interno del nuovo regime di impugnazione della sentenza di patteggiamento denunciando al contempo i limiti e le forzature sistematiche che caratterizzano il pur apprezzabile sforzo esegetico profuso dal plenum.*

*Commenting on two important rulings made by the United Sections of the Court of Cassation on the problems resulting from the entry into force of art. 448 c. 2-*bis *c.p.p., the Author takes stock of the critical issues and the main gaps in protection that still persist within the new regime of appeal of the plea bargaining sentence, denouncing at the same time the limits and systematic forcing that characterize the pur appreciable exegetical effort made by the plenum.*

---

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Professore associate di Procedura Penale nell'Università "Guglielmo Marconi".

1. Inquadramento del problema e considerazioni preliminari.

Con un duplice e coevo intervento, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno fatto il punto su alcuni aspetti salienti del regime di impugnabilità delle sentenze di patteggiamento così come rimodellato alla luce delle modifiche introdotte in materia dalla l. 27 giugno 2017 n. 103[1].

In particolare, con una prima pronuncia il *plenum* ha precisato che è ammissibile il ricorso per cassazione per vizio di motivazione contro la sentenza di applicazione di pena con riferimento alle misure di sicurezza, personali e patrimoniali, che non abbiano formato oggetto dell'accordo delle parti[2]; con l'ulteriore pronuncia, il Supremo Collegio ha invece chiarito che è ammissibile il ricorso per cassazione che abbia ad oggetto l'applicazione o l'omessa applicazione di sanzioni amministrative accessorie ai sensi dell'art. 606 c.p.p.[3]

Rese all'esito della medesima camera di consiglio e facenti capo allo stesso giudice estensore, le due pronunce, pur vertendo su distinti profili decisori della sentenza di patteggiamento, presentano in realtà un nucleo concettuale comune di cui, a ben guardare, entrambe le soluzioni interpretative ivi accolte si atteggiano alla stregua di un suo naturale e necessitato svolgimento.

Lungi dal destare sorpresa, il dato appare al contrario trovare piena giustificazione nel tenore della disposizione di recente conio – *id est*, l'art. 448 c. 2-*bis* c.p.p. – attraverso cui il legislatore, innovando rispetto al sistema previgente, ha per la prima volta disciplinato con una norma *ad hoc* il tema della ricorribilità per cassazione della sentenza resa a norma dell'art. 444 c.p.p. Se, infatti, fino a prima della c.d. riforma Orlando la possibilità di impugnare la sentenza patteggiata, nel silenzio delle norme regolanti il rito speciale *de quo*, veniva fatta direttamente discendere – in ossequio al vincolo derivante dagli artt. 111 Cost. e 568 comma 2 c.p.p. – dalla clausola generale di cui all'art. 606 c. 2 c.p.p.[4], con l'introduzione del comma 2-*bis* all'interno dell'art. 448 c.p.p. si è, invece, stabilito che "Il pubblico ministero e l'imputato possono

[1] In argomento, *ex multis*, si v. Colaiacovo, *L'impugnazione della sentenza di patteggiamento*, in Spangher (a cura di), *La riforma Orlando*, Pacini Giuridica, 2017, 203; Belfiore, *Gli interventi sull'applicazione della pena su richiesta delle parti e sul procedimento per decreto*, in Baccari-Bonzano-La Regina-Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, CEDAM, 311 ss.; De Caro, *Il ricorso per cassazione*, in Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Giappichelli, 2017, 233 ss.; Gialuz-Della Torre, *La rimodulazione dei rimedi avverso le sentenze di patteggiamento*, in Bargis-Belluta (a cura di), *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, Giappichelli, 2018, 181 ss.; Pulvirenti, *Le restrizioni ai casi e ai motivi di ricorso per cassazione*, in Pulvirenti (a cura di), *Le impugnazioni penali dopo la riforma*, Giappichelli, 2018, 185.

[2] Cass, Sez. Un., 26 settembre 2019, n. 21368, Savin, in *C.E.D. Cass.*, n. 278348.

[3] Cass., Sez. Un., 26 settembre 2919, n. 21369, Melzani, inedita. Per un commento alle due pronunce si v. Nacar, *Il ricorso per Cassazione contro le misure accessorie inflitte con la sentenza di patteggiamento*, in *Giur. it.*, 2020, 2261 ss.; Della Torre, *Dalle Sezioni Unite una duplice (discutibile) svolta in materia di patteggiamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1579 ss.

[4] In argomento, si v., anche per una panoramica ad ampio spettro sul rito speciale in esame, Vigoni, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, Giuffrè, 2000, *passim*; allo stesso modo si v. Peroni, *La sentenza di patteggiamento*, Padova, 1999, Cedam, *passim*.

proporre ricorso per cassazione contro la sentenza solo per motivi attinti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza".

L'assetto congegnato dalla novella esplicita la natura condivisa del problema che – sia pure con diverse ricadute – accomuna le misure di sicurezza e le sanzioni amministrative accessorie nel contesto dell'art. 448 c. 2-*bis* c.p.p. Se, infatti è vero che esse costituiscono entità tra loro non comparabili, divergendo per natura giuridica e disciplina, è altrettanto vero che la disposizione in esame, per come è configurata, spinge l'interprete a domandarsi se, nel caso di sentenza patteggiata, sia oggi ancora ammesso – e se si, entro quali limiti e a quali condizioni – ricorso per cassazione secondo la disciplina ordinaria di cui all'art. 606 c.p.p. avverso le statuizioni concernenti le misure di sicurezza e le sanzioni amministrative accessorie.

Se declinato in relazione alle misure di sicurezza, il quesito involge il tema dei limiti interni del sindacato di legittimità: riconoscendo espressamente la possibilità per le parti di proporre ricorso per cassazione in materia di misure di sicurezza, l'art. 448 c. 2-*bis* c.p.p. salvaguardia il diritto all'impugnazione delle parti ma, allo stesso tempo, delimita al solo profilo dell'illegalità la tipologia dei vizi attratti nel sindacato di legittimità; impattando sulla sfera di operatività dell'art. 606 c.p.p., la disposizione in esame si atteggia a deroga, in chiave restrittiva, della disciplina generale, amputando tra l'altro la ricorribilità per vizi concernenti la motivazione.

Spostando poi l'attenzione alle sanzioni amministrative accessorie, vediamo come il nuovo assetto normativo metta invece in discussione i limiti esterni del controllo in cassazione, intaccando *ab origine* la stessa possibilità di proporre impugnazione: a meno infatti di non accedere ad una – in vero non consentita[5] – interpretazione estensiva del termine "pena" la cui illegalità, come nel caso delle misure di sicurezza, radica il diritto della parte ad impugnare, è evidente che l'art. 448 c. 2-*bis* c.p.p., non facendo alcuna menzione delle sanzioni amministrative accessorie, non lascia alcuno spazio di difesa rispetto ai vizi di legittimità che dovessero affliggere le rispettive statuizioni adottate con la sentenza *ex* art. 444 c.p.p.

A fronte dei vuoti di tutela che emergono dal nuovo assetto normativo, si comprende allora come l'unica strada percorribile per vedere maggiormente garantito il diritto all'impugnazione delle parti nel contesto normativo vigente sia quella, battuta dal *plenum*, di riconoscere, in capo all'art. 606 c.p.p., residuali e concorrenti margini di operatività capaci di coniugarsi razionalmente con il circoscritto regime di impugnabilità delineato dall'art. 448 comma 2-*bis* c.p.p.

Non può infatti non condividersi quanto affermato dalle Sezioni Unite circa l'impossibilità di dare seguito alla tesi, propugnata da una parte della

[5] Al riguardo basterà richiamare Corte cost., ord. n. 25 del 1999, in *Giur. Cost.*, 1999, p. 435 ss.

giurisprudenza di legittimità formatasi dopo la novella[6], che, sulla scorta di una indebita *reductio ad unum* dei concetti di illegalità e di illegittimità della pena (e delle misure di sicurezza), vuole ricompreso nello spettro operativo dell'art. 448 c. 2-*bis* c.p.p., non solo il caso di applicazione nel caso concreto di una pena o di una misura di sicurezza che deviando, per specie o quantità, dallo schema normativo tipico infrange il parametro della legalità, ma anche il caso – ascrivibile, invece, alla diversa categoria della illegittimità – rappresentato dal vizio di motivazione inficiante la statuizione concernente la pena o la misura di sicurezza.

2. Estensione dell'accordo e latitudine del controllo: una relazione a canone inverso.

L'opzione teorica che fa, come detto, da comune sfondo alle due pronunce, è quella secondo cui, contrariamente a quanto sostenuto in alcune sentenze a sezioni semplici[7], l'art. 448 c. 2-*bis* c.p.p. non si pone quale norma deputata a derogare *in toto* all'art. 606 c.p.p., disciplinando esaustivamente e in via esclusiva la ricorribilità per cassazione della sentenza di patteggiamento; ad avviso delle Sezioni Unite, questa interpretazione restrittiva sarebbe il frutto di un travisamento della finalità sottesa all'introduzione della disposizione in esame la quale era effettivamente preordinata ad una contrazione della ricorribilità in cassazione della sentenza di patteggiamento ma limitatamente a quei profili decisori meramente recettivi dell'accordo intervenuto tra le parti; opzione questa che sarebbe avvalorata non solo dall'esigenza di tutelare diritti costituzionalmente garantiti – ivi compreso il diritto ad una motivazione adeguata anche in materia di misure di sicurezza ed il corrispondente diritto ad un suo controllo in cassazione – nel rispetto del principio, di valenza anche sovranazionale, di proporzionalità, ma anche dall'intenzione del legislatore. Sotto quest'ultimo profilo, il *plenum* richiama in particolare il contenuto della Relazione governativa di accompagnamento dell'originario disegno di legge (A.C. 2798 – XVII Legislatura), ove sarebbe presente un chiaro parallelismo tra l'esigenza di sottodimensionare l'attuale regime di ricorribilità della sentenza patteggiata, anche per scopi deflattivi, e il modulo consensuale di definizione del processo, proprio del cosiddetto patteggiamento: cioè a dire che dalla *ratio* e quindi dalla portata dell'intervento riformatore resterebbero estranee – e conseguentemente, non incise nella loro impugnabilità ai sensi dell'art. 606 c.p.p. – le statuizioni avulse dalla logica pattizia.

[6] Cfr. Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2015, Jazouli, in *C.E.D. Cass.*, n. 264204; Cass., Sez. III, 15 gennaio 2019, Caruso, *ivi*, n. 274946; Cass., Sez. III, 28 marzo 2018, Carestia, *ivi*, n. 274697.

[7] Cfr. Cass., Sez. VI, 19 dicembre 2018, Boutamara, in *C.E.D Cass.*, n. 274962; Cass., Sez. VI, 19 dicembre 2018, *ivi*, n. 275210; e, in tema di sanzioni amministrative accessorie, Cass., Sez. VI, 19 dicembre 2018, Lodato, *ivi*., n. 275241.

Non smentirebbe questa ricostruzione il fatto – valorizzato nell'orientamento respinto dal *plenum*[8] – che lo spettro operativo dell'art. 448 c. 2-*bis* c.p.p. attinga anche un profilo, quale quello attinente le misure di sicurezza, che fuoriesce dal perimetro delle questioni in relazione alle quali l'art. 444 c.p.p. richiede che le parti raggiungano un accordo.

Rilevano infatti le Sezioni Unite che l'istituto del patteggiamento, per effetto in particolare della l. n. 134 del 2003, avrebbe subito un profondo rimodellamento incentrato sull'erosione, parziale o totale – a seconda che la pena applicata sia rispettivamente pari (patteggiamento c.d. ordinario) o superiore ai due anni di reclusione (c.d. patteggiamento allargato) – del previgente divieto applicazione delle misure di sicurezza diverse dalla confisca obbligatoria, con conseguente ampliamento dell'oggetto del patto anche a contenuti facoltativi, ulteriori rispetto a quelli di cui all'art. 444 c. 1 c.p.p., tra i quali appunto quello concernente le diverse misure di sicurezza rese compatibili con il rito *de quo*.

L'art. 448 c. 2-*bis* c.p.p. porterebbe dunque a compimento questa evoluzione riferendosi proprio all'eventualità che l'accordo delle parti investa anche le misure di sicurezza, realizzando così – nel caso di emissione della sentenza richiesta – le condizioni giustificative per la limitazione, anche con riferimento alle misure di sicurezza, della ricorribilità per motivi attinenti la loro illegalità. *Ex adverso*, laddove la statuizione su di esse non abbia una matrice consensuale, avendo le parti omesso di sottoporre al giudice un progetto di sentenza esteso anche alle misure di sicurezza, ecco allora che il giudice che le applichi con la sentenza di patteggiamento sarà tenuto a sopportare un onere di motivazione strutturato secondo i canoni tradizionali del cui corretto assolvimento le parti potranno specularmente chiedere ragione in sede di legittimità ex art. 606 c.p.p.

Precisano le Sezioni Unite che ad analoga conclusione non può però giungersi nel caso in cui le misure di sicurezza, sebbene inserite nel più ampio accordo intervenuto tra le parti, siano state applicate ma in termini da esso difformi: contrariamente a quanto affermato in alcune pronunce, il mancato recepimento dell'accordo in punto di misure di sicurezza non troverebbe infatti rimedio nella sequenza "obbligo di motivazione/ricorribilità per vizi della stessa" per la semplice ragione che gli *accidentalia negotii*, al pari degli elementi essenziali dell'accordo, assumerebbero carattere vincolante tollerando, pertanto, quale unica alternativa alla loro conversione in sentenza, il rigetto integrale del patto negoziale in conformità al disposto di cui all'art. 444 c. 2 c.p.p.

Quanto poi alle sanzioni amministrative accessorie, le Sezioni Unite sottolineano come queste, a differenza delle misure di sicurezza, non possano essere negoziate dalle parti, esulando dall'oggetto dell'accordo normativamente previsto e costituendo, al contempo, espressione di poteri sottratti al-

[8] Cfr. *supra*, *sub* nota 5.

la loro disponibilità al punto che, eventuali clausole che ad esse si riferiscano, si considerano come non apposte; conclusione questa che disvelerebbe il perché l'art 448 c. 2-*bis* c.p.p. non si occupa della ricorribilità delle statuizioni concernenti le sanzioni amministrative accessorie la cui impugnazione, anche dopo la novella, continuerebbe, pertanto, a trovare fondamento nell'art. 606 c. 2 c.p.p.

Precisa inoltre il Supremo Consesso come l'interpretazione propugnata – contrariamente a quanto messo in luce da uno degli indirizzi che aveva giustificato la rimessione del ricorso ex art. 618 c.p.p. – sarebbe tutt'altro che foriera di irragionevoli asimmetrie connesse al regime differenziato di impugnazione che in questo modo viene a caratterizzare le misure di sicurezza, da un lato, e le sanzioni amministrative, dall'altro. Se, infatti, queste non possono confluire nell'accordo, ciò significa che rispetto ad esse l'imputato non incorre in quella rinuncia alle garanzie e ai diritti – ivi compreso quello ad una congrua ed esaustiva motivazione – che invece caratterizza l'accesso al rito del patteggiamento in relazione alle statuizioni di matrice pattizia cui come detto l'art. 448 c. 2-*bis* c.p.p. si riferisce. Di qui, l'assenza di qualsiasi profilo di irragionevolezza nella previsione di regimi di impugnazione eterogenei rispetto alle diverse statuizioni che il giudice del patteggiamento è abilitato ad adottare posto che ciò confermerebbe, al contrario, la complessiva razionalità dell'intera disciplina che infatti ammette il riespandersi di operatività dell'art. 606 c.p.p. anche sul terreno delle misure di sicurezza laddove la loro applicazione sia, invece, stata determinata dal giudice in assenza di un accordo raggiunto sul punto dalle parti.

3. Rilievi critici: nodi risolubili e nodi irrisolti.

Indubbiamente, la ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite ha il pregio di convogliare le restrizioni apportate al regime di impugnazione della sentenza di patteggiamento in punto di misure di sicurezza e di sanzioni amministrative accessorie entro confini più ragionevoli, scongiurando al contempo il rischio che, per effetto della novella, si sottraggano ad ogni forma di controllo statuizioni che, pur esulando dal contenuto dell'accordo negoziale, sono destinate ad incidere anche in maniera particolarmente significativa sui diritti e sulle libertà fondamentali dell'imputato. Ragionando in termini più generali, il problema è però che l'opzione ermeneutica prescelta non consegna affatto un assetto normativo deprivato di tutte le sue incongruenze né tantomeno di tutti i suoi vuoti di tutela che, al contrario, proprio la riforma c.d. Orlando ha contribuito ad inoculare nella già tormentata disciplina del patteggiamento.

Quanto al secondo profilo, senza dubbio il più rilevante, sarà sufficiente richiamare le notazioni critiche formulate dalla dottrina[9] già all'indomani

[9] Oltre alla letteratura citata supra, nota n.1, si v. anche sul punto, Spangher, *La riforma Orlano della giustizia penale. Prime riflessioni*, in Spangher (a cura di), *La riforma Orlando*, cit., 19; Caprio-

dell'entrata in vigore dell'art. 448 c. 2-*bis* c.p.p. circa lo sbarramento che tale disposizione – recependo gli orientamenti più restrittivi espressi in materia dalla Corte di Cassazione – sembra aver definitivamente posto alla possibilità di ricorrere in cassazione per vizi insanabili quali le nullità assolute, l'inutilizzabilità, l'incompetenza funzionale o per materia, o per difetti motivazionali in punto di mancata declaratoria di cause di non punibilità o di assoluta incongruità della pena applicata[10]. Senza contare il *vulnus* arrecato al diritto di difesa delle parti eventuali a fronte della mancanza di qualsiasi riferimento nell'art. 448 c. 2-*bis* c.p.p. alla possibilità di impugnare la sentenza patteggiata nella parte relativa alla rifusione delle spese processuali sostenute dalla parte civile[11]. Problematiche, quelle descritte, che l'intervento delle Sezioni Unite lascia passare completamente sotto traccia se si eccettua un passaggio – concernente il caso dell'omessa valutazione da parte del giudice delle cause di proscioglimento prevista dall'art. 129 c.p.p. – ove il *plenum*, sia pure incidentalmente, sembra peraltro confermare il fondamento dei timori manifestati dai commentatori[12].

Venendo, invece, all'altro profilo problematico menzionato, un primo elemento di asimmetria della disciplina potrebbe rintracciarsi in rapporto alle pene accessorie essendo dubbio che ad esse faccia riferimento l'art. 448 c. 2-*bis* c.p.p. Nel caso si propenda per una lettura non inclusiva, le coordinate teoriche fissate dal *plenum* inducono a ritenere che rispetto all'applicazione delle pene accessorie, al pari di quanto accade per le sanzioni amministra-

---

li, *I nuovi presupposti di ammissibilità dei ricorsi per cassazione*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2 gennaio 2018, 15; Lorenzetto, *Processo penale e legge n. 103 del 2017: la riforma che non c'è*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 1079; Pilla, *I procedimenti speciali (commi 41-51-53 l. 103/2017)*, in Marandola-Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Giuffrè, 2017, 182; Sanna, *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, CEDAM, 2018, 202 ss.

[10] Sul punto, v. Sanna, *Rimedi agli errori della sentenza negoziata: l'arretramento del controllo giudiziale*, in *Giur. It.*, 2017, 2274.

[11] Si sofferma sul punto Colaiacovo, *L'impugnazione e la correzione dell'errore materiale della sentenza di patteggiamento: profili problematici*, in Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, Pacini giuridica, 2018, 270 ss., il quale, a titolo di rimedio per le riferite criticità, propugna di far leva sulla generale *potestas impugnandi* riconosciuta, rispettivamente, alla parte civile dall'art. 576 c.p.p., nei casi di omessa condanna dell'imputato patteggiante al pagamento delle spese di causa dalla stesse sostenute o di loro apodittica quantificazione, e al responsabile civile dall'art. 575 c.p.p., relativamente al caso in cui il giudice lo condanni erroneamente a rifondere, in solido con l'imputato, le suddette spese.

[12] Si intende far riferimento al fatto (cfr. Cass., Sez. Un., 26 settembre 2019, n. 21369, Melzani, *cit.*, al punto 4.5) che il *plenum* assume per pacifica l'ormai indeducibilità, alla stregua del nuovo regime delle impugnazioni, del vizio relativo all'omessa valutazione da parte del giudice delle cause di proscioglimento previste dall'art. 129 c.p.p. sul rilievo – condiviso dalla giurisprudenza formatasi dopo la novella – che tale assetto rappresenterebbe "una ulteriore evoluzione della limitata ricorribilità della sentenza di "patteggiamento" già affermata, nel vigore della precedente normativa, nella giurisprudenza di legittimità, che per indirizzo consolidato disconosceva all'imputato il potere di rimettere in discussione i profili oggettivi e soggettivi della fattispecie su cui era caduto l'accordo in quanto coperti dal patteggiamento, conformando il ridotto obbligo di motivazione in considerazione dell'accordo presupposto dalla decisione".

tive accessorie, valga la regola della ricorribilità piena ai sensi dell'art. 606 c.p.p. E però tale conclusione, se non crea una irragionevole distonia con il regime di controllo delle misure di sicurezza non negoziate, assume invece caratteri problematici allorquando l'*an* e/o il *quantum* della pena accessoria non presentino caratteri di automaticità ma siano da determinarsi caso per caso[13]. In tale circostanza infatti nulla vieta che le parti vi dedichino specifiche pattuizioni additive dell'accordo principale di modo che, nel caso di loro recepimento, sarebbe in contrasto con la *ratio* della novella – e con il diverso assetto eretto rispetto alle statuizioni "negoziate" concernenti le misure di sicurezza – ammettere che, comunque, rispetto alle pene accessorie "patteggiate" sia possibile ricorrere per ragioni diverse dall'illegalità. A questo proposito occorre però precisare che la norma, per come confezionata, offre all'interprete sufficiente gioco per risolvere il problema sul piano ermeneutico: il generico riferimento ivi contenuto al concetto di "pena" (illegale) consente, infatti, senza particolari forzature della *littera legis*, di ricondurre anche le statuizioni negoziate concernenti le pene accessorie sotto l'imperio dell'art. 448 c. 2 c.p.p. con conseguente elisione di ogni profilo di ricorribilità diverso dall'illegalità[14].

4. *Segue*: pattuizioni non consentite e pattuizioni vincolanti tra discrasie sistematiche e forzature interpretative.

Tornando invece al regime di impugnazione delle statuizioni concernenti le sanzioni amministrative accessorie, se è vero che la ricostruzione delle Sezioni Unite conferisce all'assetto introdotto con la novella un equilibro che altrimenti sarebbe difficile ravvisare, è altrettanto vero che, così facendo, il *plenum* dà continuità ad una lettura giurisprudenziale ingiustificatamente restrittiva dei poteri negoziali delle parti[15]. Il riferimento è al fatto che, secondo l'indirizzo fatto proprio dal Supremo Consesso, l'accordo intervenuto tra le parti non potrebbe mai utilmente estendersi alle sanzioni amministrative

[13] Il riferimento è non solo, ad esempio, alle pene accessorie non obbligatorie di cui agli artt. 32 c. 3 c.p. 229 c. 2 l.f. ma anche all'interdizione dai pubblici uffici e all'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione *ex* art. 317-*bis* c.p. per le quali il carattere della non obbligatorietà – nei casi di patteggiamento ordinario concernente i reati di cui agli artt. 314 primo comma, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis* e 346-*bis* c.p. – è stata estesa dall'art. 445 comma 1-*ter* introdotto dalla l. 9 gennaio 2019 n. 3 (c.d. legge spazzacorrotti), anche *all'an* della loro applicazione. Per un commento alle modifiche apportate dalla citata novella alla disciplina del patteggiamento si v. Ludovici, *Applicazione della pena su richiesta delle parti: le modifiche apportate dalla legge "spazzacorrotti"*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 762 ss.

[14] Sono a favore della possibilità di in un'interpretazione estensiva del concetto di "pena" di cui all'art. 448 c. 2-*bis* c.p. anche Gialuz-Della Torre, *La rimodulazione dei rimedi avverso le sentenze di patteggiamento*, cit., 217.

[15] Cfr., Cass., Sez. IV, 10 gennaio 2014, Rustemi, C.E.D: Cass., n. 259209; Cass., Sez. IV, 26 febbraio 2016, Favia, ivi, n. 267978; Cass., Sez. VI, 20 novembre 2008, Cuomo, ivi, n. 241611; Cass., Sez. IV, 5 maggio 2005, Saoner, ivi, n. 232015.

accessorie con conseguente irrilevanza delle clausole che ad esse le parti dovessero riferire. Per giustificare tale affermazione, la giurisprudenza di legittimità si affida tradizionalmente ad un duplice ordine di ragioni quali: il fatto che le sanzioni amministrative accessorie conseguono di diritto alla pronuncia della sentenza applicativa della pena concordata; il fatto che le suddette sanzioni non possono comunque formare oggetto di accordo tra le parti essendo questo limitato alla pena.

Ebbene, sotto il primo profilo non si può che convenire con le conclusioni raggiunte in proposito dalla giurisprudenza: se l'applicazione delle suddette sanzioni è imposta a livello normativo, una loro esenzione disposta su base consensuale darebbe luogo ad una inaccettabile disapplicazione della legge. Il punto è però che non sempre la legge fissa a monte ogni specifico profilo della sanzione amministrativa conseguente ad una condanna penale. Emblematico è il caso di cui all'art. 218 C.D.S. ove spetta al giudice stabilire sia quale sanzione amministrativa applicare tra la revoca e la sospensione della patente di guida sia, nella seconda ipotesi, la durata della stessa alla luce del minimo e del massimo stabilito dalla legge. Nella fattispecie descritta, è evidente che, rispetto a quei profili rimessi alla valutazione discrezionale del giudicante, ciò che dovrebbe fondare il divieto per le parti di concludere validamente pattuizioni volte ad orientare la decisione del giudice è costituito dall'assunto secondo cui l'accordo tra le parti sarebbe limitato alla pena: conclusione questa che però a ben guardare non trova riscontro nel dettato normativo visto che la legge precisa quali sono i contenuti obbligatori del patto negoziale ma non pone limitazioni di sorta alla possibilità di annettervi contenuti accidentali, siano essi riferiti alle misure di sicurezza, alle pene accessorie o alle sanzioni amministrative. Ammettere dunque, come fanno le Sezioni Unite, che siano ammissibili solo clausole eventuali riferite alle misure di sicurezza ovvero – ove possibile – alle pene accessorie e non anche alle sanzioni amministrative accessorie significa differenziare la portata dei poteri negoziali delle parti in assenza di un adeguato supporto normativo. Né vale peraltro a dimostrare il contrario il fatto che, con la modifica intervenuta nel 2003, si sia riconosciuto al giudice del patteggiamento il potere di applicare le misure di sicurezza e le pene accessorie nel caso di pena concordata superiore ai due anni: interpolazione questa che lungi dal disciplinare il tema delle pattuizioni integrative dell'accordo principale, era preordinata a rendere completamente inoperante, nel caso di patteggiamento c.d. allargato quel tipico effetto premiale del rito *de quo* costituito proprio dal divieto di applicazione delle misure di sicurezza diverse dalla confisca obbligatoria e delle pene accessorie. Il fatto che poi ciò abbia aperto la strada alla possibilità per le parti di estendere l'oggetto dell'accordo anche rispetto a tali ulteriori conseguenze della sentenza patteggiata, lungi dal trovare esplicitazione nell'art. 445 c. 1 c.p.p., non è altro che il naturale corollario della riattribuzione al giudice del potere di comminare, anche nel caso di patteggiamento c.d. allargato, il trattamento sanzionatorio complessivamente previsto quale conseguenza di una condanna penale.

Una volta inquadrata nella sua esatta portata la modifica del 2003, appare dunque evidente come dal mancato riferimento nell'art. 445 c. 1 c.p.p. alle sanzioni amministrative accessorie non possa trarsi alcun indizio per inferire che rispetto ad esse non vi sia per le parti la possibilità di concludere apposite pattuizioni additive dell'accordo principale: non essendo mai stato da ostacolo alla loro applicazione neppure il patteggiamento ad una pena non superiore ai due anni, ciò spiega il perché il legislatore del 2003 non si sia dato cura di menzionare le sanzioni amministrative accessorie nel novellato art. 445 c. 1 c.p.p., le quali, non essendo inibite nel caso di patteggiamento ordinario, era indubbio che avrebbero, *a fortiori*, dovuto trovare applicazione – ove il reato lo consentisse – anche nel caso della neointrodotta ipotesi di patteggiamento c.d. allargato.

Se dunque, come si è cercato di dimostrare, nulla vieta alle parti di raggiungere accordi anche sul terreno delle sanzioni amministrative accessorie per tutto quanto non discenda *ope legis* dalla sentenza che applica la pena, non vi è dubbio allora che, nell'ipotesi in cui il giudice recepisca anche tali pattuizioni, non possa trovare applicazione né l'art. 606 c.p.p., non spendibile, come detto, per le statuizioni di matrice pattizia, né tantomeno l'art. 448 c. 2-*bis* c.p.p., per chiari limiti testuali: conclusione quest'ultima che finisce per creare non poche tensioni tra la disposizione in esame e principi di rango costituzionale tra cui il principio di ragionevolezza e il diritto di difesa *ex* artt. 3 e 24 Cost. visto, peraltro, che il canone della legalità informa non solo le pene e le misure di sicurezza ma anche le sanzioni amministrative accessorie.

Da ultimo, non sembra poter andare esente da critiche neppure l'assunto secondo cui il giudice del patteggiamento, di fronte ad un accordo complesso, arricchito anche da elementi accidentali, sia comunque posto davanti all'alternativa secca di recepire integralmente il patto ovvero di rigettarlo *in toto*, senza possibilità né di limitare l'accoglimento della richiesta alla pena indicata dalle parti né di operare in difformità dalla loro volontà per tutto quanto esuli dai contenuti necessari del patto negoziale.

Contrariamente a quanto accaduto rispetto al tema precedentemente trattato, qui le Sezioni Unite vanno contro il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità[16] secondo cui, rispetto agli *accidentalia negotii,* ben può il giudice rigettare la richiesta delle parti, accogliendola nel resto, fermo restando l'obbligo, rispetto alle statuizioni difformi dalle pattuizioni, di fornire adeguata motivazione. Secondo le Sezioni Unite questo approdo deve essere superato "per coerenza interna del sistema" visto che sarebbe contraddittorio, da un lato, ammettere la possibilità di inserire elementi non necessitati nell'accordo il cui integrale accoglimento comporta *ex* art. 444 c. 2 c.p.p. l'emissione della sentenza di patteggiamento e le conseguenti rinunce anche sul terreno della impugnabilità, e dall'altro, assumere che, in caso

[16] *Ex multis*, Cass., Sez. VI, 14 ottobre 2016, Orsi, *C.E.D. Cass.*, n. 268740; Cass., Sez. II, 19 aprile 2012, Toseroni, *ivi.*, n. 252825; Cass., Sez. V, 22 marzo 2013, Defina, *ivi*, n. 258819.

di rigetto parziale dell'accordo, non operi "l'effetto negativo supposto dalla medesima norma": *id est*, l'impossibilità radicale che la sentenza di patteggiamento venga emessa.

Se si muove dalla considerazione che tutte le componenti dell'accordo sono parimenti essenziali e reciprocamente interconnesse, allora la soluzione propugnata dalle Sezioni Unite pare certamente la più rispettosa del principio del consenso che sta alla base del rito speciale *de quo*. Il problema è però che non necessariamente le parti, e in particolare l'imputato, pongono sullo stesso piano la pattuizione sulla pena e quelle relative ad altre conseguenze che dalla sentenza patteggiata potrebbero scaturire, anzi è verosimile ritenere il contrario. Appare dunque evidente che questo elemento di novità introdotto dal *plenum* all'interno della disciplina del patteggiamento rischia di avere quale principale conseguenza quella di un drastico abbattimento dei casi di accordi arricchiti da contenuti facoltativi, cui fa da *pendant* un sensibile contenimento, nei fatti, dell'impatto deflattivo della novella.

A parte queste considerazioni, il dato più rilevante è però che l'art. 444 c. 2 c.p.p. fa dipendere la riuscita del patteggiamento dalla ratifica non dell'accordo genericamente inteso ma, specificamente, delle clausole inerenti alla qualificazione giuridica, all'applicazione e alla comparazione delle circostanze prospettate e al *quantum* di pena indicato; analogo approccio, solo virato al negativo, presiede al rigetto della richiesta di pena patteggiata. Non si vede, peraltro, come potrebbe essere altrimenti visto che né l'art. 444 c. 2 c.p.p. né nessun'altra disposizione allude alla possibilità di implementare l'accordo principale con l'innesto di pattuizioni collaterali. Ne discende pertanto che la formulazione di queste ultime, se può giustificare, in caso di accoglimento, una motivazione semplificata ed un ridimensionamento del diritto all'impugnazione secondo le cadenze dettate dall'art. 448 c. 2-*bis* c.p.p., certo però non può influire – salvo che le parti non abbiamo espressamente manifestato al riguardo una volontà di segno contrario - sul buon esito della richiesta concordata di pena il cui destino è condizionato da fattori difformi e ben determinati a livello normativo. Naturalmente, negare che il rigetto delle pattuizioni facoltative osti *in toto* alla possibilità di accoglimento della richiesta di pena concordata ha quali necessitate ricadute l'impossibilità per il giudice che applichi una misura di sicurezza – o come detto, una pena accessoria o una sanzione amministrativa accessoria dai caratteri discrezionali – in difformità da quanto convenuto tra le parti, di avvalersi della motivazione sintetica tipica del rito *de quo* e specularmente la possibilità per le parti di impugnare la sentenza ai sensi dell'art. 606 c.p.p. e quindi anche per vizio di motivazione.

L'INELUDIBILE RIFORMA DEL SISTEMA SANZIONATORIO TRA ILLUSIONE E REALTÀ*

Elvira Dinacci**

Sommario: 1. Premessa. – **2.** L'adesione della Corte Costituzionale alla finalità rieducativa oltre la fase esecutiva. – **3.** Le antinomie dell'attuale normativa sanzionatoria. – **5.** La necessità di guardare oltre la pena detentiva. – **5.** Il sistema sanzionatorio nell'ottica di una tutela Costituzionale.

ABSTRACT

Nell'ambito di un'organica riforma del sistema sanzionatorio penale, è necessario che l'esigenza rieducativa pervada l'intero iter sanzionatorio, dalla fase edittale a quella esecutiva, attraverso una rivisitazione globale della pena nell'unica direzione consentita, quella di un potenziale, credibile reinserimento del condannato, nel rispetto delle libertà costituzionali.

As part of an organic reform of the criminal sanction system, it is necessary that the need for re-education pervades the entire sanctioning process, from the sanction phase to the executive phase, through a global review of the penalty in the only permitted direction: a potential, believable reintegration of the convicted, respecting constitutional freedoms.

1. Premessa.

Non vi è dubbio che l'attuale volto del sistema sanzionatorio susciti interesse da un lato, ed imbarazzo per la crisi profonda in cui esso versa. La ricognizione non può non partire dall'art. 27, co. 3 Cost., norma strategica e presupposto irrinunciabile per ogni indagine volta a delineare un sistema penale moderno ed umano. Il diritto penale quindi, comprensivo della pena, deve assolvere una funzione di tutela verso aggressioni a diritti fondamentali della persona, nei limiti dello stretto necessario; per cui anche la sanzione criminale segue il corollario di *extrema ratio,* che ne restringe il campo d'azione, eliminando qualsiasi trattamento contrario al senso di umanità, disciplinando solo quelli orientati nella direzione di un credibile reinserimento del condan-

* Scritto dedicato agli Studi in onore di Antonio Fiorella.Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Ricercatore confermato di Diritto Penale presso Sapienza Università di Roma.

nato, nel pieno rispetto delle libertà costituzionali. Il rango preminente assegnato dall'art. 13 Cost., alla libertà personale, sta a significare che la sanzione penale, incidendo su tale massima libertà, deve essere prevista solo per la tutela di beni che siano almeno dotati di un rilievo costituzionale. Questo sta a significare che «il principio di rieducatività (ed umanità) della pena deve permeare l'intero sistema, imponendo di collegare all'esigenza di un effettivo orientamento del destinatario, verso i beni valori tutelati, la posizione di norme conoscibili»; ne consegue che l'irrogazione della pena potrà scaturire solo dalla commissione «di un fatto offensivo realmente dominabile e per ciò stesso voluto e rappresentato [...] o almeno rappresentabile[...] negli effettivi contenuti di disvalore sociale»[1]. Solo così potrà prodursi quell'autentica adesione dei consociati alla legalità, da intendersi come consenso al rispetto delle norme, quindi scelta veramente personale, che in caso di trasgressione, si trasforma in assunzione consapevole di responsabilità verso l'illecito[2]. Premessa, questa, che costituisce linea guida di ogni indagine riguardante il sistema penale, dovendo configurare un significativo punto di arrivo e insieme di partenza.

2. L'adesione della Corte Costituzionale alla finalità rieducativa oltre la fase esecutiva.

È evidente che ogni indagine tesa a ridisegnare in modo organico il sistema sanzionatorio penale, debba partire dall'art. 27, co. 3 Cost. e dal suo rivoluzionario contenuto normativo che, si badi bene, non stabilisce la quantità di pena necessaria a fini preventivi, bensì prescrive modalità coerenti col senso di umanità, quindi pensate per consentire il recupero del condannato alla vita civile. Modalità cioè, che dovrebbero assistere il sistema delle sanzioni sin dalla loro ideazione nella mente del legislatore. Quest'ultimo sarà vincolato nella formulazione della sanzione, a valorizzare il significato innovativo, senza eliminarne la precipua funzione intimidativa/afflittiva, circoscriven-

[1] A. Fiorella, *Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, in *Arch. Pen.*, n. 1 /2018, 97. In Id., *Responsabilità penale* (voce), in *Enc. dir.*, Vol. XXXIX, Giuffrè, 1988, 1289, si afferma con esattezza: «il destinatario dei precetti dello Stato democratico, a differenza che nello Stato autoritario, non può essere rappresentato da chi subisce modelli di comportamento, bensì da chi prende una posizione responsabile di fronte ai valori costituzionali che quei modelli rappresentano».

[2] L'allora Ministro della Giustizia Prof.ssa P. Severino, con decreto del 14 dicembre 2012, ha nominato una Commissione di studio presieduta dal Prof. A Fiorella, per la revisione del sistema penale introducendo norme di depenalizzazione; il Progetto elaborato dalla Commissione (23 aprile 2013), raccogliendo l'indicazione del Presidente Prof. Fiorella introduce nell'articolato all'art. 21 una novità assoluta "l'ufficio dell'anagrafe dei reati" che, «consentendo finalmente di stabilire il numero esatto dei reati esistenti nel nostro ordinamento, permetterebbe di calibrare in modo razionale gli interventi di depenalizzazione». Ciò rappresenterebbe un fondamentale strumento per il cittadino come funzione di orientamento della norma. Il testo del Progetto è consultabile sul sito *www. giustizia.it*.

done il raggio di intervento punitivo, orientandolo sul soggetto, per finalità compatibili con la rieducazione, nel rispetto delle libertà costituzionali[3]. Se ne deduce un ricorso alla pena detentiva in termini di intervento veramente indispensabile a tutelare quei valori che ne assicurano la sociale convivenza (*extrema ratio).* L'esigenza rieducativa cioè, deve essere perseguita dal legislatore ma anche ispirare il giudice sin dalla fase dell'applicazione giudiziale. È stato egregiamente sottolineato che la sanzione, soprattutto detentiva, *è «una parte essenziale e caratterizzante» del sistema penale che non può essere affidata «quasi integralmente alla legge penitenziaria»*[4].

Occorre rammentare che in passato, sul punto, la dottrina ha dato una interpretazione riduttiva dell'art. 27 co. 3, Cost., relegando la funzione rieducativa alla sola fase esecutiva[5]. La stessa Corte Costituzionale, in varie pronunce risalenti, nell'accogliere la c.d. concezione polifunzionale della pena, ha relegato il principio rieducativo soprattutto alla fase esecutiva[6]. Scelta questa bene evidenziata nella sentenza n. 12/1966, dove si enuclea la *«vera portata del principio rieducativo»*, attraverso una lettura congiunta delle due parti di cui si compone il co. 3, dell'art. 27 Cost., in base al quale *«la rieducazione del condannato pur nella importanza che assume in virtù del precetto costituzionale, rimane pur sempre inserita nel trattamento penale vero e proprio»*. Tale impostazione è stata mantenuta in diverse successive pronunce dove si è negata esclusività alla finalità rieducativa, affermandosi che essa è «*indicata come finalità ultima* (e non unica) della pena dall'art. 27, terzo comma, della costituzione», e va riferita non solo e non tanto alla durata della stessa, quanto soprattutto, *«al suo regime di esecuzione»*[7]. Tale impostazione trova conferma in altre pronunce dove la rieducazione viene

[3] In tal senso A. Fiorella, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali della parte generale*, Giappichelli, 2018, 35.

[4] G. Vassalli, *Riforma del codice penale: se, come e quando*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 28. Bisogna dare atto che la questione penitenziaria, insieme a quella delle pene accessorie e delle misure di sicurezza, è stata fatta oggetto all'art. 1, commi 81, 82, 83, 85 della L. n. 103/2017, di una futura riforma penitenziaria; è noto però che il cambiamento politico non ha consentito sul punto la effettiva attuazione della delega, effettuando una inversione di tendenza rispetto a quanto era stato previsto nella L. n. 103/2017 ed a quelli che erano gli orientamenti della riforma; sul punto si rinvia ai D.Lgs. 2 ottobre 2018 nn. 123 e 124 che si sono limitati a prevedere poche rilevanti novità in tema di assistenza sanitaria, vita detentiva, e lavoro penitenziario, risolvendo l'intera "questione penitenziaria" all'interno del carcere.

[5] In tal senso: M. Spasari, *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, 1966; G. Bettiol, *Sul mito della rieducazione del condannato*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, Cedam, 1964, 15; B. Petrocelli, *Retribuzione e difesa nel progetto del codice penale del 1949*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, 593.

[6] In argomento si veda C.E. Paliero, *L'esecuzione della pena nello specchio della corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. Vassalli (a cura di) *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, ESI, 2006, 150.

[7] Cfr. Corte Cost. n. 22/1971, dove si è giudicata non fondata la questione di legittimità della previsione dei limiti massimi di pena per i reati di furto. Nello stesso senso cfr. sentenze Corte Cost. n. 119/1975, n. 102 e n. 169/1985.

confinata alla sola fase esecutiva, affermandosi che *«il principio dell'emenda [...] costantemente interpretato* [...] confligge con le altre funzioni della pena (afflittiva, di prevenzione) e si riferisce propriamente alla esecuzione delle pene in senso stretto»8. Su questa base si è affermato che alla radice della pena stiano dissuasione, prevenzione, difesa sociale, e che l'art. 27 Cost. *«non ha proscritto la pena dell'ergastolo* [...] quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi»[9].

Un primo segnale di apertura verso la valorizzazione della finalità rieducativa oltre la fase esecutiva, viene affermato nella sentenza n. 204/1974, dove si qualifica «il recupero sociale del condannato come fine ultimo e risolutivo della pena», individuandosi così un «diritto per il condannato a che [...] Il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo»[10]. Il coinvolgimento poi della funzione rieducativa su un piano globale, e non limitato alla sola fase dell'esecuzione, lo si raggiunge con la storica sentenza n. 364/1988 che, nell'affermare «la necessaria rimproverabilità della personale violazione normativa», e «l'illegittimità costituzionale della punizione di fatti che non risultino espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con i (o indifferenza ai) valori della convivenza espressi dalle norme penali», traduce il principio di personalità della responsabilità penale in principio della responsabilità per fatto proprio e colpevole. Si valorizza cioè il principio rieducativo già nella fase dell'applicazione della pena, richiedendosi ai fini della punizione l' accertamento di un reale contenuto di colpevolezza[11]. Il conseguenziale collegamento tra il

8 Cfr. Corte Cost. n. 167/1973; analogamente Corte Cost. n. 237/1984 ribadisce che «l'art.27, terzo comma, Cost., si riferisce propriamente alla esecuzione delle pene in senso stretto [...]. Mentre sfugge al controllo di legittimità l'indagine sull'efficacia rieducativa della pena edittale, la cui determinazione è rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore»; sempre in tal senso si vedano le sentenze Corte Cost. n. 107/1980, n. 104/1982 e n. 23/1985, per le quali ciò che conta per "tendere alla rieducazione" è dare largo spazio al trattamento individualizzato nell'ambito dell'ordinamento penitenziario. Le riflessioni svolte dalla Consulta stanno a significare che il principio di umanità da intendersi come principio di civiltà deve informare di sé «la disciplina delle pene e della loro esecuzione, e dunque[...] tutta l'organizzazione carceraria e l'applicazione delle norme ad essa relative, come è ribadito nell'esplicito richiamo al dettato costituzionale, dell'art. 1, primo comma, dell'ordinamento penitenziario: "il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona"»: Corte Cost. n. 165/1996.

9 Corte Cost., n. 264/1974, nell'affermare che la funzione e quindi la finalità della pena non può essere costituito dal solo riadattamento dei delinquenti, ritiene compatibile con l'art. 27, co. 3 Cost. la pena dell'ergastolo.

10 Su queste basi la Corte afferma che l'istituto della liberazione condizionale, alla luce dell'art. 27, co. 3, Cost., assume un ruolo di particolare significato e peso, che deve essere considerato già nella fissazione legislativa dei suoi presupposti e dei suoi limiti.

11 In dottrina egregiamente F. Bricola, *Teoria generale del* reato, in *N. Dig. it.*, Vol. XIX, Utet, 1973, 53; D. Pulitanò, *Ignoranza della legge (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Vol. XX, Giuffrè, 1970, 36; A. Fiorella, *Rieducatività della pena, ed orientamento del destinatario del precetto e componenti*

principio di personalità della responsabilità penale ed i principi di legalità e di irretroattività della legge penale, attua compiutamente la funzione di garanzia che appunto la legalità deve assolvere; funzione che impone di «fondare la responsabilità penale su congrui elementi soggettivi», che impediscano la punizione di un soggetto incolpevole, realizzando così «il principio di colpevolezza il secondo aspetto del principio garantistico di legalità». Successivamente la Consulta superando le precedenti ambiguità, chiarisce che il principio concernente la finalità rieducativa della pena «lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»; questo sta a significare che il terzo comma dell'art. 27 Cost. *«vale tanto per il legislatore quanto per il giudice della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie»*[12].

In altre pronunce il Giudice delle Leggi, completando il raggio di azione dell'indagine, scolpisce il momento esecutivo della sanzione, affermando l'incostituzionalità della retroattività in *malam* anche per questa fase, in relazione al principio di progressività trattamentale, considerando irragionevole ed incompatibile con la funzione rieducativa della pena una disciplina che non tenesse conto del raggiunto grado di rieducazione, adeguato al beneficio richiesto, ovvero che comportasse una regressione incolpevole del trattamento[13]. L'esecuzione della pena cioè, costituisce il momento realizzativo del finalismo rieducativo adeguando la portata sanzionatoria del titolo al singolo individuo. Ciò coinvolge l'intero procedimento di esecuzione, assistito dall'immanente presenza del giudice per tutto ciò che riguarda decisioni sui diritti di libertà, comportando questo le medesime garanzie utilizzate nella fase cognitiva in punto di legalità e giusto processo.

Di qui l'affermazione anche per gli ergastolani, che certi automatismi relativi alla concessione dei benefici penitenziari non sono ragionevoli, e che «la progressività trattamentale e flessibilità della pena», costituiscono «diretta attuazione del canone costituzionale della rieducazione del condannato», e stanno a significare che «le presunzioni assolute specie quando limitano un diritto fondamentale della persona violano il principio di uguaglianza»[14]; in

---

sostanziali del reato, cit., 99.

12 Corte Cost. n. 313/1990, superando poi ogni equivoco afferma «se la finalità rieducativa venisse limitata alla sola fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto».

13 Cfr. sentenze Corte Cost. n. 504/1995, n. 445/1997, n. 137/1999.

14 Per il superamento degli automatismi e delle preclusioni assolute per la concessione dei benefici penitenziari anche con riferimento a chi è stato condannato all'ergastolo, si è affermata la illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3, 27, co. 3, Cost., dell'art. 58-*quater*, co. 4, ord. pen., nella parte in cui subordina l'accesso ai benefici da parte degli ergastolani per i delitti di cui agli artt. 289-*bis* e 630 c.p., ove avessero cagionato altresì la morte del sequestrato, al-

questo caso, l'irragionevolezza consiste proprio nel non poter formulare ipotesi contrarie alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa. Sul solco tracciato da tale pronuncia, viene definitivamente smantellata la disciplina dell'art. 58-*quater*, co. 4 ord. pen. dichiarandone la illegittimità per contrasto con gli artt. 3, 27 co. 3, Cost., posto che il carattere automatico della preclusione temporale all'accesso ai benefici penitenziari, impedisce qualsiasi valutazione individuale sul concreto percorso di rieducazione compiuto dal soggetto, in ragione soltanto del titolo di reato che supporta la condanna[15]. Tale orientamento è coerente con quanto affermato dalla Corte Edu, che pronunciandosi sulla legittimità dell'ergastolo ostativo, ha dichiarato che esso è contrario al divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art 3 Cedu, in quanto lesivo della dignità dell'individuo, valore questo che orienta la tutela dell'intero sistema convenzionale e non ammette deroghe neanche a fronte di contesti di emergenza[16]. Tale percorso argomentativo viene sviluppato e completato anche nei confronti dei condannati per associazione di stampo mafioso, dalla recente Sentenza della Corte Cost. n. 253/2019 che, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 4-*bis* co. 1 ord. pen., nella parte in cui non prevede che questi possano usufruire dei permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia, ribadisce l'inammissibilità delle preclusioni assolute il cui effetto è quello di arrestare «qualunque valutazione in concreto sulla pericolosità del condannato». In tutte queste decisioni, risalta il riconoscimento di un obbligo costituzionalmente imposto al legislatore ordinario di prevedere istituti funzionali e in grado di garantire l'attuazione del percorso rieducativo. Istituti cioè, che non sovvertano la logica gradualistica che costituisce il fondamento del principio di progressività trattamentale, attraverso la effettiva partecipazione all'azione rieducativa che, proiettandosi nel tempo, deve consentire a tutti di alimentare la speranza di un futuro reinserimento.

Occorre sottolineare ancora, la rilevanza della relazione temporale per l'attuazione della finalità rieducativa, oltre ogni formalismo o presunzione assoluta. Ciò che si vuole evidenziare *è* il senso che lega la connessione tra il "prima" ed il "dopo", e cioè, tra il tempo necessario al soggetto per staccarsi dal delitto commesso ed intraprendere un cammino di allontanamento e di reinserimento nel sociale. *È* proprio la qualificazione temporale, da intendersi

---

la effettiva esecuzione di 26 anni di pena; la disciplina risultava «intrinsecamente irragionevole avuto riguardo alla funzione rieducativa che la pena deve necessariamente perseguire nel nostro ordinamento»: Corte Cost. n. 149/2018.

[15] Corte Cost. n. 229/2019, la sentenza in oggetto rappresenta il naturale completamento della precedente (n. 149/2018) sancendo l'integrale illegittimità costituzionale del regime previsto dall'art. 58-*quater*, co. 4, ord. pen., in relazione ai condannati per i delitti di cui agli artt. 289-*bis* e 630 c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato, «regime che configurava un vero e proprio doppio binario nel doppio binario, aggiungendosi alla già gravosa disciplina di cui all'art. 4-*bis* ord. pen».

[16] Così Corte EDU, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*, § 130.

come necessaria flessibilità della pena, a consentire quel giudizio contingente ma anche assoluto, quindi giuridico, che consiste in un periodo (tempo definito), di osservazione da parte del Giudice di sorveglianza dello stato attuale della personalità del soggetto. In tema di punibilità, pur restando ancorati al principio di stretta legalità, occorre rifuggire da tutto ciò che paralizzando il cambiamento/l'evoluzione, rimane fisso ed immobile; è stato esattamente detto *«il formalismo comincia dove il diritto finisce. Esso rappresenta veramente una frattura dell'esperienza giuridica: al posto dell'esperienza e del suo libero movimento si pone una falsa esperienza, cioè l'immobile vuoto, che si tratta come cosa salda, modellandolo in forme che, essendo forme del vuoto, hanno il pregio di essere infinite»*[17]. L'art. 27, co. 3, Cost. impone una pena in concreto, cioè una individualizzazione sanzionatoria che presume un tempo di osservazione sulla personalità del detenuto. Ne discende la incompatibilità ed irragionevolezza di qualsiasi automatismo o presunzione di pericolosità che non abbia fondamento su congrui e specifici elementi.

Sembrerebbe evidente che la finalità rieducativa debba assistere la pena sia essa edittale, ovvero esecutiva, misure alternative; non vi è del pari dubbio, che queste ultime costituiscano *«il punto di emergenza del trattamento rieducativo in quanto tend*ono a realizzare quel reinserimento sociale al quale tale trattamento punta». La finalità rieducativa quindi deve riflettersi in modo adeguato su tutta la legislazione penitenziaria, la quale deve determinare «modalità e percorsi idonei a realizzare l'emenda e la risocializzazione del condannato, secondo scelte del legislatore che, pur nella loro varietà tipologica e nella loro modificabilità nel tempo, devono convergere nella valorizzazione di tutti gli sforzi compiuti dal singolo condannato e dalle istituzioni per conseguire il fine costituzionalmente sancito dalla rieducazione»[18].

---

[17] Cfr. S. Satta, *Il mistero del processo*, Adelphi, 1994, 86. Le Sezioni Unite, seguite da una costante giurisprudenza di legittimità hanno aderito ad un approccio fortemente formalistico, concordando nell'affermare la natura processuale delle modalità esecutive della pena irrogata e quindi sottraendo le misure alternative alla detenzione al divieto di applicazione retroattiva: Cass. pen., Sez. Un., 17 luglio 2006, n. 24561; Cass. pen., Sez. I, 6 giugno 2019, n. 25212; Cass. pen, Sez. I, 26 settembre 2019, n. 39609; l'orientamento è stato rivisto dalla recente giurisprudenza di legittimità, che ha sollevato d'ufficio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 6, lett. b), della L. n. 3/2019, nella parte in cui inserisce gli artt. 314 e 319-*quater*, co. 1, c.p., nei delitti di prima fascia, assolutamente ostativi all'accesso dei benefici penitenziari, mancando quei connotati idonei a sostenere un'accentuata e generalizzata considerazione di elevata pericolosità dell'autore, paragonabile a contesti di criminalità organizzata; cfr. Cass. pen., Sez. I, 18 luglio 2019, n. 31853. Sempre con riferimento alla L. n. 3/2019, che ha esteso i reati ostativi al fenomeno corruttivo, precludendo così la possibilità di ottenere l'ordine di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva (art. 656, co. 5, c.p.p.); cfr. Cass. pen., sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, che nell'affermare la non rilevanza ai fini della decisione, ne evidenzia il contrasto con gli artt. 7 Cedu e 117 Cost., «laddove si traduce [...] nel passaggio – "a sorpresa" e dunque non prevedibile-da una sanzione patteggiata "senza assaggio di pena" ad una sanzione con necessaria incarcerazione».

[18] Sentenze Corte Cost. n. 282/1989 e n. 532/2002. Si veda pure Corte Cost. n. 79/2007 dove si afferma l'incostituzionalità dei co. 1 e 7-*bis* dell'art. 58-*quater* ord. pen. (commi introdotti dalla L. 5 dicembre 2005, n. 251), nella parte in cui non prevedono che i benefici penitenziari indicati pos-

Di qui, escludere dal beneficio una categoria di soggetti che ne avevano già maturato l'applicazione, secondo la precedente normativa, costituisce una interruzione ma soprattutto la vanificazione di quell'iter rieducativo a favore di una esigenza meramente repressiva che determina la violazione dell'art. 27 co. 3, Cost. Infine il Giudice delle leggi in una recentissima sentenza di accoglimento interpretativo[19], collegandosi direttamente all'art. 25, co. 2, Cost., ha dichiarato l'incostituzionalità di una interpretazione retroattiva delle modifiche peggiorative in tema di concedibilità delle misure alternative alla detenzione, aderendo a quella impostazione sostanzialistica sviluppata dalla giurisprudenza della Corte edu, in ordine all'estensione della garanzia dell'art. 7 Cedu[20], alle modifiche delle norme sull'esecuzione della pena quando determinano «una ridefinizione o modificazione della portata applicativa della "pena" imposta dal giudice». Si afferma quindi che la novella legislativa n. 3/2019 (c.d. legge "spazzacorrotti"), abbia apportato modifiche idonee ad incidere direttamente sulla natura afflittiva della pena, di fatto tramutata da "alternativa" in "detentiva", con effetti concretamente peggiorativi sul regime della sanzione inflitta; effetti la cui natura non può che essere sostanziale, tale da rendere inapplicabile retroattivamente la norma in questione. La scelta operata, sicuramente rivoluzionaria, nel dichiarare la illegittimità costituzionale di ogni applicazione retroattiva di norme di sfavore che appartengano a situazioni di soggezione del condannato alla pena, ricomprende nella "legalità della pena" necessariamente anche le misure alternative alla detenzione che pertengono comunque ad esigenze di tutela dei diritti il cui riferimento normativo non può che essere l'art. 25, co. 2 Cost., come espressione di garanzia della libertà. Il riferimento questa volta senza passare dagli artt. 27, co. 3, e 3 Cost., è esplicitamente diretto allo spettro applicativo dell'art. 25 Cost., in una prospettiva di verifica empirica sugli effetti prodotti sui diritti di libertà.

Sempre nell'ottica della legalità della pena la cui preminente finalità è quella della rieducazione, si sono espresse anche le Sezioni Unite, attraverso un ampliamento dei poteri del giudice dell'esecuzione, superando il dogma della intangibilità del giudicato. Le pronunce, è noto, riguardano il caso Ercolano, in relazione alla possibilità di dare attuazione alla Sentenza Scoppola c. Italia della Corte Edu[21]. Si afferma che i principi enunciati dalla Corte Edu,

---

sano essere concessi sulla base della normativa previgente, ai condannati che, prima dell'entrata in vigore della L. n. 251/2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti.

19 Corte Cost. n. 32/2020.

20 La giurisprudenza europea ha evidenziato più volte il volto convenzionale della pena, secondo il principio di umanizzazione, quindi, nel rispetto della dignità della persona anche condannata. Di conseguenza «quando le misure adottate dopo la pronuncia di una pena definitiva, o durante l'esecuzione di quest'ultima, portano ad una ridefinizione o ad una modifica della portata della "pena" inflitta, a tali misure si deve applicare il divieto di retroattività delle pene sancito dall'art .7 § 1, Cedu»: *leading case*, Corte EDU, Grande Camera, 21/10/2013, *Del Rio Prada c. Spagna*.

21 Corte EDU 17 settembre 2019, *Scoppola c. Italia*, dove si dispone l'applicazione di anni 30 di

rilevando un contrasto con il diritto interno, vanno applicati anche ai processi diversi da quello relativo alla nota pronuncia; se così non fosse, vi sarebbe una evidente «violazione del principio di parità di trattamento tra condannati che versano in identica situazione»[22]. Viene immediatamente dopo esplicitato che «il giudicato non può che essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto dei diritti fondamentali della persona [...] quale certamente *è* quello che incide sulle libertà»[23].

Da quanto esposto, si deduce chiaramente che il piano delle garanzie costituzionali e sovranazionali non può essere mai disatteso; il monito è alla politica, cioè ad un legislatore ultimamente troppo attento ad esigenze elettorali, spesso tradotte in populismo penale, dimentico di essere anch'esso soggetto al principio di legalità e di avere l'obbligo di dare piena attuazione ai diritti individuali di libertà. Diritti che, bisogna rammentarlo al di là di esigenze preventive di politica criminale, appartengono anche a chi si trova in stato di detenzione. Affermazione questa le cui radici vanno ricercate nella giurisprudenza della Corte Edu[24], e soprattutto nelle istanze del principio di umanità della pena, che pervade l'intero *iter* sanzionatorio e ne impone una rivisitazione globale e non limitata ad una riforma penitenziaria.

3. Le antinomie dell'attuale normativa sanzionatoria.

Le chiare indicazioni suindicate, sembrerebbero affermare che il principio di umanità nella direttiva rieducativa, per realizzarsi effettivamente, debba assistere la pena sin dall' astratta previsione legale, nel momento della inflizione in concreto, fino alla sua espiazione, seppur con intensità diverse. Tale principio deve cioè, coinvolgere il legislatore ed il giudice sia della cognizione che dell'esecuzione in un unico progetto comune che coordini i vari momenti/fasi della punibilità, dando vita ad un vero sistema sanzionatorio così come prescrive la nostra Carta fondamentale. Il criterio teleologico, così ben enunciato all'art. 27, co. 3 Cost., valorizzato da quei principi fondamentali di cui agli artt. 2, 3, 13, 25 co. 2, 27, co. 1, Cost., indica che la reale funzione della pena non potrà mai derogare a quell'impianto personalistico di cui è diretta espressione[25]. Tale funzione è fortemente ancorata ad un'idea di giustizia, quindi di proporzionalità, rispetto ad un fatto di elevato disvalore, tale da giu-

---

reclusione al posto della pena dell'ergastolo, quale effetto dell'applicazione della disciplina penale più favorevole vigente al tempo della proposizione della richiesta di giudizio abbreviato.

22 Cass. pen., Sez. Un., 19 aprile 2012, n. 34472.

23 Cass. pen., Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821.

24 Per tutte, si veda Corte EDU 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, definita dagli stessi giudici come "sentenza pilota" per quanto riguarda il problema strutturale del disfunzionamento del sistema penitenziario italiano e la questione del sovraffollamento carcerario, questione che viola l'art. 3 della Cedu, dando luogo a trattamenti inumani e degradanti.

25 In tal senso con chiarezza S. Moccia, *Riflessioni sulla funzione normativa della pena. Costanti aporie tra teoria e prassi*, in AA.VV, *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G.L. Gatta, Giuffrè, 146.

stificare proprio l'impiego della più grave delle sanzioni. È richiesta cioè, una effettiva "esigenza di pena" da applicare con parsimonia ed equilibrio, mai in contrasto con le garanzie di libertà, o quantomeno, mai aprioristicamente contraria al recupero sociale. In un' ottica moderna la concezione della pena non può ridursi a mera vendetta o ad essere finalizzata a tormentare o ad affliggere, bensì deve « impedire il reo di far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali»; il riferimento è alla prevenzione generale ed a quella speciale, contemperate però, da alcuni requisiti fondamentali egregiamente focalizzati: legalità, eguaglianza, personalità, proporzionalità, prontezza, quindi efficacia nell'applicazione, seguita da "dolcezza", da intendersi come contenimento della risposta sanzionatoria , in termini di effettiva giustizia[26]. Il rapporto tra entità della pena e gravità del reato, principio di proporzione, comprensivo di un disvalore oggettivo (danno o pericolo), e soggettivo (colpa o dolo), sublimato in termini di garanzia, attraverso il collegamento con la funzione generalpreventiva, supera l'antica teoria retributiva intesa come mera afflittività satisfattiva, e diviene un freno insuperabile per il legislatore nella comminatoria edittale. È palese che tale concezione della pena, i cui tratti garantistici rispecchiano i nostri principi fondamentali, è opera del grande Pensatore Cesare Beccaria, che in tempi antichi (1764), ha completamente rivoluzionato i rapporti fra Stato ed individuo, apportando un radicale mutamento di prospettiva sul come e perché punire, ispirando così le successive Costituzioni degli Stati liberali, fino a considerare polo di riferimento e fine ultimo di ogni attività statale, la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo. Il Beccaria nel costruire la sua attualissima visione della pena, in termini semplici e chiari si è ispirato a criteri di giustizia e ragionevolezza, nell'ottica di un diritto penale minimo, in attuazione di un'uguaglianza sostanziale che solo la sottoposizione al testo normativo può garantire.

Nonostante un così chiaro messaggio, ben ribadito dalla Carta Costituzionale, il nostro legislatore, nella fase della comminatoria edittale, non ha ritenuto discostarsi dall'idea carcerocentrica già fatta propria dal codice Rocco. E non solo, la privazione della libertà personale, massima pena per l'individuo, continua ad essere l'unica privilegiata risposta al reato, che non sempre rispecchia nel contenuto l' adeguato disvalore. Persiste una penalizzazione sconsiderata nella parte speciale ed in quella, sempre più inflazionata, legislazione complementare, che ha dato vita a vari "tipi eccezionali" di diritto penale, il cui esito *è stato* la perdita d'identità dell'intero sistema, innanzitutto sanzionatorio. Si *è inteso* diffondere, in sfregio al canone della *extrema ratio,* un panpenalismo diffuso, enfatizzato da una illusoria minaccia di pena detentiva esemplare, diretta questa a compensare ciò che manca, cioè la certezza di applicazione, quindi di efficacia. In tal modo, almeno apparentemente, l'effetto è quello di rassicurare la collettività, prospettando il

[26] I riferimenti e l'inciso sono chiaramente ripresi dal noto "libriccino" di Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, § XII°.

carcere come unico strumento per contrastare la continua emergenza criminale[27]. A ciò avrebbe dovuto conseguire, quale tributo minimo per la nostra Carta Costituzionale, una seria ristrutturazione carceraria almeno nei termini di "capienza regolamentare" che consentisse, a chi versa in stato di costrizione, quella anche se esile, aspettativa di un possibile recupero. La sentenza Torreggiani della Corte Edu, condannando l'Italia per l'inumana situazione carceraria, conferma che nessuna modifica realmente significativa è intervenuta a migliorare gli stabilimenti di detenzione. Insomma, *è mancata* la tanto attesa riforma globale, diretta da un lato ad un'opera di riordino, connessa alla previsione di una effettiva "riserva di codice"[28], per meglio agevolare la conoscenza della legge penale già nel momento della sua comminatoria, assicurando maggiormente la funzione rieducativa; e dall'altro, allo sfoltimento mirato ad una ordinata depenalizzazione[29], a cui avrebbe dovuto fare seguito

[27] Solo a titolo esemplificativo si cita la L. n. 251/2005, la cui disciplina prevedeva l'obbligatorietà generalizzata della recidiva, attenuata poi dall'intervento salvifico della Corte Cost. n. 185/2015; la L. n. 103/2017, seppur ispirata ad una riforma penitenziaria lodevole, inasprisce il trattamento sanzionatorio per alcuni delitti contro il patrimonio; la L. n. 3/2019, inasprisce il trattamento sanzionatorio per tutte le fattispecie riconducibili al fenomeno corruttivo inserendo questi delitti tra quelli di prima fascia, ostativi alla concessione dei benefici di cui all'art. 4-*bis* ord. pen., parificandoli ai delitti di criminalità organizzata; nella medesima ottica la L. n. 36/2019 che oltre a modificare la norma sulla legittima difesa, ha aumentato le pene per alcuni reati contro il patrimonio; la L. n. 43/2019, che, modificando l'art. 416-*ter* c.p., ne ha aumentato le pene, parificandole a quelle del partecipe al reato associativo di stampo mafioso, rimuovendo quel principio di proporzione base fondamentale del sistema penale.

[28] Bisogna dare atto che tutti i progetti di riforma del Codice penale dal 1988 in poi, contenevano un riferimento esplicito seppur con legge ordinaria alla "riserva di codice"; per esemplificare emblematico nel progetto Pagliaro, l'inserimento della riserva di codice, tra i principi di codificazione (art. 2, co. 3), così da imprimerle un valore precettivo che non può essere disatteso; definizione poi ripresa e completata nei progetti Grosso (art. 3, co. 1), e Pisapia (art. 5) dove si stabiliva che «le nuove disposizioni penali siano inserite nel codice penale ovvero nelle leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono, coordinandole con le disposizioni del codice e nel rispetto dei principi in esso contenuti». Com'è noto, il legislatore con l'art. 1, D.Lgs. n. 21/2018, ha inserito nel codice penale l'art. 3-*bis*, "Principio della riserva di codice", dando seguito alla delega del co. 85, lett. q), art. 1, L. n. 103/2017 (riforma Orlando), che appunto disponeva «l'attuazione, sia pure tendenziale, del principio di riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena [...]». L'ambizioso progetto purtroppo si è rivelato carente sul piano dell'attuazione risolvendosi in un meccanico trasferimento piuttosto disordinato, all'interno del codice penale di poche figure di reato che sicuramente non raggiungono l'auspicato riordino. Sul punto non può non apprezzarsi la costruttiva interpretazione del Prof. A. Fiorella data all'art. 3-*bis* c.p. per il quale costituisce «una riaffermazione e un potenziamento della centralità del codice nel definire la disciplina penalistica, confermando il suo ruolo di polo di "riferimento e coordinamento" dell'intero sistema», e, aggiunge, «con consequenziale rilevanza costituzionale, sia pur mediata, con effetti non insignificanti in rapporto alla verifica del rispetto dei principi costituzionali di rieducatività e personalità della pena»: A. Fiorella *Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, cit., 99; nello stesso senso M. Donini, *La riserva di codice (art.3-*bis *c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2018, 12.

[29] Anche il tema della depenalizzazione un tempo in auge sembra aver perso interesse; se ne

una serie di mutamenti normativi ed organizzativi che ne avrebbero assicurato efficacia anche in termini di deflazione carceraria. Mutamenti da un lato diretti a ridurre i livelli massimi edittali, armonizzandoli con le regole sanzionatorie dettate nella parte generale, alfine di moderare nell'esecuzione la disapplicazione sistemica della pena inflitta; dall'altro, ad elargire politiche di reale e concreto impegno sociale ed economico, rafforzando la rete di controlli preventivi, diretti quantomeno a diminuire la "criminalità di strada", produttiva di quella insicurezza collettiva che vede nel diritto penale, ormai ridotto a solo carcere, l'unica soluzione a tutti i problemi criminali. Programma questo, che avrebbe potuto trovare un inizio di attuazione con la previsione di una disciplina di sistemi sanzionatori alternativi flessibili già nel giudizio, diretti a marginalizzare la pena detentiva, e ove quest'ultima fosse strettamente necessaria, attribuirle quella dignità minima, irrinunciabile per qualsiasi essere umano.

parla dal 1967, con la legge n. 317 che trasformò in illeciti amministrativi, i regolamenti dei comuni e delle province e alcuni articoli del codice della strada del 1959; successivamente con la L. n. 706 del 1975, la depenalizzazione fu estesa quasi a tutte le contravvenzioni sanzionate con la sola pena dell'ammenda; com'è noto la normativa per eccellenza in materia di depenalizzazione è data dalla L. n. 689 del 1981, che disciplina in modo organico la materia ispirandosi al libro I del codice penale, estendendo la depenalizzazione a tutti i delitti puniti con la sola pena della multa; i successivi interventi in materia (a titolo esemplificativo si vedano D.Lgs. n. 758/1994 e D.Lgs. n. 507/1999, nonché la L. n. 85/2006 in materia di reati di opinione), hanno conseguito risultati deflattivi modesti, anche ad opera di una parallela e continua produzione legislativa complementare che ha aggravato l'ipertrofia del diritto penale. Merita invece di essere nuovamente citato, per centralità e completezza d'indagine, il progetto presentato dalla Commissione diretta dal Prof. A. Fiorella, nominata dal Ministro della giustizia Prof.ssa P. Severino, per la revisione del sistema penale del 23 aprile 2013; con esso si sono gettate le basi di alcuni dei vari provvedimenti con finalità deflattiva; l'orientamento è nel senso di una significativa depenalizzazione sia in astratto che in concreto, escludendo dalla materia penale figure «desuete e non più conformi a principi di laicità e pluralismo del nostro ordinamento costituzionale»; si prevedeva anche una estensione della punibilità a querela, l'esclusione della procedibilità per la particolare tenuità del fatto (introdotta poi dall'art. 131-*bis* c.p. con D.Lgs. 16 marzo 2015, n. 28), e l'estensione dell'oblazione ai delitti, nonché l'estinzione del reato a seguito del compimento di condotte riparatorie. La nuova L. n. 67 del 2014, muovendosi sulla via tracciata dal progetto ministeriale Fiorella, ha mostrato di dare inizio ad una effettiva politica di decarcerizzazione, introducendo nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova, e delegando il governo in materia di pene detentive non carcerarie (in particolare la reclusione e l'arresto domiciliare) e di riforma del sistema sanzionatorio; si introduce poi con i D.Lgs. 15 gennaio 2016 nn. 7 e 8 una inedita sanzione pecuniaria civile, trasformando in illeciti amministrativi quasi tutti i reati puniti con sanzioni pecuniarie ed anche alcuni reati previsti dal codice penale e dalla legislazione speciale, punibili con pene detentive. Sempre in sintonia con il progetto ministeriale Fiorella, la L. n. 103 del 2017, ha previsto l'effetto estintivo delle condotte riparatorie con l'introduzione appunto del nuovo art. 162-*ter* c.p., delegando poi il governo per una estensione della procedibilità a querela per alcuni reati contro la persona e il patrimonio.

La risposta politica invece, si è espressa attraverso il solito contraddittorio pluralismo normativo, diretto ad ampliare a dismisura le cornici edittali con previsioni massime rigorosissime, che nel concreto poi, non trovano applicazione, potendo il giudice svolgere un ruolo quasi legislativo (supplenza giudiziaria), usufruendo di ampi spazi di discrezionalità conseguenti alla disciplina della commisurazione della pena, delle circostanze e del concorso di reati[30]. Anche l'introduzione delle sanzioni sostitutive, ad opera della L. n. 689/1981, non ha sortito rilevanti effetti sotto il profilo applicativo e funzionale del tutto irrisorio, privilegiandosi, soprattutto in sede di riti alternativi, l'istituto della sospensione condizionale che consente la chiusura anticipata del procedimento con rinuncia alla esecuzione della pena[31]. Quindi, sempre in modo frammentario, producendo inevitabilmente intasamenti tra istituti analoghi, si è ridotto il carico sanzionatorio e giudiziario, con provvedimenti inseriti nella parte generale, alcuni dei quali probabilmente apprezzabili, in quanto ben inquadrati in quella "missione risocializzante" attribuita dalla Carta Costituzionale alla materia penale. Si pensi all'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* c.p., oppure alla introduzione delle condotte riparatorie *ex* art. 162-*ter* c.p., nonché all'istituto della messa alla prova mediante sospensione del procedimento di cui agli artt. 168-*bis*, 168-*ter* e 168-*quater* c.p. (c.d. *probation* giudiziale per l'adulto), il cui esito positivo, dà luogo all'estinzione del reato. Tale ultimo istituto anch'esso emanato nell'ottica deflattiva, presenta elementi di sicura novità e completezza, collegando gli effetti della messa alla prova (estinzione del reato), ad una rivalutazione del sistema sanzionatorio, nell'ottica di una effettiva reintegrazione già nel corso del processo (artt. 464-*bis*, 464-*ter* c.p.p.), evitando il più possibile il sacrificio per la libertà personale. Il richiamo è alla giustizia riparativa, alternativa alla pura repressione, che privilegiando la ricomposizione del conflitto, conferisce alla pena detentiva un ruolo marginale, limitato alle sole ipotesi di esito negativo della prova, attuando nel concreto, il principio di *ultima ratio*. L'autore del reato in questo caso, finalmente assume un ruolo nuovo, dinamico, diventa effettivo partecipe nell'opera di mediazione, orientandola attraverso l'effettivo adempimento dell'obbligo risarcitorio, alla conciliazione con la vittima del reato che diviene la protagonista assoluta del periodo di messa alla prova. *È* mancata però, anche in questo caso, l'auspicata opera di razionalizzazione con quanto previsto da istituti con caratteristiche comuni, lasciando all'imputato la non sempre chiara scelta tra strategie processuali a volte sovrapponibili. Sul piano riformistico era necessaria un'operazione non più settoriale, orientata all'idea riparativa, che avrebbe dovuto attribuire effettiva centralità alla materia, sottolineandone la preminenza nella sperimentazione, così da incentivare l'interesse dello stesso imputato e stimolarlo ad intraprendere un percorso virtuoso, realmente sostitutivo della

[30] Sul punto *ex multis*, E. Dolcini, *La commisurazione della pena detentiva*, Cedam, 1979, 383.
[31] Cfr. E. Dolcini-E. Paliero, voce *Sanzioni sostitutive*, in *Enc. dir.*, Vol. XLI, Giuffrè, 1989, 523.

tradizionale giustizia punitiva. Si pensi alla situazione dell'imputato che, consentendolo le condizioni, alla luce della sistematica tendenza in giudizio di irrogare in concreto pene contenute su livelli minimi, immaginasse di potersi avvalere della sospensione condizionale della pena, difficilmente sceglierà di sottoporsi al programma di trattamento di cui all'art. 464-*bis* c.p.p. sicuramente più oneroso; l' istituto poi del lavoro di pubblica utilità, indefettibile fiore all'occhiello del programma di trattamento *ex* art.464-*bis*, co, 4, lett. b) c.p.p., *è* previsto in vari istituti tra cui per es. all'art.165 c.p. quale obbligo correlato alla sospensione condizionale della pena; il discorso vale anche rispetto ad altri esiti del processo, anch'essi imperniati sull'imposizione di obblighi lavorativi meno gravosi rispetto a quelli imposti dalla messa alla prova (per es. la sentenza del giudice di pace applicativa del lavoro di pubblica utilità). Bene sarebbe stato, visti l'espansione ed i contenuti davvero rieducativi dell'istituto del lavoro non retribuito a favore della collettività, attribuirgli un ruolo primario, unitario e graduabile a seconda della gravità del reato, inserendolo nel catalogo delle pene principali (non solo del giudice di pace), come effettiva modalità alternativa alla pena carceraria. Il "delitto riparato"[32], in un'ottica compensatoria e seppur limitandolo ai reati minori, per i quali ci sembra possa realmente trovare un suo senso, merita un sicuro approfondimento sistematico; costituisce un importante segnale nella direzione della rieducazione, che guarda a quei comportamenti del reo susseguenti ed in contrasto con la precedente condotta criminosa, rilanciando così la possibilità di un agire responsabile per il futuro.

A contribuire alle aporie del sistema, *è necessario* citare l'introduzione di quei meccanismi premiali processuali con fini esclusivamente deflattivi, il cui ambito di operatività si è dilatato enormemente, producendo arbitrarie "manovre" sulla pena, svuotandola della fondamentale funzione di prevenzione generale; ciò evidenzia profili di reale ineffettività che inevitabilmente, violando i principi di uguaglianza e giustizia, contribuiscono a quella "disintegrazione"[33] dell'attuale sistema sanzionatorio.

La situazione non migliora in sede esecutiva dove, nonostante i buoni propositi che ne hanno ispirato la riforma, *è mancata* anche qui, quella rigorosa impostazione sistematica diretta a conciliare attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata, gli obiettivi di politica criminale nelle varie fasi processuali. Si assiste quindi, all'opera autonoma del giudice della sorveglianza, che vanifica/disfa quanto deciso dal giudice della cognizione, quasi

[32] Ritiene potersi parlare di delitto riparato come figura autonoma, con autonoma pena edittale in grado di rivedere la teoria del reato e della pena puntando preliminarmente alla riparazione: M. Donini, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in AA.VV., *Giustizia riparativa*, a cura di G. Mannozzi e G.A. Lodigiani, Il Mulino, 2015, 138.

[33] Il termine "disintegrazione", icasticamente coniato con riferimento all'attuale situazione sanzionatoria appartiene al Prof. T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 2, 419.

le due posizioni perseguissero obiettivi diversi e discordanti e non fossero destinate a convergere verso l'unico scopo ispirato alla riduzione dell'area di intervento del diritto penale, nel rispetto della tutela sia della vittima ma anche dell'indagato/condannato, riconducendo il carcere nel solco di misura di *extrema ratio*.

Inizialmente la riforma dell'ordinamento penitenziario[34], costituiva l'unico terreno per attuare nel concreto il principio rieducativo a fronte dell'immobilismo della pena principale detentiva. L'introduzione delle misure alternative alla detenzione, la cui precipua finalità special-preventiva, doveva consistere nel recupero del detenuto attraverso la sperimentazione di nuovi percorsi extramurari, rappresentò un'effettiva trasformazione nel concepire la punizione, rese cioè flessibile, dinamica la sanzione, oltre il giudicato. Tale encomiabile obiettivo riformatore che vedeva nella fase esecutiva della pena la sede naturale per il trattamento individualizzato del colpevole ha subito una serie di arresti ed incongruenze che ne hanno vanificato la concreta realizzazione. Infatti, in quello stesso periodo, il paese funestato dalla grave emergenza terroristica riscoprì esigenze di difesa sociale che il legislatore tradusse nella legge Reale n. 152/1975, producendo un forte inasprimento della legislazione penale a scapito delle garanzie. Negli anni 90 poi, la recrudescenza del fenomeno mafioso, portò il legislatore ad esasperare il trattamento penitenziario attraverso una copiosa produzione legislativa che ha visto nell'esecuzione della pena lo strumento di lotta contro la criminalità organizzata. Si è assistito, da un lato all'irrigidimento dei percorsi penitenziari attraverso preclusioni automatiche collegate al tipo di reato, dall'altro a generosi sconti di pena con facile accesso ai benefici penitenziari per chi invece avesse collaborato con la giustizia (art. 4-*bis*, ord. pen.)[35]. Insomma si *è* adottato un regime penitenziario differenziato: generale, quasi indulgenziale per la delinquenza comune, orientato alla minima desocializzazione teso a trasformare la pena detentiva nel corso dell'esecuzione se non addirittura prima che questa inizi, in altra pena alternativa; speciale, per un certo tipo di criminalità organizzata, caratterizzato da forte rigidità, orientato ad un'esecuzione della pena in forma chiusa tendente alla neutralizzazione del reo, salvo che non operi una scelta collaborativa, utile ai fini delle indagini, scissa però,

[34] L'apertura nella direzione della rieducazione, viene avviata dalla legge di riforma n. 354/1975, modificata poi dalla L. n. 663/1986 ed a sua volta rivisitata dalle leggi n. 165/1998 e n. 231/1999. Con queste ultime normative il legislatore ha operato una notevole apertura per la concessione delle misure alternative alla detenzione, anche nei confronti di reati connotati da seria gravità.

[35] Sul punto tra gli interventi più significativi si veda la L. n. 663/1986, c.d. "legge Gozzini", che ha da un lato ampliato la possibilità di adire alle misure alternative alla detenzione ed ai permessi premio e, dall'altro, ha introdotto nell'ordinamento l'ergastolo ostativo *ex* 41-*bis* ord. pen. Il D.Lgs. n. 8/1991 (convertito in L. n. 82/1991), introduce nel nostro ordinamento un sistema premiale per i collaboratori di giustizia per i delitti di stampo mafioso; il D.Lgs. n. 152/1991 (convertito in L. n. 203/1991), detta norme sul regime delle pene e sul trattamento penitenziario nonché disposizioni per l'imputato che si dissocia; il D.Lgs. n. 306/1992 (convertito in L. n. 356/1992) inasprisce il regime carcerario e modifica la disciplina sulla protezione dei collaboratori di giustizia.

da qualsiasi autentica partecipazione ad un processo di rieducazione indicativo di un reale cambiamento[36]. Ciò che si evidenzia è la trasformazione delle misure alternative, formalmente subalterne alla pena detentiva, in misure sostanzialmente autonome, separate cioè, da quella che era la funzione originaria di evitare il carcere al destinatario di una pena detentiva medio-bassa, e realizzarne un utile reinserimento sociale. Si pensi all'art. 656, co. 5, c.p.p. che prevede la sospensione senza assaggio di pena, con conseguente applicazione dell'affidamento in prova, allorché la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, non sia superiore a tre anni, quattro nei casi previsti dall'art. 47-*ter*, ord. pen; pena quest' ultima, che risulta difficile considerare "breve" e tantomeno "tenue", anche alla luce degli ulteriori sconti di pena previsti per la scelta di riti speciali. Insomma, pare che, indipendentemente dai contenuti gravi o non delle pene di riferimento, l'orientamento sia stato nel senso di evitare la risposta carceraria *tout court,* in un'ottica che guarda esclusivamente alla riduzione di quella risposta, svilendo così ulteriormente la funzione risocializzante così limpidamente imposta dalla Costituzione. Si potrebbe anche condividere l'impostazione che rifugge la pena detentiva, se a sostituirla vi fossero state misure afflittive in grado di soddisfare quelle irrinunciabili istanze di prevenzione generale e speciale, entrambe presupposti necessari per l'attuazione del reinserimento sociale del condannato. La situazione attuale però, evidenzia profili di ambiguità tali, da svuotare di contenuto il trattamento sanzionatorio anche nella fase esecutiva, ridotto ormai a finalità esclusivamente deflattive, prive quindi di quella capacità diretta a costruire percorsi rieducativi individualizzati efficaci[37]. Si aggiunga poi quanto già evidenziato, e cioè l'assenza di qualsivoglia "comunicazione" tra le diverse fasi del processo: di cognizione, che applica la pena detentiva in carcere, e di esecuzione/sorveglianza che, in seguito al giudicato, adotta le misure alternative, seguendo una direzione non coincidente con la prima, neanche sotto il profilo di logiche di politica criminale. Si ottiene così, un'incoerente duplicazione processuale[38] produttiva di quel tanto lamentato senso di ineffettività della pena, generatrice di forti insicurezze nella collettività. La pena detentiva irrogata, viene neutralizzata nella fase dell'esecuzione attraverso l'automatica sostituzione con le misure alternative.

[36] Sottolinea con grande chiarezza «il rischio di soggettivazione[...] accentuato dalla visione premiale connessa al c.d. fenomeno del pentitismo» dove è evidente che «conta meno, molto meno il fatto commesso e la sua gravità di quel che soggettivamente il reo concede in termini di un (supposto) ravvedimento e di una [...] collaborazione processuale», A. Fiorella, *La parte speciale tra codificazione e legislazione complementare*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffrè, 1996, 270.

[37] In tal senso, M. Catenacci, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misure alternative: lo stato dell'arte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 2, 1150.

[38] Cfr. sul punto V.N. D'Ascola, *Ineffettività e incompletezza di un sistema sanzionatorio superato*, in *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni. In memoria di Giuliano Vassalli*, a cura di A. Fiorella, A. Gaito, A.S. Valenzano, Sapienza Università Editrice, 2018, 391.

Nondimeno, il giudice della cognizione e quello della sorveglianza sono tenuti, nell' esercizio del potere discrezionale attraverso l'obbligo della motivazione, al rispetto di vincoli normativi coerenti con quelli che sono i criteri finalistici indicati nell'art. 27, co. 3, Cost.[39]. La stretta relazione che deve unire i diversi momenti che perfezionano il complesso *iter* di composizione della pena sta a significare nella fase giudiziale, che il principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, co. 1, Cost.), non consente alla pena di eccedere la misura della colpevolezza (meritevolezza); ben potendo invece risultare ad essa inferiore per quelle ragioni di prevenzione speciale che dovrebbero costituire il presupposto di ogni punizione. Ragioni che poi troveranno adeguato sviluppo e centralità nella fase esecutiva, costituendo questa il punto nodale e finale, per raggiungere in concreto il recupero del soggetto. Solo un disegno comune/unitario, che accompagni la formazione della pena in tutte le varie fasi dinamiche, a partire da quella edittale che delimita la potestà punitiva attraverso il principio di proporzione, potrà garantire la tenuta del sistema, lasciando intravedere e prevedere alternative flessibili, ragionevoli ed idonee a realizzare una effettiva prevenzione speciale nel rispetto sempre dei diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.). Proprio l'assenza di coerenza interna al sistema sanzionatorio, ha vanificato l'autentico significato di quell' accertamento in capo al giudice di sorveglianza, volto a modificare, rivedere se del caso, la durata o la modalità della pena inflitta, umanizzandola/plasmandola a seconda dei progressi raggiunti dal singolo detenuto. Di qui la trasfigurazione dell'autentico significato del percorso rieducativo, trasformato ormai in strumento meccanico di deflazione giudiziaria, utile per contrastare gli incrementi sanzionatori assolutamente slegati da qualsiasi collegamento con i principi costituzionali. La *ratio* del succitato art. 656, co. 5 c.p.p., sospendendo automaticamente l'esecuzione della pena per adire direttamente alle misure alternative dell'affidamento in prova e della detenzione domiciliare, prescinde proprio dalla necessaria verifica/valutazione, circa la sussistenza di quei presupposti legittimanti, individualizzati sulla personalità del reo[40]. Lo stesso irragionevole meccanismo, diretto questa volta, in senso diametralmente opposto, a potenziare l'inasprimento esecutivo, viene disposto dalla L. n. 3/2019, all'art. 656, co. 9, lett. a), c.p.p., che vieta la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva *ex* art. 656, co. 5, c.p.p., per i reati previsti all'art. 4-*bis*, co. 1, lett. e), ord. pen. Norma quest'ultima il cui carattere inizialmente eccezionale, trovava giustificazione nelle peculiari caratteristi-

[39] Così G. Vassalli, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in AA.VV., *Conferenze-Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari (10 maggio-27 giugno 1957)*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 1958, pag. 741.

[40] Sul punto cfr. il D.L. n. 78/2013 (c.d. "svuota carcere"), che in linea con la legge "Simeone" n. 165/1998, consente l'accessibilità immediata alle pene alternative. Per completezza di indagine deve essere citata la L. n.9/2012, recante "*Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*", introduttiva nell'ambito dell'esecuzione dell'istituto della detenzione domiciliare.

che di un certo tipo di criminalità, vede ora l'ampliamento del regime ostativo per una serie di delitti che, slegati dalla *ratio* legittimante la presunzione di pericolosità, fanno nascere seri dubbi di costituzionalità; e non solo in relazione alla finalità rieducativa, ma anche sotto il profilo dell'irragionevolezza, mancando un fondato supporto empirico che qualifichi come adeguata tale scelta di politica criminale. Il sistema dell'esecuzione, che l'impronta personalistica della Costituzione indirizza all'integrazione sociale ma che l'assenza di una prospettiva razionale di sistema, ha ridotto a strumento di mera deflazione giudiziaria, ovvero a mezzo di lotta sempre più esteso in ragione di situazioni settoriali e contraddittorie, sembrerebbe aver fallito il suo scopo. È noto che la questione penitenziaria, come futura riforma, *è stata fatta oggetto di particolare attenzione* nell'art. 1, co. 85, legge delega n. 103/2017, con particolare riferimento alla riduzione delle automatiche preclusioni penitenziarie, alla valorizzazione della discrezionalità del giudice di sorveglianza nel modulare pene flessibili ed al potenziamento di misure extramurarie. La perdurante crisi politica che affligge il nostro paese non ha consentito al legislatore delegato di dare attuazione alla tanto auspicata riforma e, nonostante l'orientamento Costituzionale fornito dalle autorevoli pronunce della Consulta e della Corte Edu, si è effettuata una inversione di tendenza con l'obiettivo di rafforzare le pene detentive, riproponendo un sistema sanzionatorio carcerocentrico, dove la stessa finalità rieducativa si risolve all'interno del carcere. Ancora una volta è mancata una reale strategia riformatrice, capace di traghettare la politica criminale nei momenti di forte criticità. La "perenne" emergenza criminale però, comunque la si voglia intendere, non può eliminare coerenza e razionalità al sistema penale, perché ciò costituirebbe rinunciare definitivamente al sistema.

4. La necessità di guardare oltre la pena detentiva.

L'apparato sanzionatorio così descritto appare molto fragile e inconsistente, soprattutto non esercita alcuna efficacia, né generalpreventiva, n***é*** tantomeno specialpreventiva. Da un lato minaccia pene detentive draconiane spesso slegate dal disvalore attribuito al reato, a cui seguirà (cronaca di una morte annunciata), l'applicazione di pene diverse/miti, il più delle volte sospese, spesso per scopi deflattivi collegati a scelte processuali, piuttosto che a ragioni sostanziali; dall'altro, si assiste ad una esecuzione che rivede automaticamente la condanna, a volte senza neanche iniziarla, e utilizza misure sospensive, "pene alternative", prive di reale contenuto. E non basta, occorre ricordare la profonda incoerenza che ha contraddistinto la legislazione emergenziale in materia di contrasto al fenomeno della criminalità mafiosa dal 1991 in poi. Legislazione questa che nel tempo estendendosi ad una serie variegata ed eterogenea di reati, ha neutralizzato i motivi ispiratori della riforma penitenziaria, diretti al promovimento ed alla partecipazione attiva del condannato verso l'integrazione sociale, il cui esito positivo si sarebbe riflesso sulla durata/esecuzione della pena. L'inasprimento del circuito trattamen-

tale è stato ulteriormente aggravato attraverso l'introduzione di fattispecie ostative non sempre riconducibili alla criminalità mafiosa[41], producendosi un'assimilazione tra fatti ontologicamente diversi e non sempre compatibili con la salvifica collaborazione e col principio costituzionale del *nemo tenetur se detegere*[42]. Insomma, è stato creato un vero e proprio sottosistema che, ispirandosi a tipi d'autore variabili a seconda dell'allarme sociale del momento, deroga a quelle che sono le fondamentali garanzie costituzionali, senza assicurare effettività alla pena.

A fronte di un disordine normativo così evidente e sedimentato, si continua a ricorrere ad interventi legislativi di carattere contingente, dettati dall'emotività del momento che vanno comunque ad innestarsi su di un sistema penale vecchio, fondato sul monopolio assoluto della pena detentiva, riscoperta/vivificata anche nell'esecuzione, e manipolata al punto da non riuscire più ad esprimere alcuna efficacia di tipo preventivo in termini di ragionevolezza/omogeneità di sistema.

Una effettiva riforma della sanzione, orientata all'attuazione del dettato costituzionale, avrebbe consentito la comunicazione tra la minaccia di pena cristallizzata nel principio di proporzione, e la sua inflizione non troppo distante da quella, ma adeguata al caso concreto, fino alla sua esecuzione, ottimizzata tramite il trattamento alternativo generato dall'osservazione del detenuto. Di tale necessario coordinamento tra fasi dirette ad unirsi in un unico risultato: la sanzione polifunzionale, non vi è traccia nemmeno a livello di "idoneo tentativo", requisito questo, minimo per poter realmente dichiarare il fallimento dell'idea rieducativa, e restaurare un sistema tutto fondato sulla pena detentiva intramuraria[43].

Eppure, come chiaramente ricordato dal Prof. Fiorella, sul punto è possibile beneficiare di "un ampio patrimonio di risultati" frutto dell'impegno prodigato da studiosi ed operatori del diritto nei diversi progetti di riforma del codice penale, presentati dalle varie Commissioni ministeriali, avvicendate dal 1988 in poi[44].

---

41 La rubrica ed il co. 1 dell'art. 4-*bis*, ord. pen., sono stati dapprima sostituiti dall'art. 15, co.1, del D.L. n. 306/1992, in tema di criminalità mafiosa, convertito con modificazioni nella L. n. 356/1992, la cui genesi ha attratto al suo interno variegate ipotesi criminose tra cui anche alcune fattispecie commesse a danno dei minori (D.L. n. 11/2009 convertito in L. n. 172/2012); sul punto si rimanda a F. Della Casa-G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, Cedam, 2019, 49.

42 Sul punto cfr. Corte Cost. n. 253/2019, laddove si afferma che l'assenza di collaborazione con la giustizia dopo la condanna non può tradursi in un aggravamento delle modalità di esecuzione della pena, trasformandosi la libertà di non collaborare, garantita nel processo, in un gravoso onere di collaborazione; richiamando poi l'ordinanza n. 117/2019, ribadisce che il diritto a mantenere il silenzio da parte degli imputati o condannati costituisce un «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa, riconosciuto dall'art. 24 Cost.».

43 Sul punto si rinvia alle pregevoli considerazioni di S. Moccia, *Riflessioni sulla funzione normativa della pena. Costanti aporie tra teoria e prassi*, cit., 146.

44 Si rammenta la proficua partecipazione del professor Fiorella alla Commissione per la riforma del codice penale, presieduta dal Prof. A. Pagliaro unica a consegnare i lavori completi della parte

Bisogna riconoscere che tutti i progetti si attestano su una linea di equilibrio, segnata dalla previsione di pene meno afflittive, caratterizzate comunque da effettività. Il fondamento costituzionale della funzione rieducativa della pena, ha guidato i lavori di tutte le commissioni, promuovendo una tendenza alla parcellizzazione, caratterizzata da notevole flessibilità del modello sanzionatorio, dove la reclusione diventa veramente *extrema ratio,* nel senso che deve essere utilizzata soltanto quando appare assolutamente necessaria in relazione alla gravità del reato ed alla pericolosità del delinquente.

Non vi è dubbio che è necessaria una riforma organica dell'apparato sanzionatorio che inizi dalla gamma delle pene principali e si sganci da quella visione carcerocentrica ancora dominante ed in contraddizione con l'idea personalistica/solidaristica espressa dai nostri Padri costituenti. Una gamma diversificata di pene principali consente di tenere conto sin dall'inizio di esigenze preventive differenti collegate al tipo di illecito ed alle peculiarità dell'autore, creando un formidabile raccordo con quella che sarà la fase esecutiva. Ancora, renderebbe veramente efficace e non solo simbolica la punizione per certe tipologie di reati (si pensi a reati economici-finanziari, colposi ovvero ambientali); e, in certi casi, valorizzerebbe l'esigenza di annullare i vantaggi derivanti da illeciti commessi per finalità di lucro (è il caso del delitto riparato). Sotto il profilo specialpreventivo poi, l'introduzione di pene non detentive è l'unica modalità attuativa sostanziale del dettato costituzionale, che vuole come ulteriore elemento della pena, un'afflittività orientata all' integrazione sociale del condannato e mai alla sua neutralizzazione[45]. Non c'è dubbio che l'anticipazione della flessibilità della risposta sanzionatoria già attraverso la previsione edittale, bilancia il rapporto tra prevenzione generale e istanze di prevenzione speciale, indicando una specificità delle conseguenze afflittive, nel rispetto del principio di proporzione adeguando la pena alle caratteristiche del caso concreto in conformità alla colpevolezza dell'agente. Di qui la necessità di prevedere un'ampia gamma di tipologie

generale e della parte speciale nel 1991; nonché alla commissione presieduta dalla Dott. C. Nordio che ha predisposto un progetto comprensivo della parte generale nel 2005 e speciale nel 2006. Con specifico richiamo al Progetto Pagliaro ed alla necessità di un effettivo rinnovamento della codificazione penale da intendersi come maggiore aderenza ai principi generali imposti dalla Costituzione, si richiama l'interessante lavoro del Prof. A. Fiorella, *La parte speciale tra codificazione e legislazione complementare,* in *Convegni di studio «Enrico de Nicola» Problemi attuali di diritto e procedura penale. Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, 1996, Giuffrè, p265.

45 Si legge nella relazione al progetto di codice elaborato dalla Commissione Pisapia, al punto XXIII, che «l'orientamento all'integrazione e alla responsabilizzazione non deriva da esigenze umanitarie, ma è un vero e proprio elemento strategico finalizzato alla prevenzione. Nulla come l'avvenuto "recupero" del condannato rafforza l'autorevolezza dei precetti penali e, dunque, la stessa prevenzione generale». Sostiene con forte convinzione in ordine allo scopo perseguito dalla pena il superamento del criterio della proporzionalità orientata in senso generalpreventivo, nella logica del *malum pro malo*, M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162.

sanzionatorie, senza rinnegare la pena detentiva, bensì circoscrivendone la portata esclusivamente al "mondo" dei delitti, per i quali sarebbe utile e probabilmente ragionevole mantenere la pena carceraria, rivedendo le cornici edittali, secondo criteri orientati esclusivamente alla necessaria proporzione tra delitto e pena, e non come accade nella prassi normativa, ad obiettivi diversi di natura processuale. Obiettivi anche questi di sicura rilevanza, che proprio l'introduzione di pene diverse da quella detentiva potrebbe aiutare a raggiungere; per esempio attraverso una differenziazione dei riti che senza tradire lo scopo fondamentale di carattere sostanziale che la pena deve mantenere in ogni sua espressione, porterebbe un effetto di maggiore efficienza/velocità nell'ambito processuale. Insomma parrebbe ormai indilazionabile la necessità di prevedere «vere sanzioni non detentive in grado di sottrarre clienti al carcere, senza compromettere le irrinunciabili esigenze di prevenzione generale»[46]. Un intervento, volto a recuperare strumenti innovativi mediante la previsione di nuove specie di pene principali non carcerarie, è obiettivo possibile ma soprattutto per il legislatore dovere ineludibile. Se vi fosse la reale volontà di rivedere il sistema, sarebbe bastato attingere ai succitati Progetti di riforma di Codice e allo Schema presentato dalla Commissione presieduta dal Prof. Palazzo, per la redazione di principi e criteri in materia di riforma del sistema sanzionatorio (2013); nonché si sarebbe data attuazione alla L. n. 67/2014, nella parte in cui delegava il governo ad introdurre pene principali domiciliari, il cui comune denominatore era la ricerca e l'arricchimento delle tipologie sanzionatorie principali[47]. Sempre nel rispetto di una sanzione di contenuto afflittivo, proporzionata al reato commesso, determinata da minimi e massimi per garantirne la individualizzazione e quindi la giusta commisurazione, si è a lungo parlato: 1) di pene Interdittive che, oltre al contenimento dell'ingestibile sovraffollamento carcerario, certamente consentono un intervento mirato su presupposti relativi ad un certo tipo di reato, senza quell'effetto desocializzante tipico della pena detentiva; 2) prescrittive, strumenti questi fondamentali che, senza togliere contenuto afflittivo alla pena, si orientano o sulla riduzione della libertà di locomozione "libertà limitata", del condannato in relazione alle peculiari caratteristiche del caso, ovvero favorendo per alcune tipologie di illecito, condotte conciliative/riparative, indicative di un ruolo propulsivo verso un percorso virtuoso di

[46] Così E. Dolcini, *Riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 848.

[47] Nella stessa direttiva dei Progetti di riforma del codice penale, si pone lo *Schema per la redazione dei principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale (dicembre 2013)*, ad opera della Commissione istituita con decreto del Ministro della giustizia del 10 giugno 2013 presieduta dal Prof. F. Palazzo, in *www.giustizia.it*. L'introduzione della detenzione domiciliare, prevista pertanto dallo Schema del Prof. Palazzo, avrebbe sicuramente rappresentato un forte segnale di rottura rispetto alle tradizionali pene principali, cfr. F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. (A proposito della l. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen*, 2016, 733.

concreto reinserimento; 3) pecuniarie/ablative, al cui interno dovrebbe inserirsi la disciplina della confisca anche in considerazione della natura poliedrica che la figura ha acquisito nel tempo assumendo, soprattutto quella per equivalente, la consistenza di vera e propria pena, dispensando una funzione ripristinatoria della situazione economica della vittima[48]. Tutte le varie Commissioni di riforma, seppur con intensità diverse, hanno sviluppato i lavori seguendo la direzione di una revisione organica del sistema sanzionatorio. La Commissione del Prof. Palazzo, ben consapevole dei limiti di mandato ricevuti, preclusivi di interventi sulla parte generale e speciale del codice penale, e delle difficoltà tecniche di innesto delle innovazioni proposte sul vecchio tessuto codicistico e di legislazione complementare, si è premurata di prevedere, attraverso l'entrata in vigore dei decreti delegati di attuazione dello Schema, la previsione di norme di equiparazione e di sostituzione di pene nonché di coordinamento capaci di sostituire le pene carcerarie originariamente previste, con le specie sanzionatorie di nuova istituzione (art. 23), facilitando così il complesso cambiamento. Pertanto un'ampia diversificazione di pene principali a rigor di logica, dovrà comportare il superamento della distinzione tra queste e le pene accessorie, ovvero il loro coordinamento che produrrà un decremento di queste ultime, da contenere in un'ottica che privilegia la prevenzione speciale; ma anche questo aspetto è stato oggetto di approfondimento nelle varie Commissioni di studio[49]. Il recente intervento della Corte Costituzionale si muove in tal senso, auspicando una riforma del sistema delle pene accessorie da uniformare nella disciplina alle pene principali, alfine di renderle pienamente compatibili con i principi della Costituzione. Si afferma: «la durata fissa delle pene accessorie dei delitti di bancarotta non è compatibile con i principi costituzionali di proporzionalità e necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio», *né tantomeno* può apparire convincente «una soluzione che ancori meccanicamente la pena accessoria a quella detentiva, privandola di ogni sua – peraltro costituzionalmente legittima – autonoma finalità»[50]. Procedendo su questa linea, le

[48] Sul punto cfr. Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 2013 n. 183; ha precisato la Corte Cost. con ord. n. 97 /2009 che «la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un "rapporto di pertinenzialità" [...] tra il reato e detti beni, conferiscono all'indicata confisca natura sanzionatoria che impedisce l'applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale dell'art. 200 del codice penale»; mal si spiega la ricollocazione ad opera del D.Lgs. n. 21/2018 (riforma Orlando sulla riserva di codice), all'interno del codice penale tra le misure di sicurezza all'art. 240-*bis* c.p." confisca in casi particolari", della confisca per equivalente e di valore.

[49] Conservano accanto alle pene principali anche quelle accessorie, funzionali a risultati sia di prevenzione speciale mediante incapacitazione, sia di prevenzione generale in ragione dell'efficacia deterrente, lo schema in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale Prof. Palazzo ed i progetti di riforma di codice del Dott. Nordio e del Prof. Pagliaro; ne prevedono invece l'abrogazione alla luce della vasta gamma di pene non detentive già previste come pene principali sia il progetto di riforma di codice Avv. Pisapia, sia quello del Prof. Grosso.

[50] In tal senso Corte Cost. n. 222/2018, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 216,

pene accessorie devono sempre di più assimilarsi e determinarsi nello stesso modo delle pene principali; per cui nei casi per i quali «la legge indica un termine di durata non fissa devono essere determinate in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 c.p.». *È necessario cioè*, il più possibile procedere ad un' autonoma commisurazione in concreto della durata della pena accessoria, che potrà avere un tempo diverso da quello della pena principale, purché contenuto entro i limiti fissati dalla norma di legge per quella specifica fattispecie[51]. Quello che si evince da questi interventi è che la pena accessoria, al pari di quella principale, per essere costituzionalmente legittima, deve anch'essa essere effettivamente proporzionata ed individualizzata quindi, priva di automatismi superflui, quale può apparire in taluni casi quello dell'art. 37 c.p. che, seppur agganciato alla misura della pena principale continua ad evidenziare «un sistema rigido di determinazione del trattamento punitivo»[52].

È evidente che a fronte di nuove tipologie sanzionatorie alfine di garantirne l' efficacia, occorre prevedere credibili misure di controllo *ad hoc* per il reo che gestisce spazi di libertà seppur limitati; misure che comunque dovranno connotarsi in senso risocializzativo, senza indulgere al clemenzialismo, disponendo interventi produttivi in tal senso; interventi che torneranno[53] utili in quella verifica periodica i cui giudizi positivi, rappresenteranno un significativo rafforzamento del controllo nel tempo sul percorso effettuato, ed un importante stimolo alla revisione delle scelte comportamentali, che molto probabilmente nessun internamento carcerario potrebbe produrre. Tutto questo però, è stato già scritto, con sfumature diverse, ma tutte orientate ad un reale ripensamento dell'intero sistema carcerario, nella direzione dei principi costituzionali. La volontà politica, salvo qualche parziale intervento, continua a guardare alla esecuzione della pena come unico e sicuramente più semplice rifugio «nel mondo delle riforme minimali possibili»[54]. Ormai la "settorialità riformatrice", non basta più a soddisfare quelle esigenze di siste-

ultimo comma, del R.D. n. 267/1942 (legge fallimentare) nella parte in cui dispone che "la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di 10 anni l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa", anziché "fino a 10 anni". La stessa questione, precedentemente con sentenza Corte Cost. n. 134/2012, è stata invece dichiarata inammissibile in quanto eccedeva i poteri di intervento della Corte, implicando scelte affidate alla discrezionalità del legislatore in assenza delle c.d. "rime obbligate".

[51] Sul punto Cass. pen., Sez. Un., 28 febbraio 2019, n. 28910, che aderendo all'interpretazione della sentenza della Corte Cost. n. 222/2018, ritiene non applicabile la regola automatica di cui all'art. 37 c.p., bensì consente al giudice di «determinare, con valutazione caso per caso e disgiunta da quella che presiede alla commisurazione della pena detentiva, la durata delle pene accessorie previste dalla disposizione censurata sulla base dei criteri indicati dall'art. 133 cod. pen.».

[52] Cass. pen., Sez. Un., 28 febbraio 2019, n. 28910.

[53] In tal senso, *Relazione per la riforma del sistema sanzionatorio*, presieduta dal Prof. F. Palazzo, cit.

[54] A. Fiorella, *Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, cit., 108.

ma che richiedono in generale l'attuazione dei principi di umanità e rieducazione. Riepilogando e utilizzando le stimolanti parole di Antonio Fiorella, per registrare un miglioramento occorre l'abbandono della "mistica dell'afflittività", spostando l'epicentro dal carcere a sanzioni diverse pur sempre rieducative, contribuendo così a quella «evoluzione decisiva del sistema penale nella giusta direzione dei principi costituzionali»[55].

5. Il sistema sanzionatorio nell'ottica di una tutela Costituzionale.

Si è visto come la revisione complessiva ed ineludibile del sistema sanzionatorio è dettata oltre che dalla constatata ineffettività preventiva, dal necessario rispetto dei principi così ben espressi dal dettato costituzionale. Riterrei sbagliato parlare di "illusione dissolta" rispetto ad una strutturale, organica riforma delle sanzioni che finalmente restituisca valore e contenuto alla legalità della pena. Riterrei altresì necessario intervenire in tal senso come chiaramente hanno evidenziato sempre più incisivamente la Corte Costituzionale e la Corte Edu. E non solo, esimi studiosi dell'Accademia nonché esponenti dell'Avvocatura e della Magistratura, hanno prodotto un utilissimo materiale che si attesta sulla messa a punto di pene meno afflittive delle attuali, caratterizzate dalla ricerca della loro effettività, costituendo il fondamento costituzionale della funzione rieducativa della pena l'indicazione programmatica da seguire. Materiale questo completo e a lungo sceverato, che ormai andrebbe solo realizzato ed utilizzato. Le molteplici proposte riguardano un cambiamento globale che, nel riformulare una sanzione penale nuova arricchendola di umanità, ne motivino l'applicazione solo per condotte rilevanti, in ossequio ai principi di materialità ed offensività che sono consustanziali ad ogni reato[56]. Principi quindi, immanenti al diritto penale del fatto che non potranno mai essere sganciati dalla sanzione effettivamente applicata. Insomma ciò che si evidenzia nelle varie Commissioni di studio, nonché nei numerosissimi ed autorevoli interventi a convegni e scritti è che, presupposto di ogni intervento punitivo, è il riconoscimento nonché la comprensione quindi, per usare una terminologia cara a Strasburgo "la prevedibilità" della legge penale, dal momento che «*Il codice penale non è un codice soltanto delle sanzioni, è* un codice innanzitutto dei precetti e valori, ed allora è lì che l'ordinamento deve trasmettere il suo messaggio inequivocabile, affermando con forza il principio di chiarezza»[57].

Per concludere, la norma penale per essere vera legge, e non frutto di ideologie o volubili manifestazioni di volontà del legislatore, deve essere in-

[55] A. Fiorella, *op. ult. cit.*, 108.

[56] Rifiuta qualsiasi forma di «allontanamento dai principi nel senso della (stessa) anticipazione della tutela o comunque quale affievolimento della materialità e offensività del reato», A. Fiorella, *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, cit., 272.

[57] Così A. Fiorella, *Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, cit., 102.

trinsecamente razionale e tendere al bene dell'uomo. Occorre sempre rammentarlo, lo Stato assume su di sé la tutela del bene comune come suo fine ultimo, comprensivo anche dei diritti del condannato, e agisce ponendo norme razionali per lo sviluppo e la tutela dell'uomo e la promozione della sua dignità. Questo sta a significare che la violazione della legge penale, non può non assumere un connotato riprovevole e quindi da condannare attraverso la irrogazione di una pena, da commisurare sempre «all' effettiva responsabilità individuale, il più possibile concepita per il recupero del reo»; non potendosi ignorare «che il reato è co-determinato da fattori ambientali, familiari e sociali senza i quali il singolo non lo avrebbe commesso»[58].

In una visione laica, lo stesso concetto di rispetto della legge era stato bene espresso da Cicerone: «siamo schiavi delle leggi per poter essere liberi»[59]. La legge quindi, e più di ogni altra quella penale dove la persona è centrale, non solo fonda l'ordine sociale ma la sua condivisione e accettazione da parte dei consociati, garantendo la libertà di ognuno, in quanto l'intima convinzione della giustizia di una norma, garantisce il rispetto più di qualsiasi pena per la sua trasgressione. Di qui la necessità da parte della politica criminale, di rifuggire da relativismi intellettuali tendenti a negare quei valori fondamentali su cui si fonda la nostra democrazia, ed a strumentalizzare per finalità contingenti i diritti della persona. Esistono valori fondamentali, preliminare la libertà personale che tutti li racchiude, che non possono essere negati, né tantomeno raggirati attraverso sterili procedure dettate da particolari esigenze/emergenze criminali. A ben vedere nella materia penale è in gioco l'essere umano, meglio il rispetto della dignità dell'uomo e della sua libertà, vale a dire di quanto più intimo ed inviolabile possa esserci. La grande e, occorre dirlo, improcrastinabile riforma del sistema penale/ sanzionatorio, vuole il rispetto dei valori Costituzionali, e quindi, la loro attuazione attraverso la legge, che significa precisione tecnico-legislativa e dominabilità del sistema.

[58] In tal senso A. Fiorella, *op. ult. cit.*, 104.
[59] Massima ciceroniana in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto 3 (2013)*, 117-128.

IL PROBLEMA DELLA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELLE C.D. SOGLIE DI PUNIBILITÀ*

Valentina Masarone**

Sommario: 1. Premessa. – **2.** Un caso emblematico: le soglie di punibilità nei reati tributari. – **2.1.** L'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. – **2.2.** Considerazioni conclusive: una tecnica di tutela in bilico tra illegittimità ed ineffettività.

ABSTRACT

Il saggio affronta il problema della qualificazione giuridica delle c.d. soglie di punibilità, con particolare riferimento alla materia dei reati tributari. La questione non è puramente teorica. Da essa dipende un preciso tipo di disciplina giuridica sul piano del dolo, con evidenti conseguenze in termini di illegittimità o inefficacia delle fattispecie considerate.

The essay deals with the problem of the legal qualification of the so-called punishable thresholds, with particular reference to the matter of tax offenses. The issue is not purely theoretical. On it depends a precise type of legal discipline with regard to intent, with evident consequences in terms of illegitimacy or ineffectiveness of the offenses considered.

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Professoressa associata di Diritto penale presso l'Università degli studi di Napoli Federico II.

1. Premessa.

Il meccanismo delle c.d. soglie di punibilità – anche denominate soglie di offensività o di rilevanza penale[1] – si rinviene in diversi settori della parte speciale. A titolo puramente esemplificativo si possono ricordare, in proposito, il requisito della usurarietà del tasso d'interesse, come introdotto in occasione della prima riforma dell'usura (legge 7 marzo 1996, n. 108) e ulteriormente disciplinato con il d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni in legge 12 luglio 2011, n. 106; i limiti quantitativi che valgono a distinguere il delitto di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316-*ter* c.p.) dal corrispondente illecito amministrativo; i valori-limite, richiamati dall'art. 295-*bis*, co. 1 del Testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale (d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43), per la rilevanza penale delle fattispecie di contrabbando di cui ai precedenti artt. 282 ss. dello stesso Testo unico; i limiti tabellari a cui è collegata la tossicità degli alimenti penalmente sanzionabile; i valori per la determinazione del tasso alcolemico ai fini dello stato di ebbrezza *ex* art. 186 del Codice della strada (d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285); gli analoghi limiti tabellari utilizzati per identificare lo stato di inquinamento ambientale prodotto da scarichi o emissioni assoggettabili a sanzione penale; o quelli inerititi nella normativa in materia di stupefacenti[2].

Le ipotesi più note e dibattute sono, tuttavia, quelle relative alle soglie di punibilità introdotte, per i reati tributari, con la riforma del 2000 (d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74) e, per il falso societario, con la riforma dei reati societari ad opera del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, in attuazione dell'art. 11 della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366.

Le prime, sia pur rimodulate, sono state mantenute tanto dal d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158, che ha riformato la materia dei reati tributari, in attuazione dell'art. 8, co. 1 della legge 11 marzo 2014, n. 23, quanto dal più recente d.l. 26 ottobre 2019, n. 124, convertito con modificazioni dalla legge 19 dicembre 2019, n. 157. Di esse intendiamo occuparci più da vicino.

Le seconde, almeno nella forma quantitativa, sono state eliminate dal più recente intervento novellistico, operato con gli artt. 9 ss. della legge 27 maggio 2015, n. 69; pertanto, ad esse ci limiteremo ad accennare in chiusura.

A proposito dei reati tributari, vengono in rilievo diverse disposizioni del d.lgs. n. 74/2000, nella versione attualmente vigente per effetto delle citate

[1] Cfr. M. Romano, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini - C. E. Paliero, vol. II, Milano, 2006, 1721. È appena il caso di sottolineare come l'impiego dell'una o dell'altra definizione già sottenda un diverso orientamento sull'esito della questione che qui s'intende affrontare.

[2] V., però, D. Falcinelli, *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, Torino, 2007, 53 ss., che segnala come, per la maggior parte delle ipotesi richiamate nel testo, a differenza di quanto accade per quelle che saranno trattate in seguito, risulti evidente la funzione costruttiva della tipicità, assolta dalle formule quantitative: in tali casi, la qualificazione delle soglie non si porrebbe, pertanto, in termini problematici.

riforme: segnatamente gli artt. 3 («Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici»), 4 («Dichiarazione infedele») e 5 («Omessa dichiarazione»), 10 *bis* («Omesso versamento di ritenute dovute o certificate»), 10 *ter* («Omesso versamento di IVA»), 10 *quater* («Indebita compensazione») e 11 («Sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte»). Tali previsioni subordinano la punibilità del contribuente (o la misura della sanzione irrogabile), per i fatti in esse incriminati, al superamento di determinate soglie quantitative, corrispondenti ad un certo ammontare dell'imposta evasa, non versata (anche in modo fraudolento) o indebitamente compensata; nei casi degli artt. 3 e 4, viene, inoltre, (cumulativamente) in rilievo, a tal fine, l'ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione.

Il problema sollevato da tale meccanismo, in generale e, per quel che qui interessa, sin dalla sua comparsa nella materia dei reati tributari, concerne la natura giuridica delle soglie, alternativamente concepite, in dottrina[3], come presupposti o veri e propri elementi costitutivi del reato[4], oppure come condizioni di punibilità, a seconda dei casi intrinseche[5] od estrinseche[6].

Com'è stato opportunamente sottolineato, "non si tratta [...] di una mera questione 'accademica', coinvolgendo la soluzione anche un preciso tipo di disciplina giuridica sul piano del dolo"[7]. È evidente, infatti, che considerare

[3] Per una ricostruzione sintetica di tali indirizzi, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, v. P. Aldrovandi, *I profili evolutivi dell'illecito tributario*, Padova, 2005, 146; G. Salcuni, *Natura giuridica e funzioni delle soglie di punibilità nel nuovo diritto penale tributario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, 131 ss.

[4] V.M. Caputo, In limine. *Natura e funzioni politico-criminali delle soglie di punibilità nei reati tributari*, in *Profili critici del diritto penale tributario*, a cura di R. Borsari, Padova, 2013, 48 ss.; G. Casaroli, *Art. 44 c.p.*, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, I, 5a ed., Milano, 2011, 385-386; E. Musco, *Reati tributari*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, 2007, 1050; G. Cocco, *Condizioni oggettive di punibilità (44) (e soglie di punibilità)*, in *Trattato breve di diritto penale. Parte generale*, II, *Punibilità e pene*, a cura di G. Cocco-E. M. Ambrosetti, Padova, 2018, 102; M. Gallo, *Soglie di punibilità*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere-C. Longobardo-V. Masarone-F. Schiaffo-A. Sessa, Napoli, 2017, 464 ss.; C. Manduchi, *Il ruolo delle soglie di punibilità nella struttura dell'illecito penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 1224; M. Romano, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, cit., 1731 ss.; A. Traversi–S. Gennai, *I nuovi reati tributari*, Milano, 2000, 126 ss. Colloca all'interno del fatto le soglie di punibilità D. Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2011, 86, che precisa come esse esprimano "la natura di *elemento c.d. normativo*, perché è il diritto che ne offre la misurazione rilevante ricavandola dalla scienza o dalla tecnica, e come tali è sufficiente ai fini del dolo che l'agente ne esibisca una conoscenza c.d. *laica*, e dunque anche imprecisa e di massima". Così anche D. Falcinelli, *Punibilità (soglie di)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2005, 1274; Id., *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, cit., 67 ss.

[5] V. A. Manna, *Prime osservazioni sulla nuova riforma del diritto penale tributario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 124 ss. Analogamente, v. G. Salcuni, *Natura giuridica e funzioni delle soglie di punibilità nel nuovo diritto penale tributario*, cit., 153 ss.

[6] G. De Francesco, *Punibilità*, Torino, 2016, 15; L. D. Cerqua, *Sulla natura giuridica delle soglie di punibilità dei delitti in materia di dichiarazione*, in *Il fisco*, 2001, 8960 ss.; L. Pistorelli, *Quattro figure contro il contribuente infedele*, in *Guida al dir.*, 2000, n. 14, 58 ss.

[7] E. Musco, *Reati tributari*, cit., p. 1048. Sul punto, v., per tutti, E. M. Ambrosetti, *I reati tributari*, in E. M. Ambrosetti-E. Mezzetti-M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, 4a ed., Bologna, 2016, 513-514.

le soglie come presupposti o elementi costitutivi, se non proprio eventi, dei relativi reati, comporta la loro necessaria collocazione nell'oggetto del dolo[8]. Viceversa, quest'ultima risulterà esclusa, ove le soglie siano interpretate come condizioni di punibilità, con l'ulteriore differenza che la loro imputazione a prescindere dal dolo dell'agente potrà ritenersi legittima nel caso in cui ad esse si riconosca la natura di condizioni estrinseche, mentre sarà suscettibile di porsi in contrasto con i principi costituzionali, qualora le stesse siano intese come altrettante condizioni di punibilità intrinseche[9]. Ad esempio, se si ritiene che le soglie quantitative contemplate dall'art. 5 del d.lgs. n. 74/2000 siano elementi costitutivi del fatto, perché si configuri il delitto di omessa dichiarazione, il contribuente, oltre a volere l'omissione, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, dovrà anche rappresentarsi (e volere) che l'evasione di ogni singola imposta sia superiore all'ammontare indicato dalla norma; in caso contrario, sarà sufficiente l'omissione dolosa finalizzata all'evasione.

La questione, come si intuisce, è dirimente, perché incide in maniera significativa sull'applicabilità delle norme incriminatrici di cui si tratta – e, in senso più ampio, di tutte quelle che prevedono soglie di punibilità – nonché sulla loro stessa effettività. Tenuto conto che "i limiti quantitativi presenti nelle norme relative ai reati tributari [...] sono costituiti da misure non facilmente oggetto di rappresentazione da parte dell'agente"[10], di regola "il soggetto si renderà ben conto di evadere; anzi (salvo errori) ometterà di dichiarare il vero proprio al fine di evadere, ma non si soffermerà affatto sul superamento o meno delle soglie previste dalla legge"[11]. Pertanto, se il superamento delle soglie, nei reati considerati, dovesse necessariamente formare oggetto di rappresentazione e volontà da parte dell'agente, perché questi ne risponda penalmente, "è probabile che la forza di dissuasione delle disposizioni resti alquanto modesta, potendo il soggetto fondatamente contare sulle ovvie difficoltà che incontrerà l'accusa, chiamata secondo i principi consueti a fornire la prova della colpevolezza"[12] o, per meglio dire, della responsabilità (personale) dell'imputato.

---

[8] V., limpidamente, M. Gallo, *Soglie di punibilità*, cit., p. 467, per il quale "il superamento di un certo limite è requisito costitutivo del fatto tipico" e, di conseguenza, "l'errore su tale requisito esclude categoricamente il dolo".

[9] Salvo correttivi, in via ermeneutica, che ne prospettino l'imputazione a titolo di colpa, v. A. Manna, *Prime osservazioni sulla nuova riforma del diritto penale tributario*, cit., 128; G. Salcuni, *Natura giuridica e funzioni delle soglie di punibilità nel nuovo diritto penale tributario*, cit., 163 ss.

[10] M. Romano, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, cit., 1734.

[11] M. Romano, *op. loc. ult. cit.*

[12] *Ibidem*. Sul punto, v. anche G. Salcuni, *Natura giuridica e funzioni delle soglie di punibilità nel nuovo diritto penale tributario*, cit., 137-138. Diversamente M. Caputo, In limine. *Natura e funzioni politico-criminali delle soglie di punibilità nei reati tributari*, cit., 47 ss. ritiene che le difficoltà di prova del 'dolo di soglia' non possano costituire un valido argomento contro la tesi che qualifica le soglie di punibilità come elementi costitutivi del reato, da imputare soggettivamente. Anzi, il

2. Un caso emblematico: le soglie di punibilità nei reati tributari.

Quanto appena osservato richiama l'argomento utilizzato dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 247/1989, per qualificare come condizione di punibilità estrinseca la soglia qualitativa contenuta nel previgente art. 4, n. 7 della legge n. 516/1982[13] e, cioè, la preoccupazione di non 'spuntare l'arma' del diritto penale al cospetto dei fatti di frode fiscale, richiedendo, a tal fine, che il dolo dell'agente coprisse anche l'entità dell'alterazione del risultato della dichiarazione, con la conseguenza di dover lasciare impunito il contribuente che fosse in errore (soltanto) sulla rilevanza di tale misura.

Nonostante le diffuse critiche rivolte all'orientamento così manifestato dal giudice delle leggi, a partire dalla riforma dei reati tributari, varata l'anno dopo, analoghi argomenti sono stati spesi per qualificare come condizioni di punibilità estrinseche le soglie quantitative di nuova introduzione[14].

In realtà, quando si rinunci alla tentazione utilitaristica di orientare la soluzione del problema alle conseguenze auspicate – a prescindere dalla condivisibilità di un simile auspicio, allorché conduca "all'inaccettabile conseguenza di un diritto penale di nuovo 'servente' alle esigenze del processo"[15] –, un'indicazione significativa sulla natura giuridica degli elementi in questione può ricavarsi dalla considerazione della funzione che essi svolgono nel contesto delle fattispecie.

Conformemente a quanto stabilito nella legge delega 25 giugno 1999, n. 205, che, all'art. 9, co. 1, lett. b, sollecitava il governo a «limitare l'intervento punitivo ai soli illeciti di significativo rilievo economico», la funzione delle soglie può essere identificata, oggi come al tempo della loro introduzione, nello scopo di "tutelare gli interessi patrimoniali dello Stato connessi alla percezione dei tributi, anche in ossequio alla necessità di rispettare il principio penalistico di offensività"[16]. In altre parole, "la soglia di punibilità serve a fissare

superamento della soglia potrebbe addirittura "agevolare in maniera direttamente proporzionale la prova dell'elemento soggettivo, in specie laddove si accolga l'opinione secondo cui il dolo in rapporto al *quantum* di imposta evasa possa caratterizzarsi anche nella forma eventuale. Da questo punto di vista, [...] si potrebbe azzardare un criterio che faciliti la prova del dolo nei casi dubbi: là dove lo scostamento dalla soglia sia molto ampio, esso deporrà a favore dell'assunzione di un rischio irragionevole, mentre laddove risulti tutto sommato contenuto prevarrà la compatibilità con un atteggiamento psichico affine, se del caso, a quello della colpa cosciente, che risparmia al contribuente la condanna" (*ivi*, p. 48). Il superamento delle soglie andrebbe inteso come "indizio del dolo" (*ivi*, p. 49), anche eventuale, sua "*ratio cognoscendi*" (*ibidem*), pur nel dichiarato rifiuto di forme di *dolus in re ipsa*, incompatibili con il principio di personalità della responsabilità penale.

13 V. Corte cost., sent. 15-16 maggio 1989, n. 247, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1194 ss., con nota di F. C. Palazzo, *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie (a proposito della frode fiscale)*.

14 Cfr., per tutti, L. D. Cerqua, *Sulla natura giuridica delle soglie di punibilità dei delitti in materia di dichiarazione*, cit., 8962 ss.

15 A. Manna, *op. loc. ult. cit.*

16 E. Musco, *Reati tributari*, cit., 1047.

un livello di rilevanza quantitativa/qualitativa del fatto tipico: al di sotto della soglia il comportamento incriminato perde la 'sensibilità' penalistica"[17]. Essa, dunque, "appartiene certamente all'area di significatività del fatto tipico"[18].

Ma allora, se di condizione di punibilità si tratta, dovrebbe parlarsi di condizione di punibilità intrinseca e si dovrebbe contestualmente segnalare, anche con riferimento a questa ipotesi, l'illegittimità del regime d'imputazione previsto per tale tipo di condizione dall'art. 44 c.p.[19] In tale direzione si rivolgevano, del resto, le critiche alla sentenza costituzionale n. 247/1989, avente ad oggetto la norma del 1982, poi abrogata.

Senonché, a ben vedere, con riguardo alle norme attualmente vigenti, nella materia in esame, si può giungere a riconoscere che l'indicata significatività delle soglie quantitative sul piano dell'offesa sia tale da qualificarle come veri e propri elementi costitutivi del fatto, sempre che il bene tutelato venga individuato nell'interesse alla riscossione dei tributi, concretamente 'afferrabile' e costituzionalmente fondato, e non sia, invece, identificato in interessi di natura procedimentale, facenti capo all'amministrazione finanziaria dello Stato, quali l'interesse alla trasparenza fiscale, quello al corretto esercizio della funzione di accertamento fiscale o al corretto funzionamento del sistema fiscale[20].

Del resto, in favore della riconduzione di tali elementi all'ambito della tipicità dei reati tributari, già deponeva la Relazione governativa di accompagnamento al d.lgs. n. 74/2000[21] e non diversamente sembra orientata la Relazione illustrativa del più recente d.lgs. n. 158/2015[22], ove si sottolinea il ruolo delle soglie in funzione di discrimine tra la rilevanza penale dei fatti oggetto delle norme e la loro mera illiceità sul piano amministrativo.

Esse quantificano "esplicitamente l'offesa in grado di conferire un più plausibile significato al penalmente rilevante"[23], assumendo un ruolo centrale

---

17 E. Musco, *op. loc. ult. cit.*

18 *Ibidem.*

19 V., però, *supra* nota 9.

20 Contro l'ipervalutazione di beni strumentali, in realtà dissimulanti una *ratio* amministrativa, che si autopromuove ad oggetto di tutela, sostituendosi al bene finale, v. S. Moccia, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss.; V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 86 ss. V., però, A. Manna, *Lineamenti generali del diritto penale dell'impresa. I beni giuridici tutelati*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, cura di A. Manna, 2a ed., Padova, 2018, 29, che, con particolare riferimento al diritto penale dell'economia, afferma che "le funzioni, nonostante le apparenze, costituiscono veri e propri beni giuridici, che si differenziano da quelli classici «ottocenteschi» solo per essere beni collettivi, e non già individuali, di nuova emersione". Critica, ampiamente, l'interpretazione delle soglie di punibilità come evento del reato G. Salcuni, *Natura giuridica e funzioni delle soglie di punibilità nel nuovo diritto penale tributario*, cit., 138 ss.

21 Pubblicata su *Guida al dir.*, 2000, n. 14, 31 ss.

22 Pubblicata sul sito web della Camera dei Deputati – www.camera.it –, nella sezione «Documenti».

23 M. Romano, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, cit., 1732.

nella definizione del divieto penalmente sanzionato: "non c'è conformità al modello descrittivo senza soglie di punibilità"[24].

2.1. L'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p.

L'afferenza delle soglie di punibilità al piano dell'offesa insita nei reati tributari richiama una delle questioni più ampiamente dibattute, in materia, negli ultimi anni: quella dell'applicabilità a tali reati della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p. [25]

Con riferimento al settore qui considerato, risulta, senz'altro, valida la soluzione adottata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, volta ad ammettere la compatibilità dell'art. 131-*bis* c.p. con i reati caratterizzati da soglie di punibilità[26]. E, infatti, l'incidenza di queste ultime sulla dimensione offen-

[24] M. Gallo, *Soglie di punibilità*, cit., 468.

[25] L'art. 131-*bis* c.p. è stato inserito nel codice penale dall'art. 1, d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, sulla scia di analoghe previsioni operanti nel diritto penale minorile (art. 27, d.P.R. n. 448/1988) e nella normativa sulla competenza penale del giudice di pace (art. 34, d.lgs. n. 274/2000). Sulla natura giuridica dell'istituto, prevalentemente classificato come 'causa di non punibilità (in senso stretto)', v., tra gli altri, G. Amarelli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dommatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131*-bis *c.p.*, in *St. iuris*, 2015, 968 ss.; R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 669-670; R. Borsari, *La codificazione della tenuità del fatto tra (in)offensività e non punibilità*, in *Legisl. pen.*, 15 marzo 2016, 5; A. R. Castaldo, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto: il nuovo art. 131*-bis *c.p.*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa, *Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, Torino, 2015, 112 ss.; R. Dies, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, in *Cass. pen.*, 2015, 3843 ss.; T. Padovani, *Un intento deflattivo dal possibile effetto* boomerang, in *Guida al dir.*, 2015, n. 15, 19; F. C. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1705 ss.; G. Pavan, *Particolare tenuità del fatto (dir. pen. sostanziale)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino 2016, 502. V, inoltre, G. Rossi, *Il nuovo istituto della "non punibilità per particolare tenuità del fatto": profili dommatici e politico-criminali*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 538, che ravvisa nell'art. 131 *bis* c.p. una nuova figura di non punibilità, a metà strada tra le 'cause di non punibilità in senso stretto' ed i 'limiti istituzionali della punibilità'.

[26] V. Cass. pen., Sez. Un., 6 aprile 2016 (ud. 26 febbraio 2016), n. 13681, *Tushaj*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 782 ss., con nota di G. Amarelli, *Le Sezioni Unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131*-bis *c.p. ai reati con soglie di punibilità*. In tale occasione, le Sezioni Unite, risolvendo il contrasto giurisprudenziale sorto, in proposito, all'interno della IV Sezione – v. Cass. pen., Sez. IV, 9 settembre 2015, n. 44132, *Longoni*, in *CED Cassazione penale 2015* e Cass. pen., Sez. IV, ord. 3 dicembre 2015, n. 49824, *Tushaj*, in *Dir. pen. cont. – Riv. online*, 15 febbraio 2016, con nota di G. Alberti, *Guida in stato di ebbrezza e rifiuto di sottoporsi agli accertamenti alcolimetrici: applicabile l'art. 131*-bis *c.p.? La parola alle Sezioni Unite* –, hanno riconosciuto la compatibilità dell'art. 131 *bis* c.p. non solo con il reato di guida in stato di ebbrezza – oggetto di giudizio, nel caso di specie –, ma, esplicitamente, con qualsiasi altra figura criminosa caratterizzata da soglie di punibilità. Va segnalato che l'orientamento fatto proprio dalle Sezioni Unite era già stato espresso, con riferimento all'applicabilità dell'art. 34, d.lgs. n. 274/2000 al reato di guida in stato di ebbrezza – allora ricadente nella competenza penale del giudice di pace – in Cass. pen., Sez. IV, 28 aprile 2006 (dep. 13 luglio 2006), n. 24249, in *Cass. pen.*, 2007, 2895, con nota di G. Salcuni, *Esiguità e reati di pericolo astratto: intorno all'applicabilità dell'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 al reato di guida in stato di ebbrezza*; nonché, con specifico riguardo ai reati tributari, in Cass. pen., Sez. III, 15 aprile

siva del fatto incriminato – sia che esse vengano qualificate come condizioni di punibilità intrinseche, sia che si preferisca qualificarle come veri e propri elementi della fattispecie – non preclude la possibilità di riconoscere la particolare tenuità del fatto che le ricomprende[27], naturalmente entro i limiti e in presenza dei presupposti previsti dall'art. 131-*bis* c.p.

Com'è noto, la tesi contraria fa leva, soprattutto, su due argomenti, che – pur autorevolmente sostenuti[28] – non appaiono, tuttavia, insuperabili.

Anzitutto, l'incompatibilità dell'art. 131-*bis* c.p. con i reati fondati sul superamento di una soglia viene motivata affermando che "essa definisce di per sé una particolare tenuità del danno o del pericolo, confinandola, per l'appunto, al di là del limite normativo, nell'ambito del penalmente irrilevante"[29]. In altri termini, il valore-soglia rappresenterebbe il dato tecnico in base al quale il legislatore traccia 'a monte' o, per meglio dire, in via generale ed astratta, il perimetro di rilevanza penale dei fatti in questione, sì che un'eventuale declaratoria di non punibilità *ex* art. 131-*bis* c.p., in caso di superamento, anche esiguo, della soglia, finirebbe per contraddire la valutazione operata dal legislatore nell'esercizio delle sue prerogative[30].

Inoltre, si obietta che l'esclusione della punibilità per particolare tenuità di un fatto 'sopra-soglia', ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., determinerebbe un poco auspicabile paradosso interpretativo[31], nelle ipotesi in cui il superamento della soglia segni il discrimine tra la configurabilità di quel fatto come illecito amministrativo e la sua rilevanza penale, come delitto o contravvenzione: in tali casi, chi ponga in essere fatti 'sotto-soglia', evidentemente meno gravi, continuerebbe ad essere assoggettato a sanzione, sia pure in via amministrativa, mentre gli autori di fatti che superino la soglia, anche se di poco, rimarrebbero (del tutto) impuniti, in applicazione dell'art. 131-*bis* c.p.

2015, n. 15449, in *Riv. pen.*, 2015, 529 e, in via di principio, in Cass. pen., Sez. III, 12 ottobre 2015, n. 40774, in *CED*, n. 265079.

27 V. R. Borsari, *La codificazione della tenuità del fatto tra (in)offensività e non punibilità*, cit., 26, che registra la tendenza della dottrina ad escludere l'incompatibilità tra l'art. 131 *bis* c.p. e i reati con soglie di punibilità "ogniqualvolta la soglia dovesse qualificarsi condizione obiettiva di punibilità estrinseca o risultasse comunque estranea alla definizione dell'offesa al bene protetto". Contro quest'ultimo orientamento v. G. De Francesco, *Punibilità*, cit., 82, per il quale "laddove si sia di fronte ad una soglia di rilevanza tale da dar luogo ad una condizione di punibilità, sembrerebbe che il fatto che alla condotta illecita venga ad affiancarsi una valutazione ulteriore da parte dell'ordinamento specificamente basata sull'evento condizionale, renda difficile far giocare quella soglia ai fini del giudizio di esiguità".

28 V. T. Padovani, *Un intento deflattivo dal possibile effetto* boomerang, cit., 21.

29 V. T. Padovani, *op. loc. ult, cit.* In giurisprudenza, sia pure con riferimento ad altro contesto normativo, v. Cass. pen., Sez. IV, ord. 3 dicembre 2015, n. 49824, *Tushaj*, cit.

30 V. R. Dies, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, cit., 3856 ss., che, però, fa salva una residua applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p., nei casi in cui la soglia afferisca all'offesa tipica del reato, purché la valutazione della particolare tenuità del fatto sia basata su circostanze diverse dal superamento, ancorché minino, della soglia.

31 Sul punto, v. L. Pacifici, *La particolare tenuità dell'offesa: questioni di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. online*, 14 luglio 2015, 2.

Ebbene, sotto il primo aspetto, se si legge l'art. 131-*bis* c.p. alla luce di un'interpretazione sistematica che lo raccordi all'art. 49, co. 2, c.p.[32], si può osservare che solo la valutazione sull'inoffensività, basata su quest'ultima disposizione[33], attinge al nucleo costitutivo del reato, mentre quella sulla particolare tenuità del fatto, di cui all'art. 131-*bis* c.p. – autonoma e successiva[34] – "non implica né presuppone l'assenza o il venir meno di alcun elemento costitutivo del reato: al contrario, ne postula la sussistenza, a partire proprio dall'offesa che, per essere qualificata di «particolare tenuità», deve, ovviamente, ricorrere"[35]. Pertanto, la previsione di soglie di punibilità non dovrebbe essere concepita come indicativa del livello a partire dal quale l'offesa non può (più) essere qualificata come 'tenue', esprimendo piuttosto la misura minima dell'offesa penalmente rilevante. Quest'ultima resta, tuttavia, graduabile, ai fini dell'art. 131-*bis* c.p.[36].

Con particolare riguardo ai reati tributari – ma il discorso può essere esteso a tutte le soglie rilevanti sul piano dell'offesa – è stato affermato che le soglie "contribuiscono a determinare la misura reale del disvalore del fatto commesso dal contribuente"[37]. Dunque, non diversamente dalla presenza degli altri elementi che svolgono la medesima funzione all'interno della

[32] Come autorevolmente suggerito da M. Gallo, *Soglie di punibilità*, cit., 470.

[33] Sull'art. 49, co. 2, c.p., quale fondamento normativo del principio di offensività, a livello codicistico, v. M. Gallo, *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, 786 ss.; C. Fiore, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, 23 ss.; Id., *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, 275 ss.; G. Neppi Modona, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, 199 ss.; Id., *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, XII, Torino, 1996, 260 ss. Per un'ampia e completa indagine sul principio di offensività v. V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., *passim*; nonché M. Caterini, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004, *passim*.

[34] V. G. Pavan, *Particolare tenuità del fatto (dir. pen. sostanziale)*, cit., 501.

[35] Così lo stesso T. Padovani, *Un intento deflattivo dal possibile effetto* boomerang, cit., 19, che più avanti sostiene l'argomento che qui s'intende confutare. Sulla distinzione tra inoffensività e particolare tenuità v., efficacemente, Cass. pen., Sez. Un., 6 aprile 2016 (ud. 26 febbraio 2016), n. 13681, *Tushaj*, cit., 783, ove si precisa: "il principio di offensività attiene all'essere o non essere di un reato o di una sua circostanza; e non è invece implicato nell'ambito di cui ci si occupa, che riguarda per definizione fatti senza incertezze pienamente riconducibili alla fattispecie legale".

[36] V., però, G. Salcuni, *I reati tributari. La parte generale dei reati tributari*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di A. Manna, cit., 750, che distingue a seconda dell'entità del limite-soglia, escludendo l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. nel caso di una soglia elevata – perché "ragionevolmente espressiva di un'offesa al bene protetto" – e, viceversa, ammettendola "laddove la soglia è dettata da ragioni ispirate ad una logica precauzionale e dunque non ragionevolmente espressiva di un'offesa e nemmeno di un pericolo concreto". V. già Id, *Esiguità e reati di pericolo astratto: intorno all'applicabilità dell'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 al reato di guida in stato di ebbrezza*, cit., 2905 ss. Rifiuta una soluzione unitaria anche R. Borsari, *La codificazione della tenuità del fatto tra (in)offensività e non punibilità*, cit., 28, che esclude, per incompatibilità logica e strutturale, la possibilità di valutare la particolare tenuità dell'offesa, agli effetti dell'art. 131-*bis* c.p., con riferimento "alle ipotesi in cui il reato sussiste quando l'offesa si sostanzia in un grado d'intensità espresso in termini qualitativi"; in questi casi, il fatto tenue non sarebbe punibile "in quanto *a priori* estraneo al perimetro della tipicità".

[37] M. Romano, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, cit., 1732.

fattispecie, il superamento delle soglie non impedisce l'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p., perché, anzi, esso concorre a delineare quel disvalore che ne costituisce il presupposto, ove se ne riconosca la lieve entità. Il riferimento è, in particolare, al risultato delle valutazioni concernenti l'esiguità del danno o del pericolo, quale indicatore della particolare tenuità dell'offesa. Com'è noto, quest'ultima, rapportata anche alle modalità della condotta, costituisce, insieme alla non abitualità del comportamento, il fondamento dell'esclusione della punibilità, nell'istituto in esame. Pertanto, "il giudice che ritiene tenue una condotta collocata attorno all'entità minima del fatto conforme al tipo [...] non si sostituisce al legislatore, ma anzi ne recepisce fedelmente la valutazione"[38].

Rispetto al citato 'paradosso interpretativo', la possibilità che esso si realizzi, nel settore dei reati tributari, può escludersi in ragione di quanto previsto dall'art. 21 del d.lgs. n. 74/2000[39], a proposito dell'irrogazione, da parte dell'ufficio competente, delle «sanzioni amministrative relative alle violazioni tributarie fatte oggetto di notizia di reato» (co. 1), la cui esecuzione resta sospesa nei confronti dei soggetti ritenuti penalmente responsabili, «salvo che il procedimento penale sia definito con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto. In quest'ultimo caso, i termini per la riscossione decorrono dalla data in cui il provvedimento di archiviazione o la sentenza sono comunicati all'ufficio competente [...]» (co. 2).

Pertanto, l'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p., in un procedimento penale per i reati in oggetto, non lascerebbe del tutto privi di conseguenze sanzionatorie i fatti 'sopra-soglia', accertati all'esito del giudizio, facendo "comunque 'rivivere' le sanzioni tributarie fino ad allora soltanto sospese nella loro concreta irrogazione"[40].

[38] Cass. pen., Sez. Un., 6 aprile 2016 (ud. 26 febbraio 2016), n. 13681, *Tushaj*, cit., 784.

[39] Sottolinea questo aspetto R. Borsari, *La codificazione della tenuità del fatto tra (in)offensività e non punibilità*, cit., 24.

[40] Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, *D.lgs. 16 marzo 2015 n. 28, Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto..." – Circolare esplicativa/applicativa*, in *Dir. pen. cont. – Riv. online*, 2 luglio 2015, 23. Sul punto, a proposito del reato di guida in stato di ebbrezza, Cass. pen., Sez. Un., 6 aprile 2016 (ud. 26 febbraio 2016), n. 13681, *Tushaj*, cit., 785-786 risolve demandando al Prefetto l'inflizione delle sanzioni amministrative accessorie stabilite dalla legge, consistenti, nel caso di specie, nella sospensione della patente di guida. Al riguardo, v., però, G. Amarelli, *Le Sezioni Unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131* bis *c.p. ai reati con soglie di punibilità*, cit., 794, che segnala come la soluzione sia, in realtà, "inappagante [...] nelle ipotesi in cui il legislatore costruisca un sistema di tutela 'a soglie crescenti' in cui per l'illecito penale non annoveri anche le sanzioni amministrative accessorie".

2.2. Considerazioni conclusive: una tecnica di tutela in bilico tra illegittimità ed ineffettività.

Tornando agli argomenti che suggeriscono di ricondurre le soglie di punibilità, nei reati tributari, all'ambito della tipicità, si può osservare come le fattispecie che le prevedono non ne escludano, strutturalmente, un collegamento con la condotta del contribuente[41], non solo dal punto di vista causale, ma anche in senso psicologico, contrariamente a quanto risulta dalle fattispecie di bancarotta, in merito alla sentenza dichiarativa di fallimento.

In particolare, sotto il profilo soggettivo, non sembra che il dolo specifico del fine di evasione, contemplato negli artt. 3, 4, 5 e 11 del d.lgs. n. 74/2000, in quanto non ne sia necessaria la realizzazione, sia incompatibile con il dolo, anche eventuale, del superamento del limite quantitativo. In proposito, si afferma che il superamento della soglia sarebbe attratto al di fuori della fattispecie dallo stesso dolo specifico di evasione, che ivi si collocherebbe, non essendo necessario alla consumazione del reato il suo verificarsi[42]. Tuttavia, si può obiettare che "il rapporto tra la soglia e la finalità specifica («il fine di evadere») va colto in relazione a tutti gli estremi della fattispecie coinvolta: per cui non si tratta di andare al di là del fatto, ma di verificarne la congruenza, nel senso cioè che occorre accertare nella concretezza processuale che il soggetto si sia rappresentato e abbia voluto semplicemente non adempiere lo specifico obbligo di pagamento dell'imposta"[43].

Se la soluzione indicata "è sicuramente quella che meglio soddisfa le esigenze di integrale adeguamento del sistema al principio di colpevolezza"[44] (*rectius* al principio di personalità della responsabilità penale), restano ferme le riserve già espresse in merito alla perdita di effettività delle norme in questione, conseguente alla necessità dell'accertamento del dolo (anche) in riferimento alle soglie di rilevanza penale, in esse previste. Questo non trascurabile inconveniente, unitamente alla possibilità che l'uso di criteri quantitativi

[41] V. C. Manduchi, *Il ruolo delle soglie di punibilità nella struttura dell'illecito penale*, cit., 1221. Alla medesima soluzione – volta a riconoscerne la natura di elemento costitutivo e non di condizione di punibilità – si perviene nel caso dell'alterazione sensibile del prezzo di strumenti finanziari, concernente le condotte di manipolazione del mercato e concepibile, rispetto a queste ultime, come "uno pseudo-evento, mera amplificazione verbale della *sola condotta*, che nella condotta si dissolve": così C. E. Paliero, *Nuove prospettive degli abusi di mercato?*, in Aa. Vv., *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*, Milano, 2010, 66.

[42] Cfr. L. D. Cerqua, *Sulla natura giuridica delle soglie di punibilità dei delitti in materia di dichiarazione*, cit., 8964; L. Pistorelli, *Quattro figure contro il contribuente infedele*, cit., 59.

[43] E. Musco, *Reati tributari*, cit., 1048-1049.

[44] A. Manna, *Prime osservazioni sulla nuova riforma del diritto penale tributario*, cit., 125, che, però, propende per la tesi delle soglie come condizioni di punibilità intrinseche.

si riveli iniquo in casi-limite[45] o che sollevi dubbi di ragionevolezza[46], induce a sconsigliarne l'utilizzo da parte del legislatore[47].

In proposito, va registrato il mutamento intervenuto nella normativa concernente le false comunicazioni sociali (art. 2621 ss. c.c.), ad opera della legge n. 69/2015, che, per ultima, ha riformato la materia. Tra le novità della nuova disciplina figura, infatti, per quel che ci riguarda, l'abbandono delle soglie quantitative di rilevanza penale del fatto, che negli artt. 2621 e 2622 c.c., come modificati dal d.lgs. n. 61/2002[48], affiancavano la soglia qualitativa corrispondente all'alterazione 'in modo sensibile' della rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del suo gruppo di appartenenza.

Senza voler entrare nel merito di previsioni oramai superate, va, però, ricordato come il ricorso alle soglie, nel testo previgente degli artt. 2621 e 2622 c.c., fosse formulato in maniera differente da quanto (tuttora) avviene per i reati tributari[49]. Esse erano, cioè, descritte 'in negativo', come valori qualitativi o quantitativi, il cui mancato raggiungimento, nel caso concreto, avrebbe comportato la non punibilità del fatto.

---

[45] Cfr. S. Moccia, *Politica criminale e riforma del sistema penale. L'*Alternativ-Entwurf *e l'esempio della Repubblica Federale Tedesca*, Napoli, 1984, 296.

[46] Il problema della ragionevolezza delle soglie quantitative si pone non solo in riferimento alle singole soglie in sé considerate, ma anche con riguardo al confronto tra le diverse soglie previste in relazione ai vari reati. V., in proposito, Corte cost., sent. 8 aprile 2014, n. 80, in *Giur. cost.*, 2014, 2903 ss., con nota di R. Acquaroli, *Un'incursione del giudice costituzionale nel territorio di un legislatore distratto*. Sul tema della ragionevolezza delle soglie verte anche uno dei quesiti sottoposti alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, nell'ambito di un'interessante questione pregiudiziale, relativa al d.lgs. n. 74/2000, sollevata dal giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Varese, con ord. 30 ottobre 2015, n. 588, sulla scia della celebre vicenda 'Taricco'. V. L. Zoli, *La disciplina dei reati tributari al vaglio della Corte di giustizia UE*, in *Dir. pen. cont. – Riv. online*, 15 aprile 2016, con ordinanza allegata. Per la decisione della questione v. CGUE, Grande Sezione, sent. 2 maggio 2018, causa C 574/15, allegata a C. Cupelli, *La disciplina dei reati tributari ancora davanti alla Corte di Giustizia: il caso Scialdone e le soglie di punibilità*, in *Dir. pen. cont. – Riv. online*, 14 maggio 2018.

[47] V., per tutti, M. Romano, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, cit., 1735.

[48] Sulla riforma del 2002 v. L. Foffani, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622)*, in Aa.Vv., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda – S. Seminara, Padova, 2002, 231 ss.; A. Lanzi, *Nuove disposizioni sugli illeciti penali ed amministrativi*, in Aa.Vv., *I nuovi reati societari*, a cura di A. Lanzi – A. Cadoppi, Padova, 2002, 31 ss.; A. Manna, *La riforma dei reati societari: dal pericolo al danno*, in *Foro it.*, 2002, 111 ss.; C. E. Paliero, *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni*, in *Guida al dir.*, 2002, n. 16, 38 ss.; C. Pedrazzi, *In memoria del falso in bilancio*, in Id., *Diritto penale*, III, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 845 ss.; V. Plantamura, *Alle soglie del falso. Previsione, natura e disciplina delle soglie di non punibilità dei reati di false comunicazioni sociali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 1252 ss.; G. Salcuni, *Le false comunicazioni sociali: questioni di legittimità costituzionale e obblighi comunitari di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 843 ss.

[49] Sul punto v. G. Casaroli, *Art. 44 c.p.*, cit., 387; V. Plantamura, *op. ult. cit.*, 1257-1258.

Nel quadro degli orientamenti dottrinali, pressoché unanimemente indirizzati a riferire tali cause di esclusione della punibilità al piano della tipicità[50], si segnala la qualificazione delle stesse come 'cause di esclusione del tipo'[51], ipotesi che si configura quando una "puntualizzazione normativa sopravviene ad escludere il tipo 'originario', delimitandone l'ampiezza"[52], senza, tuttavia, contribuire a definirlo. Con questa tecnica "il legislatore, dopo aver descritto compiutamente il fatto, ne «elimina» una parte, riducendo la portata del tipo legale"[53]. Le cause di esclusione del tipo, così intese, non rientrando tra gli elementi essenziali, risultanti dalla descrizione del fatto, non farebbero parte del tipo d'illecito[54] e, quindi, non sarebbero oggetto di necessaria rappresentazione e volizione, da parte dell'agente. Coerentemente, l'errore su di esse non escluderebbe il dolo del fatto tipico, ma rileverebbe ai sensi dell'art. 59, co. 4, c.p.[55]

[50] Cfr., tra gli altri, M. Donini, Abolitio criminis *e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) dopo il d.lg. 11 aprile 2002, n. 61*, in *Cass. pen.*, 2002, 1247, che le definisce "soglie specifiche di potenzialità dannosa"; A. Lanzi, *Nuove disposizioni sugli illeciti penali ed amministrativi*, cit., 32; T. Padovani, *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi della successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in *Cass. pen.*, 2000, 1603, che fa testualmente riferimento ad una "situazione di atipicità della condotta". Diversamente A. Manna, *Dalla riforma dei reati societari alla progettata riforma dei reati fallimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 691 considera le soglie in questione come condizioni di punibilità. Contro la qualificazione delle stesse come cause di esclusione della tipicità v., inoltre, V. Plantamura, *Alle soglie del falso. Previsione, natura e disciplina delle soglie di non punibilità dei reati di false comunicazioni sociali*, cit., 1267 ss., che ritiene le quattro soglie di (non) punibilità, contenute negli artt. 2621 e 2622 c.c. previgenti, tali da "operare una differenza, tra le false comunicazioni sociali, che è di quantità, o grado, e non di qualità" (*ivi*, 1270), come invece avverrebbe per le cause di esclusione del fatto tipico, aventi un fondamento logico necessitante e, pertanto, estranee alla discrezionalità del Legislatore. Le soglie in esame sarebbero annoverabili, piuttosto, tra le cause di non punibilità in senso stretto originarie, oggettive ed obbligatorie (*ivi*, 1274-1275). Per quest'ultima soluzione v. anche S. Seminara, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 677 ss., che, pur riferendo alla riforma del 2002 "la creazione di fasce di irrilevanza penale" (*ivi*, 679), attraverso il sistema delle soglie, conclude affermando che "le soglie del 5, dell'1 e del 10% rappresentano un limite alla punibilità del fatto che non refluisce né sulla tipicità né sull'offensività, ma – come conferma la formulazione di entrambe le norme – incide esclusivamente sull'applicabilità della sanzione" (*ivi*, 680).

[51] Per tale categoria v. G. Vassalli, *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 618 ss.; F. Angioni, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1519 ss.

[52] M. Romano, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, cit., 1736. Su tali ipotesi, denominate 'limiti esegetici', v. P. Nuvolone, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, 22; Bricola, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 752.

[53] M. Romano, *op. ult. cit.*, 1737.

[54] Diversamente Bricola, *op. ult. cit.*, 756, allineandosi a P. Nuvolone, *op. loc. ult. cit.*, ritiene che il limite esegetico sia interno alla norma base, anche se formalmente collocato al di fuori, per mere ragioni di topografia legislativa.

[55] V. ancora M. Romano, *op. ult. cit.*, 1738. Cfr., inoltre, F. Angioni, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, cit., 1522, che precisa come l'errore su quella che definisce "causa di esclusione del fatto (tipico) (= dell'offesa tipica)", rilevi, invece, ai sensi dell'art. 47 c.p., laddove si ritenga

Ad ogni modo, per effetto della legge n. 69/2015, il pregresso sistema delle soglie, fortemente criticato in dottrina, al punto da essere definito come un "formidabile arsenale di patenti di impunità concesse agli amministratori per falsificare le apposizioni in bilancio"[56], ha lasciato il posto ad un articolato 'modello a scalare' del reato di false comunicazioni sociali, in cui "si va dai concetti di *materialità* e *rilevanza* degli artt. 2622 e 2621 c.c. a quelli di *lieve entità*, *natura* o *dimensioni* della società di cui all'art. 2621-*bis* c.c. [...] sino a quello di «*particolare tenuità del fatto*» di cui agli artt. 2621-*ter* c.c. e 131-*bis* c.p. (da rapportare in modo prevalente all'*entità* di un *danno* solo eventuale e da doversi poi raccordare, triangolarmente, sia con la «*lieve entità*» dell'art. 2621-*bis* che con l'«*offesa di particolare tenuità*» prevista, ora come allora, dall'art. 2640 c.c.)"[57].

Questo modello, di controversa determinatezza e di difficile interpretazione[58], lascia sopravvivere parametri qualitativi di rilevanza delle condotte punibili, non molto lontani da quello dell'alterazione 'in modo sensibile'[59] che, nella precedente disciplina, avrebbe dovuto trovare un limite nelle soglie di natura quantitativa. Sotto questo aspetto, non è mancata l'osservazione per cui "la riforma del 2015 potrebbe persino rappresentare un passo indietro rispetto a quella del 2002, il cui unico merito poteva forse rinvenirsi nel tentativo di arginare la discrezionalità del giudice attraverso l'indicazione di soglie di punibilità espresse in percentuale"[60].

che essa operi "dall'interno come elemento negativo del fatto stesso, assumendo una nozione di «fatto» più lata come risultante dalle due disposizioni, quella principale e quella eccettuante".

56 S. Seminara, *op. loc. ult. cit.*

57 D. Piva, *Le Sezioni Unite sulle valutazioni: dai finti ai veri problemi delle nuove false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. online*, 27 giugno 2016, 13. È appena il caso di notare come l'art. 2621 *ter* c.c., prevedendo un apposito criterio per l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. ai fatti di cui agli artt. 2621 e 2621 *bis* c.p., sgombri il campo da ogni dubbio circa l'operatività, in tali ipotesi, della causa di non punibilità. Sul punto cfr. F. Mucciarelli, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, 186; M. Di Florio, *I reati societari. Artt. 2621*-bis *e 2621*-ter. *I fatti di lieve entità (art. 2621*-bis *c.c.) e la non punibilità per particolare tenuità (art. 2621-ter c.c.)*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di A. Manna, cit., 274 ss. Critica tale scelta normativa E. Mezzetti, *I reati societari*, in E. M. Ambrosetti – E. Mezzetti – M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 148.

58 V., per tutti, A. Manna, *Il nuovo delitto di false comunicazioni sociali (tra* law in the books and law in action*): cronaca di una discutibile riforma*, in *Arch. pen.*, 2016, 487 ss.; V. Manes, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. online*, 22 febbraio 2016, 1 ss.; F. Mucciarelli, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, cit., 159 ss.

59 Sull'indeterminatezza del requisito dell'alterazione sensibile, nella previgente disciplina, v. V. Plantamura, *Alle soglie del falso. Previsione, natura e disciplina delle soglie di non punibilità dei reati di false comunicazioni sociali*, cit., 1255-1256.

60 D. Piva, *op. loc. ult. cit.* In senso analogo, v. E. Mezzetti, *I reati societari*, cit., 157-158.

IL *REVENGE PORN* AD UN ANNO DALL'ENTRATA IN VIGORE: PRIME CONSIDERAZIONI

Leonardo Tamborini* e Margherita Simicich**

Sommario: 1. La genesi della nuova norma incriminatrice. – **2.** Le vicende storiche ispiratrici. – **3.** Il nucleo essenziale della norma. – **4.** La clausola di riserva. – **5.** Le azioni incriminate. – **6.** La identità della persona rappresentata. – **7.** Il carattere sessualmente esplicito. – **8.** La destinazione privata e la mancanza di consenso. – **9.** Il dolo specifico del secondo comma. – **10.** Procedibilità. – **11.** Conclusioni.

Il 4 agosto dello scorso anno è entrato in vigore l'articolo 612-*ter* del codice penale, introdotto dalla legge nota come "Codice rosso", che punisce la diffusione illecita di immagini sessualmente esplicite, il cosiddetto *revenge porn*.

La nuova fattispecie ha appena superato non solo il primo anno di vita ma anche la prova del *lockdown* dovuto alla emergenza sanitaria, che ha determinato un aumento esponenziale delle attività, anche illecite, online.

L'analisi della norma, unita a quella della casistica, molto diversificata e sempre in evoluzione, delinea un concreto campo di applicazione della nuova fattispecie di reato molto più limitato rispetto alle aspettative dei suoi promotori e sostenitori.

L'esperienza di questa procura minorile, particolarmente esposta a questi fenomeni criminali per il largo uso che i minorenni fanno degli strumenti telematici, ha per ora confermato le nostre previsioni.

La nuova fattispecie di reato ricalca molto fedelmente le vicende di maggiore risonanza mediatica che hanno preceduto la sua formulazione ed emanazione. Tale corrispondenza ha comportato l'inserimento di alcuni elementi essenziali che ne restringono molto il campo di applicazione; restano, infatti, escluse varie forme di offesa realizzate mediante la diffusione di immagini intime, che l'evoluzione degli strumenti di comunicazione per via telematica continuamente amplia e rinnova.

---

* Procuratore presso il Tribunale per i minorenni di Trieste.
** Dottore in giurisprudenza.

1. La genesi della nuova norma incriminatrice.

Il reato in esame è inserito nella legge 69/2019 in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere. Il legislatore italiano, sollecitato dalle norme sovranazionali e dall'opinione pubblica, così come altri prima di lui, ha inteso sanzionare in modo specifico il cosiddetto *revenge porn*, una delle tante forme di abuso che trovano origine e ragion d'essere nella relazione di coppia. Il termine letteralmente indica la diffusione di immagini intime a scopo di vendetta. Una delle motivazioni più comuni di tale condotta è, infatti, la vendetta del partner dopo la rottura della relazione. Lo stesso termine, però, è utilizzato anche in senso più ampio per indicare offese diverse portate con la stessa modalità.

2. Le vicende storiche ispiratrici.

L'intervento legislativo è giunto subito dopo il caso di Tiziana Cantone, che ha avuto una notevole eco nell'opinione pubblica. La donna, dopo la diffusione in Internet contro la sua volontà di alcuni filmati hard di cui era protagonista, era stata oggetto di pesanti e continue offese e aggressioni al suo onore e alla sua reputazione che l'avevano spinta a togliersi la vita il 13 settembre 2016. Il caso aveva rivelato la straordinaria pericolosità del fenomeno, reso incontrollabile dagli strumenti telematici che, non solo rendono pressoché impossibile porre un argine alla diffusione delle immagini e ai commenti, ma consentono anche agli aggressori di colpire in anonimato. Pochi giorni dopo la morte di Tiziana Cantone è stato presentato il primo progetto di legge per l'introduzione di un reato specifico.

Un'altra vicenda, che ha coinvolto la deputata Giulia Sarti, ha ulteriormente accelerato l'iter di approvazione, che si è concluso con la promulgazione della legge 69/2019, nella quale è stato inserito il nuovo reato di cui all'articolo 612-*ter* c.p.

3. Il nucleo essenziale della norma.

Limitando lo studio agli elementi essenziali contenuti nel primo e secondo comma dell'articolo 612-*ter* c.p., che rappresentano due reati autonomi, si osserva una struttura complessa e ricca di condizioni, alcune superflue e altre che rischiano di limitarne l'applicazione lasciando a molte condotte simili la sola tutela penale dei "vecchi" reati di diffamazione (art. 595 c.p.), atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.) e diffusione di riprese fraudolente (art. 617-*septies* c.p.). Tra questi non è più da annoverare il reato previsto dall'articolo 167 d.lgs. 196/2003 (illecito trattamento dei dati personali) completamente ridimensionato dal decreto legislativo 101/2018 che ha adeguato il codice della privacy al nuovo regolamento generale dei dati dell'unione europea sulla protezione dei dai personali (2016/679).

4. La clausola di riserva.

La disposizione esordisce con l'inciso: "Salvo che il fatto costituisca più grave reato". Tra i reati più gravi associabili vi è quello di estorsione, che in questo caso assume il nome di *sex extortion*. Essendo reato contro il patrimonio, però, non pare possa

assorbire il reato in esame, con il quale sempre concorrerebbe. L'estorsione, inoltre, si basa comunemente sulla sola minaccia senza diffusione delle immagini e senza violazione, dunque, dell'articolo 612-*ter* c.p.

La minaccia di diffusione di immagini intime a scopo diverso dall'estorsione, benché potenzialmente produttiva di grave e prolungata sofferenza psicologica, forse avrebbe meritato una previsione speciale, senza la quale resta soggetta alla quasi irrisoria sanzione pecuniaria del primo comma dell'articolo 612 c.p.

Del tutto escluso è l'assorbimento nei reati di violenza sessuale (artt. 609-*bis* e seguenti c.p.), trattandosi di fatti diversi (violenza / diffusione).

La diffusione di immagini pedopornografiche (art. 600-*ter* c.p.), invece, è condotta perfettamente sovrapponibile. Tra le due norme incriminatrici, pertanto, vi sarebbe un concorso apparente, che esclude il concorso formale anche in assenza della clausola di riserva.

Il nuovo reato, tuttavia, dà rilevanza penale – ancorché limitata dalla procedibilità a querela – alla diffusione di immagini pedopornografiche autoprodotte (cosiddetti *selfie*) da parte di chi le riceve e poi le inoltra a terzi senza il consenso della persona ritratta. Tale ulteriore diffusione resta fuori dalla portata dell'articolo 600-*ter* c.p., che esclude dal proprio campo di applicazione il materiale autoprodotto e cioè realizzato senza "utilizzo" di minori.

La clausola di riserva, invece, opererebbe con i reati di maltrattamenti in famiglia, atti persecutori e istigazione al suicidio aggravata dal suicidio (artt. 572, 612-*bis*, 580 c.p.), tutti puniti – i primi due grazie all'innalzamento di pena apportato dalla medesima legge 69/2019 – in modo più severo.

La clausola di riserva sembra, dunque, destinata a non avere un esteso campo di applicazione, se non nei casi più gravi, come quello di Tiziana Cantone, con l'effetto – paradossale – di escludere l'applicazione del nuovo reato nei casi più gravi e simili a quello che ne ha ispirato l'introduzione.

La clausola non è replicata al secondo comma, che prevede un reato autonomo, e conseguentemente deve intendersi valere solo per il reato del primo comma.

5. Le azioni incriminate.

Le azioni incriminate sono indicate con i termini: "invia, consegna, cede, pubblica o diffonde". L'utilizzo di cinque termini appare da un lato ridondante per l'utilizzo di sinonimi, dall'altro limitativo. Tralasciando il primo problema, va rilevata la mancata considerazione di condotte, del tutto analoghe e altrettanto lesive, come quella di chi, in possesso di immagini sessualmente esplicite, senza il consenso della persona rappresentata le mostra dal proprio dispositivo a uno o più persone determinate. Tale azione senz'altro non rientra nei primi quattro termini, ma non sembra rientrare nemmeno nel concetto di diffusione.

6. La identità della persona rappresentata.

In mancanza di una specifica disposizione come quella dell'articolo 600-*quater*1 c.p. (pedopornografia virtuale) non sembra che il reato possa comprendere anche i fotomontaggi e i *deepfake*. Questi ultimi sono video-montaggi realizzati con pro-

grammi di recente creazione e facile accesso, in cui persone reali appaiono compiere azioni e dire cose che non hanno mai fatto o detto. Questa tecnica, già utilizzata nella produzione di materiale pornografico, si presta al *revenge porn*.

7. Il carattere sessualmente esplicito.

La nuova figura di reato richiede che le immagini divulgate abbiano un "contenuto sessualmente esplicito". Questo è senza dubbio l'elemento della fattispecie dai contorni più sfumati. La giurisprudenza ha già cercato di definirlo con riferimento all'articolo 600-*ter* c.p., includendo anche la esibizione lasciva dei genitali o della regione pubica o anche della semplice nudità, se idonea a eccitare le pulsioni erotiche del fruitore. Si tratta evidentemente di criteri molto soggettivi poiché la lascivia, come la bellezza, è nell'occhio di chi guarda. Di difficile valutazione è, per esempio, il nudo artistico, nel quale è impossibile separare l'aspetto erotico da quello artistico.

Escluso dall'applicazione della nuova norma è il fenomeno della raccolta, di solito nel deep web e cioè in pagine non accessibili dai comuni motori di ricerca, di immagini neutre, prese anche da social network o in pubblico, di persone ritenute attraenti per caratteristiche fisiche o atteggiamenti. Noto anche in Italia per il caso "Bibbia 3.0", questo fenomeno è molto pericoloso perché spesso le immagini sono corredate, oltre che da commenti denigratori, da dati personali (nomi, indirizzi e numeri di telefono) che permettono di identificare e rintracciare la persona. Tali immagini, essendo del tutto prive di riferimenti alla sessualità, certamente non ricadono nell'ambito di applicazione dell'articolo 612-*ter* c.p.

8. La destinazione privata e la mancanza di consenso.

La norma prende in considerazione immagini e video "destinati a rimanere privati" diffusi "senza il consenso delle persone rappresentate". Le due espressioni sono pressoché equivalenti: attengono entrambe all'atteggiamento psicologico, la prima al tempo precedente e la seconda al momento della diffusione.

Innanzitutto, entrambe non si adattano alle immagini "rubate" in pubblico o comunque all'insaputa della persona ritratta: si può dire che queste abbiano una "destinazione" se le persone ritratte non sono nemmeno a conoscenza della loro esistenza?

Anche sotto il profilo della prova viene da dubitare della opportunità della loro previsione. Se destinazione privata e mancanza di consenso possono essere desunte dal contenuto intimo delle immagini non ve ne è alcuna necessità. Se, poi, possono essere provate con la semplice testimonianza della persona offesa, vale la stessa considerazione. Se, invece, la giurisprudenza dovesse richiedere la prova esplicita e oggettiva (orientamento assai improbabile), la norma incriminatrice verrebbe facilmente paralizzata dalle difese.

9. Il dolo specifico del secondo comma.

Il secondo comma considera la condotta di chi, ricevute le immagini, ulteriormente le "invia, cede..." eccetera.

In questa ipotesi il soggetto commette il reato solo se agisce "al fine di recare nocumento" alla persona rappresentata. Il legislatore non ha ritenuto sufficiente, per dare rilevanza penale alla condotta, la mera consapevolezza di recare nocumento (dolo diretto, che rientra nel dolo generico), ma richiede il dolo specifico e cioè l'intenzione di danneggiare la persona ritratta.

Il dolo specifico mancherà in tutti i casi, che saranno i più frequenti, in cui chi riceve e diffonde le immagini non conosce la persona ritratta oppure, anche conoscendola, le invia a sua volta solo perché le ritiene interessanti.

Il dolo specifico restringe molto l'ambito di applicazione del secondo comma, creando uno squilibrio nella risposta penale tra le due condotte, come dimostra l'esempio che segue. Tizio, partner di Livia e autore delle riprese, invia queste a un'unica persona, l'amico Caio, a scopo esclusivamente ludico. Così facendo commette il reato di cui al primo comma. Caio, anch'egli a scopo esclusivamente ludico, le mette in rete rendendole così accessibili a miliardi di utenti. La condotta di Caio, però, non costituisce il reato di cui al secondo comma perché difetta del dolo specifico.

Il risultato è che, a parità di atteggiamento psicologico, Caio, che commette un danno enormemente maggiore, non è punibile, mentre lo è Tizio, che commette un danno minimo. La reazione penale è tutta condizionata dalla posizione dell'agente: il produttore nonché primo cedente è sanzionato sempre e comunque, il cessionario solo se diffonde per danneggiare la persona ritratta. La scelta legislativa mira a tutelare in modo speciale la relazione di coppia, ma è probabilmente dettata anche dalla consapevolezza della impossibilità di identificare e perseguire tutti i cessionari nonché ulteriori cedenti delle immagini.

10. Procedibilità.

Il quinto comma prevede per entrambi i reati la procedibilità a querela, con alcune deroghe al modello generale sulla falsariga di quanto disposto al precedente articolo 612-*bis* c.p. (termine di sei mesi, remissione solo processuale). Si procede, invece, d'ufficio "nei casi di cui al quarto comma, nonché", come disposto al precedente articolo, "quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si procede d'ufficio".

I casi di cui al quarto comma sono quelli che integrano due aggravanti speciali: quando la vittima è "persona in condizione di inferiorità fisica o psichica" o "una donna in stato di gravidanza". La ratio del primo caso è quella di tutelare una persona nei confronti della quale il reato è particolarmente odioso e per la quale è più difficile manifestare l'istanza punitiva. Anche nel caso della gravidanza sembra tenere conto del particolare stato di fragilità della persona offesa. Essendo l'aggravante elemento accessorio al fatto-diffusione, infatti, lo stato di gravidanza deve esistere al momento della diffusione e non a quello delle riprese.

Per quanto riguarda la connessione, infine, questa sembra poter riguardare solo il caso della estorsione, poiché per gli altri reati procedibili d'ufficio (artt. 572, 580 c.p.), come si è detto sopra, l'assorbimento per effetto della clausola di riserva impedisce la contestazione del reato di cui all'articolo 612-*ter* c.p.

11. Conclusioni.

La lettura proposta è "al condizionale" per i molteplici nodi interpretativi che la novella contiene e che solo in un futuro non immediato saranno sciolti dalla giurisprudenza. In ogni caso, riteniamo che la nuova fattispecie risenta della vicinanza storica con i gravi fatti che ne hanno indotto la rapida approvazione. Una legge-fotografia rivolta al passato e non in grado di cogliere la varietà e la mutevolezza di un fenomeno dilagante attraverso le infinite applicazioni della tecnologia telematica.

Le considerazioni che precedono sono oggi confermate dalla esperienza della procura presso il tribunale per i minorenni di Trieste. Nel primo anno di applicazione della norma sono stati iscritti soltanto tre procedimenti per il reato di cui all'articolo 612-*ter* c.p. Tutti hanno riguardato la diffusione non autorizzata di *selfie* intimi, realizzati senza l'intervento di terzi e volontariamente inviati a persona che, senza il consenso della persona ritratta, li ha poi illecitamente trasmessi ad altre persone. Tale tipo di condotta, come abbiamo meglio spiegato sopra, non aveva una sanzione penale specifica prima dell'introduzione dell'articolo 612-*ter* del codice penale. Resta, tuttavia, in base alla esperienza di questo ufficio, l'unico per il quale ha finora trovato applicazione il nuovo reato.

"DECRETO RISTORI" E NUOVE MISURE PER IL CONTENIMENTO DEL VIRUS ALL'INTERNO DEGLI ISTITUTI PENITENZIARI: LICENZE PREMIO STRAORDINARIE PER I DETENUTI IN REGIME DI SEMILIBERTÀ

Sabrina Tirabassi*

Con la fine del periodo estivo, una nuova ondata di contagi sta interessando l'intero pianeta, generando una situazione che giorno dopo giorno è sempre meno gestibile e coinvolge ogni aspetto della società, tra cui l'ambito penitenziario.

Nonostante le diverse e variegate misure adottate da mesi, rimane molto difficile arginare e contenere l'espansione del *virus*, soprattutto in quei luoghi, come appunto il carcere, in cui il contatto con il "mondo esterno" è un diritto del detenuto, fa parte integrante di quel programma di trattamento finalizzato alla rieducazione e alla risocializzazione e la cui limitazione costituisce indubbiamente "una pena della pena".

Molti gli interessi da contemperare in tutta la società e in particolare nella *sub*-società carceraria: il primo e in questo particolare momento il più importante, il diritto alla salute, cui si aggiunge il diritto alla pubblica sicurezza, alla rieducazione, al lavoro, a mantenere i rapporti familiari.

Al fine di contenere il rischio di contagio all'interno degli istituti di pena e, contemporaneamente, non sacrificare le aspettative dei detenuti, si è cercato di far uso di tutti gli strumenti previsti all'interno dell'ordinamento penitenziario.

I provvedimenti adottati con i precedenti decreti, tuttavia, non sono stati sufficienti a contenere il rischio di contagio e quindi, preso atto di questa nuova fase di emergenza, si è ritenuto di dover intervenire nuovamente con un provvedimento che, tra le varie tematiche, torna ad occuparsi degli istituti penitenziari.

Nell'ambito del titolo III dell'ultimo d.l. n. 137 del 28 ottobre 2020 intitolato "*Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*" (c.d. Decreto Ristori), sono state inserite tre norme finalizzate a contenere il rischio di espansione del Covid-19 all'interno degli istituti penitenziari.

* Avvocato del Foro di Roma.

In particolare, l'art. 28 del d.l. n. 137/2020, ricalcando il precedente art. 124 contenuto nel primo decreto "Cura Italia", prevede la possibilità di concedere licenze straordinarie per i detenuti ammessi al regime di semilibertà. Si tratta di permessi particolari attraverso i quali poter trascorrere fuori dal carcere interi periodi di durata anche superiore ai quarantacinque giorni all'anno (termine indicato dall'art. 52 ord. pen.), accordati ai detenuti già sottoposti alla misura della semilibertà, salvo che il magistrato di sorveglianza ritenga esistenti gravi motivi ostativi alla concessione della misura; permessi la cui durata potrà estendersi sino al 31 dicembre 2020.

Sostanzialmente la norma in commento, così come quella indicata nel decreto n. 18/2020 all'art. 124, richiama l'art. 52 ord. pen., inserito nell'ambito del titolo dedicato al trattamento penitenziario e più specificamente alla misura della semilibertà, con l'aggiunta del limite dei gravi motivi ostativi.

Come è noto, il regime di semilibertà consente al detenuto di uscire, nel corso della giornata, dall'istituto di pena al fine di svolgere attività di studio, formazione, lavoro, per poi farvi rientro a fine giornata. Si tratta di un istituto che permette al condannato di consolidare il percorso di recupero, attuato all'interno del carcere, attraverso un reinserimento graduale e controllato nell'ambiente esterno.

Nell'applicazione di tale regime, la previsione di cui all'art. 52 ord. pen. consente di mitigare ancora di più quello *status* di detenuto al quale, nei casi in cui quest'ultimo si dimostri meritevole, viene data la possibilità di trascorrere interi periodi di tempo fuori dal carcere.

In questo particolare periodo storico, proprio tale ultima caratteristica ha portato alla scelta di utilizzare lo strumento della licenza straordinaria, al fine di raggiungere un preciso obiettivo: impedire che il condannato sottoposto alla semilibertà, entrando in contatto con persone ed ambienti esterni all'istituto penitenziario e facendovi rientro a fine giornata, possa facilitare l'introduzione e la circolazione del *virus*, mettendo a rischio la salute degli altri detenuti e di tutte le persone, tra cui agenti di polizia penitenziaria, personale amministrativo, psicologi, esperti ecc., che prestano la loro attività professionale all'interno della struttura detentiva.

Andando, tuttavia, a leggere con attenzione il testo della norma del decreto Ristori, emerge *ictu oculi* una differenza con l'art. 52 ord. pen., potenzialmente foriera di dubbi interpretativi. Non appare, infatti, particolarmente opportuna la scelta di inserire nella rubrica della norma il riferimento a "*licenze premio straordinarie*", per poi non indicare espressamente all'interno del testo il riferimento alla licenza concessa «*a titolo di premio*», così come avviene nell'art. 52 ord. pen.

Non si comprende bene se il carattere di straordinarietà debba solo individuarsi nel fatto che tali licenze possono avere una durata superiore ai quarantacinque giorni all'anno, da estendersi non oltre il 31 dicembre 2020, o se debba anche essere ricondotto al fatto che, trattandosi di una previsione che deve far fronte ad una situazione di grave crisi sanitaria, necessiti di una applicazione immediata e quanto più estesa possibile, per la quale la caratteristica di essere indirizzata a condannati particolarmente meritevoli possa ritenersi superata.

Per tale ultima soluzione, nonostante la rubrica della norma, farebbe propendere l'indicazione relativa alla valutazione da parte del magistrato di sorveglianza di gravi motivi ostativi: considerato, infatti, che per i detenuti ammessi al regime di semilibertà la durata della licenza possa essere superiore a quarantacinque giorni all'anno e che tale concessione non debba necessariamente presentare carattere di premialità,

è quanto meno richiesta l'insussistenza di gravi motivi ostativi, rimessa alla valutazione discrezionale del magistrato di sorveglianza.

Non solo. Se la licenza straordinaria dovesse essere applicata solo a titolo di premio, verrebbe meno il fine per il quale, in questo momento di grave emergenza, si è pensato ad un uso straordinario di tale misura: è chiaro, infatti, che l'esclusione dell'applicazione di questi permessi per i condannati non particolarmente meritevoli, ma comunque già sottoposti al regime di semilibertà, consentirebbe quella continua alternanza tra fuori e dentro il carcere che farebbe aumentare il rischio di contagio e renderebbe inutile l'inserimento dell'art. 28 nell'ambito del titolo dedicato alle *Misure in materia di salute e sicurezza e altre disposizioni urgenti*.

Al di là delle questioni relative alla formulazione della norma, appare comunque realistico ipotizzare che l'utilizzo della licenza straordinaria sia idonea a limitare il contagio tra le persone all'interno degli istituti penitenziari, contribuendo a ridurre le probabilità che il *virus* possa "invadere" interi istituti, con tutto ciò che ne conseguirebbe in termini di pregiudizio alla sicurezza pubblica, al mantenimento dell'ordine, al diritto alla salute. Non è un caso, infatti, che la norma sia stata inserita, per la seconda volta, all'interno di quelle disposizioni con le quali si sta cercando di gestire questa seconda grave ondata di contagi.

"DECRETO RISTORI" E NUOVE MISURE PER LA PARTECIPAZIONE ALLE UDIENZE E IL DEPOSITO DI ATTI

Mattia Romano*

Sommario: 1. *Sub* art. 23 – Attività d'indagine e trattazione delle udienze. – **1.1.** Attività d'indagine. – **1.2** Udienze. – **1.3.** Cassazione. – **2.** *Sub* art. 24 – Attività di deposito. – **3.** Osservazioni "a prima lettura".

Il – prevedibile – avvento della seconda ondata della pandemia da Covid-19, ha costretto il Governo a ricorrere nuovamente alla decretazione d'urgenza per far fronte al nuovo acuirsi dell'emergenza.

Con il D.L. 137/2020, c.d. "Decreto Ristori", e in specie con gli artt. 23 e 24, rispettivamente rubricati "*disposizioni per l'esercizio dell'attività giurisdizionale nella vigenza dell'emergenza da Covid-19*" e "*disposizioni per la semplificazione delle attività di deposito di atti, documenti e istanze nella vigenza dell'emergenza epidemiologica*", si è cercato di trovare delle – più o meno condivisibili – soluzioni temporanee alle inevitabili disfunzioni patite dal "sistema giustizia" in ragione delle misure adottate per arginare il diffondersi dell'epidemia.

1. *Sub* art. 23 – Attività d'indagine e trattazione delle udienze.

La prima delle succitate disposizioni si occupa della disciplina delle modalità d'espletamento delle indagini e delle udienze in costanza del periodo emergenziale.

* Primo Segretario della XLII Conferenza dei Giovani Avvocati di Roma e dottorando di ricerca in *Medium* e *Medialità* presso l'Università degli Studi *e-Campus*.

1.1. Attività d'indagine.

Con riferimento al primo tema, si prevede che il pubblico ministero e la polizia giudiziaria possano avvalersi di collegamenti da remoto per compiere atti che richiedono la partecipazione dell'indagato, della persona offesa, oltre che del difensore, dei consulenti o di "altre persone", così ricomprendendosi anche le attività di escussione a sommarie informazioni di persone informate sui fatti.

Viene tuttavia fatta salva la possibilità per il difensore dell'indagato di opporsi all'utilizzo di tale modalità laddove l'atto richieda la sua presenza.

In tal caso, i soggetti tenuti a partecipare all'atto d'indagine saranno tempestivamente invitati a presentarsi presso l'ufficio di p.g. più prossimo alla residenza del soggetto interessato (sempre che detto ufficio sia dotato degli strumenti idonei al collegamento).

La norma prevede, inoltre, che il compimento dell'atto dovrebbe avvenire assicurando la possibilità per l'indagato di consultarsi riservatamente con il proprio difensore, il quale potrà partecipare anche da remoto.

Con le medesime modalità sin qui riportate sarà possibile altresì procedere all'interrogatorio di garanzia da parte del giudice.

1.2. Udienze.

Anche le udienze, all'evidenza, patiranno delle severe restrizioni: la pubblicità verrà sacrificata del tutto, facendo assurgere a regola generale l'eccezione prevista dall'art. 472, co. 3 del codice di rito (che permette al giudice di celebrare l'udienza a porte chiuse per tutelare la pubblica igiene).

I soggetti ristretti parteciperanno da remoto, secondo le modalità che saranno indicate con provvedimento *ad hoc* del Direttore generale dei sistemi informativi del Ministero, applicandosi, per quanto compatibili, le disposizioni sul dibattimento a distanza, di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'articolo 146-*bis* Disp. Att. c.p.p..Per converso, è abrogata *tout court* la disciplina prevista dal co. 9 dell'art. 221 del D.L. 34/2020, introdotto in sede di conversione, per cui la partecipazione avveniva da remoto *con il consenso delle parti* che, dunque, almeno "a prima lettura" parrebbe non essere più necessario.

Le udienze che non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal P.M., dalle parti e dai difensori *potranno* essere svolte da remoto, secondo le modalità previste nel (futuro) provvedimento *ad hoc* già citato *supra*.

In tali casi, sarà inoltre onere dei difensori attestare l'identità dei soggetti assistiti, i quali, se liberi o sottoposti a misure cautelari diverse dalla custodia in carcere, potranno partecipare all'udienza **esclusivamente dalla medesima postazione da cui si collega il difensore**.

Una siffatta previsione, specie in un momento in cui si è tanto attenti alla tutela del diritto alla salute lascia – quantomeno – perplessi, essendo parecchio complicato mantenere le distanze di sicurezza dovendo partecipare non solo dal medesimo luogo, ma connessi attraverso il medesimo dispositivo.

Anche le udienze di convalida potranno tenersi da remoto.

Tuttavia, le modalità da remoto non si applicheranno, salvo consenso delle parti, laddove debbano essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti o allorché debba tenersi la discussione.

Va da sé che, laddove verrà utilizzato il procedimento da remoto ove l'organo giudicante abbia natura collegiale, anche le camere di consiglio saranno "virtuali", in quanto i giudici non saranno fisicamente compresenti nel medesimo luogo.

1.3. Cassazione.

Anche i giudizi di legittimità patiranno dei – non indifferenti – adattamenti in ragione dell'emergenza in atto.

La regola per il dibattimento innanzi alla Suprema Corte sarà la trattazione in camera di consiglio senza l'intervento del P.G. né dei difensori, fatta salva la possibilità di richiedere espressamente (a mezzo PEC), entro il termine perentorio di venticinque giorni liberi prima dell'udienza, che si proceda alla discussione orale.

La requisitoria del P.G. dovrà essere spedita a mezzo PEC alla cancelleria entro il quindicesimo giorno antecedente all'udienza.

Sarà onere della cancelleria inviare ai difensori, sempre a mezzo PEC, l'atto contenente le richieste del P.G., e entro il quinto giorno antecedente all'udienza, i difensori saranno tenuti all'invio delle proprie conclusioni all'indirizzo PEC della cancelleria competente.

Il dispositivo, la cui deliberazione avverrà anch'essa da remoto, sarà comunicato alle parti.

Le previsioni *de quibus*, tuttavia, non troveranno applicazione nei procedimenti la cui udienza di trattazione ricada entro il termine di quindici giorni dall'entrata in vigore del Decreto in analisi.

Per converso, i procedimenti la cui udienza ricada tra il sedicesimo e il trentesimo giorno dall'entrata in vigore la richiesta di discussione orale potrà essere formulata **entro dieci giorni** dall'entrata in vigore del decreto.

2. *Sub* art. 24 – Attività di deposito.

In deroga a quanto previsto dall'articolo 221, co. 11, D.L. n.34/2020 e ss. modificazioni, fino alla cessazione dello stato d'emergenza, il deposito di memorie, documenti, richieste ed istanze indicate *ex* art. 415-*bis*, co. 3 dovrà avvenire unicamente mediante il portale del processo penale telematico individuato con provvedimento *ad hoc* del Direttore generale dei sistemi informativi del Ministero.

Ai fini dell'attestazione dell'avvenuto deposito farà fede la ricevuta di accettazione da parte dei sistemi ministeriali.

Per converso, il deposito a mezzo PEC non avrà alcun valore di legge.

Una siffatta previsione lascia particolarmente perplessi in quanto sarebbe stato ragionevole permettere altresì il deposito a mezzo PEC, quantomeno nella fase di "assestamento" del sistema, atteso che il processo penale telematico (che, ben inteso, è auspicabile e necessario solo con riferimento alle attività di deposito e consultazione), allo stato, è solo un'utopia.

Ad ogni buon conto, la Direzione Generale dei servizi informatici ha provveduto ad approntare un manuale per l'utente, così da provare a limitare i danni dovuti all'inesperienza con il nuovo strumento.

In via programmatica, si prevede altresì di individuare con futuri decreti ministeriali ulteriori atti per i quali sarà possibile avvalersi delle medesime modalità di deposito.

In ogni caso, anche per tutti gli altri atti, documenti e istanze, in costanza di periodo emergenziale, sarà consentito il deposito a mezzo PEC.

Tuttavia, tale deposito, per avere valore legale, dovrà essere effettuato presso gli indirizzi PEC degli uffici giudiziari indicati in apposito provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati e pubblicato sul Portale dei servizi telematici.

3. Osservazioni "a prima lettura".

Le disposizioni analizzate appaiono, come anche le precedenti discipline emergenziali, improntate alla compressione ed al sacrificio di principi basilari per il processo penale, quali la pubblicità delle udienze e l'oralità (ancorché solo parzialmente e unicamente con riferimento alle udienze di legittimità) al fine di tutelare la salute di – quasi – tutti i soggetti del processo penale.

Ed infatti, come spesso è già accaduto in passato, il legislatore "dimentica" di prevedere adeguate tutele per il difensore che, laddove l'imputato decida di partecipare da remoto all'udienza, dovrà assistere dal medesimo dispositivo del proprio assistito.

La *ratio* di tutela della salute, principio costituzionalmente garantito e certamente irrinunciabile, è indubbia.

Per converso, dubbia pare l'operatività pratica in tempi utili di taluni dei rimedi previsti.

Infine, si spera di non dover dubitare del fatto che, ad emergenza finita, saremo capaci di riappropriarci pienamente dei principi processuali caratterizzanti il procedimento penale, senza "assuefarci" alle compressioni degli stessi imposte dallo stato emergenziale.

SE LA CASSAZIONE CERTIFICA LA SUPERIORITÀ DEL PUBBLICO MINISTERO RISPETTO ALLA DIFESA: IL CASO DELLA CONSULENZA "ASSISTITA DA UNA SOSTANZIALE PRIORITÀ"

Fabrizio Galluzzo*

Cass., Sez. III, 18 febbraio 2020 (dep. 29 maggio 2020), n. 16458.
Presidente Ramacci – Relatore Galterio

La sentenza della terza sezione penale della Corte di cassazione che si commenta brevemente qui di seguito non aveva, probabilmente, l'ambizione di suscitare l'interesse che ha, invece, guadagnato tra gli operatori del diritto[1] per la naturalezza con la quale sancisce un principio apparentemente innovativo, oltre che ardito, ma in effetti da tempo annidato tra le maglie di certe motivazioni della Suprema Corte.

Il risvolto processuale che ci interessa si inserisce in un ordinario processo per abuso edilizio.

L'occasione per esprimere il principio che occorre fermamente stigmatizzare è rappresentato dall'impugnazione del ricorrente fondata sulla maggiore attendibilità che i giudici di merito avevano attribuito alla consulenza resa dal tecnico incaricato dal pubblico ministero rispetto all'elaborato predisposto dal consulente della difesa: sin qui nulla di inconsueto o di particolarmente rilevante.

Tanto vale anche per i passaggi della sentenza di legittimità nella quale, in riferimento alla fattispecie concreta, si rileva che la consulenza della difesa non aveva avuto la capacità di contrastare i rilievi avanzati nell'elaborato realizzato dal consulente dell'accusa.

Da qui parte il passaggio della sentenza che si potrebbe definire eccentrico se non fosse disvelatore di una considerazione che i "mal pensanti" da tempo sospettano:

* Avvocato del Foro di Roma, Dottore di ricerca in Diritto e Procedura penale presso Sapienza Università di Roma.

1 La sentenza è stata commentata, ex plurimis, da B. Romano, Il coming out della Cassazione. Il processo accusatorio a parti disuguali, in *www.dirittodidifesa.eu*, 16 ottobre 2020; G.D. Caiazza, *Per la Cassazione valgono più i consulenti dell'accusa che della difesa?*, in *Il dubbio*, 11 ottobre 2020; F. Giunta, I consulenti delle parti sono uguali davanti al giudice (ma quello del PM è più credibile), in Discrimen, 6 ottobre 2020; G. Bergamaschi, La parità delle parti e quel minus habens del consulente dell'imputato, in *www.ilpenalista.it*, 1 ottobre 2020.

le conclusioni della consulenza del pubblico ministero, afferma la Corte, "pur costituendo anch'esse il prodotto di un'indagine di parte devono ritenersi assistite da una sostanziale priorità rispetto a quelle tratte dal consulente tecnico della difesa".

Ciò perché, è il passaggio successivo della tesi (corroborato, secondo la Corte, da un precedente, in verità abbastanza risalente, isolato e neanche mai massimato[2]), essendo il pubblico ministero una parte che avrebbe "per proprio obiettivo quello della ricerca della verità" ed il consulente da lui nominato una sua derivazione che, come tale, non potrebbe non ereditarne la stessa competenza ed imparzialità, elaborato da questi redatto, "pur non potendo essere equiparato alla perizia disposta dal pubblico ministero" (e qui si sfiora l'affermazione della superfluità del dibattimento!: n.d.r.), "è pur sempre il frutto di un'attività di natura giurisdizionale".

In buona sostanza, secondo la Corte, l'attività del consulente del pubblico ministero avrebbe ontologicamente un valore maggiore di quella della difesa perché, già a partire dalle indagini preliminari la stessa avrebbe una "natura giurisdizionale" che, si deve dedurre, deriverebbe esclusivamente dal fatto che il pubblico ministero è come Giano bifronte: è una parte processuale quando conviene che assuma tale veste, ma, ben più frequentemente, è invece un magistrato, in barba al modello di principio accusatorio che le difese si ostinano a ritenere operante nel nostro ordinamento.

In effetti non si comprende come potrebbe avere carattere giurisdizionale un elaborato di parte realizzato in una fase procedimentale nella quale non si svolge un contraddittorio tra le parti dinanzi ad un giudice terzo ma si assiste esclusivamente ad un confronto tra le prospettive delle parti che si sviluppa eventualmente, e con un regime molto differente, in dibattimento.

Ma il principio della presunzione di superiorità della consulenza del pubblico ministero (che riporta alla memoria equazioni simili ed altrettanto discutibili, introdotte in altri ambiti: il pensiero va, ad esempio, alla diversa valenza attribuita alle investigazioni difensive rispetto alle indagini del pubblico ministero[3]) viene arricchito di altri corollari che suscitano perplessità ancora maggiori: il pubblico ministero stesso che non è portatore di interessi di parte; il pubblico ministero che ha per obiettivo la ricerca della verità; e chi più ne ha più ne metta.

Le "sgrammaticature"[4] della sentenza in esame sono davvero troppe per non essere segnalate.

Tralasciando il lapsus freudiano che compare nel considerato in fatto ("la perizia del pubblico ministero") che, se la sentenza non si dipanasse come sin qui visto potrebbe essere catalogato nella categoria dell'errore materiale, è evidente che non sia accettabile la negazione della natura di parte del pubblico ministero, non mitigabile con l'obbligo in capo allo stesso di cercare anche gli elementi di prova in favore dell'indagato.

Così come l'attribuzione alla pubblica accusa di un obiettivo che, al limite, è del giudice (la ricerca della verità) ed, in fondo, perché no, della difesa.

---

2 Cass., Sez. II, 24 settembre 2014, n. 42937.

3 Sul punto F. Galluzzo, Il consenso dell'imputato nei procedimenti speciali, Cedam, 2020, 72 ss.

4 L'espressione è di R. Kostoris, Una grave mistificazione inquisitoria: la pretesa fede privilegiata del responso del consulente tecnico dell'accusa, in *www.sistemapenale.it*, 28 settembre 2020.

Né, tanto meno, è sostenibile la presunzione di oggettività delle considerazioni del consulente incaricato dal pubblico ministero.

L'ultima è, forse, tra le considerazioni più ardite: basti pensare che il consulente, quando viene esaminato in dibattimento, non è tenuto al giuramento, a meno di non cadere nella forzatura dell'assimilazione con il testimone[5]; e le sue argomentazioni, per definizione, sono volte a sostenere un'ipotesi accusatoria, così come l'elaborato del consulente della difesa è finalizzato ad ottenere vantaggi processuali per l'imputato.

Affermare il contrario rappresenterebbe non solo un'ipocrisia, ma un evidente errore giuridico.

La speranza è, allora, che la pronuncia in esame rimanga isolata nel tempo come lo è stata quella del 2014 che viene richiamata a supporto della presente e che si tratti, quindi, di una mera svista della Corte e non di una conferma del sospetto avanzato in premessa.

Che si proceda a confutare le osservazioni di una consulenza di parte quando queste sono erronee, atecniche, magari spudoratamente partigiane.

Ma lo si faccia anche nei confronti delle considerazioni contenute nella consulenza del pubblico ministero la cui attività, quale parte, sia pure *sui generis*, non può che essere valutata pariteticamente a quella dell'imputato, mediante un effettivo svolgimento del contraddittorio.

A meno di non voler fornire un altro comodo assist a chi invoca la separazione delle carriere.

[5] Sempre R. Kostoris, *La pretesa vocazione testimoniale del consulente tecnico investigativo dell'accusa tra codice, Costituzione e diritto europeo*, in *Giur. cost.*, 2014, 2617, ss., censura tale erronea impostazione.

PROFILI PENALI DEL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE DINANZI AI CONSIGLI DISTRETTUALI DI DISCIPLINA FORENSI*

Fabio Ballarini*

Sommario: 1. Inquadramento sistematico – **2.** Natura giuridica del procedimento disciplinare. – **3.** Azione disciplinare e procedimento penale – **4.** La sospensione cautelare. – **5.** Considerazioni conclusive.

1. Inquadramento sistematico.

Nel regime normativo previgente alla L. 247/2012, risalente ai regi decreti n. 1578 del 1933 e n. 37 del 1934[1], sussisteva una concentrazione in capo ai singoli Consigli

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Consigliere del Consiglio distrettuale di disciplina forense del Distretto di Corte d'appello di Roma.

[1] "La competenza a procedere disciplinarmente apparteneva tanto al Consiglio dell'Ordine deputato alla custodia dell'albo in cui il professionista era iscritto, quanto al Consiglio nella giurisdizione del quale era avvenuto il fatto per cui si procedeva. Il procedimento disciplinare era iniziato di ufficio o su richiesta del pubblico ministero presso la Corte d'appello o il tribunale, ovvero su ricorso dell'interessato. Il potere disciplinare nei confronti degli avvocati membri di un Consiglio dell'Ordine spettava al C.N.F. Il rito prevedeva che, giunta la comunicazione dell'illecito disciplinare, il presidente del Consiglio dell'Ordine desse immediata comunicazione all'interessato ed al pubblico ministero dell'avvio del procedimento disciplinare. La comunicazione doveva contenere l'enunciazione sommaria dei fatti per i quali il procedimento era stato iniziato. Lo stesso presidente, o un componente del Consiglio da lui delegato, raccoglieva quindi le opportune informazioni ed i documenti ritenuti necessari ai fini del procedimento nonché le deduzioni pervenute dall'incolpato e dal pubblico ministero indicando i testimoni utili per l'accertamento dei fatti e provvedendo ad ogni altra indagine. Inoltre, il presidente nominava il relatore tra i componenti del Consiglio e fissava la data della seduta per il giudizio, ordinando la citazione dell'incolpato, con l'osservanza di un termine non inferiore a dieci giorni. La citazione era notificata all'incolpato ed al pubblico ministero e doveva necessariamente contenere: 1) le generalità dell'incolpato; 2) la menzione circostanziata degli addebiti; 3) l'indicazione del luogo, del giorno e dell'ora della comparizione, con l'avvertimento della possibilità di essere assistito da un difensore e che, in caso di mancata comparizione, si sarebbe comunque proceduto al giudizio in sua assenza; 4) l'elenco dei testimoni presentati in giudizio; 5) il termine entro il quale l'incolpato, il suo difensore e il pubblico ministero avrebbero potuto prendere visione degli atti del procedimento, proporre deduzioni

degli Ordini delle funzioni di impulso dell'azione disciplinare, di istruttoria e di decisione, con una impropria osmosi della fase requirente e decisoria a cui era necessario porre rimedio.

Il Legislatore, ha istituito, dal gennaio 2015, i Consigli Distrettuali di Disciplina (nel prosieguo CDD) ovvero gli organismi ai quali la nuova legge dell'ordinamento professionale forense conferisce il compito del controllo disciplinare sugli avvocati iscritti all'albo.

I CDD sono costituiti su base distrettuale, garantiscono il controllo disciplinare in assoluta imparzialità, visto che il nuovo sistema elimina ogni connessione tra eletto ed elettore. Ed invero, i componenti dei consigli distrettuali di disciplina sono eletti dai consiglieri dei consigli dell'ordine del distretto, riuniti in distinti seggi elettorali, su base capitaria e democratica, con il rispetto della rappresentanza di genere.

Nell'ambito del procedimento disciplinare demandato ai CDD le fonti normative risultano costituite dalla L. 274/2012 (Titolo V, artt. 50 a 67), dal Regolamento n. 2/2014 del C.N.F. ed ovviamente dal nuovo Codice Deontologico Forense[2].

L'art. 65 della L. n. 247 del 2012, testualmente recita che "*le norme contenute nel codice deontologico si applicano anche ai procedimenti disciplinari in corso al momento della sua entrata in vigore, se più favorevoli per l'incolpato*". Sotto un profilo sostanziale il NCDF, è informato al principio della tipizzazione della condotta disciplinarmente rilevante, "*per quanto possibile*"[3].

ed indicare testimoni; 6) la data e la sottoscrizione del presidente. Ove intendessero indicare testimoni, l'incolpato ed il pubblico ministero avrebbero dovuto esporre sommariamente le circostanze sulle quali farli esaminare. Il presidente del Consiglio dell'Ordine ordinava la citazione dei testimoni indicati. Ove non fosse possibile provvedere tempestivamente per la citazione dei testimoni, il presidente ordinava il rinvio del giudizio ad altra seduta, dandone immediatamente comunicazione all'incolpato, al pubblico ministero ed ai testimoni già citati. Nella seduta stabilita, il relatore esponeva i fatti e le risultanze del procedimento; veniva interrogato l'incolpato e venivano esaminati i testimoni; il difensore era infine ammesso ad esporre le sue deduzioni. L'ultima parola spettava all'incolpato. Nel caso in cui l'incolpato non si fosse presentato e non avesse giustificato il proprio legittimo impedimento, si sarebbe proceduto in sua assenza. Chiusa la discussione, il Consiglio deliberava; alla deliberazione non erano ammessi l'incolpato ed il suo difensore. Si osservavano, in quanto applicabili, le disposizioni dell'art. 527 del nuovo codice di rito. La decisione era redatta dal relatore e doveva contenere l'esposizione dei fatti, i motivi sui quali si era fondato il dispositivo, l'indicazione del giorno, del mese e dell'anno in cui era stata pronunziata e la sottoscrizione del presidente e del segretario. La decisione era pubblicata mediante deposito dell'originale negli uffici di segreteria". (cfr. V. Ventura, *Compendio di Ordinamento e Deontologia Forense*, Cap. V, 85 e ss.).

[2] L'art. 38 del r.d.l. n. 1578 del 1933 prevedeva che gli avvocati che si rendessero colpevoli di abusi o mancanze nell'esercizio della professione o comunque di fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale fossero sottoposti a procedimento disciplinare. Detta disposizione prevedeva un'anacronistica clausola di riserva: all'art. 38 era infatti fatto rinvio al codice di procedura penale con la dicitura «salvo quanto stabilito negli artt. 130, 131 e 132 del codice di procedura penale». Il riferimento è al codice di rito del 1930, che disciplinava le sanzioni contro il difensore dell'imputato che abbandona la difesa (art. 130), o provvedimenti per la sostituzione del difensore (art. 131) e l'abbandono della difesa di altre parti (art. 132).
Cfr. https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/51913/LA_PROF_FORENSE_ONLINE_31_3_2017.pdf/910c832f-33ad-4ca7-ac10-f75c536d0b28.

[3] Il nuovo Codice Deontologico Forense è informato al principio della tipizzazione della condotta disciplinarmente rilevante, "per quanto possibile" (art. 3 c. 3 L. 247/2012), poiché la va-

Poiché la variegata e potenzialmente illimitata casistica di tutti i comportamenti anche della vita privata costituenti illecito disciplinare non ne consente una individuazione dettagliata e tassativa, ove l'illecito non sia stato espressamente previsto/tipizzato dalla fonte regolamentare, deve quindi essere ricostruito sulla base della legge e del Codice Deontologico, a mente del quale l'avvocato "*deve essere di condotta irreprensibile*"[4].

Nel caso di illecito atipico, inoltre, per la determinazione della relativa pena dovrà farsi riferimento ai principi generali ed al tipo di sanzione applicabile in ipotesi che presentino, seppur parzialmente, analogie con il caso specifico[5].

Nell'ambito del procedimento disciplinare poi, l'applicazione delle norme di diritto sostanziale riconducibili al codice deontologico forense si caratterizzano per il fatto che le sanzioni disciplinari ivi contenute hanno natura amministrativa con la conseguenza che, con riferimento al regime giuridico della prescrizione, non è applicabile lo *jus superveniens*, ove più favorevole all'incolpato[6].

Peraltro, mentre la nuova legge professionale è entrata in vigore il 2 febbraio 2013 le due restante fonti sono entrate entrambe in vigore il 1° gennaio 2015. Ne consegue che, possono pertanto costituire oggetto di indagine gli illeciti deontologici commessi: prima dell'entrata in vigore della legge professionale, ovvero, successivamente ad essa così come i fatti commessi tra l'entrata in vigore della L. 247/2012 ed il NCD. Nella casistica vanno altresì annoverati gli illeciti deontologici permanenti[7], per fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge professionale, nei quali la condotta è connotata dalla continuità della violazione deontologica che è destinata a protrarsi fino alla sua effettiva cessazione. Ai sensi dell'art. 56 L. n. 247/2012, l'azione disciplinare si prescrive nel termine di sei anni (comma 1), che decorre dalla commissione del fatto o dalla cessazione della sua permanenza ovvero, se questo costituisce anche reato per cui sia stato promosso procedimento penale, dalla data di definizione del processo stesso con sentenza irrevocabile; l'interruzione della prescrizione fa decorrere un

---

riegata e potenzialmente illimitata casistica di tutti i comportamenti (anche della vita privata) costituenti illecito disciplinare non ne consente una individuazione dettagliata, tassativa e non meramente esemplificativa. Conseguentemente, ove l'illecito non sia stato espressamente previsto (*rectius*, tipizzato) dalla fonte regolamentare, deve quindi essere ricostruito sulla base della legge (art. 3 c. 3 cit.) e del Codice Deontologico, a mente del quale l'avvocato "deve essere di condotta irreprensibile" (art. 17 c. 1 lett. h). Nel caso di illecito atipico, inoltre, per la determinazione della relativa pena dovrà farsi riferimento ai principi generali ed al tipo di sanzione applicabile in ipotesi che presentino, seppur parzialmente, analogie con il caso specifico. (cfr. Consiglio Nazionale Forense pres. Mascherin, rel. Masi, sentenza n. 83 del 18 settembre 2019).

4 Art. 17 c. 1 lett. h L. 247/2012.

5 Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Masi), sentenza n. 83 del 18 settembre 2019

6 Trattasi di interpretazione della portata della disposizione contenuta nella L. n. 247 del 2012, articolo 65 "*le norme contenute nel codice deontologico si applicano anche ai procedimenti disciplinari in corso al momento della sua entrata in vigore, se più favorevoli per l'incolpato*", che ne esclude l'estensione al regime della prescrizione. (Corte di Cassazione, S.U., sent. 28 febbraio 2020, n. 5596).

7 È il caso, ad esempio, dell'avvocato che si appropri dell'importo dell'assegno emesso a favore del proprio assistito dalla controparte soccombente in un giudizio civile (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., sentenza n. 5200/19).

nuovo termine di cinque anni (comma 3), ma in nessun caso il termine prescrizionale complessivo può essere superiore a sette anni e sei mesi[8].

Per quanto invece concerne le norme di procedura la giurisprudenza delle Sezioni Unite [9] ha chiarito che nel procedimento disciplinare trovano applicazione le norme particolari che, per ogni singolo istituto, sono dettate dalla legge professionale e, in mancanza, nelle fasi innanzi al CNF in grado di appello, quelle del codice di procedura civile, mentre le norme del codice di procedura penale si applicano soltanto nelle ipotesi in cui la legge professionale vi faccia espresso rinvio, ovvero allorché sorga la necessità di applicare istituti che hanno il loro regolamento esclusivamente nel codice di procedura penale. Innanzi al CDD "*... per quanto non specificamente disciplinato...*" nella L. 247/12 o nel Regolamento n. 2/14 CNF, si applicano in via sussidiaria, "*... le norme del codice di procedura penale se compatibili*" (art. 59, lett. n) L. 247/12).

2. Natura giuridica del procedimento disciplinare.

Il procedimento disciplinare ha natura amministrativa e si svolge secondo i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, non si applica tanto l'art. 111 Cost. (con i correlativi ivi enunciati principi del giusto processo, pertinenti alla sola attività giurisdizionale), quanto piuttosto l'art. 97, comma 1, Cost., secondo il quale vanno assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione [10].

In un recente arresto le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione[11], hanno ulteriormente chiarito che il procedimento disciplinare di primo grado ha sì natura amministrativa, ma speciale e, pertanto, non trovano applicazione l'art. 24 Cost. e l'art. 6 CEDU in tema di ragionevole durata del processo, né l'art. 2 l. n. 241/1990 sulla durata del procedimento amministrativo, giacché la mancata previsione di un termine finale del procedimento disciplinare è coessenziale al fatto che esso debba avere una durata sufficiente per consentire all'incolpato di sviluppare compiutamente la propria difesa.

La natura amministrativa e non giurisdizionale del procedimento disciplinare si riverbera anche rispetto alla natura provvedimentale (e non giurisdizionale) del relativo provvedimento sanzionatorio. In sintesi:

- le udienze in sede disciplinare non saranno accessibili al pubblico, essendo la pubblicità delle udienze tipica dei processi e non dei procedimenti amministrativi;

[8] Corte di Cassazione (pres. Lombardo, rel. Garri), SS.UU, sentenza n. 23746 del 28 ottobre 2020

[9] Cass. SSUU 3.11.2020 n. 24373

[10] CNF pres. Mascherin, rel. Napoli, sentenza n. 148 del 6 dicembre 2019.

[11] Cfr. Corte di Cassazione, sez. Unite Civili, sentenza 15 settembre – 27 ottobre 2020, n. 23593 Presidente Curzio – Relatore Carrato «*il procedimento disciplinare di primo grado ha sì natura amministrativa, ma speciale, in quanto disciplinato specificamente dalle norme dell'ordinamento forense, che non contengono termini perentori per l'inizio, lo svolgimento e la definizione del procedimento stesso davanti al Consiglio territoriale all'infuori di quelli posti a tutela del diritto di difesa, nonché di quello di prescrizione dell'azione disciplinare*».

- saranno applicabili le regole sul procedimento e sul provvedimento amministrativo relative alla motivazione, accesso agli atti, contraddittorio, esercitabilità dell'autotutela (revoca, modifica, annullamento, sospensione) previste dalla L. 241/90 mentre non lo saranno quelle per i procedimenti giurisdizionali previste nei codici di rito quali accompagnamento coattivo di testimoni, obbligo di difesa tecnica tramite avvocati, dovere di giuramento per i testimoni, cause di impedimento a comparire *ex* art.486 c.p.c. etc.;
- non sarà possibile sollevare questioni di illegittimità costituzionale[12] o invocare il principio del *ne bis in idem*[13] o quello del *favor rei*;
- non si applicherà la sospensione feriale dei termini; [14]
- non sarà possibile la costituzione di parte civile da parte dell'esponente (cliente, collega) né riti alternativi di derivazione processual penalistica (es: patteggiamento-abbreviato) ovvero l'applicabilità alle sanzioni disciplinari, quali provvedimenti amministrativi, degli istituti della amnistia, grazia, indulto e condono, che riguardano le sole sanzioni penali.

Peraltro, l'art. 59, comma I, lett. n, l.p.f. e art. 10 del regolamento n. 2/2014 CNF, prevedono che per quanto non espressamente previsto, si applicano le norme del codice di procedura penale, in quanto compatibili[15].

Su questo crinale, al procedimento disciplinare si applica il principio del libero convincimento del giudice, vale a dire che il giudice deontologico ha ampio potere discrezionale nel valutare la conferenza e la rilevanza delle prove acquisite nel corso del procedimento disciplinare[16] e può procedere alle sole indagini ritenute necessarie per l'accertamento dei fatti per cui la mancata ammissione della prova sollecitata

---

12 Tale facoltà prevista e consentita a livello normativo dall' art. 1, l. 9 febbraio 1948 n. 1, e dall'art. 23, l. 11 marzo 1953 n. 87 solo "nel corso di un giudizio innanzi ad una autorità giurisdizionale".

13 La doppia affermazione di responsabilità, in sede penale ed amministrativa per l'identico fatto, è conforme a Costituzione nonché ai principi della convenzione CEDU sicché non vìola il divieto di *bis in idem*, stante la diversa natura ed i diversi fini del processo penale e del procedimento disciplinare, nel quale ultimo il bene tutelato è l'immagine della categoria, quale risultato della reputazione dei suoi singoli appartenenti (cfr. Consiglio Nazionale Forense (pres. F.F. Allorio, rel. Calabrò), sentenza n. 120 del 28 ottobre 2019; Corte di Cassazione (pres. Canzio, rel. Scarano), SS.UU, sentenza n. 29878 del 20 novembre 2018).

14 L'art. 1, l. 7 ottobre 1969 n. 742, riguarda il solo processo innanzi inapplicabilità al giudice e non il procedimento amministrativo.

15 Il procedimento disciplinare si svolge ed è definito con procedure e con valutazioni autonome rispetto al processo penale (art. 54 c. 1 L. n. 247/2012), sicché è irrilevante in sede deontologica l'eventuale concessione in ambito penale di attenuanti generiche così come la determinazione della pena secondo l'istituto della continuazione, perché l'apprezzamento dell'illiceità deontologica è riservato al giudice disciplinare alla luce della diversità dei rispettivi ordinamenti e dei loro presupposti. (cfr. Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Picchioni), sentenza n. 162 del 7 dicembre 2019).

16 "Ai fini della condanna disciplinare, la prova della responsabilità dell'incolpato deve essere raggiunta oltre ogni ragionevole dubbio, e tale principio non subisce deroghe né attenuazioni neppure nel caso in cui l'incolpato stesso abbia numerosi precedenti disciplinari" (cfr. Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Masi), sentenza n. 83 del 18 settembre 2019).

dall'incolpato incide unicamente sull'efficacia giustificativa della decisione di merito sul fatto e non sul controllo di legittimità[17].

Nel procedimento disciplinare (che ha natura accusatoria) trova altresì applicazione la presunzione di non colpevolezza dell'incolpato[18], pertanto, ove la prova della violazione deontologica non possa ritenersi sufficientemente raggiunta per mancanza di prove certe o per contraddittorietà delle stesse, l'incolpato deve essere prosciolto dall'addebito. Infatti, vige il principio del *favor* per l'incolpato, mutuato dai principi di garanzia che il processo penale, per cui la sanzione disciplinare può essere irrogata, all'esito del relativo procedimento, solo quando sussista prova sufficiente dei fatti contrastanti la regola deontologica addebitati, dovendosi per converso assolversi in assenza di certezza nella ricostruzione del fatto e dei comportamenti[19]. In sede disciplinare opera altresì il principio di "acquisizione della prova", in forza del quale un elemento probatorio, una volta ritualmente introdotto nel processo, è acquisito agli atti e, quindi, è ben utilizzabile da parte del giudice al fine della formazione del convincimento[20]. La natura accusatoria appare peraltro mitigata dall'art. 23 del Regolamento n. 22/2014 del C.N.F. allorquando elenca le prove utilizzabili ai fini della decisione costituite da : a) le dichiarazioni e i documenti provenienti dall'incolpato; b) gli atti formati e i documenti acquisiti nel corso della fase istruttoria e del dibattimento; c) gli esposti e le segnalazioni inerenti alla notizia di illecito disciplinare e i verbali di dichiarazioni testimoniali redatti nel corso dell'istruttoria, che non sono stati confermati per qualsiasi motivo in dibattimento, sono utilizzabili per la decisione solo nel caso in cui la persona dalla quale provengono sia stata citata come teste per il dibattimento. L'impostazione accusatoria implica che, di regola, spetta all'organo disciplinare la dimostrazione dell'illecito salvo, in presenza di un "*fumus*" corredato da evidenze già dalla originale segnalazione, il cosiddetto "onere di allegazione" a

[17] Cass., Sez. Un., 17 gennaio 2017, n. 961.

[18] "Il procedimento disciplinare è di natura accusatoria, sicché va accolto il ricorso avverso la decisione del Consiglio territoriale allorquando la prova della violazione deontologica non si possa ritenere sufficientemente raggiunta, per mancanza di prove certe o per contraddittorietà delle stesse, giacché l'insufficienza di prova su un fatto induce a ritenere fondato un ragionevole dubbio sulla sussistenza della responsabilità dell'incolpato, che pertanto va prosciolto dall'addebito, in quanto per l'irrogazione della sanzione disciplinare non incombe all'incolpato l'onere di dimostrare la propria innocenza né di contestare espressamente le contestazioni rivoltegli, ma al Consiglio territoriale (ora CDD) di verificare in modo approfondito la sussistenza e l'addebitabilità dell'illecito deontologico. (cfr. Consiglio Nazionale Forense pres. Mascherin, rel. Amadei, sentenza n. 67 del 29 luglio 2019).

[19] Consiglio Nazionale Forense (pres. F.F. Logrieco, rel. Secchieri), sentenza n. 161 del 7 dicembre 2019.

[20] Conseguentemente, le risultanze probatorie acquisite, pur se formate in un procedimento diverso ed anche tra diverse parti, sono utilizzabili da parte del giudice disciplinare, ferma la libertà di valutarne la rilevanza e la concludenza ai fini del decidere, senza che, tuttavia, si possa negare ad esse pregiudizialmente ogni valore probatorio solo perché non "replicate" e "confermate" in sede disciplinare (Nel caso di specie, il procedimento penale si era concluso con l'assoluzione dell'imputato per depenalizzazione del fatto-reato contestatogli).cfr. Consiglio Nazionale Forense (pres. F.F. Picchioni, rel. Napoli), sentenza n. 171 del 16 dicembre 2019.

carico del segnalato/incolpato ovvero "*...l'onere di dimostrare le proprie affermazioni o l'infondatezza dell'addebito*"[21].

3. Azione disciplinare e procedimento penale.

Nei casi più gravi l'illecito commesso dal professionista può costituire un reato penalmente rilevante e anche un illecito disciplinare per cui l'incolpato in sede disciplinare riveste contemporaneamente e per gli stessi fatti la qualità di indagato-imputato in un procedimento penale.

La possibilità di una divergenza tra gli epiloghi decisori pone a monte una scelta da parte dell'ordinamento giuridico nel senso di ritenere accettabile o meno anche una difformità di giudizio sul medesimo fatto tra la verità processuale emersa all'esito del giudizio penale e quella disciplinare. Detto in altri termini, occorre scegliere se aderire ad una concezione di unitarietà o indipendenza fra i giudicati delle diverse giurisdizioni, nel primo caso imponendo la cd. pregiudizialità penale[22] privilegiando nel tempo e negli effetti il processo penale su quello disciplinare (cfr. art. 3 cd. Codice Rocco), nel secondo prevedendo dei meccanismi di revisione-adeguamento della pronuncia resa in sede disciplinare in contrasto con una sentenza penale definitiva.

Sul punto, le discipline professionali, nel regolare i rapporti di pregiudizialità tra processo penale e procedimento disciplinare, hanno adottato soluzioni tra loro non uniformi[23].

In linea generale va registrata una certa propensione per l'istituto della sospensione necessaria dell'azione disciplinare, concezione basata su un criterio di ragionevolezza di continuare ad avvalersi delle più approfondite risultanze penali per un miglior esercizio dell'azione punitiva interna con il limite costituito degli inevitabili ef-

---

21 Cfr. CNF 30.12.2011 n. 219; Cass. SS.UU. 28.4.2020 n. 8242.

22 Cfr. CNF pres. Mascherin, rel. Logrieco, sentenza n. 69 del 29 luglio 2019.

23 Nel caso delle professioni di ingegnere, architetto, per le professioni sanitarie e per i giornalisti, anche se non espressamente previsto, è possibile dedurre la vigenza della pregiudizialità penale dalle disposizioni relative agli effetti della sentenza penale e all'interruzione dei termini di prescrizione dell'azione disciplinare. La legge notarile (l. 16 febbraio 1913, n. 89) prevede, invece, la sospensione del procedimento disciplinare a carico del notaio fino al passaggio in giudicato della sentenza, quando per lo stesso fatto si «proceda penalmente» mentre è obbligatoria se vi è «perfetta coincidenza» tra i fatti oggetto delle due azioni. La sospensione è invece facoltativa se tra i due procedimenti sussiste solo un rapporto di «connessione», nel senso di una non «esatta coincidenza fattuale». In ogni caso è necessario che il p.m. abbia esercitato l'azione penale notiziandone puntualmente il Consiglio distrettuale ed in caso contrario, qualora il procedimento disciplinare venisse promosso e concluso, la sanzione deve ritenersi legittima, salvo la possibilità di una revisione qualora gli esiti del processo penale fossero profondamente discordanti. Si aggiunga che l'inizio del processo determina anche la sospensione della prescrizione dell'azione disciplinare fino al passaggio in giudicato della sentenza. Il procedimento rimane sospeso fino alla pronuncia della sentenza definitiva e deve essere riassunto entro termini ragionevoli, in ossequio ai principi generali di immediatezza dell'addebito e di tempestività della sanzione, fatti propri dalla legge notarile laddove dispone che «il procedimento [disciplinare] è promosso senza indugio» (art. 153, comma 2). La soluzione prospettata ha trovato riscontro nella prassi giudiziaria ritenendosi che il procedimento disciplinare nei confronti del notaio debba essere sospeso quando l'infrazione disciplinare rivesta i caratteri di illecito penale e il processo penale sia già stato iniziato (Trib Palermo 02/06/1993, Ferraro in *Vita Notar.*, 1994, I, 100)

fetti dilatori sull'azione disciplinare, che consentivano di fatto ai professionisti rinviati a giudizio oppure condannati in primo o secondo grado di continuare a esercitare per anni la propria, talvolta illecita, attività professionale. La nuova legge professionale forense ha, invece, previsto il principio di autonomia dell'azione disciplinare rispetto al processo penale, facendo salvi, peraltro, dei meccanismi di coordinamento tra gli esiti dei due "giudizi". Difatti, ai sensi dell'art. 54, comma 1 l.p. «*il procedimento disciplinare si svolge ed è definito con procedura e con valutazioni autonome rispetto al processo penale avente per oggetto i medesimi fatti*»[24]. È, tuttavia, consentita eccezionalmente la sospensione qualora sia «*indispensabile*» ai fini della decisione «*acquisire atti e notizie appartenenti al processo penale*» (art. 54, comma 2 l.p.). Trattasi di istituto eccezionale, a differenza della previgente normativa del 1933 in cui costituiva "la regola", la cui natura straordinaria è comprovata oltre che dalla esplicita norma anche dal cosiddetto obbligo di motivazione "rafforzata" nell'adozione della sospensione[25]. La sospensione del procedimento non può comunque durare più di due anni e laddove intervenga sentenza penale di condanna per reato non colposo la prescrizione comincia a decorrere dal passaggio in giudicato della sentenza. (art. 56, comma 2 l.p.) Su questo crinale, il C.N.F. ha in diverse occasioni ribadito che con l'entrata in vigore della L. 247/2012, vige la regola dell'autonomia dei due processi (c.d. doppio binario) per cui la c.d. pregiudizialità penale ha subìto una forte attenuazione, giacché ora il procedimento disciplinare "*può*" essere sospeso solo se ciò sia ritenuto "*indispensabile*", poiché esso "*si svolge ed è definito con procedura e valutazioni autonome rispetto al processo penale avente per oggetto i medesimi fatti*". L'impianto normativo, volto ad escludere la pregiudizialità penale, imponeva un coordinamento con l'art. 653 c.p.p. a mente del quale la sentenza di assoluzione con formula ampiamente liberatoria avrà efficacia di giudicato nel procedimento disciplinare. Di tal guisa, l'art. 55 l.p.f., con una norma di chiusura sulla falsa riga dell'art. 629 c.p.p., prevede la riapertura del procedimento disciplinare concluso con provvedimento definitivo allorquando sia stata inflitta una sanzione disciplinare e, per gli stessi fatti, l'autorità giudiziaria ha emesso sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste o perché l'incolpato non lo ha commesso, in tale caso il procedimento è riaperto e dovrà essere pronunciato il proscioglimento anche in sede disciplinare. Ovvero, sia stato pronunciato il proscioglimento e l'autorità giudiziaria ha emesso sentenza di condanna per reato non colposo fondata su fatti rilevanti per l'accertamento della responsabilità disciplinare, che non sono stati valutati dal CDD. In tale caso i nuovi fatti saranno liberamente valutati nel procedimento disciplinare riaperto.

Necessario corollario a quanto testé esplicitato è che : *i*) la sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nel processo penale ha efficacia di giudicato in quello disciplinare quanto all'accertamento del fatto, alla sua eventuale illiceità penale ed all'affermazione che l'imputato lo ha commesso; *ii*) nel caso di proscioglimento in sede penale occorre invece distinguere: qualora l'assoluzione sia stata pronunciata perché il fatto non sussiste, l'esclusione dell'ontologia del fatto ne impedisce la valu-

[24] Anche il N.C.D. forense, prevede all'art. 5, comma 1 che «*deve essere sottoposto a procedimento disciplinare l'avvocato cui sia imputabile un comportamento non colposo che abbia violato la legge penale, salva ogni autonoma valutazione sul fatto commesso*».

[25] CNF 31.10.2019, n. 135.

tazione anche disciplinare, mentre se essa è intervenuta perché il fatto non costituisce reato, riconoscendone l'ontologia ed escludendo la sola rilevanza penale, l'organo disciplinare può e deve valutarlo sotto il profilo deontologico; *iii)* la sentenza penale definitiva di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio disciplinare, quanto all'accertamento del fatto, della sua illiceità penale e della circostanza che l'imputato lo ha commesso (art. 653 c.p.p.), essendo comunque riservata al giudice della deontologia la valutazione della rilevanza disciplinare nello specifico ambito professionale alla luce dell'autonomia dei rispettivi ordinamenti, sicché lo stesso non è vincolato alle valutazioni contenute nella sentenza penale laddove esse esprimano determinazioni riconducibili a finalità del tutto distinte da quelle del controllo deontologico[26].

4. La sospensione cautelare

La fase preliminare del procedimento disciplinare ha inizio con l'acquisizione della notizia di illecito che determina l'avvio dell'azione disciplinare, che può avvenire attraverso la comunicazione di un esposto-denuncia o comunque in altro modo. La segnalazione potrà realizzarsi attraverso un esposto o una denuncia provenienti dall'esponente individuato o individuabile o anche in forma anonima. È prevista la possibilità che il CDD acquisisca una notizia di illecito disciplinare non proveniente da una fonte specificamente individuata o individuabile, e quindi anche direttamente. Il comma 2 dell'art. 11 Reg. n. 2/2014 CNF, individua un caso particolare di acquisizione della notizia dell'illecito ovvero quella proveniente dall'autorità giudiziaria che è tenuta a dare immediata comunicazione al Consiglio dell'Ordine competente quando nei confronti di un iscritto: a) viene esercitata l'azione penale; b) viene disposta, revocata o annullata l'applicazione di misure cautelari; c) vengono effettuati perquisizioni o sequestri; d) vengono emessi provvedimenti che definiscono la fase o il grado di giudizio. In quest'ultimo caso si innesta una fase incidentale all'interno del procedimento disciplinare, quella della sospensione cautelare prevista all'art. 32 Reg. n. 2/2014 CNF. La sospensione cautelare è irrogabile, previa audizione dell'incolpato, per un periodo non superiore ad un anno peraltro revocabile o modificabile nella sua durata anche d'ufficio in ogni momento dalla sezione qualora, anche per circostanze sopravvenute, non appaia adeguata ai fatti commessi. L'ambito applicativo della norma è delimitato ai casi tassativi indicati nel 1° comma lett. a), b), c), d) ed e) quando l'autorità giudiziaria abbia disposto: a) una misura cautelare detentiva o interdittiva irrogata in sede penale e non impugnata o confermata in sede di riesame o di appello; b) la pena accessoria della sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte ai sensi dell'art. 35 del codice penale anche se con la sentenza penale di primo grado sia stata disposta la sospensione condizionale della pena; c) una misura di sicurezza detentiva; d) la condanna in primo grado per i reati previsti dagli articoli 372, 374, 377, 378, 381, 640 e 646 del codice penale, se commessi nell'ambito dell'esercizio della professione o del tirocinio, ovvero dagli articoli 244, 648-*bis* e 648-*ter* del medesimo codice; e) la condanna a pena detentiva non inferiore a tre anni". [27] Per l'audizione dell'incolpa-

[26] Cfr. *ex plurimis* Consiglio Nazionale Forense (pres. F.F. Picchioni, rel. Napoli), sentenza n. 171 del 16 dicembre 2019.

[27] Ai sensi del 3° comma dell'art. 32 la sospensione cautelare perde efficacia qualora: a) nel

to è generalmente ammesso il ricorso a forme semplificate, proprio nell'ottica della celerità della decisione sulla misura cautelare come nel caso dell'avvocato colpito da misura cautelare penale restrittiva della libertà personale per cui sarebbe oggettivamente impossibile la convocazione presso il COA o la commissione disciplinare, rispetto alle quali è invece ammissibile l'audizione in carcere o presso il domicilio dell'incolpato, previo consenso dell'autorità giudiziaria, ovvero specialmente durante la fase emergenziale da Covid-19 tramite collegamenti da remoto su accordo con il personale carcerario come sancito dai vari protocolli dei Tribunali di Sorveglianza per i colloqui in carcere tra difensore e detenuto. Il potere cautelare esercitato dal CDD ai fini dell'adozione, modifica e revoca del provvedimento di sospensione cautelare del professionista è discrezionale e non sindacabile, essendo solo al CDD affidata dall'ordinamento la valutazione della lesione al decoro e alla dignità della professione e quella dell'opportunità del provvedimento stesso nonché di eventuali fatti sopravvenuti, mentre l'esame del C.N.F. è limitato al controllo di legittimità, restando precluso ogni giudizio rispetto all'opportunità dell'adozione della misura sospensiva. Ciò posto, mentre alla base delle misure cautelari penali stanno il rischio di inquinamento delle prove, il pericolo di reiterazione del reato ed il pericolo di fuga, la sospensione cautelare disciplinare si giustifica in vista della salvaguardia dell'Ordine Forense, al fine di preservarne la funzione sociale dalle menomazioni di prestigio che possono conseguire alla notizia di assoggettamento dell'avvocato a procedimento penale per fatti gravi e comportamenti costituenti reato. Pertanto, il venir meno delle esigenze cautelari che a suo tempo hanno giustificato l'emissione di provvedimenti restrittivi della libertà personale non comporta l'automatico e corrispondente venir meno delle esigenze cautelari poste a base della sospensione a tempo indeterminato autonomamente disposta dal Consiglio territoriale. La sospensione cautelare non ha altresì natura di sanzione disciplinare, trattandosi di un provvedimento amministrativo a carattere provvisorio, svincolato dalle forme e dalle garanzie del procedimento disciplinare, nel senso che non richiede la preventiva formale apertura di un procedimento disciplinare, tuttavia, in caso di applicazione della sospensione dall'esercizio della professione il "periodo presofferto" in sede cautelare va computato nel periodo di espiazione della sanzione disciplinare.

5. Considerazioni conclusive.

Tirando le fila a quanto sopra esposto, occorre partire dalle diverse sentenze delle S.U. del Supremo Collegio laddove hanno ripetutamente statuito che il CDD è soggetto che svolge una funzione amministrativa di natura giustiziale, non giurisdizionale, caratterizzata da elementi di terzietà[28]. Il procedimento disciplinare appare, infatti, un rito speciale disciplinato da una fonte primaria quale è la L.247/12 caratterizzato dalla

termine di sei mesi dalla sua irrogazione, la sezione competente del Consiglio distrettuale di disciplina non deliberi il provvedimento sanzionatorio; b) la sezione competente del Consiglio distrettuale di disciplina deliberi non esservi luogo a provvedimento disciplinare; c) la sezione competente del Consiglio distrettuale di disciplina disponga l'irrogazione delle sanzioni dell'avvertimento o della censura.

[28] Cfr. Cass Sez. Un. n. 16993 del 10/07/2017; n. 34476 del 27/12/2019 e, recentemente, n. 24896 del 06/11/2020.

natura amministrativa con conseguente inapplicabilità dei parametri costituzionali *ex* artt. 111 e 112 Cost., trovando applicazione le norme particolari che per ogni singolo istituto sono dettate dalla legge professionale e, in mancanza, nella fase innanzi al CNF quelle del c.p.c. o, nella fase di primo grado davanti al CDD, quelle del c.p.p.(art. 59, lett. n) L. 247/12). Peraltro, la stessa legge professionale richiama l'applicabilità delle norme del c.p.p. ove compatibili, per cui nella fase pre-istruttoria dove *dominus* è il Consigliere Istruttore, ed in quella dibattimentale e decisionale, si rinvengono i tratti tipici del modello accusatorio per cui incombe al Giudice disciplinare l'onere di verificare in modo approfondito la sussistenza e l'addebitabilità dell'illecito deontologico all'incolpato, purtuttavia alcune norme sembrano richiamare quello inquisitorio. Se ne ricava quindi un quadro articolato e complesso di norme permeate dalla scelta del Legislatore di limitare al minimo la pregiudizialità penale a favore dell'indipendenza del giudizio disciplinare, prevedendo altresì meccanismi di revisione-adeguamento della pronuncia resa in sede disciplinare in contrasto con una sentenza penale definitiva e pur potendo il procedimento disciplinare proseguire anche dopo il giudicato penale di condanna con pena accessoria. Sotto il profilo sostanziale, del resto, sussiste una diversità ontologica tra sanzione disciplinare e quella penale dove la pena principale, così come quella accessoria, può estinguersi con gli istituti dell'amnistia o della riabilitazione a differenza degli effetti permanenti tipici della radiazione dall'albo. E così, la sanzione disciplinare avendo finalità, intensità ed ambiti di applicazione diversi da quella penale non viola l'art. 6 CEDU in relazione al principio del *ne bis in idem,* considerato che la sanzione disciplinare è volta a reprimere l'inadempimento ai doveri professionali dell'iscritto all'ordine. Inoltre, le norme del NCD forense non si applicano al regime giuridico della prescrizione, anche laddove vi sia un trattamento sanzionatorio più favorevole all'incolpato, applicandosi di converso anche ai procedimenti in corso al momento della sua entrata in vigore, se più favorevoli per l'incolpato, avendo l'art. 65, comma 5, della L 247/12, recepito il criterio del *favor rei*, in luogo del criterio del *tempus regit actum*[29]. che, invece, governa il regime delle impugnazioni ed i relativi termini, dovendosi fare riferimento alla norma vigente al momento della loro proposizione[30].

[29] Cfr. Cass., Sez. Un., n. 3023 del 16/02/2015; n. 18394 del 20/09/2016; n. 27200 del 16.11.2017 ed in ultimo Cass. (pres. Travaglino, rel. Crucitti), SS.UU, sentenza n. 8242 del 28 aprile 2020.

[30] Cfr. Cass. (pres. Canzio, rel. Scarano), SS.UU, sentenza n. 19653 del 24 luglio 2018.

LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI È "SACRA" E NON PUÒ TOLLERARE INEFFICIENZE ORGANIZZATIVE O MANCANZA DI RISORSE*

C. eur. dir. uomo, Sez. II, 4 agosto 2020, Dhurata Tershana c. Albania, ric. n. 48756/14

Ersi Bozheku**

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** I fatti oggetto di giudizio. – **3.** Il *decisum* della Corte. – **4.** Alcune note a margine della sentenza in commento. La funzione di *state building* della Corte Edu: ove non può arrivare la diplomazia può arrivare il diritto.

Abstract

In data 04.08.2020 La Corte EDU veniva chiamata ad esprimersi su un ricorso presentato per la ritenuta violazione degli articoli 2, 3 e 8 Cedu da un donna albanese che, il 29 luglio 2009, mentre camminava lungo una strada di Tirana ha riportato gravi ferite in un attacco con l'acido da parte di un assalitore non identificato. La Corte accoglie il ricorso censurando non solo il quadro procedurale vigente nella Repubblica d'Albania nel periodo 2009-2014, ma anche – e soprattutto – la dimensione organizzativa e funzionale del sistema inteso nel suo complesso, osservando come non possa essere tollerata l'inefficienza, l'inadeguatezza, ovvero la carenza di risorse quando ciò si trasforma in un vulnus per la tutela dei diritti della vittima del reato.

On 04.08.2020 the ECtHR was called to rule on an appeal filed for the alleged violation of articles 2, 3 and 8 ECHR by an Albanian woman who, on July 29, 2009, was seriously injured while walking along a Tirana street in an acid attack by an unidentified assailant. The Court accepts the appeal, censuring not only the procedural framework in force in the Republic of Albania in the period 2009-2014, but also – and above all – the organizational and functional dimension of the system as a whole, observing how inefficiency, the inadequacy, or the lack of resources cannot be tolerated when this becomes a vulnus for the protection of the rights of the victim of the crime.

---

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Professore associato di Diritto Penale presso l'Università degli Studi e-Campus e Avvocato del Foro di Roma.

1. Premessa.

La sentenza in commento costituisce un ulteriore tassello nell’ambito del processo di integrazione ed omogeneizzazione delle legislazioni e delle giurisdizioni europee ad opera della Corte EDU, ove spicca un ruolo sempre più penetrante di valutazione e controllo da parte della stessa non solo sul versante della congruità della legislazione positiva dei singoli Paesi aderenti alla CEDU a quelli che sono i principi fondamentali affermanti all’interno di quest’ultima, ma anche sotto il profilo dinamico dell’effettiva tutela delle garanzie da parte delle istituzioni nazionali deputate alla repressione dei reati e alla tutela delle vittime: non solo gli operati dei singoli legislatori, dunque, ma anche quelli degli organi interni – tutti – investiti della corretta applicazione delle leggi vengono sottoposti alla lente di ingrandimento della Corte.

Del resto, a livello europeo si è sviluppata una sempre più attenta giurisprudenza che, prendendo spunto soprattutto dagli articoli 2 e 3 della Convenzione, è giunta ad enucleare degli specifici obblighi per i legislatori dei singoli Stati membri sia sul fronte del diritto penale sostanziale che di quello processuale. Se da un lato è stato affermato come sia un loro specifico obbligo quello di astenersi dal commettere atti lesivi della vita e dell’integrità psicofisica (i c.d. obblighi negativi), dall’altro, è stato altresì evidenziato come, in positivo, gli stessi devono attivarsi per garantire i singoli individui impedendo violazioni da parte di terzi (c.d. obblighi positivi)[1] mediante la realizzazione di adeguati interventi sia sul piano sostanziale che sul fronte procedurale.

Ed invero, occorre che l’intera legislazione penale, intesa nel suo significato più ampio, appresiti la massima tutela per garantire efficacemente i diritti fondamentali di cui agli articoli 2 e 3 della Convezione. La conseguenza è che: a) sul versante sostanziale è obbligo dei singoli Stati prevedere un quadro giuridico adeguato a tutelare la vita e l’integrità psicofisica dell’individuo mediante disposizioni incriminatrici capaci di dissuadere condotte volte ad aggredire tali beni, prevedendo all’uopo sanzioni in grado di reprimerle efficacemente; b) sul piano dinamico, o se si preferisce procedurale, è obbligo degli Stati costruire un sistema giudiziario efficace, capace di individuare e punire i colpevoli di reati che attentano ai beni tutelati dagli articoli 2 e 3.

A tal fine, spetta ai singoli Stati predisporre ogni misura, di natura tecnico-amministrativa, legislativa o giudiziaria, idonea ad assicurare ai diritti in questione una tutela che abbia carattere di concretezza e non si vesta di connotati puramente formali[2].

Per converso, in base a tali premesse, spetta alla Corte EDU il duplice compito di valutare: a) l’adeguatezza del quadro legislativo di uno Stato membro in rapporto alla tutela dei diritti fondamentali affermati dalla Convenzione; b) l’efficacia organizzativa e la concreta funzionalità delle articolazioni statali al fine di garantire i diritti previsti dalla Convenzione, a prescindere se di natura legislativa, giudiziaria o amministrativa.

Come si vedrà tra un istante, nel caso *de quo*, la Corte esperisce tale duplice giudizio affermando le proprie prerogative a giudicare la tenuta complessiva del sistema giuridico albanese in rapporto alla tutela del diritto alla vita di cui all’articolo 2 e ciò

[1] M. Montagna, *Obblighi convenzionali, tutela della vittima e completezza delle indagini*, in *Archivio penale*, n. 3, 2019, in *www.archiviopenale.it*.

[2] M. Montagna, *Obblighi convenzionali, tutela della vittima e completezza delle indagini*, in *Archivio penale*, n. 3, 2019, in *www.archiviopenale.it*.

sia sul versante della congruità del quadro legislativo sia – e soprattutto – su quello dell'adeguatezza dell'impianto giudiziario ed organizzazione amministrativa nell'apprestare una concreta tutela alle ragioni della vittima di un delitto contro l'integrità fisica. E se sul piano della sussistenza e adeguatezza degli strumenti sostanziali previsti a tutela delle vittime da aggressioni contro la vita la Corte non ritiene di dover muovere delle censure, diversa è invece la decisione con riferimento all'efficienza del sistema giudiziario, inteso nel suo complesso.

La Corte censura, infatti, non solo il quadro procedurale vigente nella Repubblica d'Albania nel periodo 2009-2014, in ordine ad alcune lacune che connotavano il precedente codice di rito[3], ma anche – e soprattutto – la dimensione organizzativa e funzionale del sistema inteso nel suo complesso, osservando come non possa essere tollerata l'inefficienza, l'inadeguatezza, ovvero la carenza di risorse quando ciò si trasforma in un *vulnus* per la tutela dei diritti della vittima del reato[4]. Quello che è interessante è la circostanza per cui la Corte non s'interroga sull'incidenza e l'importanza in concreto del mancato accertamento di alcune dinamiche del reato da parte di alcune delle articolazioni amministrativo-giudiziarie coinvolte nell'indagine, rilevando che già la mera carenza investigativa è da ritenersi grave e dunque tale da esser ritenuta sufficiente base per procedere alla condanna dello Stato per la violazione dell'articolo 2 nella sua dimensione procedurale[5].

2. I fatti oggetto di giudizio.

Per comprendere *funditus* i termini della vicenda e dunque la decisione della Corte diventa indispensabile ripercorrere, seppure succintamente, i fatti di causa.

Nel luglio 2009, mentre passeggiava per le vie di Tirana con un'amica, una ragazza veniva aggredita con dell'acido da un uomo dal viso coperto che nessuna delle due riusciva a riconoscere. La donna subiva gravi danni al viso e al corpo e non sarà più in grado di lavorare per diversi anni. La stessa sospettava che autore del fatto potesse essere il suo ex marito, come atto di vendetta e continuazione della violenza domestica che aveva subito negli anni passati prima della separazione. Veniva dunque aperto un fascicolo contro ignoti da parte della procura distrettuale di Tirana per il delitto di lesioni gravissime di cui all'articolo 88 c.p.alb.[6]. Si procedeva all'assunzione a SIT non solo delle

[3] Nel 2016 si è assistito ad una profonda riforma del sistema giuridico sia a livello costituzionale, sia con riferimento dell'ordinamento giudiziario, sia, infine, del codice di procedura penale. Per di più v. Aa.vv., *La riforma costituzionale ("strutturale") del sistema della giustizia nella Repubblica d'Albania. Riflessioni e confronti con il sistema italiano*, a cura di E. Bozheku, G. Spangher, A Hoxha, Nuova Cultura, 2017.

[4] Su alcune delle inefficienze emerse all'interno del sistema giuridico albanese negli ultimi 30 anni v. E. Bozheku, *Le problematiche del sistema penalistico albanese: un panoramico sguardo d'insieme*, in *www.archiviopenale.it*.

[5] Su alcune novità introdotte dal nuovo codice v. H. Liguori, A Hoxha, La riforma del codice di procedura penale della Repubblica d'Albania, Aa.vv., *La riforma costituzionale ("strutturale") del sistema della giustizia nella Repubblica d'Albania*, cit., 9 ss. G. Jahjolli, *Problematikat e Sistemit penal dhe atij procedural penal në Shqipëri*, in *Illyirius*, 2014, 4, 91 ss. E. Bozheku, *Ide, mendime dhe reflektime lidhur me nevosa dhe masat qe duhet dhe mund te merren ne kudrin e reformimit te sistemit te drejtesise – veçanerisht asaj penale – ne Shqiperi*, in *Illyrius*, 2014, 4, 15 ss.

[6] Per un quadro generale in merito alla struttura del codice penale albanese v. P. Pittaro, *Il co-*

persone presenti al fatto e che avevano assistito la vittima al momento dell'aggressione, ma anche i famigliari della stessa, il suo ex marito, parenti ed amici di quest'ultimo. Veniva disposto il sequestro delle registrazioni delle telecamere di sicurezza di diverse attività presenti nella zona, cosi come veniva richiesto da parte della p.g.: a) una consulenza tecnica relativa alle impronte digitali trovate sul contenitore di vetro utilizzato per gettare l'acido; b) una consulenza tossicologica per identificare la sostanza tossica utilizzata e il metodo con cui era stata prodotta; c) una consulenza tossicologia sui vestiti della vittima per stabilire se il danno patito si fosse verificato a seguito dell'uso della predetta sostanza. Venivano acquisiti i tabulati telefonici dell'ex marito e il relativo telefono veniva sottoposto ad intercettazione. L'abitazione di quest'ultimo veniva sottoposta a perquisizione dove venivano rinvenuti due coltelli a serramanico. L'uomo veniva arrestato per possesso di armi illegali per essere poi sottoposto alla misura dell'obbligo di firma. Quest'ultima contestazione veniva, poi, archiviata, poiché le armi erano state trovate all'interno dell'abitazione e il Ministero dei Beni Culturali aveva chiarito con un'apposita nota, in seguito ad una specifica richiesta del difensore, che si trattava di *souvenir* e dunque non riconducibili al concetto di arma. Nulla invece emergeva a carico dello stesso in ordine all'aggressione subita dalla vittima di cui sopra. Del resto, nessuna delle persone informate sui fatti era stata in grado di identificare l'aggressore; né ciò era stato possibile con l'ausilio delle telecamere.

Medio tempore, e qui il dato più importante, con riferimento alle richieste perizie: a) la polizia scientifica chiariva che non era stata in grado di decifrare le impronte digitali sulla bottiglia utilizzata per l'aggressione; b) interpellata sulla natura dell'acido utilizzato, la Facoltà di Scienze Naturali rispondeva di non essere stata in grado di definirla a causa della mancanza di specifiche attrezzature; c) l'Istituto di Polizia Scientifica riferiva, infine, di non aver potuto eseguire una perizia sugli abiti della vittima in quanto la richiesta non rientrava nella propria sfera di competenza. Alla luce, di questi dati, a distanza di 6 mesi dall'accaduto il P.M. disponeva la sospensione del procedimento ai sensi dell'articolo 326 c.p.p.alb. vigente all'epoca dei fatti, delegando

dice penale albanese: un'introduzione, in *Dir. pen. XXI sec*., 2006, 2, 197 e ss.; V. Anche E. Belfiore, *La disciplina dell'ignorantia legis nel codice penale albanese alcune considerazioni, in Il codice penale Albanese*, a cura di Vinciguerra, Cedam, 2008, 23 ss.; A. ROSSI, *Note sugli illeciti penale dell'economia nel sistema del codice penale della Repubblica d'Albania*, in *Il codice penale Albanese*, a cura di Vinciguerra, cit., 79 ss.; D. Fondaroli, *Appunti sulla confisca nel codice penale della Repubblica d'Albania,* in *Il codice penale Albanese*, a cura di Vinciguerra, cit., 53 ss.; M. Pelissero, *I reati politici nella codificazione penale albanese*, in *Il codice penale Albanese*, a cura di Vinciguerra, cit., 61; L. Sposato, *Il principio di offensività e suo rilievo nell'ambito del sistema penalistico d'Albania*, in *www.diritto.it*; E. Bozheku, *Alcune riflessioni sul codice penale albanese*, cit.; Id., *Some remarks about the albanian crminal code*, cit., 195 ss.; A. Shegani, E drejte penale e krahasuar, III, Tirana, 2005; V. Hysi, *Ligji, shoqeria dhe sistemi i drejtesise penale*, in *Jus&Justicia*, Onofri, 2010, 4, 29 ss.; Bertoli, *Su alcuni problemi nella traduzione del codice penale albanese: tra fedeltà del testo ed efficace resa linguistica*, in *Dir. pen. XXI sec*., 2006, 2, 249 ss.; SH. Muçi, *E drejta penale, pjese e pergjithshme*, Tirana, 2007, 321; I. Elezi, S. Kaçupi, M. Haxhia, *Komentari i kodit penal te Republikes se Shqiperise*, Tirana, 2006, 249; I. Elezi, *Zhvillimi historik i ligjislacionit penal ne Shqiperi, Tirana*, 1998; UKAJ, *Denimet ne te drejten penale te Shqiperise*, Pristina, 2006. S. Mengjesi, *Baza e doktrinës të së drejtës penale*, Onofri, 2016; K. Skenderaj, *Ekzekutimi i denimeve penale*, in *Republiken e Shqiperise*, Onofri, 2019.

la polizia di stato a svolgere ulteriori accertamenti[7]. La persona offesa non riceveva alcuna informazione sull'esito delle indagini. Solo nel 2012, in seguito ad una formale richiesta circa lo stato delle indagini avanzata dalla vittima con l'ausilio del Centro antiviolenza sulle donne di Tirana, il P.M. informava l'interessata che l'indagine era stata sospesa e il fascicolo trasmesso per competenza alla polizia. Nel 2013 veniva dunque richiesto copia del fascicolo alla polizia, la quale, però, rinviava la parte di nuovo dinanzi al P.M., poiché l'unico legittimato a consegnare copia dello stesso alla vittima. Nel gennaio 2014 il P.M. consegnava copia del fascicolo alla vittima. Intanto, quest'ultima nel 2012 avviava un procedimento civile contro lo Stato albanese per l'aggressione subita ai sensi della Convenzione europea sul risarcimento delle vittime di crimini violenti. Tuttavia, non si presentava alla prima udienza civile e per questa ragione il Tribunale di Tirana disponeva la cessazione della causa per mancata comparizione della parte attrice.

Nel 2014 la questione veniva devoluta alla cognizione della Corte EDU, la quale la riteneva meritevole di giudizio per la violazione dell'articolo 2 della Convenzione sia nella sua dimensione sostanziale che procedurale[8].

---

[7] Si badi: il codice procedurale albanese in vigore fino al 2017, prevedeva per il P.M. la possibilità: a) di sospendere le indagini per insufficienza di prova in attesa del rinvenimento di nuovi elementi probatorie; b) l'interruzione (archiviazione) del procedimento perché il fatto non sussiste, perché l'indagato non lo aveva commesso, perché il fatto non costituisce reato, per insufficienza di prove. Sul punto v. A. Hoxha, H. Islami, I. Panda, *Procedura penale*, Tirane, 2009.

[8] **Le osservazioni delle parti.** La Corte EDU ha ritenuto meritevole di esaminare la vicenda, analizzando puntualmente le osservazioni proposte dalle parti. In particolare, la parte ricorrente osservava come ai sensi dell'articolo 2 della Convenzione l'attacco con l'acido contro di lei era stato grave e aveva minacciato il suo diritto alla vita. Secondo costei il quadro legislativo in vigore in Albania non forniva una protezione sufficiente per le donne contro la violenza, in quanto le autorità non avevano rispettato i loro obblighi ai sensi della Convenzione di Istanbul. L'articolo 88 del codice penale, ad esempio, non era conforme all'articolo 49 della Convenzione di Istanbul. Inoltre, tale convenzione non era stata applicata dalle autorità a livello nazionale in caso di violenza contro le donne. Alla luce dei dati statistici sulla frequenza della violenza contro le donne, le autorità avrebbero dovuto conoscere e adottare le misure preventive necessarie per proteggere la ricorrente. Questa, inoltre dimostrava che l'indagine non era stata efficace, approfondita e rapida. Le autorità non avevano preso le misure necessarie, in quanto non erano state in grado di esaminare il tipo di sostanza trovata nel contenitore, o di esaminare il contenitore che l'autore era in possesso, o di identificare le impronte digitali sul contenitore, o di esaminare i vestiti della stessa richiedente. Inoltre, non erano state adottate misure per stabilire come la sostanza corrosiva fosse stata realizzata o come fosse stata acquistata dall'autore. La ricorrente non era stata informata del prolungamento dell'indagine o della decisione del pubblico ministero di sospenderla. Le autorità non avevano sollevato sospetti nei confronti di nessun'altra persona e non erano state intraprese ulteriori azioni da parte loro dopo la sospensione dell'indagine. La ricorrente non era stata coinvolta nell'indagine e non le era mai stata fornita la documentazione che descriveva in dettaglio le azioni investigative intraprese. La sua denuncia era stata focalizzata sull'incapacità del governo di proteggere la sua vita e la sua salute. Le autorità non erano state diligenti e avevano risposto alla sua richiesta di informazioni solo per la prima volta il 17 aprile 2012. Inoltre, il pubblico ministero non aveva informato la ricorrente dei suoi atti investigativi e non aveva messo a sua disposizione una copia di tali atti, rendendo così impossibile per la ricorrente contestarli. In ogni caso, il c.p.p.alb. dell'epoca non prevedeva la possibilità di ricorso contro la decisione del pubblico ministero di sospendere il procedimento.
Sul versante opposto, il governo albanese osservava come la domanda era stata presentata al di

3. Il *decisum* della Corte.

La decisione della Corte manifesta più profili di interesse.

In primo luogo la stessa riconosce la propria competenza sui fatti oggetto di ricorso, nella misura in cui rilevano sotto il profilo dell'articolo 2 della Convenzione. In particolare, osserva come seppure le lesioni inflitte alla ricorrente sono state opera di un individuo e non di un agente statale, tuttavia, come dalla stessa già evidenziato in un proprio precedente, l'assenza di una responsabilità diretta dello Stato per la morte di una persona non esclude l'applicazione dell'articolo 2 della Convenzione[9].

Sul punto, la Corte ricorda che la tutela di questa disposizione della Convenzione può essere invocata non solo in caso di morte della vittima di atti violenti, ma anche con riferimento a casi in cui viene messa a rischio la vita dell'individuo ovvero lo stesso subisca delle lesioni che appaiono pericolose per la vita stessa[10]. Nel caso di specie la Corte rileva come la ricorrente sia stata oggetto di un violento attacco che ha provocato gravi lesioni, dolore e deturpazione del venticinque per cento del corpo. L'intensità dell'aggressione aveva posto in pericolo la vita della ricorrente. Pertanto, l'articolo 2 della Convenzione viene ritenuto pienamente applicabile.

fuori del termine di sei mesi; che il procedimento era stato modificato il 26 febbraio 2010 e che la decisione finale era quella del 30 maggio 2013. La ricorrente era stata debitamente informata dell'indagine in corso. Inoltre, la ricorrente non era stata oggetto di violenza domestica o violenza ai sensi dell'articolo 2 della Convenzione. Il quadro legislativo allora in vigore forniva un'adeguata protezione per le vittime di violenza domestica: diverse convenzioni sui diritti delle donne erano state ratificate dall'Albania e una legge specifica sulla violenza domestica era in vigore. Inoltre, nel 2012 il codice penale era stato modificato ed era stato approvato un reato specifico di violenza domestica e abusi. Per quanto riguarda la situazione generale relativa alla violenza domestica in Albania, il governo presentava alcune informazioni dalla Direzione generale della Polizia di Stato che coprono il periodo da gennaio a dicembre 2014. Secondo tali informazioni la polizia aveva individuato 4.121 reati di violenza domestica e altri reati che si erano verificati nell'ambiente domestico, nei confronti di 2.422 dei quali la polizia aveva avviato un procedimento giudiziario. Il governo aveva inoltre dichiarato che, al fine di proteggere le vittime di violenza domestica, la polizia aveva intrapreso le seguenti azioni: un piano d'azione datato 14 aprile 2014 "Sull'attuazione del piano d'azione nazionale 2011-2015"; preparazione delle rivendicazioni civili per l'emissione di ordinanze di protezione e ordini di protezione di emergenza; la previsione di specifiche fattispecie incriminatrici nei confronti di chiunque violi le ordinanze di protezione; cooperazione con altre istituzioni e organizzazioni della società civile; diverse campagne di sensibilizzazione in favore delle donne in diverse città del paese; formazione di agenti di polizia, ecc. Con riferimento al caso di specie, il rappresentante del governo albanese rappresentava come l'indagine fosse stata efficace e approfondita; la ricorrente era stata in grado di utilizzare in modo efficace tutti i rimedi per la realizzazione dei suoi diritti. Il pubblico ministero aveva avviato immediatamente le indagini e aveva intrapreso diverse azioni investigative; lo stesso aveva anche arrestato l'ex marito della ricorrente. La ricorrente non aveva impugnato la decisione del pubblico ministero di sospendere l'indagine. Le autorità non avevano negato alla ricorrente il suo diritto all'informazione e alla cooperazione durante l'indagine. Era stata la ricorrente a non aver fornito un'assistenza adeguata alle autorità.

[9] V. *Yotova v. Bulgaria*, n. 43606/04, n. 68, 23 ottobre 2012).

[10] V., tra gli altri, *Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania* [GC], n. 41720/13, n. 140, 25 giugno 2019; *Makaratzis v. Grecia* [GC], n. 50385/99, 55, CEDU 2004XI e Altri *v. Romania*, n. 24329/02, n. 108, 22 febbraio 2011.

La Corte prende poi in esame anche il rilevo delle autorità albanesi secondo cui il termine dei sei mesi per adire la Corte era stato ampiamente violato, posto che la vittima era stata informata della decisione di sospendere l'indagine nel 2012 mentre aveva proposto il relativo ricorso nel 2014. Sul punto la Corte ribadisce che lo scopo della norma di sei mesi di cui all'articolo 35 comma 1 della Convenzione è quello di promuovere la certezza del diritto e di garantire che i casi sollevati ai sensi della Convenzione siano trattati entro un termine ragionevole[11]. Secondo la sua giurisprudenza ben consolidata, nel caso in cui non è disponibile alcun rimedio nazionale il periodo di sei mesi va dalla data della comunicazione dell'ultimo atto.

Ed invero, nel caso in esame, solo nel 2014 il P.M. aveva informato l'interessata circa il fatto che l'indagine era stata sospesa a causa della mancata identificazione dell'aggressore, con la conseguenza che solo a partire da tale data la ricorrente è stata informata dell'inefficacia dei rimedi nel diritto interno[12].

Entrando nel merito della vicenda, sul versante sostanziale, la Corte ribadisce che è obbligo degli Stati non solo di astenersi dall'attentare alla vita dei propri cittadini, ma anche, in positivo, ad adottare le misure appropriate per salvaguardare la vita di coloro che sono all'interno della loro giurisdizione[13] Ciò comporta un obbligo primario da parte dello Stato di garantire il diritto alla vita mettendo in atto efficaci disposizioni di diritto penale, inteso in senso ampio, per scoraggiare la commissione di reati contro la persona[14]: ciò significa che anche sul versante pratico le autorità devono essere dotate di strumenti tecnici idonei sul piano operativo a prevenire l'aggressione di un individuo, proteggendo il suo diritto alla vita dal rischio di atti criminali di un altro individuo[15].

Certo, l'imprevedibilità del comportamento umano rappresenta una non trascurabile incognita, ma ciò non toglie che sul piano della logistica gli apparati giudiziari devono essere efficacemente attrezzati. Ovviamente, tale obbligo non può trasformarsi in un onere impossibile o sproporzionato per le autorità: non tutti i presunti rischi per la vita, pertanto, possono comportare per le autorità l'obbligo di adottare misure operative per evitare che esso si materializzi; affinché si verifichi un obbligo positivo, è necessario stabilire se le autorità conoscessero, o avrebbero dovuto conoscere all'epoca, l'esistenza di un rischio reale e immediato per la vita di un individuo derivanti dagli atti criminali di un terzo. Qualora venisse appurato un simile dato, allora non può sfuggire dal giudizio della Corte la valutazione sull'operato delle autorità interne e segnatamente se esse abbiano preso misure idonee nell'ambito dei loro poteri per evitare tale rischio[16]. E se ciò non fosse stato possibile a causa della variabile umana, rientra tra le competenze della Corte verificare quanto meno se le autorità abbiano fatto il possibile per rendere alla giustizia gli autori dell'illecito.

---

11 V. *Lopes de Sousa Fernandes v. Portogallo* [GC], n. 56080/13, 129, 19 dicembre 2017 e *Opuz v. Turchia*, n. 33401/02, n. 110, ECHR 2009).

12 *Mocanu e Others v. Romania* [GC], n. 10865/09 e altre 2, 258-269, ECHR 2014.

13 *L.C.B. v* .il Regno Unito, 9 giugno 1998, n. 36.

14 *Mastromatteo v. Italia* [GC], n. 37703/97, - 67, ECHR 2002VIII.

15 *Osman v.* il Regno Unito, 28 ottobre 1998, 115, *Relazioni di giudizi* e decisioni 1998VIII; *Giuliani e Gaggio v. Italia* [GC], n. 23458/02, n. 244, CEDU 2011 (estratti); e *Fernandes de Oliveira v. Portogallo* [GC], n. 78103/14, n. 108, 31 gennaio 2019.

16 *Ibidem*.

La tutela dei diritti non è, dunque, un problema di un (o almeno non solo) sufficiente quadro legislativo, ma di concreta gestione dell'intero sistema giustizia con particolare riguardo: a) al corretto utilizzo delle risorse economiche; b) alla leale collaborazione tra strutture dello Stato coinvolte nell'ambito di un'indagine giudiziaria.

Con riferimento agli aspetti di matrice preventiva riguardante il quadro giuridico complessivo, la Corte giudica positiva e adeguata la legislazione albanese in materia di tutela dei diritti delle donne[17].

Viceversa, in relazione agli aspetti riguardanti l'idoneità concreta delle attività d'indagine utili per garantire alla giustizia i colpevoli di reati che attentano alla vita delle persone, dalla lettura della sentenza emerge in via mediata come la valutazione Corte può essere svolta su due fronti: a) sul piano concreto dell'effettività delle indagini da parte degli organi di p.g. preposta nei singoli casi proposti alla sua attenzione; b) sul fronte delle risorse, nell'ambito di una più ampia valutazione della gestione delle stesse all'interne dello Stato ai fini della realizzazione di un efficace sistema giustizia.

E proprio su questo punto, a sommesso avviso di chi scrive, la sentenza spiega il suo massimo valore e i cui effetti potranno – nel tempo – essere dirompenti non solo in relazione all'Albania ma anche agli altri paesi aderenti alla Convenzione (sul punto si tornerà *infra*).

Sul piano dinamico, la Corte osserva come un'indagine debba essere in grado di stabilire la causa delle lesioni e, se del caso, l'identificazione dei responsabili in vista della loro punizione[18]. Ogni volta che vi sono dubbi sul verificarsi di una violenza do-

[17] Non è ragionevole parlare, come invece fa la Corte, di un problema di violenza di genere in Albania in virtù di un presunto "*contesto culturale e di valori sociali non favorevoli alla tutela della donna*". I dati offerti sono tutti presi dal ricorso presentato dalla ricorrente e si basano su valutazioni connotate più per il loro marchio ideologico piuttosto che per la loro effettiva rispondenza alla realtà sociale del paese. Eppure, fini da tempi non sospetti in Albania le donne hanno avuto un ruolo di protagoniste nella vita sociale e culturale del paese. Del resto essa viene dal blocco c.d. dell'est ove la parità di genere era elevata a culto da parte del regime comunista e ove la guida del paese era affidata in buona parte ad appartenenti al genere femminile. E ancora oggi più della metà del governo attuale è composto da donne. Più della metà dell'amministrazione pubblica è composta da donne. Più della metà del personale universitario è composto da donne. All'interno del parlamento albanese quasi il 40% dei deputati appartiene al genere femminile (dati ISTAT Repubblica d'Albania). Il tema della violenza di genere non è diverso da quello di molto paesi e probabilmente il fenomeno è molto più serio in Italia che in Albania, come lo dimostra l'esigenza del legislatore italiano di introdurre il c.d. Codice Rosso. Il problema della società albanese semmai è legato ad una perdita costante del senso dello Stato e delle Istituzioni da parte delle presone chiamate alla loro amministrazione, a causa di altri due fattori molto più seri: a. la dirompente corruzione in tutte le sfere dell'amministrazione pubblica; b) l'incertezza lavorativa e l'assenza di adeguate garanzie e tutele dei dipendenti pubblici, a causa di meccanismi legislativi e amministrativi poco stabili. Sul punto v. E. Bozheku, *La riforma costituzionale ("strutturale") del sistema della giustizia in Albania*, in *https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/BOZHEKU_2016a.pdf.;* E. Bozheku, *Le problematiche del sistema penalistico albanese: un panoramico sguardo d'insieme*, in *www.archiviopenale.it.*; I. Elezi, E. Elezi, Zhvillimi i mendimit teoriko – juridik shqiptar, Tirana, 2010, 25 ss. E, almeno per quanto riguarda l'Albania, proprio in questa prospettiva che va letta la decisione in esame: almeno in occasione dell'amministrazione della giustizia in ordine all'individuazione e punizione di fatti rilevanti *ex* artt 2 e 3 della CEDU non possono tollerarsi condotte superficiali o omissive dettate da problematiche interne.

[18] *Talpis v. Italia*, n. 41237/14, n. 106, 2 marzo 2017.

mestica o di una violenza contro una donna[19], è necessaria una diligenza speciale da parte delle autorità per affrontare la natura specifica della stessa[20].

Ne consegue che questioni di tipo materiale inerenti alla disponibilità di mezzi o risorse, ovvero di matrice burocratica riguardanti i rapporti tra istituzioni, debbano lasciare il passo al tempestivo e approfondito accertamento della verità.

In altri termini, dinanzi ad una vicenda di rilevo penale dove sono coinvolti diritti fondamentali (*id est* quello alla vita e/o all'incolumità individuale) non sono tollerabili omissioni e rallentamenti dovuti a fattori di natura contingente, imputabili all'organizzazione interna dello Stato.

Certo, in linea teorica vi possono anche essere degli ostacoli o difficoltà che impediscono il progresso di un'indagine in una situazione particolare. Tuttavia, una pronta risposta da parte delle autorità nell'indagare i casi in cui viene messo in discussione il valore fondante di qualsiasi società – la vita – diventa essenziale, *in primis*, per mantenere la fiducia del pubblico nella loro adesione allo Stato di diritto e, in secondo luogo, per impedire qualsiasi comparsa di tolleranza nei confronti di atti illeciti[21].

Sul versante, poi, dei diritti della vittima, la Corte osserva come l'indagine deve essere accessibile a quest'ultima o ai suoi famigliari al fine di metterli nelle condizioni di salvaguardare i loro legittimi interessi[22].

Per quanto riguarda la sua efficacia nel caso di specie, la Corte rileva come il pubblico ministero avesse aperto un'indagine sull'attacco con l'acido e che erano state eseguite diverse azioni investigative nei confronti dell'ex marito, su cui era stato imposto un ordine di costrizione[23].

Tuttavia, la stigmate della Corte si abbatte su due profili riguardanti la concreta attività investigativa, che – a giudizio della stessa – l'avevano resa (si badi: astrattamente) non efficace. In particolare, viene posto in evidenza come, in primo luogo, in nessun momento le autorità erano state in grado di stabilire la natura della sostanza trovata nel contenitore e sui vestiti della ricorrente; non veniva ottenuta alcuna relazione di esperti chimici o tossicologici in quanto le autorità interpellate (l'FNS e l'ISP) non disponevano delle attrezzature specialistiche necessarie o non era di loro competenza la compilazione di tali relazioni. A questo proposito, è difficile per la Corte accettare che una misura investigativa di importanza cruciale per il caso, vale a dire una perizia per consentire l'identificazione della sostanza utilizzata per attaccare la ricorrente, non fosse stata effettuata con la dovuta spedizione e determinazione. Da qui, il richiamo alle autorità nazionali di risolvere le questioni di competenza o istituire organi specializzati per l'adeguato svolgimento e avanzamento delle indagini. Del resto, le circostanze dell'attacco alla ricorrente – che ha il segno distintivo di una forma

19 *Mustafa Tunà e Fecire Tunà v. Turchia* [GC], n. 24014/05, 172, 14 aprile 2015.
20 V. *Volodina v. Russia*, n. 41261/17, n. 92, 9 luglio 2019.
21 *Armani Da Silva v. il Regno* Unito [GC], n. 5878/08, n. 237, 30 marzo 2016.
22 *Giuliani e Gaggio* [GC], cit.
23 Il suo appartamento veniva perquisito e diversi oggetti di sua proprietà venivano sequestrati. Venivano intraprese ulteriori misure investigative che comprendono le seguenti misure: veniva effettuato un esame *in loco*, diverse persone venivano interrogate, venivano ottenuti ed esaminati i filmati delle videocamere di due banche vicine, venivano ottenute relazioni forensi e venivano ordinate altre relazioni di esperti.

di violenza di genere – avrebbero dovuto incitare le autorità a reagire con particolare diligenza nell’esecuzione delle misure investigative.

Infine, La Corte rileva che avverso la decisione di sospendere le indagini non era previsto dal vecchio c.p.p. albanese alcuno strumento per presentare ricorso, con la conseguenza che la ricorrente non poteva contestare (l’omissione di) alcuna azione investigativa o chiedere alle autorità di adottare altre misure; né poteva chiedere un risarcimento danni in assenza di un autore identificato.

Di conseguenza, l’indagine in questione non poteva essere descritta come una risposta efficace da parte delle autorità all’attacco con l’acido, con conseguente violazione dell’articolo 2 della Convenzione per quanto riguarda l’obbligo procedurale dello Stato.

4. Alcune note a margine della sentenza in commento. La funzione di *state building* della Corte Edu: ove non può arrivare la diplomazia può arrivare il diritto.

Nel caso di specie alla Corte EDU viene devoluto il quesito se ivi sussista una violazione dell’articolo 2 della Carta da parte della Repubblica d’Albania: a) sotto il profilo sostanziale con riferimento a quello che è l’impianto delle disposizioni previste all’interno del relativo ordinamento in tema di tutela delle donne, che per giurisprudenza consolidata della Corte ha una propria rilevanza nell’ottica dell’effettiva pienezza del diritto alla vita e divieto di tortura di cui l’articolo 2 è precettore; b) sul versante processuale, in ordine all’effettiva tutela dei diritti delle vittime da parte delle autorità giurisdizionali in ordine a reati connotati da una matrice di c.d. violenza di genere.

Ebbene, la Corte non si accontenta del mero adeguamento a livello legislativo a quelle che sono le convenzioni internazionali ed europee a tutela dei diritti umani (nel caso di specie a tutela del genere femminile), ponendo l’attenzione sull’importanza di una più penetrante opera di *state building* del singolo legislatore, da intendersi quale opera di miglioramento complessivo del sistema giuridico/giudiziario nazionale per rendere effettivo non solo *on the book* ma anche *in action* la tutela dei diritti cardine della vita e dell’integrità personale.

In questa prospettiva, seppure implicitamente, la Corte ne traccia anche la giusta via da seguire evidenziando come, affianco al diritto positivo, è sul versante dinamico che il singolo Stato aderente alla CEDU deve prestare la massima attenzione. Nel caso di specie, tale principio viene rivolto all’Albania – ma il *dictum* può benissimo applicarsi anche a realtà diverse da quest’ultima – la quale deve munirsi di un impianto procedural penalistico interno che sia effettivamente in grado di garantire *funditus* i diritti delle vittime, sia sotto il profilo della conoscenza delle attività di indagine, sia con riferimento alla possibilità di interloquire con gli organi giurisdizionali per la tutela dei propri diritti e, dunque, di poter contribuire in modo concreto all’accertamento della verità. Del resto, solo in questo modo si appresterebbe un’effettiva tutela della vittima del reato, sia sul versante dell’identificazione e punizione dei colpevoli, sia sotto il profilo del ristoro del male subito mediante un adeguato e proporzionato risarcimento del danno.

Ma non solo.

Affinché un simile obiettivo possa ritenersi concretamente verificabile, occorre che vi sia una maggiore responsabilizzazione delle varie strutture dello Stato che di volta in volta diventano – o possano diventare – protagoniste per l'accertamento di determinate circostanze del reato.

A fronte dell'esigenza primaria di accertamento della verità e dunque di rendere giustizia alla vittima del reato, un non adeguato quadro interno in ordine ai rapporti tra istituzioni in merito alla loro reciproca collaborazione ovvero eventuali inefficienze – non importa se di natura oggettiva o soggettiva – da parte delle stesse, che di fatto possono anche solo in astratto incidere sulla (non) adeguatezza delle attività d'indagine, sono censurabili e pongono dunque in colpa, rendendolo responsabile, lo Stato membro.

Del resto, è compito di quest'ultimo provvedere: a) a disciplinare in modo adeguato quali sono i rapporti di interdipendenza tra i propri organismi interni, al fine di evitare situazioni di non (adeguata) collaborazione tra gli stessi e che in definitiva possano trasformarsi in un non corretto accertamento della verità da parte delle autorità inquirenti; b) munisca, sotto il profilo materiale, gli organi deputati allo svolgimento di determinate attività d'indagine di adeguate risorse e strumenti che siano – anche solo potenzialmente – utili al corretto svolgimento delle indagini.

Se in una dimensione ampia, di matrice squisitamente giuridica, i *dicta* della Corte sono finalizzati a ribadire agli Stati membri come sia loro precipuo compito "garantire il diritto alla vita creando una legislazione penale concreta che dissuada dal commettere reati contro la persona e predisporre un meccanismo completo di applicazione delle norme, soprattutto processuali, volto a (prevenire) reprimere e sanzionare le violazioni integrate"[24], in un piano più ristretto, di matrice politico-diplomatica – almeno per quanto riguarda l'Albania – il messaggio della Corte è altrettanto chiaro: ove i problemi organizzativi, strutturali o economici interni lambiscono l'efficace tutela dei diritti dell'uomo, gli stessi non potranno sfuggire dall'analisi e dalla valutazione della Corte stessa. Per la giustizia non solo le risorse non possono e non devono mancare, ma se ciò avviene, responsabile ne è lo Stato. La conseguenza è che, seppure non direttamente, la Corte può chiede implicitamente conto a quest'ultimo sull'utilizzo dei mezzi messi in campo.

Tale dato che può sembrare una piccola sfumatura, in una realtà – con corruzione ad alta velocità – come quella albanese non è certamente trascurabile nella misura in cui implicitamente obbliga ad abbassare la discrezionalità della politica in ordine all'utilizzo delle risorse pubbliche: almeno sul fronte della giustizia penale a quest'ultima viene chiesta una corretta e seria destinazione delle risorse per rendere efficace il sistema sia sul versante sostanziale che sul fronte dinamico, delle indagini. E ancora, alla politica viene chiesto anche: a) una maggiore responsabilità nell'individuazione dei soggetti che devono svolgere le indagini ove il criterio della meritevolezza deve giocoforza tornare ad essere centrale; b) una maggiore responsabilità istituzionale e senso di collaborazione tra apparati dello Stato i quali in tema di tutela dei diritti fondamentali devono manifestarsi efficienti, interagire tra di loro in quanto parti di un

[24] Cosi. A. Marandola, *Reati violenti e Corte europea dei diritti dell'uomo: sancito il diritto alla vita e il diritto alle indagini*, in *www.sistemapenale.it*, 22 settembre 2020.

unico sistema investigativo sollecitando un maggiore senso del dovere, e non trincerarsi dietro cavilli protocollari.

Dunque, oltre agli aspetti generali direttamente riconducibili alla tematica delle indagini in rapporto ai diritti fondamentali affermati dagli articoli 2 e 3 della CEDU[25], a sommesso avviso di chi scrive, in una dimensione più ristretta la sentenza in esame sembrerebbe sia munita anche di una propria valenza educativa e programmatica in ordine ai agli obblighi minimi che devono osservarsi per la costruzione e il consolidamento di un efficace sistema di giustizia penale, orientandolo in merito ai passi che dovrà intraprendere nel futuro. Si tratta di un momento assai significativo e forte che, nel tempo, potrebbe avere anche avere degli effetti dirompenti soprattutto sulla gestione della questione giustizia in Albania.

Del resto il messaggio al legislatore albanese è chiaro: a) prestate massima serietà alle questioni riguardanti la gestione della giustizia penale; b) eventuali vostre inefficienze – di qualsiasi natura esse siano – porteranno al controllo della Corte.

Un simile messaggio può essere compreso soprattutto alla luce della particolare situazione politica che l'Albania sta attraversando in questo momento storico: si vuole fortemente il suo ingresso in Europa sia per diminuire la presenza turca, russa e cinese nell'area, sia per ridurre il problema della criminalità organizzata di matrice albanese. Tuttavia, per arrivare ad un simile risultato è d'obbligo per le istituzioni europee che si metta un freno (fine, sarebbe impossibile) alla dilagante corruzione in Albania, soprattutto all'interno della magistratura e a sollecitare un maggior senso di responsabilità da parte delle istituzioni[26].

E se i tentativi diplomatici fino ad ora messi in campo non hanno sortito gli sperati effetti, posto che nonostante la messa in opera della c.d. riforma della giustizia negli ultimi 3 anni il 70% dei magistrati sono stati destituiti dalle funzioni a causa della comprovata corruzione, il problema è tutt'alto che risolto[27], ma anzi continua ad essere una piaga sociale a causa della dilagante corruzione che permea la politica e le alte cariche della pubblica amministrazione[28], l'intervento della Corte Edu, almeno sul fronte della tutela dei diritti fondamentali, può essere efficace quanto e forse più delle pressioni diplomatiche a sollecitare l'attenzione dei governanti locali in merito a quelle che sono le regole minime da adottare in tema di corretta amministrazione delle risorse pubbliche, quanto meno sul fronte della giustizia penale. Del resto, il messaggio della Corte è molto semplice: tolleranza zero sulla mancanza di serietà e d'impegno in ordine alla tutela dei diritti fondamentali!

Insomma e per concludere, sul piano strettamente politico, non è irragionevole affermare che nel caso di specie la Corte EDU ha assunto le vesti di uno *state builder*, e

---

25 *Ibidem*.

26 Sul punto sia consentito rinviare ai nostri. E. Bozheku, *La riforma costituzionale ("strutturale") del sistema della giustizia in Albania*, in *https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/BOZHEKU_2016a.pdf.;* E. Bozheku, *Le problematiche del sistema penalistico albanese: un panoramico sguardo d'insieme*, in *www.archiviopenale.it.*

27 E. Murati, I *tentativo europeo e dell'America a riformare il sistema della giustizia albanese: a che punto siamo?*, in *www.albaniannews.it.*

28 Il Controllo Superiore dello Stato albanese (l'equivalente della Corte dei Conti in Italia) stima che in 7 anni i rappresentanti dell'attuale governo abbiano distratto dalle casse dello stato circa 12 miliardi di euro. Fonte: *www.panfleti.net*.

che, per gli effetti che le proprie sentenze spiegano all'interno dell'ordinamento albanese, probabilmente la sua funzione potrebbe rivelarsi più forte di quella diplomatica già in atto da parecchi anni nel vicino e tuttavia assai complesso Paese balcanico.

SULLA CREDIBILITÀ DELLA PERSONA OFFESA IN CASO DI RITARDO NELL'EMERSIONE DELLA *NOTITIA CRIMINIS* E DI DISVELAMENTO PROGRESSIVO DEI FATTI*

Corte di Cassazione, Sez. III, sentenza 31 luglio 2020, n. 23419, Aceto Presidente – Macri Relatore

Francesca Tribisonna**

MASSIMA

Nessun dubbio di credibilità della persona offesa può validamente porsi a fronte di una *notitia criminis* emersa in ritardo e con modalità di disvelamento dei fatti progressiva allorquando la sentenza ne offra una spiegazione logica e adeguata. È, infatti, preclusa al giudice di legittimità la lettura alternativa dei fatti posti a fondamento della decisione a meno che non sia dedotta l'illogicità o l'irragionevolezza manifesta, non potendo egli sovrapporre la propria valutazione delle risultanze processuali a quella compiuta nei precedenti gradi e nemmeno saggiare la tenuta logica della pronuncia portata alla sua cognizione mediante un raffronto tra l'apparato argomentativo che la sorregge ed eventuali altri modelli di ragionamento mutuati dall'esterno.

Sommario: 1. Il caso di specie. – **2.** Il vizio "genetico" relativo all'emersione della *notitia criminis*. – **2.1.** Il ritardo nella denuncia di abuso. – **2.2.** La progressione dichiarativa nel racconto. – **3.** Il giudizio sulla credibilità della persona offesa. – **4.** Considerazioni conclusive.

Abstract

Il contributo si sofferma su un tema di grande interesse relativo alla valutazione delle dichiarazioni accusatorie provenienti da un soggetto minore d'età, presunta vittima di reati di natura sessuale, osservando come né il ritardo nella denuncia dei fatti di reato né la progressione dichiarativa tipica di un narrato che vada completandosi nel tempo siano elementi di per sé soli tali da minarne il giudizio di attendibilità.

The essay focuses on a topic of a great interest relating to the evaluation of the accusatory statements coming from a young witness, presumed victim of sexual crimes, noting how neither the delay in reporting the crime facts nor the declarative progression are able to undermine the judgment of their reliability.

---

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Professore a contratto in Diritto minorile presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia. Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Roma La Sapienza.

1. Il caso di specie.

Con la pronuncia in commento, i giudici della III Sezione della Corte di cassazione hanno rigettato il ricorso di un imputato, la cui condanna per abusi sessuali ai danni di una minorenne di età compresa tra i 9 e i 15 anni era stata confermata in sede d'appello. Avverso la pronuncia della Corte di merito, l'imputato aveva proposto ricorso per cassazione dolendosi di plurimi errori valutativi e vizi motivazionali in ordine all'apprezzamento della prova, valorizzando l'incongruenza dei racconti, l'inverosimiglianza dei fatti, le contraddizioni del narrato e, in definitiva, l'inattendibilità della persona offesa, che erano tali da consentire alla difesa di offrire una ricostruzione alternativa dei fatti. I giudici di legittimità, nel chiarire come la lettura alternativa dei fatti fosse loro preclusa, non essendo stata dedotta l'illogicità e l'irragionevolezza manifesta, osservavano, piuttosto, come la sentenza impugnata avesse offerto una spiegazione logica e non contraddittoria delle denunciate incongruenze. In questa direzione, si valorizzava come, anche grazie alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello, fossero emerse in modo chiaro e del tutto plausibile le ragioni del ritardo nella denuncia di reato, dovute, in buona sostanza, alla incredulità e titubanza manifestata dai familiari che, a vario titolo, avevano raccolto le prime dichiarazioni accusatorie della minore verso l'amico di famiglia, nonché alla loro più generale tendenza a sottrarsi al problema. Allo stesso tempo, anche la circostanza secondo cui la minore avrebbe parlato al fidanzatino solo di *avances*, non raccontando subito dei più gravi abusi subiti, era stata ritenuta compatibile con l'esigenza interiore della persona offesa di non disvelare tutto, non essendo la medesima ancora pronta ad aprirsi.

2. Il vizio "genetico" relativo all'emersione della *notitia criminis*.

L'argomento principe posto a fondamento delle doglianze del ricorrente aveva riguardato un vizio per così dire "genetico" relativo all'emersione della *notitia criminis*, che, da una parte, era avvenuta con modalità tali da determinarne una ritardata acquisizione; dall'altra, si era verificata in via graduata, senza che il primo racconto si fosse disvelato *ab origine* già esaustivo e completo di tutte le informazioni di dettaglio circa i gravi fatti subiti. Si tratta di tematiche invero assai ricorrenti nei procedimenti per reati di natura sessuale aventi a fondamento le dichiarazioni accusatorie provenienti da un soggetto minore d'età[1] e su cui il sapere giuridico non può affatto prescindere dal contributo proveniente dalle scienze psicoforensi al fine di dare una spiegazione al fenomeno.

[1] Per una più ampia disamina della tematica in discorso, sia consentito il richiamo a F. Tribisonna, *L'ascolto del minore testimone o vittima di reato nel procedimento penale. Il difficile bilanciamento tra esigenze di acquisizione della prova e garanzie di tutela della giovane età,* Cedam, 2017.

2.1. Il ritardo nella denuncia di abuso.

Com'è noto, oltre alle difficoltà che si riscontrano nel far emergere dal tessuto sociale le condotte devianti poste in essere in danno dei minori – spesso non denunciate per omertà o più semplicemente perché occultate, consapevolmente o meno, proprio dalle giovani vittime – uno dei problemi più significativi che ci si trova a dover affrontare quando si ha a che fare con una *notitia criminis*, che vede coinvolto quale offeso un soggetto minorenne, è senza dubbio quello relativo alla sua genesi.

In casi di questo tipo, da una parte, diventa imprescindibile un'oculata "esplorazione" del contesto in cui i fatti si sarebbero verificati nonché delle condizioni familiari, sociali e culturali del minore, in modo da chiarire in quale ambito e come sia maturata la sua prima rivelazione o da chi sia provenuta la decisione di sporgere denuncia. Dall'altra, assumono un rilievo decisivo – sia nelle fonti europee[2] che nell'ordinamento interno[3] – il diritto del minore di essere sentito e le modalità di assunzione del suo contributo dichiarativo sin dalle prime fasi di emersione, quando cioè lo stesso si presenti ancora incontaminato.

Per quanto concerne il primo profilo, ossia l'indagine circa il contesto in cui può maturare la decisione del minore di rivelare le violenze subite, non si può omettere di ricordare che, talvolta, uno dei principali ostacoli incontrati discende dalla sussistenza di un rapporto ambivalente che lega il bambino all'abusante – soprattutto quando questi sia un genitore o una figura adulta per lui significativa – ma anche dalla presenza di un forte senso di colpa, vergogna o umiliazione che spesso lo affliggono. Anche il silenzio serbato per lungo tempo o la mancanza di precisione e coerenza nel racconto non possono essere considerati *tout court* sintomi indicativi di minore attendibilità; ciò che impone una valutazione particolarmente attenta proprio da parte di quei soggetti che per primi si rapportano con la giovane vittima. Peraltro, la difficoltà che si riscontra nell'"isolare" le prime rivelazioni del minore discende anche dal fatto che coloro che hanno a che fare con tali dichiarazioni prima di ogni altro soggetto sono generalmente proprio i familiari del bambino. Questi, com'è stato osservato, «dapprima assumono un atteggiamento incredulo, poi egocentrico e dominato dai sensi di colpa e, infine, iperattivo ed inquinante, quasi mai accogliente nei confronti del minore, che, uscito da poco dal bozzolo di un silenzio doloroso, diventa

---

[2] Si badi come la direttiva 2012/29 UE del Parlamento europeo e del Consiglio, fatta a Strasburgo il 25 ottobre 2012, in G.U.U.E., L. 315 del 14 novembre 2012, che istituisce "*norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato*" e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI dedichi l'art. 10 al "Diritto di essere sentiti" delle vittime di reato, precisando che qualora si tratti di un minore, si debbano tenere in debito conto la sua età e la sua maturità.

[3] Cfr. le novità apportate dal d.lgs. 15.12.2015, n. 212, recante "*Attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*", in *Gazz. Uff.*, 5.1.2016, n. 3, in vigore dal 20.1.2016 che ha previsto, tra le altre cose, che la persona offesa debba ricevere informazioni in modo agevole e comprensibile sin dal primo momento in cui intrattiene un contatto con le autorità competenti, allo scopo di consentirle di prendere parte attiva al procedimento penale mediante un consapevole esercizio dei propri diritti (v. art. 90-*bis* c.p.p.). Sia consentito il richiamo, in dottrina, a G. Sergio-F. Tribisonna, *La vittima minorenne nel processo penale: diritti, protezione, assistenza*, in Aa.Vv., *Manuale psicoforense dell'età evolutiva*, Milano, 2018, 600 ss.

il bersaglio di una pressante serie di domande, tese ad ottenere la "prova" definitiva ed inconfutabile dell'abuso patito, ma mai finalizzate ad accogliere, contenere, lenire il dolore, il turbamento, la solitudine ed il sentimento di tradimento che si accompagnano ad un (eventuale) abuso reale»[4].

Per quel che attiene, invece, la necessità di assunzione delle dichiarazioni del minore fin dalle primissime fasi di emersione della notizia di reato, non pare superfluo riflettere sulla tendenza da ultimo manifestata dal legislatore nazionale che, con il c.d. Codice Rosso[5], ha voluto garantire maggiore celerità proprio nella fase di raccolta delle primissime dichiarazioni[6] anche allo scopo di scongiurare quanto più possibile il rischio di contaminazione ed inquinamento ineluttabilmente legato al trascorrere del tempo, permettendo altresì di valutare precocemente la gravità della situazione e di predisporre, conseguentemente, ogni più idoneo strumento di tutela. Inoltre, cautele ancora maggiori devono assistere le prime audizioni del minore[7] se si riflette su quella che costituisce un'acquisizione ormai pacifica nella comunità scientifica, ossia il fatto che l'uso di metodologie errate sin dalle prime fasi di acquisizione della notizia di reato può contribuire in maniera esiziale a minare l'esito degli accertamenti futuri[8].

---

[4] S. Recchione, *Le indagini nei casi di sospetti abusi su minori. La prova dichiarativa debole e la fruibilità degli atti di indagine*, in *Cass. pen.*, 2009, 1, 247.

[5] Cfr. L. 19 luglio 2019, n. 69, *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Gazz. Uff.*, 25.7.2019, n. 173.

[6] Cfr. art. 2, comma 1, L. n. 69/2019, che ha inserito all'art. 362 c.p.p. il nuovo comma 1-*ter*, prevedendo che il pubblico ministero, entro tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, assuma informazioni dalla persona offesa o da colui che abbia presentato denuncia, querela o istanza per i fatti relativi ai reati di violenza domestica e di genere; il tutto salvo che sussistano imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa.

[7] Sull'importanza dell'indagine relativa alle primissime dichiarazioni del minore, v., pur datata, Cass., Sez. III, 17.1.2007, n. 9811, in *Guida dir.*, 2007, 5, 57, secondo cui «nella valutazione della testimonianza di un bambino, le primissime dichiarazioni spontanee sono quelle maggiormente attendibili proprio perché non inquinate da interventi esterni che possono alterare la memoria dell'evento. L'indagine sulla genesi delle prime narrazioni è sempre opportuna per escludere la presenza di eventuali falsi ricordi» nonché, nella giurisprudenza di merito, C. App. Milano, Sez. I, 4.10.1995, n. 1188, *inedita*, 83 ss., secondo cui deve essere attribuita importanza determinante alla "prima comunicazione" resa dal minore vittima di abuso sessuale, in quanto nelle successive deposizioni le dichiarazioni possono essere influenzate da fattori esterni o da suggestioni dovute a persone estranee al fatto che possono compromettere l'attendibilità della testimonianza.

[8] Si badi come il tema delle modalità di escussione del minore non riguardi solo le fasi embrionali del procedimento, ma anche quelle successive. Per approfondimenti circa la nota problematica relativa alla possibilità di offerta di domande di natura suggestiva da parte del giudice, v., di recente, Cass., Sez. IV, 6.2.2020, n. 15331, in *questa rivista*, 2020, 3, 467 ss. con nota di I. Benevieri, *Il giudice suggestivo. L'esame testimoniale condotto dal giudice in una prospettiva tra diritto e linguaggio*. Sul medesimo argomento, sia consentito, altresì, il richiamo a Cass., Sez. III, 24.2.2012, n. 7373, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 12, 1471 ss., con nota di F. Tribisonna, *Poteri del giudice ed estensione del divieto di domande suggestive al minorenne.*

2.2. La progressione dichiarativa nel racconto.

Per quanto concerne le modalità di disvelamento del racconto, gli studiosi della materia hanno evidenziato una serie di caratteristiche proprie delle dichiarazioni rese da soggetti in condizione di particolare vulnerabilità, quali i minorenni presunte vittime di reati di natura sessuale. In particolare, in simili evenienze, è emerso come non si possa prescindere da un dato fondamentale, ossia quello secondo cui le dichiarazioni accusatorie raramente si presentino come immediatamente esaustive ed omogenee, in quanto le giovani vittime non riescono a concedere immediatamente ed in un'unica soluzione l'intera rappresentazione dei fatti per cui si procede, anche perché si trovano a doversi confrontare con gli effetti del trauma primario denunciato e con gli esiti del trauma secondario scaturente dal processo[9].

Al contrario, l'esperienza e gli studi scientifici in materia insegnano che le dichiarazioni vanno completandosi nel tempo e sono solite emergere a seguito di percorsi faticosi di rivisitazione e superamento del trauma subito e, magari, anche di accresciuto affidamento del dichiarante verso l'autorità giudiziaria. Infatti, non si deve dimenticare come il contributo dichiarativo possa risultare condizionato proprio dalla fiducia o dall'eventuale rifiuto che il giovane testimone abbia maturato nei confronti del soggetto interrogante. Le acquisizioni raggiunte in campo psicologico hanno evidenziato come i meccanismi del ricordo siano fortemente influenzati dal *setting* della audizione – e, *in primis*, dal rapporto con l'intervistatore – e come la testimonianza non sia affatto omogenea nel corso delle varie audizioni effettuate in tutto il corso del procedimento. Inoltre, accade sovente che le dichiarazioni si riempiano di contenuti man mano che tutti i dettagli vengono rielaborati dal minore o, più semplicemente, riportati alla memoria[10]. Si parla, infatti, di cd. "progressione dichiarativa" per indicare la caratteristica della dichiarazione che, con il tempo, si connota di nuove sfumature fino a diventare un racconto spesso molto diverso da quello reso in occasione delle prime interviste. Il problema per il minore – prima di una certa maturazione psicofisica, che viene collocata intorno agli otto anni[11] – riconosciuto pacificamente tra gli

[9] Cfr. M. Monzani, *Il modello circolare di vittimizzazione. Dalla percezione del rischio alla consapevolezza della vittimizzazione*, Giuffrè, 2019, 106, che chiarisce come la seconda vittimizzazione consista nelle conseguenze di tipo psicologico, legate al dover riferire quanto subito, a terzi, ed in queste situazioni i sentimenti di vergogna, autocolpevolizzazione, timore di non essere creduti, possono creare danni gravissimi. Nel senso che, di fatto, spesso, la paura di una seconda vittimizzazione sia alla base della maggior parte delle mancate denunce da parte delle vittime, v. G. Di Chiara., *Un* focus*: tutela della vittima, danno da ascolto metodologicamente errato, strumenti di prevenzione della vittimizzazione secondaria*, in Aa.Vv., *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, Giappichelli, 2017, 457.

[10] Cfr. le osservazioni di F. Sportelli, *Vulnerabilità e codice*, in Aa.Vv., *Il testimone vulnerabile*, a cura di D. Carponi Schittar, Giuffrè, 2005, 133, secondo cui «il ricordo sarà il prodotto finale di un complesso processo di assimilazione al termine del quale l'accaduto risulterà fissato, attraverso il passaggio nella memoria a breve termine, in quella a lungo termine. Tuttavia, quante più elaborazioni avranno avuto luogo, tanto più alterata risulterà l'originaria genuinità dell'evento».

[11] Cfr. quanto contenuto nelle Linee Guida Nazionali. L'ascolto del minore testimone, redatte dalla *Consensus Conference*, Roma, 6.11.2010 e, in particolare, art. 2.19: «i bambini non hanno un ricordo esplicito degli eventi occorsi nel periodo preverbale (prima dell'acquisizione delle competenze linguistiche, cioè prima dei 24 mesi). Ci sono comunque evidenze circa il fatto che

studiosi di psicologia dell'età evolutiva non è, infatti, tanto la sua capacità cognitiva, ma la sua spiccata tendenza ad incorporare informazioni *post* evento nel proprio patrimonio mnestico.

Il fanciullo, oltre ad andare incontro molto più velocemente dell'adulto al fenomeno del tutto naturale del decadimento progressivo del ricordo, possiede una sorta di "memoria *in progress*"[12], ossia caratterizzata da una notevole inclinazione a confondere o a modificare il ricordo con eventi immaginari, frutto di suggestione o con informazioni acquisite dopo il fatto[13]: la pericolosità di un simile meccanismo discende dal fatto che, come insegna la comunità scientifica, qualora costui sia acquiescente a prospettazioni etero indotte, potrà reiterare la versione dei fatti appresa *ab externo*.

I dati che entrano in maniera più o meno regolare nel patrimonio conoscitivo del minore sono destinati a condirsi attraverso suggerimenti, stimoli e sollecitazioni successive, tanto che il momento storico vissuto potrebbe risultare una commistione tra fatti realmente accaduti ed eventi immaginari. Al proposito, si osserva correttamente in dottrina[14], che il minore «ricorda raccontando»[15], mentre l'adulto «racconta ricordando», per evidenziare la differenza del meccanismo sotteso all'espressione di un vissuto da parte dei due diversi soggetti.

E allora, poiché «lo svelamento è (quasi sempre) progressivo e le dichiarazioni rese dal minore nelle varie audizioni non sono (quasi mai) perfettamente sovrapponibili, l'attendibilità complessiva del dichiarato si ricava dalla analisi congiunta, giudiziale e tecnico-psicologica, della progressione dichiarativa»[16]. Anzi, pare di potersi sostenere

---

qualche ricordo non verbale possa implicitamente influenzare il comportamento nel periodo in cui viene acquisito il linguaggio»; art. 2.20: «bambini di 4-5 anni possono avere ricordi autobiografici specifici per eventi occorsi prima dei 3 anni, sotto forma di immagini visive e conoscenze concettuali, seppur poco dettagliate ed organizzate, la maggior parte delle quali poi non saranno ricordate da adulti»; art. 2.21: «la possibilità di ricordare successivamente fatti avvenuti tra i 4 ed i 7 anni è via via maggiore, ma è solo a partire dai 8-10 anni che i ricordi cominciano ad acquisire strutturazione, contenuto e organizzazione simili a quelli dell'adulto» e art. 2.23: «esiste una fascia d'età critica per il ricordo nella quale agisce la cosiddetta amnesia infantile. Questa si definisce come l'incapacità di ricordare, da adulto, eventi autobiografici avvenuti prima di una soglia che la letteratura colloca tra i 2.5 e i 3 anni di età».

12 L'espressione è di G. Giostra, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 3, 1026.

13 Così L. Camaldo, *La testimonianza dei minori nel processo penale: nuove modalità di assunzione e criteri giurisprudenziali di valutazione*, in *Ind. pen.*, 2000, 1, 177.

14 Cfr. G. Mazzoni, *La testimonianza in età evolutiva*, in *Età evolutiva*, 1995, 52, 55 ss. Per approfondimenti della medesima A., cfr., *amplius*, G. Mazzoni, *Psicologia della testimonianza*, Giuffrè, 2011.

15 Ai sensi dell'art. 2.22 Linee Guida Nazionali. L'ascolto del minore testimone, redatte dalla *Consensus Conference*, Roma, 6.11.2010 «i bambini "ricordano raccontando", nel senso che costruiscono il ricordo attraverso la sua narrazione. In bambini fino a circa sei anni questa narrazione avviene di solito in collaborazione con un adulto, che può quindi influenzarne il contenuto. Nelle narrazioni successive di un evento, ciò che il bambino presenta come "ricordo" può essere influenzato non solo da ciò che egli ha narrato la volta precedente, ma anche da fattori esterni, dal parlarne ad es. con coetanei o adulti, da informazioni o suggerimenti ricevuti, ecc. Da qui l'importanza della "prima dichiarazione" e della modalità con cui viene assunta».

16 S. Recchione, *Le indagini nei casi di sospetti abusi su minori. La prova dichiarativa debole e la fruibilità degli atti di indagine*, in *Cass. pen.*, 2009, 1, 249. Per ulteriori osservazioni, v. S. Maffei,

che, allorquando ci si raffronti con le dichiarazioni provenienti da bambini presuntivamente abusati, la progressione nel racconto costituisca la regola e, allo stesso tempo, pur contraria alle dinamiche ordinarie in tema di valutazione della prova, rappresenti, invece, un'importante garanzia di genuinità del racconto[17]. Se, ordinariamente, il fatto che le dichiarazioni rese in tempi diversi siano discordanti tra loro è un elemento che viene sfruttato attraverso il meccanismo delle contestazioni per minare la credibilità del testimone adulto, tale ragionamento non può essere indiscriminatamente esteso alla valutazione del propalato del minore. In quest'ultimo caso, infatti, sarà solo attraverso una più ampia visione d'insieme che tenga conto di tutto il percorso dichiarativo compiuto, che il giudice potrà vagliare l'attendibilità del contributo probatorio offerto dal giovane intervistato e la sua credibilità[18].

3. Il giudizio sulla credibilità della persona offesa.

L'odierno sistema processuale penale rifugge dal sistema delle cd. "prove legali", affidando, invece, così come sancito *ex* art. 192, comma 1, c.p.p., al giudice il compito di valutare la prova secondo quello che sarà il suo libero convincimento[19], essendo libero di attribuire alla medesima la valenza conoscitiva che ne scaturisce da una valutazione concreta. Tuttavia, considerando questo il punto di partenza ed applicando, anche *in subiecta materia*, tutte le considerazioni ordinariamente valevoli relativamente al potere valutativo del giudice, che dovrà vagliare quelli che sono i criteri comuni relativi all'attendibilità soggettiva del teste ed oggettiva del narrato, è bene evidenziare come, sul tema della testimonianza minorile, la giurisprudenza abbia

Testimone "vulnerabile" *e diritti fondamentali: l'esperienza sopranazionale comparativa*, in Aa.Vv., *Testimoni e testimonianze deboli*, a cura di L. De Cataldo Neuburger, Cedam, 2006, 329 nonché P. Onorato, *Giurisprudenza di legittimità in tema di violenza sessuale*, in *Cass. pen.*, 2010, 10, 3658 ss.

17 Cfr. A. Balabio-G. Sartori-R. Vacondio., *La memoria del testimone*, in AA.VV., *Manuale psicoforense dell'età evolutiva*, Giuffrè, 2018, 655, secondo cui, in virtù della sua personalità fragile e delle difficoltà che riscontra nel percepire e riferire la realtà, il minore non è in grado di effettuare una dichiarazione articolata, e qualora quest'ultima fosse effettuata, potrebbe far sorgere il sospetto che il bambino possa essere stato suggestionato, influenzato e nella peggiore delle ipotesi intimidito o condizionato dall'adulto.

18 Sul tema, si veda, ancora una volta, S. Recchione, *Le indagini nei casi di sospetti abusi su minori. La prova dichiarativa debole e la fruibilità degli atti di indagine*, in *Cass. pen.*, 2009, 1, 248, la quale osserva come «in caso di abuso la regola è lo svelamento progressivo, sicché l'arricchimento del dichiarato iniziale e la non perfetta coincidenza delle diverse deposizioni, con l'eventuale aggravamento del quadro accusatorio nel corso della progressione dichiarativa, devono essere considerati indici di attendibilità intrinseca, esattamente al contrario di quanto avviene nella valutazione dei testi adulti, in relazione ad eventi non traumatici».

19 Per un'impostazione nel senso che il legislatore del 1988 abbia optato per una sorta di recupero del principio di legalità della prova, volto ad evidenziare la funzionalità delle regole di acquisizione probatoria rispetto alla formazione del convincimento giudiziale, cfr. E. Amodio, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 3 nonché V. Grevi, *Prove*, in G. Conso-V. Grevi, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Cedam, 1996, 227, che ha rilevato come le "disposizioni generali" collocate a guisa di preambolo del libro III del codice dedicato interamente alle prove, fungano da ‹‹catalogo dei principi guida da osservarsi in materia probatoria››.

elaborato ulteriori specifici criteri, che costituiscono delle linee guida funzionali al vaglio delle deposizioni dei giovani testi[20], non potendosi considerare sufficiente una valutazione che si riferisca unicamente all'intrinseca coerenza del racconto, senza tenere adeguatamente conto di tutte le circostanze concrete che possono influire sulla medesima[21]. Tale vaglio, poi, dovrà essere condotto con ancor maggiore scrupolo ed attenzione allorquando il minore sia anche persona offesa dal reato[22], specie se "in condizione di particolare vulnerabilità"[23] e dovrà giungere ad essere particolarmente penetrante allorquando il minore risulti offeso proprio da reati di natura sessuale[24].

La valutazione dell'attendibilità soggettiva del giovane testimone deve essere desunta dalle sue caratteristiche personali, morali ed intellettive e dall'esistenza di motivi personali di rancore, di astio o di altri sentimenti verso l'accusato[25]; l'attendibi-

[20] Per tali considerazioni, cfr. L. Camaldo, *La testimonianza dei minori nel processo penale: nuove modalità di assunzione e criteri giurisprudenziali di valutazione*, in *Ind. pen.,* 2000, 1, 175.

[21] In questi termini, Cass., Sez. III, 23.5.2013, n. 39405, in *CED Cass.*, 257094, secondo cui ‹‹è affetta dal vizio di manifesta illogicità la motivazione della sentenza nella quale la valutazione sull'attendibilità e credibilità delle dichiarazioni del minore vittima di abusi sessuali venga condotta esclusivamente riferendosi all'intrinseca coerenza del racconto, senza tenere adeguatamente conto di tutte le circostanze concrete che possono influire su tale valutazione››.

[22] In giurisprudenza, v. Cass., Sez. III, 12.7.2012, n. 43149, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 7, 835 ss. con nota di E. Franceschini, *La sola testimonianza del minore sessualmente abusato è sufficiente per pervenire ad una sentenza di condanna.* Cfr., altresì, Cass., Sez. IV, 18.10.2011, n. 44644, in *CED Cass.*, 251663; Cass., Sez. II, 20.9.2011, n. 43307, in *Dir. e giust.*, 2011, 380 ss., con nota di A. Ferretti, *Si alla testimonianza della persona offesa come prova della responsabilità dell'imputato*; Cass., Sez. I, 24.6.2010, n. 29372, in *Cass. pen.,* 2010, 3121 ss.; Cass., Sez. III, 23.10.2008, 43339, in *Guida dir.*, 2009, 2, 80; Cass., Sez. VI, 14.4.2008, 27322, in *CED Cass.*, 240524; Cass., Sez. III, 27.4.2006, n. 34110, in *CED Cass.*, 234647; Cass., Sez. V, 10.4.2006, n. 18092, in *Guida dir.*, 2006, 25, 95; Cass., Sez. IV, 21.6.2005, n. 30422, in *CED Cass.*, 232018; Cass., Sez. VI, 3.6.2004, n. 33162, in *CED Cass.*, 229755; Cass., Sez. IV, n. 16860/2004; Cass., Sez. III, 13.11.2003, n. 3348, in *CED Cass.*, 227493. Sulla testimonianza in generale della persona offesa, si veda, in dottrina, A. Giarda, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Giuffrè, 1971, 393, che ha osservato come ‹‹le dichiarazioni dell'offeso debbono essere attentamente e scrupolosamente valutate; si richiede uno scrupolo ed un'attenzione speciali che saranno evidenziate nel segno visibile della motivazione, la quale rappresenterà appunto lo strumento di cui potranno avvalersi le parti al fine di controllare, per quanto è possibile, se quello scrupolo e quell'attenzione siano stati rispettati››.

[23] La vulnerabilità del testimone genera infatti una esigenza di protezione riconosciuta sia dalla normativa interna (art. 398 c.p.p., comma 5-*ter* e art. 498, comma 4-*quater* c.p.p.) che dalla normativa sovranazionale (art. 22 ss. direttiva 2012/29/UE), ma non comporta un abbattimento presuntivo della capacità dimostrativa dei contenuti dichiarativi. In materia, si è così espressa Cass., Sez. II, 27.10.2015, n. 46100, in *CED Cass.*, 265380: «in tema di valutazione della prova testimoniale, la vulnerabilità della persona offesa, nella misura in cui produce fratture non decisive della progressione dichiarativa, emergenti anche a seguito delle contestazioni, e si manifesta attraverso un contegno timoroso, non è un elemento che può, da solo, determinare una valutazione di inattendibilità, dovendo la credibilità dei contenuti essere valutata anche sulla base della comunicazione non verbale, della quale deve essere verificata la coerenza con le cause della vulnerabilità e, segnatamente, con la relazione che lega il dichiarante con l'accusato».

[24] Sul punto, si veda, Cass., Sez. III, 5.5.2010, n. 29612, in *CED Cass.*, 247740; Cass., Sez. III, 4.10.2007, n. 42984, in *CED Cass.*, 238067; Cass., Sez. III, 26.9.2007, n. 39994, in *CED Cass.*, 237952; Cass., Sez. III, 7.11.2006, n. 5003, in *CED Cass.*, 235649; Cass., Sez. III, 6.4.2004, n. 23278, in *CED Cass.*, 229421; Cass., Sez. III, 18.10.2001, n. 43303, in *CED Cass.*, 220362.

[25] Si veda, in tal senso, Cass., Sez. VI, 13.5.2015, n. 31309, in *CED Cass.*, 264334, secondo cui «in

lità oggettiva del narrato, invece, deve essere colta dall'osservazione della genesi del racconto, della sua spontaneità, della coerenza interna, della specificità dei dettagli[26] e, eventualmente, della sua corrispondenza rispetto ad ulteriori elementi acquisiti al processo[27], non senza tenere in precipua considerazione il più ampio contesto sociale, familiare e ambientale al fine di escludere l'intervento di fattori inquinanti in grado di minarne la credibilità[28].

4. Considerazioni conclusive.

Le considerazioni svolte in ordine alla peculiarità del mezzo di prova testimoniale proveniente da soggetto minore d'età presunta vittima di reati di natura sessuale, allora, non possono che corroborare e riempire di significato le osservazioni provenienti dalla Corte territoriale e riprese dai giudici di legittimità nel caso che ci riguarda: "la ricerca della verità non segue la strada di una puntigliosa ricerca delle differenze di dettaglio in due narrazioni [...] rese in due diverse sedi dichiarative (con tutte le differenze relative, dal contesto, a come sono rivolte le domande etc.), ma quelle della verifica della corrispondenza della struttura essenziale del corpo dichiarativo, dell'emergere o meno di indici di effettività esperienziale, del cogliere gli accenti di sincerità, o viceversa, del verificare la presenza o meno di fattori distorsivi mnestici o emotivi". Si tratta di un vaglio assai delicato cui il giudice non può in alcun modo sottrarsi.

L'importanza del momento valutativo, poi, la si può ben cogliere considerando che anche il relativo percorso motivazionale della sentenza dovrà tener conto, non solo dell'intrinseca coerenza del racconto, ma, come detto, anche di tutte le circostanze

tema di valutazione della prova testimoniale, l'ambivalenza dei sentimenti provati dalla persona offesa nei confronti dell'imputato non rende di per sé inattendibile la narrazione delle violenze e delle afflizioni subite, imponendo solo una maggiore prudenza nell'analisi delle dichiarazioni in seno al contesto degli elementi conoscitivi a disposizione del giudice».

[26] V. Cass., Sez., III, 4.10.2007, n. 42984, in *CED Cass.*, 238066, che ha affermato che «in tema di valutazione della prova testimoniale, ai fini del giudizio di attendibilità delle dichiarazioni del teste minorenne che sia vittima di reati sessuali, il ragionamento probatorio non può prescindere dalla necessità che tali dichiarazioni debbano riguardare cose e persone realmente esistenti rispetto alle quali sia verosimile, al di là di ogni ragionevole dubbio, per la specificità dei dettagli e dei racconti, che il minore possa aver avuto un impatto con un'esperienza da questi vissuta come inusitata, fastidiosa e sovente traumatica».

[27] V. Cass., Sez. III, 6.11.2014, n. 50636, *inedita*, secondo cui «la valutazione delle dichiarazioni testimoniali del minore persona offesa di reati sessuali presuppone un esame della sua credibilità in senso onnicomprensivo, dovendo tenersi conto, a tal riguardo, dell'attitudine, in termini intellettivi ed affettivi, a testimoniare, della capacità a recepire le informazioni, ricordarle e raccordarle, delle condizioni emozionali che modulano i rapporti col mondo esterno, della qualità e natura delle dinamiche familiari e dei processi di rielaborazione delle vicende vissute, con particolare attenzione a certe naturali e tendenziose affabulazioni». Cfr., nello stesso senso, Cass., Sez. III, 8.05.2013, n. 23065, *inedita*; Cass., Sez. III, 5.5.2010, n. 29612, in *CED Cass.*, 247740; Cass., Sez. III, 26.9.2007, n. 39994, in *CED Cass.*, 237952; Cass., Sez. III, 7.11.2006, n. 5003, in *CED Cass.*, 235649; Cass., Sez. III, 6.4.2004, n. 23278, in *CED Cass.*, 229421; Cass., Sez. III, 3.10.1997, n. 8962, in *CED Cass.*, 208447.

[28] Così Cass., Sez. III, 6.12.2012, n. 8057, in *CED Cass.*, 254741.

concrete che possono aver influito su tale valutazione[29], restando insindacabile in sede di legittimità la scelta del giudice in ordine alla rilevanza ed attendibilità delle fonti di prova, a meno che le stesse non siano il frutto di affermazioni apodittiche o illogiche[30] e specialmente quando il giudice del merito abbia fornito una spiegazione plausibile della sua analisi probatoria[31]. In tal senso, del tutto opportunamente, nel caso che ci riguarda, si chiarisce come, anche a seguito della modifica dell'art. 606, comma 1, lett. e) c.p.p., per effetto della L. n. 46/2006[32], sia preclusa al giudice di legittimità la lettura alternativa dei fatti posti a fondamento della decisione o l'autonoma adozione di diversi parametri di ricostruzione dei fatti a meno che non sia dedotta l'illogicità o l'irragionevolezza manifesta. Infatti, in tema di controllo sulla motivazione, alla Corte di cassazione è normativamente preclusa non solo la possibilità di sovrapporre la propria valutazione delle risultanze processuali a quella compiuta nei precedenti gradi, ma anche di saggiare la tenuta logica della pronuncia portata alla sua cognizione mediante un raffronto tra l'apparato argomentativo che la sorregge ed eventuali altri modelli di ragionamento mutuati dall'esterno[33].

[29] In questi termini Cass., Sez. III, 17.10.2007, n. 4069, in *CED Cass.*, 238543.

[30] Infatti, come chiarito da Cass. Sez. III, 12.10.2007, n. 40542, in *CED Cass.*, 238016, che aveva qualificato come mera circostanza fattuale, insindacabile in sede di legittimità, la deduzione difensiva che mirava a censurare la valutazione di attendibilità della persona offesa in base alla asserita implausibilità del resoconto testimoniale sulla base del capo di abbigliamento indossato, ovvero pantaloni "jeans" non sfilabili senza il consenso della vittima, «nell'ipotesi di ricorso per mancanza o manifesta illogicità della motivazione, il sindacato in sede di legittimità è limitato alla sola verifica della sussistenza dell'esposizione dei fatti probatori e dei criteri adottati al fine di apprezzarne la rilevanza giuridica nonché della congruità logica del ragionamento sviluppato nel testo del provvedimento impugnato rispetto alle decisioni conclusive».

[31] Così Cass., Sez. III, 18.12.2006, n. 41282, in *CED Cass.*, 235578.

[32] Come osservato nella sentenza qui annotata, infatti, la novella non ha mutato la natura del giudizio di legittimità, al quale rimane estraneo il controllo sulla congruità della motivazione in rapporto ai dati processuali (Cass., Sez. V, 22.3.2006, n. 19855, in *CED Cass.*, 234095).

[33] Cfr. pronuncia in commento, nonché Cass., S.U., 31.5.2000, n. 12, in *CED Cass.*, 216260, secondo cui il sindacato di legittimità è limitato alla verifica della coerenza strutturale della sentenza in sé e per sé considerata, necessariamente condotta alla stregua degli stessi parametri valutativi da cui essa è geneticamente informata, ancorché siano ipoteticamente sostituibili da altri.

ABUSO DI AUTORITÀ DELL'INSEGNANTE PRIVATO NEI CONFRONTI DEL MINORENNE: PER LE SEZIONI UNITE SUSSISTE LA VIOLENZA SESSUALE*

Commento alla sentenza delle Sezioni Unite n. 27326/20 del 16 luglio 2020

Cass. Sez. Un. Sentenza 16 luglio 2020 (dep. 1° ottobre 2020), n. 27326

Ylenia Parziale**

Sommario: 1. La questione sottoposta alle Sezioni Unite. – **2.** La violenza sessuale per costrizione: brevi cenni. – **3.** L'abuso di autorità, tra passato e presente. – **4.** La tesi "estensiva" e la tesi "restrittiva". – **5.** La decisione delle Sezioni Unite. – **6.** Violenza sessuale e atti sessuali con minorenni: considerazioni conclusive.

Abstract

*Le Sezioni Unite penali sono state chiamate a risolvere un contrasto interpretativo di particolare rilevanza in tema di violenza sessuale. La Suprema Corte, con la sentenza in commento, ha stabilito che il concetto giuridico di abuso di autorità richiamato dall'art. 609-*bis*, primo comma, c.p. si riferisce alla posizione di preminenza del soggetto agente, anche di mero fatto o di natura negoziale e privata, attraverso cui si costringe la vittima a compiere o subire atti sessuali. L'Autore, partendo dal significato della locuzione "abuso di autorità", ripercorre gli orientamenti interpretativi che si sono contrapposti sia in dottrina sia in giurisprudenza, per poi giungere a conclusioni favorevoli alla decisione della Cassazione. Infine, il presente contributo affronta le problematiche relative al rapporto intercorrente tra il delitto di violenza sessuale e quello di atti sessuali con minorenne, riconoscendo il merito alle Sezioni Unite di aver sottolineato che l'elemento di* discrimen *tra le due fattispecie è la condotta costrittiva, tipica del reato di cui all'art. 609-*bis*, primo comma c.p. e non presente invece in quello* ex *art. 609-*quater *c.p.*

*The article analyzes an Italian Supreme Court's sentence aimed at resolving an interpretative contrast of relevance in the sexual violence's field. With this sentence, the Supreme Court defined the legal concept of abuse of authority, provided by art. 609-*bis*, first paragraph of the Criminal Code. This concept refers to the offender's position of pre-eminence, even as mere fact, which force the victim to commit or suffer sexual acts. The author, starting from the meaning of "abuse of authority", analyzes the different interpretations of doctrine and jurisprudence, commenting favourably on the Supreme Court sentence. Moreover, the article illustrates the relationship between the crimes of sexual violence and sexual acts against minors, commenting positively on the Supreme Court's decision to highlight that the difference between the two cases is the constricting behaviour, typical of the crime of sexual child abuse (provided by Article 609-*bis*, first paragraph of the Criminal Code), while it is not present in the crime of sexual violence (Article 609-*quater *of the Criminal Code).*

---

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Dottoranda di ricerca in Law and cognitive neuroscience presso l'Università di Roma "Unicusano".

1. La questione sottoposta alle Sezioni Unite.

Con la sentenza in commento[1], le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono intervenute nuovamente[2] sul tema della violenza sessuale per dirimere un contrasto giurisprudenziale avente ad oggetto l'esatta interpretazione del concetto di "abuso di autorità" di cui al primo comma dell'art. 609-*bis* c.p. In particolare, nell'ordinanza di rimessione[3] si chiede al Supremo Collegio di stabilire se la locuzione "abuso di autorità" vada confinata alle ipotesi di abuso di una formale posizione di potere pubblicistico – come quella del pubblico ufficiale nei confronti di un comune cittadino – oppure possa comprendere anche poteri di supremazia di natura privata, come ad esempio quelli di un insegnante privato nei confronti dei propri alunni.

La questione interpretativa che le Sezioni Unite sono state chiamate a risolvere riguarda, in primo luogo, l'estensione del terreno applicativo della fattispecie di violenza sessuale mediante abuso di autorità di cui all'art. 609-*bis* c.p. e, in secondo luogo, l'ambito di intervento del diverso reato di atti sessuali con minore di cui all'art. 609-*quater* c.p.

Infatti, come meglio si vedrà in seguito, se la vittima ha un'età inferiore ad anni diciotto, la soluzione al sueposto quesito può rilevare per delimitare i confini tra il reato di violenza sessuale e quello di atti sessuali con minorenne.

Il problema si gioca, quindi, intorno alla definizione del concetto di "abuso di autorità" o, ancor più precisamente, della sola nozione di "autorità" impiegata dall'art. 609-*bis* c.p. È tale solo quella formale e pubblicistica o vi rientrano anche posizioni privatistiche?[4]

---

[1] Sezioni Unite, 1° ottobre 2020 (ud. 16 luglio 2020), n. 27326. I fatti da cui ha origine la questione rimessa al Supremo Consesso riguardano un insegnante privato di lingua inglese che costringeva, mediante abuso di autorità, due studentesse di età inferiore ad anni quattordici a subire e a compiere su di lui atti sessuali. Nell'originario assunto accusatorio, infatti, si contestava al prevenuto il delitto di violenza sessuale *ex* art. 609-*bis*, I comma, c.p. aggravato *ex* art. 609-*ter*, I comma, n. 1 c.p., per aver commesso il fatto nei confronti di soggetti minori di anni quattordici.
Con sentenza del 22 gennaio 2015, il Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Enna riqualificava i fatti di cui all'originaria incolpazione in atti sessuali con minorenne *ex* art. 609-*quater*, 4 comma, c.p., ritenendo modesto il grado di violenza e offensività insito nei comportamenti accertati ed escludendo l'aggravante di cui all'art. 609-*ter*, I comma, n. 1 c.p. non ritenendola applicabile all'insegnante privato.
La Corte d'Appello di Caltanisetta, invece, valorizzando l'originario costrutto accusatorio, condannava l'imputato per il reato di violenza sessuale *ex* art. 609-*bis*, I comma, c.p. aggravata ai sensi dell'art. 609-*ter*, I comma, n. 1, c.p. con conseguente aggravio del trattamento sanzionatorio.
Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione l'imputato, per il tramite del difensore, lamentando l'erronea applicazione degli artt. 609-*bis* e 609-*quater* c.p. in quanto "l'abuso di autorità" quale modalità della condotta del reato di violenza sessuale presuppone una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico, in mancanza della quale deve trovare applicazione la fattispecie meno grave di atti sessuali con minorenne *ex* art. 609-*quater* c.p.

[2] La prima volta che le Sezioni Unite sono intervenute sul tema della violenza sessuale risale al 2000 con la sentenza Bove, n. 13 del 31.05.2000. Per un commento alla sentenza, G. Marra, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la "terza via" delle Sezioni Unite*, in *Cass. Pen.*, 2/2001, 193 ss.

[3] Cass. Pen. Sez. III, ordinanza del 4 ottobre 2019 (dep. 24 gennaio 2020), n. 2888.

[4] S. Finocchiaro, *L'abuso di autorità dell'insegnante privato tra violenza sessuale (art. 609-*bis*)*

2. La violenza sessuale per costrizione: brevi cenni.

Prima di procedere alla disamina dei contrapposti orientamenti giurisprudenziali, che hanno indotto la Terza Sezione della Corte di Cassazione a rimettere la questione alle Sezioni Unite, ci sembra opportuno soffermarsi sulla fattispecie di violenza sessuale ex art. 609-*bis*, primo comma, c.p.[5]

Anche definita come "violenza sessuale per costrizione" – per meglio distinguerla dalla fattispecie contemplata al secondo comma di "violenza sessuale per induzione" - la disposizione in esame punisce il soggetto che costringe la vittima, attraverso l'utilizzo di violenza, minaccia o abuso di autorità, a compiere o subire un atto sessuale.

Ma andiamo con ordine. L'art. 609-*bis* è stato inserito nel codice penale dalla novella n. 66 del 15 febbraio 1996 e incorpora diverse fattispecie criminose che nella precedente disciplina erano previste in autonomi articoli di legge.

In particolare, l'odierna violenza sessuale racchiude in sé i previgenti artt. 519 (violenza carnale), 520 (congiunzione carnale commessa con abuso delle qualità di pubblico ufficiale) e 521 (atti di libidine violenti), rimanendone espunti esclusivamente gli «atti sessuali con minorenne», autonomamente disciplinati dall'attuale art. 609-*quater* c.p.

*e atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater*): la parola alle Sezioni unite*, in *Sistema penale*, 20 febbraio 2020.

[5] Numerosi sono gli Autori che si sono dedicati all'esame del presente articolo dopo la riforma del 1996, di seguito un elenco, senza pretesa di esaustività: G. Ambrosini, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Giappichelli, 1997, 11 ss.; Id., voce *Violenza sessuale*, in *Dig. disc. pen.*, IV ed., XV, Utet giuridica, 1999, 286 ss.; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, I, XIII ed., integrata ed aggiornata a cura di L. Conti, Giuffrè, 1999, 171 ss.; G. Balbi, voce *Violenza sessuale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VII aggiorn., 1999, 1 ss. (estratto); M. Bertolino, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *Studium juris*, 1996, 403 ss.; Id., *Garantismo e scopi di tutela nella nuova disciplina dei reati di violenza sessuale*, in *Jus*, 1997, 51 ss.; Id., *La tutela penale della persona nella disciplina dei reati sessuali*, in L. Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Giuffrè, 2001, 159 ss.; D. Brunelli, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in F. Coppi (a cura di), *I reati sessuali*, Giappichelli, 2000, 25 ss.; M. Bruno, *Su violenza sessuale e atti di corruzione in danno di minori*, in *Giur. merito*, 2001, II, 466 ss.; A. Cadoppi (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, cedam, 2001; Id., *La violenza sessuale tra esigenze politico-criminali e limiti della scienza della legislazione penale*, in L. Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona*, cit., 199 ss.; F. Mavilla, *Il comune senso del pudore tra moralità pubblica e libertà della persona: riflessioni alla luce della nuova legge sulla violenza sessuale*, in *Giust. pen.*, 1998, II, c. 206.

V., inoltre, fra i commentari e le rassegne di giurisprudenza sul codice penale: A. Crespi-F. Stella-G. Zuccalà, *Commentario breve al Codice penale*, III ed., Cedam, 1999, 1691 ss.; G. Lattanzi-E. Lupo (a cura di), *Esposizione sistematica di dottrina e di giurisprudenza sul codice penale*, Giuffrè, 2000, 590 ss.; G. Marinucci-E. Dolcini (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. II, Giuffrè, 1999, 3163 ss.; T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, II ed., Giuffrè, 2000, 2626 ss.; P. Pisa, *Giurisprudenza commentata di diritto penale. Delitti contro la persona, contro il patrimonio e in materia di stupefacenti*, III ed., Cedam, 1999, 309 ss.

Il *nomen iuris* "violenza sessuale" raggruppa, quindi, una pluralità di fattispecie che, secondo autorevole dottrina, non sono accomunate dall'elemento della violenza, bensì dalla non attribuibilità degli atti sessuali al volere della vittima[6].

Vi è infatti una interrelazione sessuale illecita punibile ai sensi dell'art. 609-*bis* c.p. sia nel caso in cui il soggetto attivo operi contro la volontà della vittima, costringendola (mediante violenza o minaccia o abuso di autorità) a compiere atti sessuali, sia nel caso in cui carpisca il consenso della parte offesa con l'inganno (ad esempio mediante sostituzione di persona) o approfittando della sua condizione di inferiorità.

A tali casi normativamente previsti, occorre aggiungere le ipotesi di violenza sessuale di creazione giurisprudenziale, in cui il soggetto attivo del reato opera con il dissenso presunto (o meglio, in assenza del consenso) della vittima, compiendo atti sessuali c.d. a sorpresa (ad es., toccamenti repentini di zone erogene) o insidiosi (ad es., toccamenti abusivi del medico durante la visita)[7].

Pertanto, nel diritto vivente vi sono tre livelli di sopraffazione dell'altrui libertà sessuale, in cui la volontà della parte offesa si atteggia diversamente a seconda della modalità della condotta dell'agente.

Nel caso di violenza sessuale per costrizione, l'atto sessuale viene compiuto contro la volontà e, quindi, in presenza del dissenso della vittima[8].

---

[6] Così F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale: i delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale*, Cedam, 1998, 25, il quale sottolinea che il legislatore continua «ad incentrare l'ipotesi base della criminalità sessuale sull'ossessione della violenza» persistendo «nel "pasticcio" di raccogliere (...) ipotesi che hanno in comune non la *vis*, ma l'atto sessuale non libero, perché carpito con violenza fisica o psichica, con l'abuso o con l'inganno». Cfr. anche A. Pecoraro Albani, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Jovene, 1997, 22, il quale, partendo dalla definizione di libertà sessuale come «diritto a non subire l'altrui sopraffazione sessuale», ha evidenziato che «si ha sopraffazione sia verso chi, potendo esprimere il consenso, lo rifiuta, resistendo all'altrui violenza, sia verso chi non è in grado di consentire, per ragioni naturali, oppure per la giuridica irrilevanza del suo consenso».

[7] Dal 1996 ad oggi, la giurisprudenza ha riconosciuto integrata la violenza in ipotesi di atti sessuali compiuti "repentinamente" o "a sorpresa": si tratta nella maggior parte dei casi, di condotte moleste perpetrate approfittando di luoghi affollati, o in particolari condizioni di esposizione della vittima ("la mano morta" sui mezzi pubblici, il palpeggiamento di alunne o pazienti *et similia)*. Sul punto cfr. Cass. Pen. Sez. III, 24 novembre 2000, n. 3990, in CED n. 218540; Cass. pen. Sez. III, 30 marzo 2000, n. 1405, in CED n. 216073; Cass. pen. Sez. III, 24 ottobre 2001, n. 44165, in CED n. 220413; Cass. pen. Sez. III, 26 ottobre 2011, n. 45950, in CED n. 251339; Cass. pen. Sez. VI, 04 novembre 2010, n. 8894, in CED n. 249652; solo per citarne alcune.

[8] Il dissenso potrà durare per l'intera vicenda, oppure potrà essere solo presente all'inizio, o solo alla fine. In tutti i casi, per la giurisprudenza prevalente, vi sarà "costrizione": «In tema di reati contro la libertà sessuale, il consenso agli atti sessuali deve perdurare nel corso dell'intero rapporto senza soluzione di continuità, con la conseguenza che integra il reato di cui all'art. 609-*bis* c.p. la prosecuzione di un rapporto nel caso in cui il consenso originariamente prestato venga meno in itinere a seguito di un ripensamento o della non condivisione delle forme o modalità di consumazione dell'amplesso» (Cass. Pen. Sez. III, 24 febbraio 2004, Guzzardi, CED n. 228687); E ancora: «In tema di libertà sessuale non è necessario che il dissenso della vittima si manifesti per tutto il periodo di esecuzione del delitto, essendo sufficiente che si estrinsechi all'inizio della condotta antigiuridica. Conseguentemente gli imputati non possono invocare a loro giustificazione di aver agito in presenza di un consenso dell'avente diritto, tacito o presunto, stante la tempestiva reazione della vittima nel momento iniziale» (Cass. Pen. Sez. III, 21 gennaio 2000, Scotti, CED n. 215697). Su quest'ultima sentenza si veda la nota di C. Pavarini, *Il mero dissenso della vittima*

Nell'ipotesi di violenza sessuale per induzione, vi è invece il consenso della vittima, ma questo è viziato in ragione dell'inganno o dell'abuso delle sue condizioni di inferiorità, attuato dal soggetto attivo[9].

Infine, nelle ipotesi di creazione giurisprudenziale sopra indicate, la vittima non è in grado nemmeno di acconsentire invalidamente o dissentire, in quanto non ha il tempo o le cognizioni per rendersi conto dell'altrui sopraffazione. Pertanto, l'atto sessuale viene compiuto dal soggetto attivo in assenza del consenso della parte offesa all'attività sessuale.

Rimanendo sul tema della violenza sessuale per costrizione si distingue tra costrizione mediante violenza, mediante minaccia e costrizione mediante abuso di autorità. Se la violenza e la minaccia, quali modalità alternative di estrinsecazione della condotta costrittiva, non suscitano particolari perplessità ermeneutiche, al contrario il requisito dell'abuso di autorità ha sollevato la *querelle* esegetica su cui è chiamata a pronunciarsi proprio la Suprema Corte.

Infatti, oltre ad essere una delle più rilevanti novità introdotte dalla L. n. 66/1996, è l'ipotesi criminosa con il maggiore coefficiente di indeterminatezza e, di conseguenza, quella che presenta le maggiori difficoltà interpretative. Vediamone le ragioni.

3. L'abuso di autorità, tra passato e presente.

Si è soliti affermare che il delitto di violenza sessuale costrittiva mediante abuso di autorità «ritrovi una sua ascendenza diretta, sia pur non del tutto limpida, nell'illecito di cui all'abrogato art. 520 c.p.»[10].

In realtà, come è stato acutamente osservato, la fattispecie in esame ha poco in comune con i suoi immediati precedenti storici, rappresentati dagli artt. 520 e 521 c.p. (quest'ultimo per la parte in cui si riferisce agli atti di libidine con abuso della qualità di pubblico ufficiale), anche se è innegabile che fra i predetti illeciti e l'attuale ipotesi criminosa vi sia una parziale continuità, essendo quest'ultima «molto più ampia ma, allo stesso tempo, più ristretta»[11]. Questo apparente ossimoro[12] consegue dal fatto che la nuova fattispecie ha una sfera di operatività molto più ampia, sia sul versante

nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone, in *Indice pen.*, 2002, 771 ss., con riferimenti comparatistici al diritto inglese.

9 Sulla violenza sessuale per induzione cfr. *ex plurimis:* S. Beltrani-R. Marino, *Le nuove norme sulla violenza sessuale (commento sistematico alla L. 15.02.96 n. 66)*, Edizioni Giuridiche Simone, 1996, 45; M. Bertolino, Sub *art. 609*-bis, in Crespi, Zuccalà, Forti (a cura di) *Commentario Breve al codice penale*, 5ª ed., Cedam, 2008, 1678; A. Cadoppi, Sub *art. 609*-bis, 520; F. Cingari, *Violenza sessuale nei confronti di una persona malata di mente*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 231; P. Gallina Fiorentini, *Violenza carnale presunta ed infermità di mente*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1982, 357; V. Musacchio, *Il delitto di violenza sessuale (art. 609*-bis *c.p.)* Cedam, 1999, 51 ss.; F. Testa, *Violenza sessuale e inferiorità psichica*, in *Indice Penale*, 2001, 1295.

10 A. Cadoppi, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, Cedam, 2006, 512.

11 F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale: i delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale*, cit., 34.

12 Come viene definito da S.R. Palumbieri, *Violenza sessuale*, in A. Cadoppi-S. Canestrari-M. Papa (a cura di), *I reati contro la persona. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, III vol., Giuffrè, 2006, 48 ss.

oggettivo che su quello soggettivo, ma, allo stesso tempo, più ristretta, in quanto l'abuso è, ora, a differenza del passato, elemento costitutivo della fattispecie.

Infatti, il "vecchio" articolo 520 c.p. prevedeva come fattispecie autonoma di reato la condotta del pubblico ufficiale che, fuori dai casi previsti nell'articolo 519 c.p., si congiungesse carnalmente con una persona arrestata o detenuta, di cui avesse la custodia in ragione del suo ufficio, ovvero con persona a lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell'Autorità competente; a tale ipotesi si equiparava la condotta del pubblico ufficiale che fosse rivestito, per ragione del suo ufficio, di qualsiasi autorità su persone che si trovassero in una delle situazioni precedentemente elencate, comportanti uno stato di restrizione della libertà personale. Tale fattispecie si poneva come ipotesi criminosa sussidiaria rispetto a quella prevista dall'articolo 519 c.p., sicché, qualora fossero ricorsi tutti gli elementi costitutivi di quest'ultimo, il soggetto, pur rivestendo la qualifica di pubblico ufficiale, sarebbe stato chiamato a rispondere del delitto di violenza carnale. Queste peculiarità trovavano la loro spiegazione nel bene giuridico tutelato dalla norma in questione, da rinvenirsi non nella libertà e inviolabilità sessuale della vittima, bensì nella correttezza del rapporto tra pubblico ufficiale e cittadino; un interesse, pertanto, di carattere prettamente pubblicistico, rispetto al quale la volontà anche favorevole del soggetto passivo alla consumazione del rapporto era da considerarsi irrilevante.

Inoltre l'art. 520 c.p., pur essendo rubricato come «congiunzione carnale con abuso della qualità di pubblico ufficiale», non prevedeva alcuna forma di abuso da parte del pubblico ufficiale, il quale rispondeva del delitto per il semplice fatto di congiungersi carnalmente con la persona detenuta o arrestata (e anche nel caso in cui era la «vittima» a sedurre il carceriere) e purché il fatto non fosse commesso usando i mezzi o valendosi delle condizioni di cui all'art. 519 c.p.[13].

Tale assetto è stato ritenuto dal legislatore del 1996 non conforme al nuovo bene giuridico protetto in materia di reati sessuali.

Infatti, dai lavori preparatori emerge chiaramente la volontà da parte del legislatore di tutelare la libertà sessuale del soggetto debole nell'ambito di rapporti interpersonali connotati da una forte posizione di supremazia di un altro soggetto, a cominciare quindi dai rapporti di lavoro e di famiglia[14]. Il delitto in esame, quindi, nell'attuale versione, ha un obiettivo di tutela ben più ampio rispetto a quello di proteggere la libertà sessuale dei soggetti in stato di detenzione, esso mira infatti a tutelare la dignità della persona nella sua dimensione sessuale: cioè, «il diritto di ciascuno a non essere ridotto al rango di un oggetto alla mercé dei desideri sessuali altrui»[15].

Rispetto all'abrogato articolo 520 c.p. la nuova normativa ha inoltre rimosso ogni specificazione circa il soggetto attivo e passivo del reato, limitandosi a prevedere che tra i due intercorra un rapporto di tipo autoritativo; l'eventuale stato di restrizione della libertà personale in cui versi la vittima costituisce invece circostanza aggravante

[13] S.R. Palumbieri, *Il reato di violenza sessuale* in G. Bonilini-M. Confortini, *Codice ipertestuale della famiglia. Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, Giuffrè, 2009, 3517.
[14] Vedi sul punto F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale: i delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale*, cit., 357; A. Cadoppi, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, cit., 513; A. Pecoraro Albani, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, cit., 53 ss.
[15] E. Dolcini-G. L. Gatta, *Codice Penale commentato*, III tomo, Giuffrè 2015, 328.

del reato di violenza sessuale (in tutte le sue possibili modalità di consumazione) ai sensi dell'articolo 609-*ter*, n. 4, c.p.

Infine, è stata eliminata la presunzione di violenza ai danni della persona sottoposta all'autorità dell'agente, stabilendosi che la condotta di questi possa essere sanzionata solo quando connotata da costrizione (e quindi in presenza di un dissenso del soggetto passivo al compimento dell'atto sessuale) o attuata mediante abuso di autorità.

Tuttavia, la *voluntas legis* non è stata compiutamente formulata in norme intelligibili, tant'è che autorevole dottrina ritiene tale ipotesi di «dubbia utilità, di incerta interpretazione, foriera anch'essa delle ormai croniche difformità giurisprudenziali»[16].

Altra parte della dottrina ne afferma, in buona sostanza, la totale inutilità, non essendo altro che una «superfetazione» della violenza sessuale mediante minaccia, in quanto un abuso che costringe non può non estrinsecarsi che con modalità equiparabili alla violenza psichica[17].

Si è anche sostenuto, partendo dalla premessa che «senza un'autentica *vis* non si ha autentica "costrizione" ma soltanto "induzione"», che il legislatore ha erroneamente utilizzato il termine «costrizione» e che tale termine dev'essere interpretativamente sostituito da quello di «induzione». Conseguentemente l'abuso di autorità previsto dall'art. 609-*bis* c.p. sarebbe in realtà un abuso di tipo induttivo, non violento[18].

Tuttavia, il dato legislativo sembra insuperabile, non potendosi trasformare un'ipotesi di abuso sessuale per costrizione in una di abuso sessuale per induzione.

---

[16] F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale: i delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale*, cit., 358.

[17] In tal senso v. A. Nappi, *Commento alle nuove norme contro la violenza sessuale*, in *Giust. Pen.*, 1996, fasc. 8, 3, secondo il quale l'abuso di autorità è «un'ipotesi particolare di violenza morale, certamente riconducibile al concetto di minaccia» in quanto trattasi di un abuso che deve costringere e non soltanto indurre la vittima a subire l'atto sessuale; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale*, vol. I, XVI ed., Giuffrè, 2016, 179, il quale afferma che «anche l'abuso di autorità che costringe all'atto sessuale non voluto è una forma di violenza morale: pertanto l'espresso richiamo della legge accanto alla violenza o minaccia è stato inserito dal legislatore soltanto per eliminare possibili dubbi».

[18] Così Mantovani, *Diritto penale. I delitti contro la libertà sessuale*, cit., 360. Altra parte della dottrina si limita ad eliminare l'elemento della costrizione dal fatto tipico, ritenendo l'abuso di autorità «una realtà giuridicamente diversa dalla costrizione, fisica o morale, dalla induzione, dall'inganno (...) l'abuso di autorità nel campo della sessualità si fonda sulla particolare situazione psicologica in cui viene a trovarsi la parte soccombente (es. donna), in quanto soggetta alla superiorità dell'autocrate. Questi sfrutta, profitta di tale situazione da lui creata al fine di conseguire il rapporto sessuale. Pertanto detto abuso va inquadrato nella categoria, come già ricordato, dell'abuso sessuale (es. verso i minori, gli handicappati, ecc.)», così A. Pecoraro Albani, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, cit., 126, il quale definisce l'abuso sessuale come «il mancato rispetto dell'agente verso le persone che si trovino nelle sopra menzionate condizioni o circostanze, l'odioso e spregevole sfruttamento, approfittamento di tali condizioni per compiere squallidi atti libidici. In particolare, è da ricordare che l'abuso in questione è punito pur quando la persona protetta avesse manifestato il suo consenso all'atto, anzi avesse richiesto, sollecitato tale atto».

In primo luogo, per la chiara scelta del legislatore, il quale ha inserito l'ipotesi dell'abuso di autorità a fianco delle altre due modalità di coartazione della volontà per antonomasia, ossia la violenza e la minaccia[19].

Tale scelta è ulteriormente confermata dalla presenza di ben precise fattispecie di violenza sessuale per induzione, descritte nel secondo comma dell'articolo in esame, ossia l'abuso delle condizioni di inferiorità psico-fisiche e la sostituzione ingannevole di persona[20].

Quindi il legislatore aveva ben chiaro la *summa divisio* fra costrizione ed induzione ed ha coscientemente optato per l'inserimento dell'abuso di autorità nell'ambito della violenza sessuale per costrizione, ossia della violenza sessuale commessa contro la volontà della vittima.

Possiamo quindi affermare che l'abuso di autorità è, un mezzo di coartazione dell'altrui volontà, alternativo alla violenza o alla minaccia, mediante il quale soggetto attivo costringe la parte offesa a compiere o subire atti sessuali[21].

4. La tesi "estensiva" e la tesi "restrittiva".

In assenza di una specifica definizione legislativa, il concetto di abuso di autorità è stato per anni al centro di un acceso dibattito che ha coinvolto sia la dottrina che la giurisprudenza.

Problematico è risultato, innanzitutto, il significato da attribuire all'espressione «autorità», della quale il soggetto attivo dovrebbe abusare. Sul punto, in dottrina, sono maturate due tesi contrapposte: una tesi "estensiva" e una "restrittiva".

I sostenitori della tesi estensiva[22] concordano nell'affermare che la nozione di autorità comprenda sia l'autorità pubblica (cioè l'insieme dei poteri riconosciuti ai pubblici ufficiali e agli incaricati di pubblico servizio), sia l'autorità privata.

A favore di questa interpretazione vi è, oltre alla lettera della legge che non prevede limitazioni di sorta alla nozione di autorità, l'argomento sistematico: infatti, nel codice penale, quando si parla in generale di abuso di autorità (come ad esempio nell'art. 61 n.11 c.p.), ci si riferisce a rapporti di natura privatistica che vanno dalla potestà genitoriale ai rapporti di tutela o di educazione, per finire a quelli fra datore di lavoro e lavoratore[23].

---

19 S.R. Palumbieri, *Violenza sessuale*, in A. Cadoppi - S. Canestrari-M. Papa, (a cura di), *I reati contro la persona. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico –fisico dei minori*, cit., 74.

20 In tal senso, tra gli altri, Del Corso, *Sub art. 3*, in *Leg. pen.*, 1996, 437.

21 Così, tra gli altri, A. Cadoppi, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, cit., 512.

22 *Ex plurimis*: F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale*, cit., 177; A. Cadoppi, *I reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico–fisico dei minori,* III vol., Giappichelli, 2006, 511; Del Corso, *Art. 3*, cit., p. 436; G. Fiandaca, *Violenza sessuale*, in *Enc. dir.*, 2000, 1153; F. Mantovani, *Diritto penale. I delitti contro la libertà sessuale*, cit., 360; Approfondimenti sul tema anche in A. Pecoraro Albani, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, cit. 125 S. Proverbio-M. Vizzardi, *Commento all'art. 609*-octies, in B. Romano, *La tutela penale della sfera sessuale. Indagine alla luce delle recenti norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia. La tutela penale*, Giuffrè, 2000, 4220.

23 Così A. Cadoppi, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, cit., 510; Cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. I delitti contro la libertà sessuale*, cit., 35, il quale utilizza gli artt.

Tuttavia, secondo i sostenitori di tale teoria, affinché si possa parlare di autorità – e non di mera soggezione – il potere del reo sulla vittima deve trovare la propria fonte nella legge. Il concetto di autorità, infatti, evoca una situazione nella quale un soggetto si trova in una posizione di supremazia nei confronti dell'altro, essendo per legge dotato del potere di prendere decisioni che incidono nella sfera giuridica di quest'ultimo. Del resto, solo un potere così qualificato – cioè giuridicamente riconosciuto – è tale da poter determinare nella vittima una vera e propria costrizione a compiere o a subire l'atto sessuale[24].

Al coro di voci a sostegno della nozione estensiva di autorità, si contrappone una tesi minoritaria[25], che si è schierata a favore di un'interpretazione restrittiva della locuzione in esame: ai sensi dell'art. 609-*bis* c.p., è negata la rilevanza penale di qualsiasi forma (sia essa giuridica o di fatto) di autorità privatistica. Tale interpretazione, secondo questo orientamento, anche se disfunzionale alla possibilità di riconoscere alla disposizione un ambito di operatività rispondente alle sue stesse ragioni di esistenza, sarebbe imposta – principalmente – dal rispetto del principio costituzionale di tassatività, che impone all'interprete di accogliere, fra le possibili, l'unica interpretazione in grado di descrivere con sufficiente precisione il fatto tipico.

Tra le due tesi, quella che ha avuto maggiore seguito – e che ci sentiamo di accogliere – è quella secondo cui la locuzione di "autorità" debba essere riferita sia a quella pubblica che a quella privata, sulla base di una semplice ragione sistematica: quando il legislatore intende dar conto di una posizione di potere esclusivamente pubblicistica, lo dice espressamente (così come accade nell'art. 61 n. 9 c.p.), mentre impiega normalmente il termine autorità in riferimento a situazioni anche di diritto privato.

Per quanto riguarda la giurisprudenza, è bene evidenziare che inizialmente aveva chiaramente aderito alla tesi "restrittiva" e soltanto negli ultimi anni la Cassazione ha operato un *overruling* dei suoi precedenti, riconoscendo la rilevanza penale di abusi di autorità di natura privatistica.

La Suprema Corte, nella sua composizione più autorevole, nella sentenza in commento, ha magistralmente ripercorso le pronunce più importanti inerenti agli orientamenti interpretativi contrapposti, mettendone in evidenza gli aspetti caratterizzanti.

A sostegno della tesi "restrittiva" e più risalente, i Giudici citano la sentenza n. 12 del 2000[26], in cui le stesse Sezioni Unite, dando soluzione ad una questione relativa all'art. 609-*ter* c.p., avevano affermato, seppur in via incidentale, che l'abuso di autorità di cui all'art. 609-*bis*, primo comma, c.p. presupponeva nell'agente una posizione

---

571 e 572 c.p. come spunti sistematici; tuttavia, come vedremo a breve, l'Autore non include nella nozione di autorità la mera «autorità di fatto»; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, 1987, 579.

24 M. Vizzardi, *La violenza sessuale*, in G. Marinucci–E. Dolcini (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, Giuffrè, 2015.

25 L'esponente di tale orientamento è G. Balbi, voce *Violenza sessuale*, in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento VII, 1999, 19; secondo cui l'autorità deve essere pubblica (e inoltre non meramente "di fatto": *contra* su questo punto G. Marini, *Delitti contro la persona*, Giappichelli, 1996, p. 295): ciò al fine di attenuare i profili di indeterminatezza (eventualmente rilevanti anche sotto il profilo costituzionale) connessi a tale figura.

26 Per gli estremi della sentenza, si veda la nota 2.

autoritativa di tipo formale e pubblicistico, in quanto l'art. 609-*bis* c.p. aveva sostituito il precedente art. 520 c.p. che già contemplava l'abuso della qualità di pubblico ufficiale. Pertanto, la Cassazione aveva escluso l'applicabilità della disposizione richiamata nei confronti di un insegnante privato che aveva compiuto atti sessuali con un minore di anni sedici, a lui affidato per ragioni di istruzione ed educazione e, di contro, aveva ritenuto corretta la qualificazione del fatto – operata dai giudici di merito – in atti sessuali con minorenne di cui all'articolo 609-q*uater* c.p.

Tale orientamento è stato confermato anche in una diversa pronuncia[27] – peraltro successiva all'entrata in vigore della legge 6 febbraio 2006, n. 38[28] che aveva introdotto un nuovo comma nell'art. 609-*quater* c.p. – in cui la Suprema Corte ha osservato che, «considerando l'abuso di autorità riferibile anche a poteri di carattere privatistico, verrebbe meno la possibilità di distinguere l'ipotesi di reato contemplata dall'art. 609 *bis*, primo comma, c.p. dall'ipotesi di rapporto sessuale con abuso di potere parentale o tutorio ora previsto dall'art. 609 *quater*, secondo comma, c.p."[29] In pratica, interpretando la posizione di autorità di cui all'art. 609-*bis* c.p. in senso anche non pubblicistico e, dunque, ricomprendente ipotesi di abuso di autorità di carattere privatistico e familiare, si sarebbe giunti ad una implicita abrogazione della disposizione di cui all'art. 609-*quater*, comma secondo, c.p.[30].

Come ha evidenziato il Supremo Collegio, su questa stessa linea interpretativa si sono poste anche altre successive pronunce[31], aventi ad oggetto violenze sessuali commesse da soggetti rivestenti la qualifica di pubblico ufficiale, che hanno ribadito la natura formale e pubblicistica della posizione autoritativa dell'agente, precisando, tra l'altro, che «l'abuso di autorità consiste nella strumentalizzazione del proprio potere, realizzato attraverso una subordinazione psicologica tale per cui la vittima viene costretta al rapporto sessuale, risolvendosi, pertanto in una vera e propria costrizione che non può essere desunta, in via meramente presuntiva, sulla base della posizione autoritativa del soggetto agente»[32].

Passando poi ad esaminare il diverso orientamento interpretativo, le Sezioni Unite hanno evidenziato come la tesi "estensiva" inizia a farsi strada a partire dal 2009. In particolare, nella sentenza n. 23873/2009, la Cassazione aveva dato conto del formarsi di un «diverso orientamento che colloca nell'ambito dell'abuso di autorità ogni forma di strumentalizzazione del rapporto di supremazia, senza distinzioni tra autorità pubblica e privata» e aveva ritenuto integrato il delitto di violenza sessuale in un

---

27 Cass. Pen., Sez. III, 26 ottobre 2006, n. 2283, non massimata.

28 La Legge n. 38 del 6 febbraio 2006, rubricata "Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet", introduce una serie di novità all'interno del codice penale, tra cui l'estensione della protezione accordata al minore nel reato di atti sessuali con minorenne sino al compimento del diciottesimo anno di età.

29 Cass. Pen., Sez. III, 26 ottobre 2006, n. 2283, non massimata.

30 L. Pispero, *Violenza sessuale con "abuso di autorità": per le Sezioni Unite può essere anche di fatto e di natura privata*, in *Filodiritto*, 08 ottobre 2020.

31 Cass. Pen. Sez. IV, 19 gennaio 2012, n. 6982, in CED 251955; Cass. Pen. Sez. III, 04 ottobre 2012, n. 47869, in CED n. 253870; Cass. Pen. Sez.III, 18 luglio 2012, n. 40848, non massimata; Cass. Pen. Sez. III, 24 marzo 2015, n. 16107, in CED n. 263333.

32 Cass. Pen. Sez. III, 22 maggio 2012, n. 36595, in CED n. 253389.

caso di abuso della potestà genitoriale, assumendo a fondamento del proprio ragionamento il concetto di "autorità" così come espresso dall'art. 61 n. 11 c.p.

Detta disposizione, che prevede come aggravante (comune) il fatto di realizzare la condotta criminosa con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero di relazioni d'ufficio, di prestazioni d'opera, di coabitazione o di ospitalità, è sempre stata interpretata dalla giurisprudenza in modo molto ampio, tale da ricomprendere sia posizioni autoritative pubblicistiche sia posizioni di natura privata. Peraltro, si osserva nella sentenza, che dove il legislatore ha voluto far riferimento a posizioni autoritative pubblicistiche ha usato espressamente concetti come quelli di "pubblico ufficiale", di cui si fa menzione nell'abrogato art. 520 c.p., ma non nell'art. 609-*bis* c.p.

Inoltre, in una successiva sentenza[33], la Corte ha avuto modo di confutare anche le argomentazioni secondo le quali l'interpretazione estensiva del concetto di autorità di cui all'art. 609-*bis* c.p. avrebbe portato all'abrogazione implicita dell'art. 609-*quater*, comma secondo, c.p.

La Cassazione ha, infatti, affermato che, oltre all'utilizzo di espressioni diverse (l'art. 609-*bis* c.p. fa riferimento al concetto di "abuso di autorità", mentre l'art. 609-*quater* c.p. a quello di "abuso di poteri"), il delitto di atti sessuali con minorenne si caratterizza per l'assenza di costrizione, richiesta, invece, per la configurabilità della fattispecie di violenza sessuale[34].

5. La decisione delle Sezioni Unite.

Al termine della disamina giurisprudenziale qui sintetizzata, la Cassazione ha ritenuto non condivisibili gli argomenti alla base dell'orientamento interpretativo maggiormente restrittivo del concetto di abuso di autorità.

I giudici di legittimità, in perfetta opposizione con quanto sostenuto dalle Sezioni Unite del 2000, hanno ritenuto non determinante il riferimento alle abrogate disposizioni di cui agli artt. 519 e 520 c.p., rispetto alle quali le disposizioni attualmente vigenti sarebbero del tutto scollegate.

Al contrario, viene evidenziato come la collocazione della fattispecie di violenza sessuale tra i reati contro la libertà personale e la pacifica natura di reato comune renderebbero evidente l'intenzione del legislatore di ampliare l'ambito di applicabilità dell'art. 609-*bis* c.p., svincolandolo dal riferimento alla figura del pubblico ufficiale, di cui al previgente art. 520 c.p. ma tuttora previsto in altre disposizioni, come nell'art. 608 c.p., concernente l'abuso di autorità contro arrestati o detenuti[35].

Quindi, in linea con quanto affermato dalla Suprema Corte, possiamo sostenere che la soluzione estensiva è la più conforme alla *ratio* della norma incriminatrice, che è quella di tutelare la sfera di libertà sessuale della vittima rispetto a intrusioni poste in essere da chiunque con specifiche modalità.

---

33 Cass. Pen. Sez. III, 30 aprile 2014, n. 49990, in CED n. 261594.

34 Nello stesso senso Cass. Pen. Sez. III, 17 maggio 2016, n. 33049, in CED n. 267402; Cass. Pen. Sez. III, 15 dicembre 2017, n. 40301, non massimata; Cass. Pen. Sez. III, 13 marzo 2018, n. 21997, non massimata; Cass. Pen. Sez. III, 19 gennaio 2018, n. 20712, non massimata.

35 Sezioni Unite, 1° ottobre 2020 (ud. 16 luglio 2020), n. 27326, 13

Tuttavia, le Sezioni Unite evidenziano che negare che la condotta abusiva debba necessariamente avere ad oggetto poteri pubblicistici, non significa consentire l'incriminazione a titolo di violenza sessuale di ogni atto sessuale commesso con qualsiasi abuso di potere, poiché occorre comunque accertare che l'abuso sia stato strumentale a costringere la vittima a compiere o subire quell'atto sessuale.

Inoltre, come ulteriore argomento a sostegno della tesi "estensiva", la Cassazione ha osservato come il concetto di autorità sia pacificamente interpretato in senso ampio, ricomprendente cioè posizioni di preminenza non necessariamente di derivazione pubblicistica, anche in altre disposizioni, come quelle di cui all'art. 61 n. 11 c.p., nonché agli artt. 571, 600 e 601 c.p.

D'altronde, è stato evidenziato in dottrina come, seppur l'accezione di "autorità" più comune in ambito giuridico, e soprattutto nel diritto amministrativo, sia quella pubblicistica, riferita al potere esercitato dalla pubblica amministrazione nei confronti dei privati; è altrettanto indubbio che il significato letterale dell'espressione comprenda al proprio interno anche qualunque «azione determinante che la volontà di una persona esercita (per forza propria, per consenso comune, per tradizione, ecc.) sulla volontà e sullo spirito di altre persone»[36].

Sul punto, dunque, la soluzione prospettata dalla Corte si presenta quale mera interpretazione estensiva della norma di legge, non preclusa dal divieto di analogia in *malam partem*[37].

Inoltre, preme sottolineare che la questione su cui le Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi, ha il pregio non solo di fornire un'esatta, precisa e puntuale definizione della nozione di "abuso di autorità" ma, di riflesso, consente di tracciare confini più netti rispetto al delitto di atti sessuali con minorenne *ex* art. 609-*quater* c.p.

La fattispecie *de quo* si ritiene sussistente ogni qual volta l'agente compia atti sessuali, senza costrizione, con minorenni il cui consenso risulta viziato dal mancato raggiungimento dell'età anagrafica richiesta dalla norma penale incriminatrice.

Da questo punto di vista, come giustamente è stato rilevato nella sentenza in esame, non sembra potersi affermare che tanto più si estende il concetto di "abuso di autorità" rilevante ai fini dell'art. 609-*bis* c.p., ricomprendendovi anche l'autorità privatistica esercitata dai soggetti agenti cui fa riferimento l'art. 609-*quater* c.p., tanto più il campo di applicazione di questo secondo reato per ciò solo si restringe. L'applicazione di questa seconda fattispecie, infatti, è e rimane confinata a quelle ipotesi in cui il particolare rapporto intercorrente tra l'agente e la vittima non sia scaturito in una condizione di "costrizione" del minore all'atto sessuale. Occorre cioè che l'atto del minore sia esplicitamente o implicitamente consenziente, sebbene quel consenso venga presunto invalido dall'ordinamento, in ragione della minore età del soggetto che lo presta. Invece, il consenso della vittima all'atto sessuale, ancorché violento, fa venire meno la tipicità del fatto di cui all'art. 609-*bis*, comma primo, c.p., giacché il costringimento sottende per definizione un'assenza di volontà[38].

---

[36] S. Finocchiaro, *L''abuso di autorità dell'insegnante privato tra violenza sessuale (art. 609-*bis *c.p.) e atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater *c.p.): la parola alle Sezioni Unite*, cit.

[37] *Ibidem.*

[38] M. Bertolino, *Reati sessuali e tutela dei minori: la prospettiva dei mezzi di informazione e quella dei giudici a confronto*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006, 1476; A. Melchionda, *Limiti tecnici e difetti sistematici della nuova disciplina delle circostanze nei reati sessuali*, in A. Cadoppi (a cura di) *La*

In questo senso, l'individuazione del confine tra le fattispecie di violenza sessuale di cui all'art. 609-*bis* c.p. e di atti sessuali con minorenne di cui all'art. 609-*quater* c.p. sembra richiedere un rigoroso accertamento del requisito oggettivo della costrizione della vittima e della forma vincolata della condotta, ancor più e ancor prima che una selezione sul piano del tipo di autorità (pubblicistica o privatistica) esercitata dall'agente.

A ben vedere, quindi, come ha sottolineato la Corte, è proprio la condotta costrittiva a fungere da *discrimen* tra la fattispecie di violenza sessuale, come descritta all'art. 609-*bis*, primo comma, c.p. e quella di atti sessuali con minorenne *ex* art. 609-*quater* c.p., a prescindere da possibili profili pubblicistici dell'"abuso di autorità" del soggetto attivo.

6. Violenza sessuale e atti sessuali con minorenni: considerazioni conclusive.

In conclusione, riteniamo che la sentenza in commento meriti di essere apprezzata per due ordini di ragioni.

Da un lato, perché segna il punto di svolta in un dibattito andato avanti per anni, che sembrava non avere una soluzione. Possiamo, infatti, escludere una volta per tutte che l'autorità di cui l'agente abusa per commettere il reato di violenza sessuale abbia soltanto natura formale e pubblicistica. Come è ovvio, però, detta autorità deve essere provata in maniera inequivoca mediante un'analisi concreta della dinamica dei fatti diretta a porre in luce un effettivo rapporto di soggezione intercorrente tra il soggetto agente e la vittima della violenza.

Il mancato riconoscimento alla condotta abusiva di tratti pubblicistici, infatti, non equivale ad estendere *sic et simpliciter* l'area dell'illiceità penale e a consentire l'incriminazione a titolo di violenza sessuale di ogni atto commesso con abuso di autorità, ma è pur sempre necessario che tale abuso sia strumentale a costringere la vittima a compiere o subire atti sessuali[39].

L'altro grande merito della sentenza in esame, come abbiamo pocanzi anticipato, è quello di aver tracciato una chiara linea di confine tra il delitto di violenza sessuale e quello di atti sessuali con minorenni.

Quest'ultima fattispecie, giova ripeterlo, si configura anche se l'adulto non esercita alcuna "pressione" psicologica sul minore per costringerlo ad avere rapporti. Questo perché, come è stato sostenuto[40], la norma tutela l'integrità psico-fisica del minore,

---

violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge 66/96. Profili giuridici e criminologici, cit., 196; C. Longari, *Atti sessuali con minorenne*, in F. Coppi (a cura di), I *reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Giappichelli, 2007, 155 ss.; A. Montagna, *Violenza sessuale su minorenne durante lezioni private: configurabile l'abuso di autorità,* in *Quotidiano Giuridico*, 05 ottobre 2020; P. Veneziani, sub *art. 609*-quater, in A. Cadoppi, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, cit., 614

[39] S. Finocchiaro, *L'abuso di autorità dell'insegnante privato tra violenza sessuale (art. 609*-bis *c.p.) e atti sessuali con minorenne (art. 609*-quater *c.p.): la parola alle Sezioni Unite*, cit.

[40] In dottrina, M. Bertolino, *Libertà sessuale e tutela penale,* Giuffrè, 1993, 91; C. Longari, *Atti sessuali con minorenne*, in F. Coppi (a cura di), *I reati sessuali,* cit., 121; T. Padovani, *L'intangibilità sessuale del minore degli anni quattordici e l'irrilevanza dell'errore sull'età: una presunzione ragio-*

per garantirgli il corretto sviluppo della sfera sessuale, non la sua libertà di autodeterminazione. Non rileva, quindi, che il minore sia consenziente e si dimostri emancipato e smaliziato al punto da sollecitare i contatti sessuali.

Accade spesso che venga contestato il reato di cui all'art. 609-*quater*, primo comma, c.p. ogni qual volta sia coinvolto un soggetto minore degli anni quattordici negli atti sessuali compiuti a suo danno.

È evidente che questa non è un'interpretazione fedele della norma incriminatrice, laddove, come si rileva dalla chiara e inequivocabile lettura del primo comma, il reato di atti sessuali con minorenni deve ritenersi configurato "fuori dalle ipotesi" di cui alla violenza sessuale.

Ne discende che il delitto in esame viene integrato senza il ricorso alla violenza o minaccia, senza abuso di autorità e comunque quando non vi sia stato costringimento della persona offesa, né abuso previa induzione; tutte fattispecie, queste, previste dall'art. 609-*bis* c.p.

Prima dell'entrata in vigore della legge c.d. Codice Rosso, qualificare un fatto come violenza sessuale o come atti sessuali con minorenne aveva delle importanti ricadute sul tema della procedibilità[41].

Infatti, mentre il delitto di cui all'art. 609-*quater* c.p. era procedibile, di regola, a querela di parte, tranne in casi eccezionali tassativamente previsti, al contrario, il delitto di violenza sessuale nei confronti di persone minori degli anni quattordici, oltre che essere aggravato ai sensi dell'art. 609 *ter* n.1 c.p., era procedibile d'ufficio *ex* art. 609-*septies*, quarto comma, n. 1 c.p.

All'indomani dell'entrata in vigore della suddetta Legge, il minore di anni diciotto è sempre considerato vittima del reato, sia che assista alla violenza sia che la subisca; inoltre, per gli atti sessuali con minorenni la procedibilità è sempre d'ufficio, non essendo più necessaria la presentazione della querela da parte dei genitori[42].

Ad ogni modo, a prescindere dagli effetti sulla procedibilità, è fondamentale tenere a mente che l'elemento discriminante tra il reato di atti sessuali con minorenni e il reato di violenza sessuale è senza dubbio l'assenza di consenso in quest'ultimo e la presenza dello stesso nel delitto previsto dall'art. 609-*quater* c.p.

---

nevole ed una fictio *assurda, in Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 429; P. Veneziani, sub *art. 609*-quater, in A. Cadoppi, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, cit., 613 ss.; F. Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, 2000, 214.
In giurisprudenza, Cass. Pen., Sez. III, 16 dicembre 2003, P., in *Foro it.*, 2004; Cass. Pen, Sez. III, 25 febbraio 2004, n. 15287, D'Ettore; Cass. Pen, sez. III, 13 maggio 2004, n. 29662; Cass., Pen. Sez. III, 16 gennaio 2007, n. 16843; Cass. Pen. Sez. III, 23 maggio 2018, n. 23205, non massimata.

41 Si tratta della Legge n. 69 del 19 luglio 2019, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 25 luglio 2019 e rubricata "*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*". La legge è entrata in vigore il 09 agosto dello stesso anno.

42 Infatti, la Legge Codice Rosso ha modificato l'art. 609-*septies* c.p. nei seguenti termini: al primo comma, le parole: «articoli 609-*bis*, 609–*ter* e 609-*quater*» sono sostituite dalle seguenti: «articoli 609-*bis* e 609-*ter*».

LA CORTE COSTITUZIONALE SULLA RIMESSIONE IN TERMINI PER L'ISTANZA DI OBLAZIONE NEL CASO DI RIQUALIFICAZIONE GIURIDICA OFFICIOSA. OSSERVAZIONI A PRIMA LETTURA*

Corte costituzionale, 31 luglio 2020 (ud. 14 luglio 2020), n. 192, Presidente Cartabia – Estensore Modugno

Filippo Lombardi**

Sommario: 1. La questione di costituzionalità dell'art. 141 co. 4-*bis* disp. att. c.p.p. e la decisione della Consulta. – **2.** Potere di riqualificazione, diritto di difesa e accesso ai riti alternativi. – **3.** Alcune questioni operative: tempestività dell'istanza di oblazione; onere di riproposizione; forma del provvedimento giudiziale di rimessione in termini.

Abstract

*L'Autore commenta la sentenza n. 192/2020 con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato la legittimità costituzionale dell'art. 141 co. 4-*bis *disp. att. c.p.p., affermando, in linea con i principi già elaborati dalle Sezioni unite nel 2006 e nel 2014, che, nel caso di riqualificazione giuridica* ex *art. 521 c.p.p., la parte può essere ammessa al rito dell'oblazione solo nel caso in cui abbia precedentemente proposto l'istanza nell'ordinario termine previsto a pena di decadenza, condizionandola alla diversa qualificazione normativa del fatto.*

*The Author annotates the judgement n. 192/2020 in which the Constitutional Court declares the constitutional accordance of art. 141 co. 4-*bis *disp. att. c.p.p., and states, reassuming the principles of Joined Sections 2006 e 2014, that, in the case of juridic modification* ex *art. 521 c.p.p., the accused is allowed to oblation only if he had previously claimed the admission to that rite within the ordinary term fixed by law in the pre-trial phase, and subordinating the instance under the different juridic label of the fact.*

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Giudice presso il Tribunale di Lagonegro.

1. La questione di costituzionalità dell'art. 141 co. 4-*bis* disp. att. c.p.p. e la decisione della Consulta.

Con la sentenza in epigrafe, la Corte costituzionale si pronuncia sullo spinoso rapporto tra mutamento dell'imputazione e accesso ai riti alternativi, in particolare all'oblazione, sollecitata dalla questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale ordinario di Teramo[1], con riguardo al contrasto tra l'art. 141 co. 4-*bis* disp. att. c.p.p., in relazione all'art. 162-*bis* c.p., e l'art. 24 Cost.

Nello specifico, in un processo incardinato per atti persecutori *ex* art. 612-*bis* c.p., il giudice *a quo*, rilevando la plausibile riqualificazione del fatto sotto l'egida del diverso reato di molestie, aveva sollecitato le parti al contraddittorio in sede di discussione; in quell'istante, per la prima volta nell'arco della vicenda processuale e dunque oltre l'ordinario termine di decadenza, il difensore aveva avanzato domanda affinché il suo assistito fosse ammesso all'oblazione facoltativa.

Il giudice rimettente, affidandosi agli insegnamenti di matrice convenzionale, in particolare all'art. 6 CEDU come sviluppato dalla giurisprudenza di Strasburgo[2], aveva rilevato come l'imputato abbia diritto di essere informato in termini dettagliati dei fatti materiali addebitati, della qualificazione giuridica degli stessi e di ogni loro possibile modifica nel corso del giudizio.

Aveva poi osservato come il potere del giudice di riqualificare il fatto non possa essere esercitato a sorpresa ma previa incentivazione della dialettica processuale sul punto, e che nell'ordinamento interno, anche alla luce delle plurime sentenze della Consulta sugli articoli 516 e 517 c.p.p., si sia delineato in maniera sempre più incisiva il principio per cui, solo quando l'editto accusatorio è integralmente e chiaramente perimetrato, si attiva l'esercizio delle facoltà processuali, tra cui la richiesta di accesso a riti alternativi; in particolare dunque, *«ogni qualvolta l'accusa originaria venga modificata nei suoi termini essenziali, non possono non essere restituiti all'imputato termini e condizioni per esprimere le proprie opzioni»*[3].

Ha inoltre rilevato come, in adeguamento alla sentenza Corte cost. n. 530/1995[4], il legislatore sia intervenuto inserendo il comma 4 *bis* nell'art. 141 disp. att. c.p.p., e

---

1 Trib. Teramo, ord. 3 luglio 2019, in G.U. n. 5 del 29 gennaio 2020.

2 Sul problema dell'adeguamento interno alle sentenze della Corte EDU, S. Lonati, *Il caso "Drassich": continua l'opera di supplenza della giurisprudenza di fronte alla perdurante (e sconcertante) inerzia del legislatore italiano in tema di esecuzione delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, 1, 263 ss.; F. M. Palombino, Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e integrazione analogica dell'art. 625-*bis* c.p.p. (in margine al caso Drassich), in *Giur. it.*, 2009, 10; più di recente, G. Spangher, *Esclusa la revisione per la violazione della Cedu*, in *Giur. it.*, 2015, 6, 1507 ss.; G. Garuti, *Riapertura del processo a seguito di condanna da parte della corte europea*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 11, 1273 ss.

3 Cfr. pag. 3 della sentenza in commento.

4 Con la sentenza n. 530 del 1995 in tema di oblazione, la Corte costituzionale, dopo aver ricostruito la ratio del rito, fondata sul connubio tra l'interesse pubblico all'economia processuale e quello privato, dell'imputato, ad evitare il processo, la condanna e le sue conseguenze, ha dichiarato illegittimi gli artt. 516 e 517 c.p.p. nella parte in cui non prevedevano la facoltà dell'imputato di chiedere l'oblazione a fronte della contestazione da parte del pubblico ministero, in corso di istruttoria, del fatto diverso e/o del reato concorrente.

prevedendo che, «*in caso di modifica dell'originaria imputazione in altra per la quale sia ammissibile l'oblazione, l'imputato è rimesso in termini per chiedere la medesima [...]*».

Tuttavia, osserva il giudice *a quo*, il predisposto meccanismo di rimessione in termini, anche alla luce della interpretazione fornitane dalla successiva giurisprudenza di legittimità, si attiva in conseguenza della modifica in fatto dell'imputazione in dibattimento e non anche quando venga in rilievo la diversa ipotesi della sua riqualificazione giuridica[5]. Inoltre, è stato chiarito dal giudice della nomofilachia che il rapporto tra riqualificazione e accesso al rito alternativo debba essere risolto ascrivendo un onere, in capo alla parte processuale, di invocare tempestivamente l'ammissione al rito alternativo con istanza condizionata alla riqualificazione giuridica; in questo modo, il giudice, qualora dovesse ritenere il fatto riqualificabile in senso conforme alla richiesta, dovrebbe *ex* post ammettere al rito d'interesse[6].

L'interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità in merito all'ambito operativo dell'art. 141 cit. provocherebbe, a parere del rimettente, un *vulnus* di tutela e un eccessivo – oltre che non espressamente disciplinato – onere in capo all'imputato di prevedere la riqualificazione ed avanzare istanze cautelative, in violazione dell'art. 24 co. 2 Cost.

Infatti, laddove la diversa qualificazione emergesse solo all'esito del dibattimento, la tardiva istanza di oblazione non potrebbe ascriversi a sua colpa "*dal momento che la facoltà di proporre quella domanda non può che sorgere nel momento in cui il reato stesso è oggetto di contestazione*".

La Consulta, nel dichiarare la questione infondata, rileva come, se è vero che la giurisprudenza sovranazionale ha accomunato, sul piano delle garanzie difensive, i mutamenti in fatto e in diritto dell'imputazione, non ha tuttavia imposto al legislatore italiano di predisporre espressamente istituti di rimessione in termini per avanzare istanze di rito alternativo nel caso di riqualificazione giuridica *ex* art. 521 c.p.p.[7]; per-

---

5 P. Indinnimeo-N. Petrosino, *La riqualificazione del reato nel procedimento di oblazione*, in *Il Penalista*, 9 giugno 2016. Gli Autori danno atto di una disputa giurisprudenziale intorno all'applicazione dell'art. 141 co. 4-*bis* disp. att. c.p.p. ai casi di modifica della qualificazione giuridica del fatto; v. anche P. Piccialli, *Poteri del giudice ed ammissione all'oblazione a seguito della modifica dell'originaria imputazione*, in *Corr. mer.*, 2006, 7.

6 Cass. sez. un., 2 marzo 2006, n. 7645, in *Dir. e giust.*, 2006, 13, 46 e ss., con nota di L. Cremonesi, *Derubricazione e oblazione, il rebus resta. Le Sezioni unite hanno chiarito il* quia *ma non il quomodo*; in *Giust. pen.*, 2006, 12, pt. II, 679; Cass. sez. un., 26 giugno 2014, n. 32351 in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 10, 1171 ss. con nota di A. Montagna, *Riqualificazione giuridica del fatto e diritto all'oblazione.*

7 La Corte di Giustizia dell'Unione europea, con sentenza del 13 giugno 2019, causa C-646/17, Moro, sulla questione di pregiudizialità formulata dal Tribunale di Brindisi, esclude che il diritto europeo imponga al legislatore nazionale di prevedere la rimessione in termini dell'imputato per l'accesso a riti alternativi a fronte della modifica della qualificazione giuridica dei fatti, essendo sufficiente che l'imputato *"ne sia informato in un momento in cui dispone ancora dell'opportunità di reagire in modo effettivo affinché egli sia posto in grado di predisporre in modo efficace la propria difesa"*. Sulla questione pregiudiziale, v. Trib. Brindisi, Ord. 20 ottobre 2017, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, con nota di G. Centamore, *Ancora in tema di riqualificazione giuridica del fatto: un'interessante ordinanza di rinvio pregiudiziale alla corte di giustizia dell'unione europea*; M. Aranci, *Riqualificazione in iure dell'imputazione ed accesso al patteggiamento: tra disciplina interna e*

tanto, a giudizio della Consulta, in continuità con l'indirizzo giurisprudenziale prospettato a più riprese dalla Corte di cassazione, l'apparato normativo è in linea coi canoni costituzionali e convenzionali, e il rimedio processuale rinvenibile nel sistema, in grado di fornire adeguata tutela al diritto di difesa, è costituito dalla rimessione in termini per avanzare domanda di oblazione, purché il difensore l'abbia già formulata entro l'ordinario termine di decadenza condizionandola alla previa riqualificazione del fatto.

2. Potere di riqualificazione, diritto di difesa e accesso ai riti alternativi.

La sentenza che qui si annota si colloca sul terreno dogmatico, particolarmente insidioso, costituito dal rapporto tra i mutamenti dell'imputazione e i conseguenti diritti difensivi, in particolare sotto il profilo dell'accesso ai riti alternativi.

Si parta da una sintetica analisi del dato normativo.

Come è noto, l'accusa mossa nei confronti dell'imputato, cristallizzata al momento dell'esercizio dell'azione penale, è esposta a possibili mutamenti, disciplinati dagli artt. 516 e ss. c.p.p.

Il legislatore prende in considerazione il caso in cui nel corso dell'istruttoria emerga la diversità del fatto rispetto a come enunciato nella *vocatio in iudicium* (art. 516 c.p.p.), un reato concorrente (concorso formale o reato continuato) o una circostanza aggravante (art. 517 c.p.p.), un fatto nuovo (art. 518 c.p.p.).

In questi casi, è elevato a *dominus* il pubblico ministero, il quale può formulare la nuova contestazione[8]; di conseguenza, divengono esercitabili i diritti difensivi enunciati dagli artt. 519 e 520 c.p.p. (notifica della nuova contestazione all'imputato assente; termine a difesa; ammissione di nuove prove).

La Corte costituzionale è intervenuta in più frangenti con declaratorie di incostituzionalità degli artt. 516 e 517 cit. nella parte in cui non prevedevano (e non prevedono[9]) la facoltà dell'imputato di proporre istanza di accesso a riti alternativi (patteggiamento, abbreviato, oblazione[10], messa alla prova); in particolare viene evidenziata

---

spunti sovranazionali, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 24 luglio 2019.

[8] Quanto all'ipotesi del fatto *nuovo*, è previsto che il pubblico ministero proceda dando origine ad un nuovo procedimento, fatti salvi il consenso dell'imputato e l'assenza di pregiudizio per la speditezza del procedimento.

[9] Sulla necessità di cristallizzare in norma di legge le pronunzie della Consulta, secondo F. Cassibba, *Nuove contestazioni e riti alternativi: necessitato protagonismo della Consulta e perdurante silenzio del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2018, 4, 1618, «non occorre codificare la lunga serie di pronunce costituzionali sugli artt. 516 e 517 c.p.p.: l'attenzione andrebbe spostata sulla disciplina delle garanzie difensive dopo le nuove contestazioni dibattimentali. Sede naturale del generale riconoscimento del diritto dell'imputato a chiedere un rito alternativo dopo la *mutatio libelli* sono le regole degli artt. 519 e 520 c.p.p., indipendentemente dalla natura della nuova contestazione, del presupposto probatorio che la sorregge e del rito alternativo di volta in volta prescelto»; Id., *L'imputazione e le sue vicende*, in Trattato di procedura penale, diretto da G. Ubertis-G.P. Voena, XXXI, Giuffrè, 2016, 341 ss.

[10] Che l'istituto dell'oblazione, sostanzialmente configurante una causa di estinzione del reato, sia ascrivibile alla materia dei riti alternativi, v. Diotallevi, sub *art. 162*, in Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina, diretta da Lattanzi-Lupo, vol. V, Giuffrè, 298 ss.

la lesione del diritto di difesa, esprimibile anche mediante la scelta di riti alternativi, poiché le norme in parola non prevedono un meccanismo di restituzione nel termine, a fronte di una modifica imprevedibile dall'imputato.

Quanto ai mutamenti dell'imputazione in diritto, con riferimento alle norme penali ritenute violate e *ab initio* inserite nel capo di imputazione dal pubblico ministero, il legislatore prevede, all'art. 521 c.p.p., il potere del giudice di conferire al medesimo fatto una qualificazione giuridica diversa purché siano rispettate le regole in materia di competenza e attribuzione della controversia.

Nello specifico, se il giudice ritiene il fatto diverso da quello descritto nell'imputazione, restituisce con ordinanza gli atti al pubblico ministero perché proceda con nuova azione; se ritiene il fatto contestato provato ma bisognoso di diversa qualificazione, può adottarla direttamente in sentenza.

L'attività ermeneutica da ultimo citata è espressione del principio *iura novit curia*, in ossequio al quale il giudice è l'unico soggetto investito del potere di individuare la norma giuridica da applicare nel caso concreto, a prescindere dalle prospettazioni delle parti[11].

Difatti, l'art. 429 c.p.p., norma cardine in materia di esercizio dell'azione penale e di redazione dell'atto di citazione in giudizio, contempla la sola "indicazione" degli articoli di legge entro cui sussumere il fatto storico, a rappresentare la valenza appunto indicativa della citazione delle norme ritenute violate; l'assunto è rafforzato dall'essere la qualificazione giuridica del fatto esterna ai temi di prova *ex* art. 187 ss. c.p.p.

L'attività di riqualificazione giuridica disciplinata dall'art. 521 c.p.p. è stata oggetto di dibattito e del vaglio della giurisprudenza sovranazionale, che ne ha fornito una prova di resistenza alla luce del diritto di difesa e dei principi convenzionali dell'equo processo *ex* art. 6 Cedu.

In particolare, l'art. 6 cit., lett. a) e b), prevede il diritto dell'imputato: a) di essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; b) di disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa.

Con la nota sentenza *Drassich c. Italia*[12] del 11 dicembre 2007, la Corte EDU, pronunciandosi sul caso di un imputato che vedeva riqualificarsi in senso peggiorativo il reato per la prima volta dalla Corte di cassazione direttamente in sentenza definitiva, esprimeva alcuni principi di diritto rinvenendo la violazione del suddetto art. 6 Cedu. L'imputato ha diritto di essere informato non solo dei fatti materiali che gli vengono attribuiti, ma anche della qualificazione giuridica data a tali fatti, così da porlo in condizione di esercitare i suoi diritti di difesa in maniera concreta ed effettiva.

La successiva giurisprudenza nazionale ha dunque compiuto una interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 521 c.p.p.

Secondo un primo indirizzo, minoritario e che adotta una lettura generalizzata del principio convenzionale, se il giudice – in assenza di esplicita richiesta del pubblico

---

[11] O. Dominioni, *Le parti nel processo penale*, Giuffrè, 1985, 131 ss.; P. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in *La prova nel dibattimento penale*, Utet, 2005, 306.

[12] Corte Europea Diritti dell'Uomo, sez. II, 11 dicembre 2007, n. 25575, in *Giur. it.*, 2008, 11, con nota di D. Iacobacci, *Riqualificazione giuridica del fatto ad opera della Corte di cassazione: esercizio di una facoltà legittima o violazione del diritto di difesa?*

ministero – intende riqualificare il fatto, deve informare preventivamente il difensore e l'imputato ponendoli in condizione di interloquire[13].

Secondo l'indirizzo più recente, maggioritario, non è richiesta una informazione preventiva nel caso di potenziale riqualificazione del fatto, essendo sufficiente che l'imputato possa difendersi impugnando la decisione. Inoltre, la garanzia del contraddittorio risulterebbe *in nuce* appagata laddove tra il reato contestato e quello ritenuto in sentenza vi sia una prossimità strutturale e/o topografica che renda la riqualificazione prevedibile, il che dovrebbe porre la parte in condizione di interloquire comunque già in sede di discussione[14].

Con la sentenza in commento, la Consulta ribadisce il potere del giudice di riqualificare il fatto ascritto nel capo di imputazione, ritenendolo esercitato in maniera compatibile con l'assetto sovranazionale tutte le volte che l'imputato abbia la possibilità di difendersi anche dalla qualificazione giuridica operata in sentenza.

Ciò avviene sia, con riguardo al grado di giudizio, nei casi in cui la diversa qualificazione sia svolta da un giudice di merito, sia quando, con riguardo alla diversa norma incriminatrice applicata, vi sia una contiguità morfologica tra le due norme; evenienza, quest'ultima, che potrebbe dare immediato impulso al diritto di difesa già in sede di discussione, apparendo la riqualificazione evento prevedibile. Ciò non esclude che, seguendo l'orientamento di legittimità minoritario, il giudice possa sollecitare il contraddittorio circa l'eventuale riqualificazione.

Quest'ultima strada, specie nei casi in cui è meno prevedibile per la difesa la riqualificazione ritenuta praticabile dal giudice, resta quella preferibile e più rispondente alle esigenze proprie del contraddittorio. È infatti auspicabile che la dialettica processuale sul mutamento dell'imputazione in diritto avvenga nella medesima fase in cui il fenomeno modificativo si verificherà, senza che la questione del diritto di difesa venga posticipata ai successivi gradi di giudizio[15].

Non manca un orientamento contrario sostenuto da una parte della dottrina, secondo cui «*lo strumento tipico congenito al nostro sistema processuale da attivare per un giudizio di controllo sulla qualificazione giuridica del fatto storico operata dal*

[13] Cass. sez. VI, 12 novembre 2008, n. 45807, Rv. 241754; Cass. 18590/2011, Rv. 250275; Cass. 6487/2012; L. De Matteis, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 2006, 11, 3832B ss., il quale evidenzia come, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, appaia imprescindibile che nel corso del processo vi sia espressa menzione della diversa qualificazione attribuibile. L'Autore sottolinea in senso critico la distanza tra i principi giurisprudenziali dei giudici nazionali, solo apparentemente vocati al rispetto del principio convenzionale del giusto processo *ex* art. 6 Cedu e quelli, più incisivi, enucleati dalla Corte di Strasburgo. In dottrina, v. G. Biondi, *Piccoli passi della Corte di cassazione verso una nuova disciplina della modifica della qualificazione giuridica del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 2, 610 ss.

[14] Cfr. Cass. 52884/2018; Cass. 52241/2017; Cass. sez. V, 6 giugno 2014, n. 48677; S. Beltrani, *Il contraddittorio sulla qualificazione giuridica*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 12 – Supplemento, 38 ss.; G. Leo, *Correlazione tra accusa e sentenza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 1, 49 ss.

[15] Nei medesimi termini, pare esprimersi, A. Marandola, *La Cassazione ridimensiona gli effetti della sentenza Drassich*, in *Giur. it.*, 2014, 5. L'Autore considera però l'anzidetta riflessione quale conseguenza della nullità a regime intermedio della sentenza per violazione dell'art. 178, lett. c), c.p.p.; sulla effettività del diritto dell'imputato di essere informato, L. Mele, *La diversa qualificazione del fatto operata ex officio e la tutela del diritto al contraddittorio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 1, 75 ss.

giudice è l'impugnazione, strumento attraverso il quale l'impugnante può lamentare eventuali errori commessi dall'organo giudicante», pertanto ponendosi un concreto problema di violazione dei diritti difensivi solo allorquando la diversa qualificazione giuridica sia per l'imputato deteriore e avvenga per la prima volta proprio nel giudizio di legittimità[16].

La Corte inoltre traccia i confini tra i poteri assegnati dall'ordinamento al pubblico ministero e quelli assegnati al giudice in tema di modifica dell'imputazione: appannaggio del primo è la facoltà di contestare la diversità del fatto storico (oltre che il reato concorrente, la circostanza aggravante e il fatto nuovo); di stretta competenza del secondo deve reputarsi la qualificazione giuridica del fatto storico addebitato. Difatti, nessuna norma di legge assegna al pubblico ministero un autonomo potere modificativo (in corso di istruttoria), ma solo, al pari del difensore, un potere di sollecitare il giudice a mutare il *nomen iuris*[17].

Questione contigua è quella del rapporto tra riqualificazione giuridica e accesso ai riti alternativi.

Il nodo problematico concerne il coordinamento tra il momento in cui avviene la riqualificazione, coincidente con il momento finale del processo di primo grado, e la richiesta di rito alternativo, disciplinata da rigide preclusioni temporali di certo antecedenti alla fase finale del dibattimento.

Sul punto, la giurisprudenza, costituzionale e di legittimità, ha adottato un *modus operandi* peculiare che tende a differenziare il rimedio esperibile quando vi sia nuova contestazione *ex* artt. 516 e ss. c.p.p., e quello azionabile nel caso di diversa qualificazione del medesimo fatto ascritto.

L'approccio differenziato risente inevitabilmente della disparità di trattamento, posta in essere a monte dal legislatore, tra i mutamenti in fatto, per cui viene approntato un sistema di rimedi difensivi usufruibili dall'imputato; e i mutamenti in diritto, per i quali l'art. 521 c.p.p. appare norma laconica affatto prolissa sul tema dei rapporti tra riqualificazione e difesa[18].

---

[16] In questi termini si esprime A. Vele, *Diversa qualificazione giuridica del fatto e violazione del principio del contraddittorio*, in *Giur. it.*, 2010, 3; diversamente, v. L. De Domenico, *Le condizioni per l'applicabilità dell'istituto della particolare tenuità del fatto in Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2016, 1, 242 ss., secondo il quale anche il trattamento migliorativo dovrebbe essere tenuto in conto, potendo comportare effetti deteriori e non previsti dall'imputato, quali forme di ristoro del danno o sanzioni accessorie specifiche; *conf.* Quattrocolo, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Jovene, 2011, 133.

[17] Diversamente, pare esprimersi R.E. Kostoris, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, 11, fa salva la possibilità per il pubblico ministero di «*rimodellare l'accusa anche sotto il profilo giuridico, contestandola all'imputato nelle forme dell'art. 516 c.p.p., nel qual caso un'interpretazione "convenzionalmente conforme" dovrebbe portare senz'altro all'applicazione delle garanzie previste dall'art. 519 c.p.p. (possibilità per l'imputato di chiedere un termine a difesa, eventuale sospensione del dibattimento, richiesta di nuove prove)*».

[18] Sul tema, M. Sculco, *Diversa qualificazione giuridica del fatto e prerogative difensive*, in *Cass. pen.*, 2011, 2, 633 e ss.; v. anche F. Zacché, *Cassazione e* iura novit curia *nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 6, 781 ss., secondo cui è auspicabile che sia sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 521, comma, 1 c.p.p. in relazione all'art. 111 co. 3 Cost., laddove non prescrive che, in caso d'applicazione del principio *iura novit curia*, il giudice debba restituire gli atti al

La norma che non assegni all'imputato, dopo la modifica in fatto dell'imputazione su iniziativa del pubblico ministero, il diritto di richiedere per la prima volta l'accesso ai riti alternativi è infatti segnata, per orientamento ormai pacifico, da illegittimità costituzionale. In questo caso infatti il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. appare violato, poiché è preclusa all'imputato la facoltà di esercitare i diritti difensivi a fronte di un evento imprevedibile quale è il mutamento del fatto storico addebitato, che rappresenta il cuore dell'accusa e del *thema probandum*.

È invece costituzionalmente legittima e conforme ai principi europei la normativa, come quella attualmente vigente, che non preveda espressamente la restituzione del termine all'imputato per la richiesta di rito alternativo nel caso di riqualificazione giuridica attuata d'ufficio dal giudice; in questo caso, infatti, la giurisprudenza ritiene possibile approntare un rimedio alternativo alla declaratoria di illegittimità costituzionale: si tratta dell'ordinario strumento della rimessione in termini attuato direttamente dal giudice, subordinato alla precedente e tempestiva istanza formulata dalla parte, a propria volta condizionata al mutamento della qualificazione giuridica del fatto ascritto.

Ciò è stato sancito, lo si anticipava, da due sentenze della Corte di cassazione a sezioni unite, del 2006 e 2014[19], e viene ribadito dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento, per addivenire ad una pronuncia interpretativa di rigetto[20].

La Consulta salva il dato normativo svolgendo un bilanciamento di interessi che si ispira ad una duplice lettura della nozione di difesa costituzionalmente rilevante.

Nel caso di riqualificazione officiosa da parte del giudice, laddove non sia in gioco l'accesso ai riti alternativi, il diritto di difesa è infatti adeguatamente preservato ogni qualvolta l'imputato conservi la facoltà di interloquire e contestare la nuova etichetta giuridica conferita al fatto storico a lui ascritto, preventivamente laddove il giudice abbia avvisato le parti del suo intento di riqualificare o nel caso di agevole prevedibilità del mutamento dell'incriminazione; e/o successivamente mediante impugnazione.

Nel caso in cui sia d'interesse l'accesso ad un rito alternativo, normalmente scandito da preclusioni temporali per formularne l'istanza, il diritto di difesa può coordinarsi

pubblico ministero per le relative determinazioni (sulla falsariga di quanto avviene con l'art. 521, comma 2, c.p.p.); l'accusato infatti andrebbe informato tempestivamente non solo dei contenuti fattuali "motivi) dell'accusa, ma anche dei suoi contenuti giuridici, i quali, come i primi, vanno aggiornati, allorché subiscano delle variazioni durante il procedimento; inoltre, andrebbero garantiti i termini a difesa e la possibilità di un supplemento istruttorio, per consentire un'attività defensionale effettiva.

19 V. *supra, sub* nota 6.

20 Il tema del rapporto tra riqualificazione *ex officio* del fatto e accesso a rito alternativo è stato già saggiato dalla Consulta con la sentenza interpretativa di rigetto n. 131/2019, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 3, 1709 ss., con nota di G. Fiorelli, riguardante la sospensione con messa alla prova; nel caso vagliato, l'imputato aveva tempestivamente chiesto la messa alla prova ricevendo un diniego che, all'esito della successiva riqualificazione, risultava destituito di fondamento. Il rigetto della questione, pronunciato all'epoca dalla Consulta, si giustifica dunque alla luce dell'alternativa lettura dell'impianto codicistico, nel senso che, nel caso di specie, poteva (e può) ben consentirsi l'ammissione postuma al beneficio. L'ipotesi affrontata dal tribunale di Teramo e sottoposta all'attenzione del Giudice delle leggi si connota diversamente: l'imputato non ha chiesto tempestivamente l'ammissione al rito alternativo, determinandosi in tal senso solo davanti alla possibilità prospettata dal giudice di riqualificare il fatto sotto diversa norma incriminatrice.

e armonizzarsi: a) con la progressione processuale scolpita dai termini di decadenza normativamente previsti per la formulazione della domanda del rito; b) con le potenzialità proprie del ministero del difensore, il quale può sin dall'inizio, al fine di cristallizzare la volontà di accedere al rito alternativo, prospettare il mutamento della qualificazione giuridica attribuita al fatto contestato, trattandosi di profilo giuridico immediatamente verificabile con l'uso delle conoscenze tecniche.

Secondo una parte della dottrina, il Giudice delle leggi, portando avanti un simile argomentare, fornisce una specifica chiave di lettura del diritto, convenzionalmente protetto, all'informazione sulla qualificazione giuridica dei fatti ascritti, che viene intesa non come informazione sulla corretta qualificazione giuridica, ma come informazione sulla qualificazione giuridica ritenuta idonea, seppur rivelatasi errata successivamente; ciò che costituirebbe, secondo i critici, una errata applicazione del diritto europeo, atteso che il diritto all'informazione previsto dall'art. 6 della direttiva UE n. 13 del 2012 ha per oggetto la qualificazione giuridica e ogni sua modificazione[21].

L'osservazione, ad avviso di chi scrive, non persuade. Non si comprende infatti in che modo il diritto europeo sopra citato verrebbe trasgredito informando l'imputato, dapprima della qualificazione giuridica data dal rappresentante dell'Accusa, e poi della modifica della qualificazione giuridica che intenda far fronte all'originario errore della Procura, al contempo consentendogli di difendersi adeguatamente sul nuovo tenore giuridico. Si tratta proprio dell'informazione sulla qualificazione giuridica e su "*ogni sua modificazione*".

Del resto la CGUE[22] ha escluso che il diritto sovranazionale, in particolare l'art. 6 par. 4 della direttiva UE n. 13/2012 e l'art. 48 CdfUE, imponga al legislatore nazionale di accomunare la disciplina del mutamento del fatto addebitato e quella del mutamento *in iure*, nonché che esso imponga al legislatore di prevedere espressamente istituti giuridici che volgano verso la rimessione in termini dell'imputato, essendo sufficiente per la Corte che, nel caso di modifica della qualificazione dei fatti che sono oggetto dell'accusa, l'imputato ne sia informato in un momento in cui dispone dell'opportunità di reagire in modo effettivo, predisponendo in modo efficace la propria difesa, anche a seguito della concessione di un rinvio per allestire la strategia difensiva.

Inoltre, il ragionamento della Corte pare fare perno sulla ipervalorizzazione del principio, delineato dal giudice di Strasburgo, secondo cui ciò che conta è che l'imputato non subisca accuse "*a sorpresa*" rispetto alle quali sia impossibilitato a difendersi. Ebbene, da un lato, in tema di riqualificazione avulsa dal problema dei riti alternativi, non vi è accusa a sorpresa nel caso in cui l'imputato possa difendersi in sede di discussione o di impugnazione; dall'altro, il diritto di esprimere la strategia difensiva con l'accesso ai riti alternativi non sarebbe frustrato quando l'imputato, conoscendo la prevedibile riqualificazione, abbia richiesto tempestivamente l'accesso al rito subordinato alla diversa connotazione codicistica del fatto addebitato.

---

21 A. Capone, *"Derubricazione" del reato e richiesta di messa alla prova*, in *Giur. cost.*, 2019, 3, 1534C ss.; N. Galantini, *Il diritto all'informazione per l'effettivo esercizio del diritto di difesa nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2018, 10, 3416 e ss.

22 E. Grisonich, *Al vaglio della Corte la disciplina italiana in materia di riqualificazione giuridica del fatto*, in *Proc. pen. e giust.*, 2019, 5.

Sull'ultimo problema testé citato, vi è però disparità di vedute, in quanto, mentre taluno ha ritenuto eccessivamente gravoso l'onere di prevedere la possibile riqualificazione[23], in giurisprudenza si è sostenuto come non venga in rilievo una capacità divinatoria dell'imputato, quanto un suo diritto/dovere di interloquire sulla giusta qualificazione giuridica del fatto, elemento *ab initio* conoscibile.

In linea con l'impostazione giurisprudenziale, si potrebbe infatti sostenere che, invariato il fatto, la sua qualificazione giuridica derivi dall'applicazione delle norme penali e della loro esegesi, trattandosi dunque di vicenda conoscibile mediante l'applicazione delle conoscenze tecnico-giuridiche.

A supporto dell'impostazione dottrinale, che la diversa qualificazione giuridica non sia sempre agevolmente conoscibile è stato sostenuto tra le righe proprio dal giudice di Strasburgo con la sentenza *Drassich c. Italia*, nella quale, ai paragrafi 37 e ss., la Corte si interroga sulla sufficiente prevedibilità per il ricorrente che l'accusa mutasse da corruzione propria a corruzione in atti giudiziari, e rileva come gli articoli 319 e 319-*ter* c.p., pur trovandosi nella stessa sezione del codice penale, si distinguano chiaramente per uno dei loro elementi costitutivi. Implicitamente la Corte EDU pare segnalare che la vicinanza topografica di due fattispecie non comporta la facilità di prevedere che il fatto possa sussumersi nell'una in luogo dell'altra[24].

Non sempre dunque la perentorietà del principio si rivelerà aderente alle peculiarità della vicenda processuale e alla complessità del caso.

Nei casi più problematici, potrebbe affidarsi al prudente apprezzamento del giudice l'aspetto della ammissibilità di una istanza tardiva tutte le volte in cui l'erroneità della qualificazione giuridica conferita dall'accusa al fatto non sia rinvenibile *ictu oculi* o comunque ad una verifica iniziale e sommaria, ma si palesi con chiarezza solo all'esito dell'istruttoria dibattimentale.

Tra l'altro occorre evidenziare un dato relativo alla prassi applicativa dell'art. 521 c.p.p.

La norma infatti, letteralmente, pare riferirsi alla attribuzione della corretta qualificazione giuridica da parte del giudice ad un fatto che corrisponda integralmente a quello descritto nel capo di imputazione dal pubblico ministero[25].

In concreto, la giurisprudenza di legittimità ha elaborato un criterio interpretativo, noto in dottrina come "*teoria funzionale del fatto*", secondo cui l'art. 521 c.p.p. comprende altresì l'ipotesi in cui, congiuntamente: a) nel corso dell'istruttoria siano emersi elementi fattuali non contestati nell'atto di citazione; b) tali elementi fattuali portino il fatto a sussumersi in una norma incriminatrice diversa da quella contestata; c) le due norme appartengano ad un sistema "chiuso" di fattispecie incriminatrici, sic-

[23] Per un approccio critico al dovere di interlocuzione della difesa, v. R. Lopez, *Intervenuta ammissibilità dell'oblazione per derubricazione del reato, ovvero emendatio iuris e prerogative della difesa: le sezioni unite tornano sull'argomento tra fraintesi e omissioni*, in *Cass. pen.*, 2016, 5, 2116B ss.

[24] G. Romeo, *Derubricazione del reato e oblazione: l'imputato come novello nostradamus?*, in *Dir. pen. cont.*, 16 settembre 2014, 9; v. anche V. Tondi, *Riqualificazione giuridica del fatto e accesso ai riti alternativi: una nuova questione di legittimità costituzionale dell'art. 521 c.p.p.*, in *Sist. pen.*, 3 luglio 2020.

[25] S. Quattrocolo, *Un auspicabile assestamento in tema di riqualificazione del fatto in sentenza*, in *Cass. pen.*, 2013, 6, 2362B ss.

ché, quando non è applicabile l'una, opera l'altra secondo un criterio di prevedibilità; d) l'imputato abbia avuto la possibilità di difendersi in ordine ai "nuovi" elementi di fatto poi valorizzati in sentenza.

La tesi si regge su una concezione di *fatto diverso* secondo cui il fatto è tale solo quando muta radicalmente la struttura della contestazione, sicché il fatto ritenuto in sentenza si pone rispetto a quello contestato in termini di eterogeneità o incompatibilità sostanziale[26].

L'orientamento è particolarmente criticato in dottrina, poiché consente al giudice di valorizzare ai fini della decisione e della riqualificazione elementi fattuali non contestati, e dunque un fatto in concreto *diverso* rispetto a quello oggetto dell'accusa[27].

Orbene, considerato che la riqualificazione giuridica, in ossequio alla teoria sopra menzionata, potrebbe nella prassi dipendere dalla emersione, in corso di istruttoria, di elementi fattuali sostanzialmente nuovi rispetto a quelli dedotti nell'imputazione, appare estremamente rigoroso richiedere al difensore di effettuare tempestivamente l'istanza di accesso al rito alternativo sulla base di una ritenuta riqualificabilità del fatto che in concreto emergerà solo dopo l'istruttoria; in questa ipotesi dunque è opportuno rivisitare il principio espresso dalla Consulta e considerare l'ammissibilità di una istanza tardiva della difesa[28].

In disparte il problema della prevedibilità, si evidenzia altresì la frizione tra l'onere processuale ascritto dalla giurisprudenza all'imputato interessato al rito alternativo a seguito di riqualificazione ed il principio *nemo tenetur se detegere*, considerato che, nel prospettare al giudice la riqualificazione, l'imputato potrebbe essere visto come una sorta di reo confesso in merito alla nuova accusa[29].

In realtà, questo argomento, a parere di chi scrive, è superabile, nella misura in cui, se oggetto della questione è l'attribuzione della giusta classificazione giuridica ad un fatto inalterato, la richiesta condizionata di accesso al rito alternativo previo mutamento della norma incriminatrice, assume la medesima natura e funzione della richiesta di rito alternativo esperibile dinanzi alla corretta qualificazione giuridica nei casi ordinari, potendo ben essere interpretata la volontà di accesso al rito non necessariamente quale ammissione di colpa rispetto all'accusa, ma quale interesse a non subire la vicenda processuale. Prospettare al giudice la riqualificazione non deve

---

[26] T. Perrella, *La correlazione tra accusa e sentenza*, relazione tenuta il 13 febbraio 2019 presso la Scuola Superiore della Magistratura, Struttura territoriale della Corte d'Appello di Napoli; Cass. sez. IV, 27 gennaio 2005, n. 27355, Rv. 231727; G. Garuti, *Correlazione tra sentenza e imputazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 8, 914 ss.

[27] A. Cabiale, *Il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica: da garanzia difensiva (nella Cedu) a strumento di legittimazione della prassi (in Cassazione)*, in *Cass. pen.*, 2015, 1, pp. 217 ss.; C. Papagno, *La nozione funzionale del "fatto processuale" e l'effettività del diritto di difesa,* in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 1, 79 ss., osserva che «*da questo tipo di impostazione possono discendere conseguenze aberranti, in grado di vanificare il principio della correlazione tra accusa e sentenza, poiché, in assenza di trasformazioni radicali cui si riferisce la Corte, potrebbero non rientrare nel concetto di diversità* ex *art. 521, comma 2, c.p.p. quelle lievi variazioni naturalistiche che, se* prima facie *non sembrano rispondere ad un criterio di essenzialità, possano, invero, rivelarsi basilari per la linea difensiva adottata dall'imputato*».

[28] G. Spangher, *Modifica della qualificazione del fatto e diritto all'oblazione*, in *Pen. dir. e proc.*, 3 settembre 2020.

[29] A. Capone, *op. ult. cit.*

essere inteso quale ammissione di reità con riguardo alla nuova nomenclatura giuridica, bensì soltanto quale eliminazione di un errore giuridico dell'accusa tramite un raffronto asettico e cartolare tra impianto codicistico e fatto addebitato.

La prospettazione alternativa, in altri termini, ha il solo effetto di rimuovere (*rectius*: prospettare la rimozione di) un elemento ostativo alla richiesta di accesso al rito e non assume la natura larvata di confessione.

3. Alcune questioni operative: tempestività dell'istanza di oblazione; onere di riproposizione; forma del provvedimento giudiziale di rimessione in termini.

Sul piano operativo, con riguardo ai rapporti tra riqualificazione giuridica e riti alternativi, la Consulta si pronuncia in tema di oblazione riproponendo nella sostanza il distillato giuridico già espresso con la sentenza n. 131/2019 in materia di messa alla prova.

Il difensore dovrà prospettare la suscettibilità del fatto ascritto di essere sussunto in norme incriminatrici compatibili con il rito d'interesse; il giudice, che avrà rigettato la primigenia istanza difensiva, dovrà rimettere in termini l'imputato laddove all'esito del dibattimento ritenga di riqualificare il fatto in un reato non ostativo, così come prospettato antecedentemente dalla parte richiedente.

Quanto all'oblazione peraltro, considerata la previsione normativa che consente la riproposizione dell'istanza (art. 162-*bis* co. 5 c.p.), giova sgombrare il campo da alcuni possibili dubbi.

Dapprima occorre fare il punto su quale sia il momento processuale nel quale vada formulata l'istanza.

Prima che l'orientamento suffragato dalle Sezioni unite 2006 e 2014, venisse ribadito dalla Consulta con la sentenza qui annotata, si erano formati sul punto diversi orientamenti.

Con sentenza n. 11706/1998[30], la Cassazione ha ritenuto ammissibile e tempestiva la richiesta di oblazione presentata prima dell'inizio della discussione finale, a fronte della riqualificazione prospettata dal giudice.

Nel 2001[31], i Giudici di legittimità hanno esteso l'operatività dell'art. 141 co. 4 *bis* disp. att. c.p.p. al caso della modifica *in iure* e hanno così ritenuto non obbligatoria una istanza del difensore e irrilevante il momento in cui la stessa eventualmente sia posta in essere. L'orientamento pare essere stato sostenuto anche nel 2004[32], quando la Cassazione ha ritenuto che il giudice, senza preventiva richiesta, potesse, *motu proprio*, ammettere l'imputato all'oblazione col provvedimento decisorio.

Le Sezioni unite, con la pronuncia n. 7645 del 2006, non hanno assunto espressa posizione su tale aspetto; infatti, si sono limitate ad escludere un potere/dovere

[30] Cass. sez. I, 6 ottobre 1998 (dep. 12/11/1998), n. 11706, in CED Cass. n. 211798; in Cass. pen., 1999, 9, 2533 ss.

[31] Cass. sez. II, 22 ottobre 2001 (dep. 14/11/2001), n. 40509, in CED Cass. n. 220861; in *Riv. pen.*, 2002, 2, 130 ss.

[32] Cass. sez. III, 5 maggio 2004, n. 35113, in Cass. pen., 2005, 10, p. 3041 ss., con nota di D. Servi.

giudiziale di rimessione in termini al di fuori di una istanza difensiva[33], mentre hanno ritenuto che la questione circa il momento cui ancorare la congiunta istanza di riqualificazione del fatto ed ammissione all'oblazione fosse irrilevante nel caso di specie, in quanto nella vicenda processuale al loro vaglio non vi era stata alcuna istanza.

Una risposta è invece più chiaramente evincibile dalla sentenza Sez. un. n. 32351 del 2014, ove i supremi Giudici, nel valorizzare l'orientamento giurisprudenziale già sostenuto dalle precedenti Sezioni unite del 2006, menzionano la richiesta "*predibattimentale*"[34].

Dal *dictum* tuttavia ha preso le distanze altra parte della giurisprudenza; ad esempio, con la sentenza n. 32896/2017[35], è stata reputata sufficiente l'istanza formulata direttamente in sede di conclusioni.

L'orientamento predisposto dalle Sezioni unite del 2014 risulta avvalorato dalla sentenza della Consulta in commento e merita di essere ribadito, sicché il difensore dovrà formulare istanza predibattimentale condizionata alla riqualificazione, seppur con il correttivo superiormente auspicato in relazione alla concreta difficoltà del caso e alle ragioni sottese all'operazione ermeneutica in parola[36].

Lo slittamento in avanti del termine utile non può essere invocato né col ricorso all'art. 141 co. 4-*bis* cit., che non riguarda i casi di mutamento in diritto[37]; né col ricorso all'art. 162-*bis* co. 5 c.p., che presuppone un precedente rigetto di una istanza già avanzata[38]; inoltre, la tesi è coerente con l'esigenza di realizzare un bilanciamento tra diritto di difesa, onere di interlocuzione dell'imputato, tutela della sequela processuale, divieto di uso speculativo del processo.

La pronuncia della Consulta lascia persistere un interrogativo di rilievo pratico: appurata l'insufficienza di una istanza di oblazione formulata prima della discussione, dopo che il giudice abbia prospettato la riqualificazione, occorre ulteriormente chiedersi se, con riguardo all'oblazione facoltativa, dopo il primo rigetto pronunciato dal giudice prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, l'imputato debba reiterare l'istanza nel termine previsto dall'art. 162-*bis* co. 5 c.p. o la prima istanza possa ritenersi sufficiente ed immanente.

Nella pratica, una adeguata e completa interlocuzione tra giudice e parti vorrebbe che: 1) il difensore formuli l'istanza prima della dichiarazione di apertura del dibattimento; 2) l'istanza sia reiterata nel termine *ex* art. 162-*bis* co. 5 c.p., vale a dire prima dell'inizio della discussione[39]; 3) il giudice solleciti le parti, nel corso della discussione, a trattare il profilo della riqualificazione e dell'ammissibilità all'oblazione.

Nel caso in cui ciò non avvenga e il difensore non reiteri l'istanza al momento della chiusura dell'istruttoria, potrebbe ritenersi cessata la volontà di accesso al rito, sicché

---

33 Si veda pag. 9 della sentenza delle Sezioni unite.

34 Cfr. in particolare le pagine 5 e 6 della sentenza delle Sezioni unite 2014.

35 Cass. sez. III, 7 aprile 2017, n. 32896, in CED Cass., n. 270423.

36 V. *supra*, paragrafo 2.

37 Secondo D. Servi, *op. ult. cit.*, l'impossibilità di applicare l'art. 141 co. 4-*bis* disp. att. c.p.p. non discende tanto dalla sua portata oggettiva, inerente al tipo di modifica dell'imputazione, quanto dalla promanazione soggettiva dell'emendatio, riferibile al pubblico ministero e non al giudice.

38 Conf. Cass. 11706/1998 cit.

39 Prima che il pubblico ministero prenda la parola, v. Cass. sez. III, 11 ottobre 2012, dep. 12 novembre 2012, Rv. 253608.

il giudice potrebbe effettuare la riqualificazione in sentenza senza occuparsi di rimettere in termini la parte.

In effetti, la locuzione "*la domanda può essere riproposta [...]*" sottintende sia il diritto dell'imputato di reiterarla all'esito dell'istruttoria, sia l'onere processuale che chiarisca la persistenza della volontà[40] dell'imputato di accedere al rito in virtù della ritenuta insussistenza di fattori ostativi, avvalorata dalle risultanze processuali.

D'altronde, la facoltà di riproporre la domanda, prevista dal co. 5 cit., pare essere stata predisposta proprio al fine di consentire al difensore di insistere per l'accoglimento laddove l'istruttoria abbia rivelato l'originaria insussistenza dei requisiti ostativi, tra i quali può annoverarsi la qualificazione giuridica che non consenta preliminarmente l'ammissione.

Va infine affrontato il tema dello strumento a disposizione del giudice per rimettere in termini la parte; per meglio dire, che forma debba assumere il suo provvedimento.

Invero, secondo una impostazione oramai superata, il giudice avrebbe il solo compito di riqualificare il fatto in sentenza, mentre l'imputato dovrebbe chiedere di essere ammesso all'oblazione con l'atto di appello[41]. La tesi è criticabile laddove non garantisce il diritto di accesso al rito ma lo subordina all'onere di impugnare.

Secondo altri, il giudice dovrebbe redigere una sentenza di condanna per il reato così come riqualificato, la cui efficacia è subordinata al mancato pagamento della somma, fissata col medesimo provvedimento a titolo di oblazione, da parte dell'imputato nel termine non superiore a dieci giorni dal passaggio in giudicato della pronuncia[42]. Si tratterebbe di un provvedimento composito. Stante il chiaro tenore dell'art. 521 c.p.p., il giudice dovrebbe riqualificare (e condannare) con sentenza e rimettere in termini con ordinanza; entrambi i provvedimenti potrebbero confluire in un unico atto redatto all'esito della camera di consiglio. Nel caso di pagamento tempestivo, il giudice dell'esecuzione dichiarerà estinto il reato.

La tesi ha il merito di fugare ogni problematica inerente alla imparzialità del giudice, in quanto consente a questi di chiudere il grado davanti a sé aprendo all'imputato due strade alternative: il pagamento della somma fissata a titolo di oblazione, con conseguente estinzione la cui declaratoria rifluirebbe nella competenza del giudice dell'esecuzione, o l'esecuzione della pena.

La tesi è stata tuttavia criticata proprio dalle Sezioni unite 32351/2014 nella misura in cui fa uso della categoria della sentenza condizionata, sconosciuta al sistema processualpenalistico ed acriticamente importata dall'ordinamento civilistico. Inoltre, si è sostenuto in dottrina, il caso in cui il reato risulti oblabile solo a seguito della riqualificazione giuridica operata dal giudice in sentenza *ex* art. 521 c.p.p., non è disciplinato dall'art. 141 co. 4-*bis* disp. att. c.p.p., «*neppure estendendo fino a quel punto il concetto di modifica dell'imputazione: nell'ipotesi in esame, infatti, il processo sa-*

---

40 Seppur con riguardo alla diversa fattispecie processuale avente ad oggetto l'accesso alla messa alla prova, si veda nei medesimi termini A. Capone, *"Derubricazione" del reato*, cit.

41 Cass. sez. III, 26 agosto 1999, n. 10634, Stacchini, in *C.E.D., Cass.*, n. 214038.

42 Cass. sez. un. 7645/2006 cit.; Cass. pen. Sez. III, 05 maggio 2004, n. 35113, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 2, 215 e ss., con nota di A. Scarcella, *Modifica dell'imputazione originaria, diritto sostanziale all'oblazione ed applicabilità della sentenza "condizionata" nel processo penale*; Cass. sez. II, 22 ottobre 2001, n. 40509 in *Italgiure Web*; Cass., sez. II, 14 ottobre 2011 n. 40037, Rv. 251546.

rebbe già concluso con sentenza, per cui il meccanismo di cui alla norma richiamata non potrebbe concretamente operare»; inoltre, si verificherebbe un *impasse* sul piano delle precedenti, eventuali, statuizioni civilistiche, le quali risulterebbero *ex post* incompatibili con l'estinzione del reato per oblazione[43].

Terza via delineata in giurisprudenza è stata quella di consentire che le due attività di riqualificazione e rimessione in termini confluiscano in un'ordinanza[44].

L'orientamento appare in linea con l'insegnamento tradizionale, secondo cui il giudice pronuncia sentenza quando decide una questione che comporti l'esaurimento della fase o del grado di giudizio spogliandosi della controversia; pronuncia ordinanza quando risolve questioni interne al procedimento senza definirlo[45].

Vero è che l'art. 521 c.p.p. dispone che l'attività eventuale di riqualificazione avvenga con sentenza, ma esso potrebbe ritenersi fare riferimento ai casi in cui la riqualificazione esaurisca l'aspetto decisorio e il giudice chiuda il grado di giudizio davanti a sé con l'atto a ciò deputato, la sentenza, e non sia in gioco, come nel caso di specie, la contestuale operatività di altro istituto quale la rimessione in termini che causa per propria natura la prosecuzione dell'attività processuale.

Nel caso al nostro vaglio, invece, viene in rilievo la rimessione in termini dell'imputato previa riqualificazione del fatto.

Orbene, potrebbe sostenersi che in questo caso la riqualificazione del fatto non abbia la portata propria della decisione finale nel merito, ma costituisca un rilievo incidentale che non chiude il grado di giudizio fondandosi sul solo confronto tra fatto contestato e norma incriminatrice e dando impulso all'ulteriore svolgimento del diritto di difesa.

In altri termini, con l'ordinanza il giudice, rilevata l'erroneità *ab initio* dell'accusa formulata dal pubblico ministero, effettua un raffronto cartolare tra atto introduttivo del giudizio, da un lato, e legislazione penale, dall'altro, e, rilevata la migliore rispondenza del fatto a norma diversa da quella contestata, la prospetta alle parti senza pronunciarsi sulla effettiva colpevolezza dell'imputato.

A questo punto il giudice all'esito della camera di consiglio, con ordinanza, individuata la diversa norma applicabile al fatto, e previamente ricevuti l'istanza difensiva e il parere del pubblico ministero, concederà, se sussistono tutti i presupposti di legge, il termine non superiore a dieci giorni entro il quale l'imputato è ammesso al pagamento; fisserà nuova udienza e dichiarerà estinto il reato laddove il pagamento abbia avuto luogo.

In caso contrario, dovrebbe egli invitare le parti a concludere avuto riguardo alla suscettibilità del fatto di rientrare nel tessuto operativo della diversa norma incriminatrice, come chiarito nella precedente ordinanza.

---

[43] Piziali, Il procedimento per oblazione, in Pisani (a cura di), I procedimenti speciali in materia penale, Giuffrè, 2003, 570; L. Cuomo, *L'esercizio del diritto di oblazione tra derubricazione dell'imputazione ed esigenze difensive*, in *Cass. pen.*, 2015, 1, 100 ss.

[44] Cass. sez. I, 23 giugno 2000, n. 7383, Rv. 216275; Cremonesi, *Derubricazione del reato in sentenza ed oblazione*, in *Riv. pen.*, 2003, 627.

[45] P. Tonini, *Lineamenti di diritto processuale*, Giuffrè, 2016, 92.

La Corte di legittimità si è tuttavia pronunciata su questo orientamento, in senso ad esso ostativo, nel senso che la derubricazione può essere svolta solo con la sentenza, mentre l'ordinanza conterrebbe una indebita anticipazione del giudizio[46].

A parere di chi scrive, ciò potrebbe avvicinarsi al vero nel caso in cui la riqualificazione avvenisse sulla base della già richiamata teoria funzionale del fatto, che consente di riqualificare valorizzando elementi di fatto non contestati ed emersi a carico dell'imputato in corso di istruttoria; in questo caso infatti è difficilmente escludibile che il giudice abbia incidentalmente deciso anche sulla colpevolezza dell'imputato e sulla meritevolezza della condanna per il reato diversamente qualificato.

L'ordinanza potrebbe invece configurare uno strumento approntabile laddove la riqualificazione derivi dal solo raffronto tra descrizione del fatto e norme giuridiche violate, non apparendo la situazione molto distante, nella sostanza, da quella in cui il giudice, prima della discussione, inviti le parti a concludere anche in merito alla diversa nomenclatura giuridica attribuibile al fatto; tale prospettazione infatti nasce generalmente dalla valutazione *già compiuta* dall'interprete sulla nomenclatura giuridica da riferire più correttamente al fatto storico[47].

Peraltro, nella giurisprudenza costituzionale è stato a più riprese affermato che «*non è configurabile una menomazione dell'imparzialità del giudice che adotta decisioni preordinate al proprio giudizio o rispetto ad esso incidentali, attratte nella competenza per la cognizione del merito*»[48].

Sulla scorta di detto principio, la giurisprudenza di legittimità[49] ha chiarito che l'indebita manifestazione del convincimento da parte del giudice, espressa con una delibazione incidentale rileva come causa di ricusazione solo qualora il giudice abbia anticipato la valutazione *sul merito della* regiudicanda, *ovvero sulla colpevolezza dell'imputato, senza che tale valutazione fosse imposta o giustificata dalle sequenze procedimentali*; ovvero allorché la pronuncia *anticipi, in tutto o in parte, gli esiti della decisione di merito, senza alcuna necessità o nesso funzionale con il provvedimento incidentale adottato*[50].

Orbene, sintetizzando, assume carattere illegittimo, in quanto posta in essere al di fuori della sequela procedimentale e senza legame funzionale con la decisione finale, l'anticipazione, da parte del giudice, della propria opinione *sulla reità dell'imputato*, che è cosa ben diversa e certamente più penetrante, rispetto al fornire – mediante

[46] Cass. sez. III, 5 maggio 2004, n. 35113, in *Italgiure Web*.

[47] Non a caso, una parte della dottrina ha rappresentato che, anche in questa ipotesi, il giudice sarebbe esposto al rischio di ricusazione, e che pertanto sospensione del processo, con ordinanza, nella fase deliberativa, quando il giudice, ritiratosi in camera di consiglio, ritenga di dover esercitare il potere di riqualificazione in modo tale da ledere il diritto di difesa dell'imputato; potrebbe quindi darsi luogo allo svolgimento del contraddittorio, mediante la richiesta di termini a difesa e l'eventuale indicazione di nuove prove, cfr. V. Tondi, *op. ult. cit.*; L. De Matteis, *Condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e revoca del giudicato*, in *Cass. pen.*, 2009, 4, 1482; R. Kostoris, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione*, in *Giur. it.*, 2009, 11, 2521.

[48] Corte cost., sentenza n. 177 del 1996; cfr. ordinanze n. 267/1996, n. 316/1996, n. 433/1996, n. 286/1998 e n. 40/1999 tutte consultabili in *www.giurcost.org*.

[49] Vedi *ex multis* Cass. sez. VI, 27 febbraio 2014, n. 12, in CED Cass. n. 22112.

[50] Cass. sez. un. 27 settembre 2005, n. 41263, Falzone, in *Cass. pen.*, 2006, 403; Cass. sez II, 5 giugno 2007, n. 35208, in CED Cass., n. 237627; Cass. sez. I, 15/06/2007, n. 35208, in CED Cass., n. 237627; Cass. sez. IV, 6 luglio 2017, n. 42024, in CED Cass., n. 270769.

ordinanza – una indicazione sulle norme da ritenersi violate in relazione alla sola descrizione del fatto così come contestato, al contempo assegnando nuovo termine per il pagamento della somma fissata a titolo di oblazione per rimediare ad un errore giuridico dell'Accusa.

La riflessione sopra formulata pare aver fatto breccia anche in una parte della dottrina, la quale ha chiarito, condivisibilmente, che «*l'art. 521 co. 1 c.p.p. si rivela norma facente riferimento a un'operazione, tecnica e mentale, che il giudice effettua, non già nell'ottica propriamente decisoria, ma ai fini dell'inquadramento dell'imputazione sotto l'unica fattispecie astratta che egli ritiene, in forza delle regole di specialità e di concorso apparente tra norme, idonea a qualificarla. Adempiuto a quello che molti ritengono essere un obbligo derivante dall'art. 101 Cost., il giudice, però, nessun convincimento ha ancora espresso in ordine alla sussistenza del fatto, alla sua commissione da parte dell'imputato, alla sua illiceità*»[51].

[51] S. Quattrocolo, *La corte costituzionale ancora alle prese con i rapporti tra potere di riqualificazione del fatto e principi generali*, in *Leg. pen.*, 2010, 4.

È COSTITUZIONALMENTE ILLEGITTIMO IL TERMINE DI 24 ORE PER IMPUGNARE IL PROVVEDIMENTO RELATIVO AI PERMESSI PREMIO*

Corte Costituzionale, Sentenza del 27 maggio 2020 – dep. 12 giugno 2020, n. 113, Cartabia Presidente – Viganò Redattore

Nicola Galati**

MASSIMA

È costituzionalmente illegittimo l'art. 30-*ter*, comma 7, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui prevede, mediante rinvio al precedente art. 30-*bis*, che il provvedimento relativo ai permessi premio è soggetto a reclamo al tribunale di sorveglianza entro ventiquattro ore dalla sua comunicazione, anziché prevedere a tal fine il termine di quindici giorni.

Sommario: 1. Premessa su natura e funzione dei permessi premio. – **2.** Il caso di specie e le censure sollevate. – **3.** La decisione della Corte. – **4.** Brevi riflessioni conclusive.

Abstract

*La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30-*ter*, co. 7, L. 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui prevede che il provvedimento relativo ai permessi premio è soggetto a reclamo al tribunale di sorveglianza entro ventiquattro ore dalla sua comunicazione. La brevità del termine mina il diritto di difesa dell'interessato e comporta una violazione dell'art. 27, co. 3, Cost. poiché ostacola il pieno realizzarsi della funzione rieducativa della pena. Il termine viene, pertanto, sostituito con quello di quindici giorni. Prosegue il percorso di giurisdizionalizzazione del procedimento riguardante la concessione o il diniego del permesso premio, estendendo la possibilità di accesso al giudice del reclamo.*

The Constitutional Court declared the constitutional illegitimacy of art. 30-ter, co. 7, L. 26 July 1975, n. 354, in the part in which it provides that the provision relating to award permits is subject to a complaint to the surveillance court within twenty-four hours of its communication. The brevity of the term undermines the data subject's right of defense and involves a violation of art. 27, co. 3, of the Constitution because it hinders the full realization of the re-educational function of the penalty. The term is therefore replaced with that of fifteen days. The process of jurisdictionalization of the procedure concerning the granting or denial of the award permit continues, extending the possibility of access to the judge of the complaint.

---

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Avvocato del Foro di Palmi.

1. Premessa su natura e funzione del permesso premio.

L'istituto del permesso premio ha fatto il suo ingresso nel nostro ordinamento grazie all'art. 9 della L. n. 633 del 1986 (cd. legge Gozzini) che ha introdotto l'art. 30-*ter* della legge sull'ordinamento penitenziario.

I permessi premio si distinguono nettamente, al di là delle similitudini nella rubrica e della collocazione delle norme, dai permessi di necessità. Mentre i secondi si rivolgono a tutti i detenuti ed hanno una funzione di umanizzazione, essendo legati non al comportamento del soggetto ma ad eventi di particolare gravità (nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente oppure, eccezionalmente, per eventi familiari di particolare gravità), i primi si rivolgono al solo condannato, sono legati al comportamento da esso tenuto e sono concessi per consentirgli di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro che aveva dovuto interrompere[1].

La dottrina si è divisa circa la natura dei permessi premio: alcuni autori hanno sottolineato la finalità premiale dell'istituto[2], altri, invece, la funzione special-preventiva e rieducativa[3].

Da subito si è colta l'importanza del permesso premio quale primo passo, all'interno del percorso di gradualità e progressività trattamentale, verso la concessione delle misure alternative introdotte dalla riforma del 1975 in quanto strumento utile al fine di saggiare l'affidabilità del detenuto[4].

Il principio di "progressività trattamentale e flessibilità della pena" è un corollario del mandato costituzionale secondo cui la pena deve tendere alla rieducazione del condannato[5]. Ne deriva, all'interno della disciplina dell'ordinamento penitenziario, l'esplicarsi di «un percorso ideale le cui prime tappe sono rappresentate dall'ammissione al lavoro all'esterno e dalla concessione di permessi premio»[6].

La giurisprudenza costituzionale ha ribadito che i permessi premio sono parte integrante del trattamento[7] e rappresentano un «incentivo alla collaborazione del detenuto con l'istituzione carceraria, appunto in funzione del premio previsto, in assenza di particolare pericolosità sociale quale conseguenza di regolare condotta, tanto da venir considerato esso stesso strumento di rieducazione in quanto consente un iniziale reinserimento del condannato nella società, così da potersene trarre elementi utili per l'eventuale concessione di misure alternative alla detenzione»[8].

---

1 Corte Costituzionale, sent. n. 403 del 1997, secondo cui i permessi premio sono «uno strumento [...] spesso insostituibile per evitare che la detenzione impedisca del tutto di coltivare "interessi affettivi, culturali o di lavoro"».

2 F. Giunta, *Commento art. 9, Legge 10 ottobre 1986, n. 663*, in *Legislazione penale*, 1987, 136.

3 A. Margara, *La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere*, in *Questione giustizia*, 1986, 530.

4 G. Zappa, *Il permesso premiale: analisi dell'istituto e profili operativi*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1-3, 1988, 9.

5 Corte Costituzionale, sentenze n. 257 del 2006, n. 255 del 2006, n. 445 del 1997, n. 504 del 1995 e n. 229 del 2019.

6 Corte Costituzionale, sent. n. 149 del 2018.

7 Corte Costituzionale, sent. n. 235 del 1996.

8 Corte Costituzionale, sentenze n. 188 del 1990 e n. 504 del 1995.

Inoltre, sempre dalla Consulta è giunta la conferma circa la compatibilità degli istituti premiali, quali i permessi premio, con la funzione rieducativa delle pene «così ribadendo, fra l'altro, quel che, da tempo, è ben noto alla pedagogia generale e cioè la potente molla rieducativa che ogni premio, qualsiasi sanzione "positiva", ha sull'educando almeno alla pari delle sanzioni "negative"»[9].

2. Il caso di specie e le censure sollevate.

Il Tribunale di sorveglianza di Bologna ha dichiarato l'inammissibilità del reclamo proposto da un detenuto avverso il provvedimento con cui il Magistrato di sorveglianza aveva rigettato la sua richiesta di permesso premio.

Il Tribunale ha rilevato la tardività del reclamo perché proposto oltre le ventiquattro ore, termine stabilito dall'art. 30-*bis*, comma 3, o.p. (il provvedimento di rigetto era stato comunicato il 13 novembre 2018 alle ore 8:16 mentre il reclamo era stato depositato il 14 novembre alle ore 8:44).

La Corte di Cassazione[10] è stata investita del ricorso avverso l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Bologna e, nonostante abbia ribadito la tardività del reclamo, ha accolto i dubbi di legittimità costituzionale di un termine così breve sollevati dal ricorrente.

Il giudice a quo ha ritenuto la questione rilevante in quanto, ove la norma fosse stata dichiarata incostituzionale, avrebbe determinato una situazione di indubbio vantaggio per il ricorrente in quanto il reclamo sarebbe stato esaminato nel merito anziché essere dichiarato inammissibile.

Inoltre, il giudice ha considerato non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30-*bis*, comma 3, in relazione al successivo art. 30-*ter*, comma 7, della legge 26 luglio 1975, n. 354 sulla scorta delle seguenti argomentazioni.

Innanzitutto, è stata rilevata una violazione dell'art. 3 Cost. perché la norma equipara, con riferimento al termine concesso per il reclamo, situazioni profondamente diverse quali i permessi di necessità ed i permessi premio.

Il ragionamento della Sezione rimettente prende le mosse dalla sentenza n. 235 del 1996 della Corte Costituzionale che aveva considerato irragionevole la previsione di un identico, e particolarmente breve, termine di reclamo per le due differenti fattispecie di permesso.

Tale conclusione deriva dall'analisi delle finalità e della natura stessa dei permessi. Se, infatti, il termine di impugnazione di ventiquattro ore era stato considerato giustificato in relazione ai permessi di necessità, per «i rigorosi presupposti cui la detta norma subordina la concessione»[11] degli stessi, non lo era invece per i permessi premio che sono «parte integrante del trattamento e da cui possono discendere conseguenze dirette anche al fine dell'applicazione delle misure alternative alla detenzione»[12].

La giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente sancito che il permesso premio ha «natura di misura premiale di incentivo alla collaborazione del detenuto con l'isti-

9 Corte Costituzionale, sent. n. 188 del 1990.
10 Cass., Sez. I, ordinanza n. 45976 del 13 novembre 2019.
11 Corte Costituzionale, sentenza n. 235 del 1996.
12 *Ibidem*.

tuzione carceraria, e di strumento esso stesso di rieducazione, in quanto consente un iniziale inserimento del condannato nella società»[13].

Differente, invece, è la natura del permesso di necessità che risponde esclusivamente a finalità di umanizzazione, consentendo al detenuto di stare vicino ai congiunti e di adoperarsi per loro in occasione di avverse vicende della vita familiare.

Per tali ragioni la Corte Costituzionale aveva ritenuto, già con la sentenza n. 235 del 1996, irragionevole l'identità del termine per la proposizione del reclamo avverso i provvedimenti che attengono all'una ed all'altra tipologia di permesso in quanto l'equiparazione si basa soltanto su un dato di natura meramente nominalistica, l'etichetta di permesso, ma non tiene conto della profonda eterogeneità degli istituti.

Altro profilo di illegittimità costituzionale, rilevato dal giudice a quo, riguarda il contrasto con il principio della finalità rieducativa della pena sancito dall'art. 27 Cost. «in quanto impedisce un effettivo e serio controllo sul provvedimento adottato dal Magistrato di sorveglianza relativo ad "uno strumento cruciale ai fini del trattamento", momento iniziale della progressività premiale in esplicazione di una importante funzione "pedagogico-propulsiva" che dà modo di saggiare, quale primo esperimento, "la risocializzazione in ambito extramurario ..." – Corte cost., n. 188 del 1990 e Corte cost., n. 227 del 1995».

Infatti, il reclamo avverso i provvedimenti in materia di permessi premio è un mezzo di impugnazione[14] ed in quanto tale deve essere corredato da motivi specifici e contestuali, anche alla luce della piena giurisdizionalizzazione del procedimento[15].

Peraltro, in forza del sistema delle impugnazioni previsto dal codice di procedura vigente al momento dell'entrata in vigore della norma in questione (in base al quale l'impugnazione di proponeva con dichiarazione seguita dal deposito dei motivi di impugnazioni entro il termine di giorni 20), il termine di sole ventiquattro ore per proporre reclamo incideva in maniera minore sui diritti del proponente rispetto al sistema attuale. Con l'attuale codice di rito, infatti, i motivi di impugnazione devono essere proposti entro ventiquattro ore e si deve tener conto, inoltre, dell'ulteriore onere di specificità dei motivi introdotto dalla legge n. 103 del 2017.

Infine, la Sezione rimettente ha sollevato un fondato dubbio circa la incostituzionalità della norma per violazione degli artt. 24, in quanto compromette le concrete ed effettive possibilità di difesa, e 111 Cost., per eccentricità rispetto al modello di giusto processo costituzionale che impone condizioni di parità tra le parti di fronte al giudice.

L'eccessiva brevità del termine per impugnare, inoltre, compromette la facoltà del detenuto di ricevere assistenza tecnica da parte di un difensore, creando uno squilibrio tra le opportunità di impugnare della parte pubblica e quella del detenuto.

Il giudice a quo profila anche la possibile soluzione adottabile dalla Corte Costituzionale per superare le ragioni che avevano portato a dichiarare inammissibile la medesima questione con la sentenza n. 235 del 1996. All'epoca la Corte non aveva

[13] Corte Costituzionale, sentenze n. 188 del 1990, n. 227 e n. 504 del 1995, n. 235 del 1996, n. 296 del 1997 e n. 450 del 1998.

[14] Cass. Sez. 1, n. 2593 del 30/03/1999, Arrigo, Rv. 213488; Sez. 1, n. 648 del 28/01/2000 Sasso, Rv. 215388; Sez. 1, n. 16254 del 23/03/2006, Costantino, Rv. 234299; Sez. 1, n. 37332 del 26/09/2007, Esposito, Rv. 237505; Sez. 1, n. 15982 del 17/09/2013, dep. 2014, Greco, Rv. 261989.

[15] Corte Costituzionale, sent. n. 53 del 1993.

rintracciato nell'ordinamento una conclusione costituzionalmente obbligata così da poter rideterminare il termine, limitandosi ad auspicare un intervento in tal senso da parte del legislatore. Considerati sia l'immobilismo del legislatore sia l'introduzione nell'ordinamento di un termine di quindici giorni per la proposizione del reclamo contro la decisione del Magistrato di sorveglianza *ex* art. 35-*bis* o.p. (introdotto dal D.L. n. 146 del 2013, conv., con modif., in L. n. 10 del 2014), la Sezione remittente auspica una pronuncia additiva della Corte Costituzionale che tenga conto, quale punto di riferimento, proprio del termine di quindici giorni.

3. La decisione della Corte

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 113 del 2020, ha dichiarato fondate le questioni in riferimento agli artt. 3, 24 e 27, terzo comma, Cost., mentre ha ritenuto assorbita la questione formulata con riferimento all'art. 111 Cost.

La Consulta ha richiamato la sentenza n. 235 del 1996, citata anche dal giudice a quo, ribadendo la contrarietà alle norme costituzionali del termine di ventiquattro ore per proporre reclamo nei casi di permesso premio già espressa nella precedente decisione.

Innanzitutto, la Corte ha dichiarato irragionevole, in forza dell'art. 3 Cost., l'equiparazione, con riferimento al termine di ventiquattro ore per proporre reclamo contro il provvedimento che nega la concessione di un permesso, tra i permessi premio e quelli di necessità, considerate le profonde differenze sussistenti tra i due istituti, su tutte la mancanza di ragioni di urgenza che giustificano tale breve termine per quanto riguarda i permessi premio.

La brevità del termine, inoltre, mina il diritto di difesa dell'interessato, di cui all'art. 24 Cost., in quanto impedisce di articolare compiutamente i motivi alla base del reclamo e comprime la possibilità di ottenere l'assistenza tecnica di un difensore.

Infine, i limiti alla possibilità di far valere le proprie ragioni contro una decisione riguardante un istituto come il premesso premio, che la stessa giurisprudenza costituzionale ha ritenuto come «cruciale ai fini del trattamento»[16] riconoscendone la «funzione "pedagogico-propulsiva" (sentenze n. 504 del 1995, poi sentenze n. 445 del 1997 e n. 257 del 2006) [che] permette l'osservazione da parte degli operatori penitenziari degli effetti sul condannato del temporaneo ritorno in libertà (sentenza n. 227 del 1995)»[17], comportano una violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost. poiché ostacolano il pieno realizzarsi della funzione rieducativa della pena.

La Corte ha individuato all'interno dell'ordinamento una soluzione estensibile all'istituto del permesso premio ed idonea a superare il vulnus riscontrato con riferimento al termine di ventiquattro ore: il termine di quindici giorni per il reclamo innanzi al tribunale di sorveglianza nei casi di reclamo giurisdizionale avverso le decisioni delle autorità penitenziarie che riguardano il detenuto, di cui all'art. 35-*bis*, comma 4, o.p., termine coincidente con quello previsto in via generale dall'art. 585 c.p.p. per l'impugnazione dei provvedimenti emessi all'esito della camera di consiglio.

16 Corte Costituzionale, sent. n. 235 del 1996.
17 Corte costituzionale, sent. n. 253 del 2019.

Pertanto, è stata dichiarata «l'illegittimità costituzionale dell'art. 30-*ter*, comma 7, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui prevede, mediante rinvio al precedente art. 30-*bis*, che il provvedimento relativo ai permessi premio è soggetto a reclamo al tribunale di sorveglianza entro ventiquattro ore dalla sua comunicazione, anziché prevedere a tal fine il termine di quindici giorni».

4. Brevi riflessioni conclusive.

Con la decisione in commento prosegue il percorso di giurisdizionalizzazione del procedimento riguardante la concessione o il diniego del permesso premio estendendo la possibilità di accesso al giudice del reclamo.

La giurisprudenza di legittimità[18], avallata da quella costituzionale[19], aveva già applicato al reclamo proposto in materia di permessi premio davanti al tribunale di sorveglianza il principio del contraddittorio tra le parti nelle forme previste dagli artt. 666 e 678 c.p.p.

La Corte Costituzionale aveva anche affermato la ricorribilità per cassazione del provvedimento del tribunale di sorveglianza che decide sul reclamo in tema di permessi premio[20], superando il risalente orientamento secondo cui tale provvedimento non era ricorribile per cassazione in quanto rientrante tra quelli rivolti a regolare la vita di relazione all'interno degli istituti carcerari e pertanto il relativo procedimento si configurava «come un procedimento de plano con caratteristiche ben diverse da quelle delle procedure giurisdizionalizzate»[21].

Il riconoscimento della natura non amministrativa ma giurisdizionale dei procedimenti riguardanti la concessione o il diniego dei permessi premio e della procedura del reclamo davanti al tribunale di sorveglianza aveva comportato la legittimazione in tali giudizi a sollevare questione di legittimità costituzionale[22].

Con la sentenza in commento, la Corte Costituzionale supera finalmente la tesi sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità circa la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale del termine di ventiquattro ore per il reclamo avverso il diniego del permesso premio, che aveva impedito finora alla Corte di tornare a pronunciarsi sulla questione. Secondo tale indirizzo[23], la natura giurisdizionale della procedura dinanzi al Tribunale di Sorveglianza, nelle forme dell'udienza camerale, permetteva all'interessato di dispiegare la sua difesa, anche mediante l'assistenza di un difensore di fiducia, mentre la brevità del termine di reclamo sarebbe stata giustificata dalle esigenze di speditezza del procedimento e non sarebbe stata in contrasto con il carattere giurisdizionale della procedura in quanto questo non imponeva la pienezza del contraddittorio, conoscendo il sistema provvedimenti giurisdizionali emessi *de plano*[24].

18 Cass., sez. I, 16 maggio 2014, Polimeni, in *C.E.D.*, n. 260365.
19 Corte costituzionale, ord. n. 289 del 2000.
20 Corte Costituzionale, ord. n. 237 del 1996.
21 Corte Costituzionale, ordinanze n. 436 del 1989 e n. 1163 del 1988.
22 Corte Costituzionale, sentenza n. 227 del 1995.
23 Cass., Sez. 1, n. 13395 del 19/02/2013, Zanda, Rv. 255645.
24 Cass., Sez. 1, n. 244 del 13/01/2000, Forcieri, Rv. 215202.

Secondo i principi affermati dalla Consulta, «la semplificazione delle forme, per esigenze di speditezza, non può in ogni caso andare a detrimento del diritto delle parti di rappresentare compiutamente le proprie ragioni al giudice del controllo» e «la possibilità di esplicarle nella fase del contraddittorio camerale è subordinata alla preliminare verifica di ammissibilità del reclamo. Se questo viene infatti dichiarato inammissibile per una affrettata articolazione dei motivi, le possibilità di recupero nel contraddittorio camerale restano del tutto vanificate».

Da qui la necessità di prevedere un termine più ampio per presentare il reclamo onde garantire all'interessato la possibilità di articolare al meglio le proprie ragioni e garantirne il diritto di difesa.

L'importanza di tale decisione è indubbia ma l'obiettivo di assicurare la piena giurisdizionalità del procedimento in materia di permessi è ancora da raggiungere, considerando che il reclamo assicura solo in parte le garanzie previste dall'art. 111, comma 2, Cost., tuttora fortemente compresse nel procedimento dinanzi al magistrato di sorveglianza[25].

La decisione, inoltre, si inserisce nel recente indirizzo[26] della Corte che ha superato il dogma delle cc.dd. rime obbligate che, in nome di una stringente accezione del principio di legalità, limitava l'intervento additivo dei giudici costituzionali all'unica soluzione rinvenibile direttamente dal testo della Carta fondamentale. Secondo il nuovo orientamento, «non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e ratio, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*. Essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte 'precisi punti di riferimento' e soluzioni 'già esistenti' (sentenza n. 236 del 2016) – esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non 'costituzionalmente obbligate' – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima; sì da consentire a questa Corte di porre rimedio nell'immediato al vulnus riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia»[27].

Nella sentenza in commento, la Corte ha individuato nell'ordinamento vigente un preciso punto di riferimento, idoneo a eliminare il vulnus riscontrato, ancorché non costituente l'unica soluzione costituzionalmente obbligata, nel termine di quindici giorni previsto dal comma 4 dell'art. 35-*bis* o.p., fatta salva la possibilità per il legislatore di introdurre altro termine purché nel rispetto dei principi costituzionali.

Giova ricordare che la Corte Costituzionale, già con la sentenza n. 235 del 1996, aveva auspicato che il legislatore provvedesse alla determinazione di un nuovo termine per il reclamo rispettoso delle indicazioni di principio fornite dalla stessa Corte. La persistente inerzia del legislatore ha legittimato la riproposizione della questione di legittimità ed ha consentito alla Corte di intervenire onde evitare una perduran-

[25] E. Crippa, *La giurisdizione "inaccessibile" in materia di permessi premio*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 6, 8-9.

[26] Corte Costituzionale, sentenze n. 236/2016 e n. 222/2018.

[27] Corte Costituzionale, sent. n. 222 del 2018.

te omissione incostituzionale. L'intervento additivo trova la sua giustificazione nella necessità di porre rimedio anche alle situazioni di mancata attuazione della Costituzione in cui non vi sia stato un esercizio della funzione legislativa in contrasto con la Costituzione.[28]

Necessita di menzione la grave inoperosità del legislatore che, nonostante l'espresso invito della Corte ad intervenire «*quanto più rapidamente*», per oltre vent'anni ha disatteso l'auspicio dei giudici costituzionali consentendo la vigenza di un termine per impugnare eccessivamente breve che non garantiva i diritti costituzionali dell'interessato.

Atteggiamento sintomatico del disinteresse del legislatore, attuale e delle ultime legislature, per i diritti dei detenuti e della sfiducia nei confronti degli istituti aventi finalità rieducativa e di reinserimento sociale del condannato. Anche i permessi premio sono stati investiti dalla distorta retorica della "certezza della pena"[29] e visti quali insopportabili privilegi concessi ai detenuti.

In quest'ottica, l'afflittività è considerata l'unica finalità della pena a detrimento della sua funzione rieducativa di cui la Corte ha, invece, recentemente sancito con forza la non sacrificabilità sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena e che va intesa come fondamentale orientamento della pena all'obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società [30].

Non può non destare preoccupazione, ai fini della tenuta dell'ordinamento costituzionale, lo scollamento tra il dettato della Carta ed il comune sentire del legislatore e di gran parte dei cittadini su temi centrali del patto sociale quali la funzione della pena e la tutela dei diritti dei detenuti.

L'opera della Corte Costituzionale si staglia come uno degli ultimi baluardi in difesa di una concezione costituzionale della pena: sia con la lodevole iniziativa del Viaggio nelle carceri che ha portato fisicamente la Corte e la Carta negli Istituti sia con recenti sentenze[31], tra cui quella in commento, che hanno ampliato la tutela dei diritti dei detenuti e riaffermato la visione costituzionale della pena.

---

[28] C. Catanео, *Insufficiente il termine di ventiquattro ore per impugnare la decisione del magistrato di sorveglianza in materia di permessi premio: la Corte dichiara il termine costituzionalmente illegittimo e lo sostituisce con quello di 15 giorni*, in *Sistema penale*, 2 luglio 2020.

[29] Intesa oramai come "certezza della pena carceraria", in contrasto con quanto previsto della Carta fondamentale. Secondo i principi del diritto penale classico, la pena è certa quando fattispecie di reato e sua cornice edittale sono predeterminate dalla legge, così da evitare che siano il frutto, *ex post*, dell'arbitrio del legislatore o del giudice (è, pertanto, un corollario del principio di legalità). Inoltre, per garantire la personalizzazione della pena e la sua finalità rieducativa, essa non può che essere flessibile.

[30] Corte costituzionale, sent. n. 149 del 2018.

[31] Vds. la sent. n. 253 del 2019 (che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-*bis* c.p. e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* o.p., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti; ed in via consequenziale anche con riferimento ai detenuti per gli altri delitti contemplati nell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p.) o alcune decisioni in tema di regime carcerario differenziato di cui all'art. 41-*bis* o.p. (la sent. n. 186 del 2018 che ha dichiarato

illegittimo il divieto di cottura dei cibi imposto ai detenuti sottoposti al regime differenziato e la sent. n. 97 del 2020 che ha dichiarato illegittimo il divieto di scambio di oggetti tra detenuti dello stesso gruppo di socialità).

Recensione del libro «*L'inquisizione medioevale e il processo inquisitorio*» di Carlo Reviglio Della Veneria, Ed. L.I.C.E., 1951

Iacopo Benevieri

Sommario: 1. Le origini del processo inquisitorio. – **2.** L'incipit d'ufficio. – **3.** L'interrogatorio. – **4.** Le testimonianze. – **5.** La difesa. – **6.** La valutazione delle prove. – **7.** La sentenza. – **8.** La pubblicazione della sentenza. – **9.** Processo ai defunti. – **10.** Considerazioni finali.

1. Le origini del processo inquisitorio.

Quando nel 1198, a soli 38 anni, Lotario Conti salì sulla cattedra di San Pietro, assumendo il nome di Innocenzo III, l'Europa cattolica pareva trovarsi sull'orlo del precipizio. L'eresia catara, partita dall'Oriente, dilagava minacciando, oltre che l'unità e la purezza della fede, la stessa organizzazione della Chiesa.

Il contagio andava lentamente diffondendosi in tutti gli stati: dall'Ungheria alla Spagna, dalla Germania all'Inghilterra, fino ai Paesi Bassi, alla Francia e all'Italia, giungendo alle porte di Roma.

In quegli stessi anni, parallelamente alla catarìa, andava diffondendosi un'altra eresia, la quale, dal nome del suo fondatore, prese il nome di Valdese, nonché molti altri movimenti eretici medioevali.

La Chiesa venne così a trovarsi sotto l'incubo di una crisi pericolosa, come forse mai aveva dovuto affrontare nei suoi dodici secoli di esistenza. D'altronde la Chiesa romana non era in grado di opporre al nemico eretico un clero disciplinato, esemplare, votato anima e corpo al proprio ministero. In realtà il clero alto come quello

* Avvocato del Foro di Roma.

basso si erano allontanati dagli insegnamenti evangelici, fornendo quotidiano motivo di scandalo per i costumi e le condotte di vita.

Per confutare le eresie da sempre erano state utilizzate dalla Chiesa le sole armi delle ferree discipline della logica e della teologia, nonché quella spirituale della scomunica. L'uso della forza non sarebbe stato neppur pensabile sino al 313, allorché con l'editto di Costantino, l'adozione della religione cattolica quale culto ufficiale dell'impero romano vestì la Chiesa anche di una dimensione legale, delegando al braccio secolare dello Stato la persecuzione e la punizione dei sudditi eretici.

La prima cellula del processo inquisitorio si formò nel 1184, quando il papa Lucio III adunava a Verona un solenne concilio, al quale volle assistere l'imperatore Federico I. Il concilio raccomandava ai vescovi, infatti, di recarsi in visita periodicamente presso le proprie diocesi, di costringere gli abitanti a giurare di denunciare al vescovo qualsiasi soggetto fosse sospetto di eresia il quale, se non riusciva davanti al vescovo a purgarsi di ogni sospetto, sarebbe stato adeguatamente punito. Prìncipi, baroni, conti e loro delegati e funzionari dovevano giurare che avrebbero collaborato con il vescovo per scovare gli eretici, pena la scomunica e la perdita dei loro diritti.

L'esigenza della Chiesa era quella di disporre di uno strumento che rapidamente consentisse di accertare pratiche eretiche, miscredenze ed eterodossie e di espellere i responsabili dalla comunità dell'Ecclesia. In tempi d'emergenza, dunque, il processo inquisitorio trovava adeguata giustificazione in quanto rispondeva adeguatamente agli urgenti bisogni di difesa della fede e di mantenimento della coesione della comunità dei fedeli.

Quale fosse stata la culla culturale nella quale germogliò tale modello procedimentale, quali le esigenze sociali che avrebbe dovuto soddisfare e quali le caratteristiche principali, a queste domande troviamo una qualche risposta nel testo, ormai raro, di Carlo Reviglio Della Veneria, "*L'inquisizione medioevale e il processo inquisitorio*", che costituisce uno dei primi studi organici sul rito penale davanti al Sant'Uffizio.

Certamente si tratta di uno studio che, esaminato con le lenti di oggi, risente del periodo storico nel quale fu concepito e pubblicato (1951) e, dunque, di una riflessione e di un giudizio sul modello inquisitorio non ancora giunti a completa maturazione. Tuttavia nelle dense pagine di Reviglio Della Veneria si incontra più di qualche interessante spunto di riflessione, tratto da fonti documentali rare e di estremo interesse.

2. L'incipit d'ufficio.

L'Inquisitore delegato dal Sant'Uffizio, non appena «giungeva in un luogo dove si sospettava *alignasse l'eresia [...], convocava le autorità civili e militari per [...] informarle dell'oggetto della sua missione e richiedere il loro appoggio, minacciando in caso contrario di scomunicarle*». Il giorno successivo faceva riunire il popolo e teneva un sermone sulla purezza della fede: «*terminata la predicazione, ingiungeva a tutti coloro che fossero in grado di farlo, di presentarsi a lui entro un termine fissato, per rivelargli quanto sapevano relativamente a persone sospette di eresia o dedite a pratiche dubbie. [...] A chi si presentava erano concesse speciali indulgenze, mentre chi non ubbidiva alla citazione era senz'altro colpito da scomunica, che al solo inquisitore era dato di togliere (editto di anatema). Il denunciante non era obbligato né a provare*

né a sostenere l'accusa, secondo i principi del processo inquisitorio, riconoscendosi alla denuncia un puro valore informativo»[1].

Costituitosi finalmente il Tribunale, il giudice compilava una lista dei sospetti di eresia e di coloro che ne facevano apertamente professione, lista formata in base alle denunce ricevute e alle indagini segrete definite «*istruzioni preparatorie*», nel corso delle quali assumeva sommarie informazioni. Con lettere recapitate dal parroco citava gli accusati a comparirgli innanzi.

Se la persona accusata non compariva personalmente, veniva dichiarata contumace, scomunicata e si provvedeva al sequestro provvisorio dei suoi beni: la contumacia, infatti, «*era considerata con criteri prettamente vendicativi*»[2], perché, oltre a costituire una offesa alla maestà della giustizia della Chiesa, si presumeva che il contumace non disponesse di argomenti in proprio favore con la conseguenza che, sospeso il processo per un anno, lo si considerava confesso, con la confisca di tutti i suoi beni. D'altronde, l'aver trascorso un anno in stato di scomunica senza preoccuparsi di ottenere l'assoluzione costituiva prova esemplare dell'animo eretico che albergava nell'indagato.

3. L'interrogatorio.

Qualora, in base all'istruzione preliminare segreta, fossero emersi elementi di colpevolezza, l'accusato veniva citato e tradotto davanti all'Inquisitore per il primo interrogatorio, il cui scopo principale era quello di ottenere rapidamente una confessione quanto più ampia possibile. Solo la confessione e l'abiura del proprio errore avrebbero consentito all'accusato di fuggire la pena, di vedersi accordato il perdono, mettendosi in regola con Dio e la comunità degli uomini.

Nella prassi l'indagato compariva davanti all'inquisitore e un cancelliere (spesso un chierico o un notaio) verbalizzava in latino ogni domanda e la relativa risposta, spesso dietro dettatura dello stesso giudice, il quale era l'unico a poter interpretare correttamente le parole dell'interrogato.

Si domandava se costui «*avesse qualcosa da dire e se sapesse le ragioni per le quali era stato citato avanti il tribunale o arrestato, esortandolo paternamente a confessare i suoi delitti, se desiderava che gli fosse usata compassione*»[3]. Se l'accusato rispondeva di non saper nulla, veniva tradotto nuovamente in cella, se detenuto, oppure veniva diffidato a comparire in altra udienza, esortandolo ad approfittare del tempo concessogli per «*risovvenirsi del passato ed esaminare la sua coscienza e fare volontariamente la confessione di quanto ricordasse di aver detto e fatto contro la fede cattolica*»[4].

Il tempo durante il quale il sospettato veniva lasciato in carcere «*ad esaminare la sua coscienza*» poteva essere molto lungo. Nel processo inquisitorio, infatti, il fattore "tempo" non rivestiva alcuna rilevanza giuridica, in ragione della mancanza di una

[1] Carlo Reviglio della Veneria, *L'inquisizione medioevale e il processo inquisitorio*, Ed. L.I.C.E., 1951, 94.
[2] C. Reviglio Della Veneria, *op. cit.*, 95.
[3] *Ibid.*, 97.
[4] *Ibid.*, 98.

qualche previsione di specifici termini perentori per il compimento degli atti: tale circostanza, unita alla particolare difficoltà nel «*raggiungere le prove, agli incidenti creati dagli stessi imputati per difendersi, ed al gran lavoro degli uffici*», *determinava «l'incredibile durata di alcuni processi*»[5].

Ricomparso, dunque, davanti al giudice inquisitore, l'imputato veniva invitato a giurare sul Crocefisso e sui Vangeli di dire la verità su quanto gli sarebbe stato chiesto: ovviamente il rifiuto di prestare il giuramento costituiva prova della responsabilità dell'accusato di seguire le pratiche eretiche che gli venivano imputate, in particolare quelle, in numero assai considerevole, che vietavano appunto il giuramento.

Prestato il giuramento, il Tribunale rinnovava la promessa di clemenza qualora l'imputato avesse collaborato con l'accertamento della verità e avesse contribuito da par suo allo sradicamento di quella "peste dell'anima" che era l'eresia.

In assenza di alcuna comunicazione dell'imputazione, si procedeva così a interrogare l'accusato minuziosamente in merito a ogni fatto della sua vita, allo scopo di rilevare un qualsiasi dettaglio che evidenziasse la corruzione della sua anima.

Era in questa specifica fase processuale che l'inquisitore doveva manifestare tutta la propria capacità dialettica: doveva infatti cercare di stringere l'imputato nelle maglie di una rete inestricabile, spaurirlo, farlo cadere in contraddizioni, usare contro di lui, implacabilmente, ogni mezzo in suo potere, giusta gli insegnamenti tramandati nei manuali degli inquisitori.

In tali manuali, per esempio in quello celebre di Bernardo Gui «*Practica officii inquisitionis hereticae pravitatis*», si prescriveva di dare sempre per provato il fatto oggetto del processo e, quindi, fingendo di aver già ricevuto in precedenza confessioni di complici o di aver già raccolto numerose dichiarazioni testimoniali a carico: a tal fine, si consigliava di «*voltare le pagine dell'incarto processuale come per consultare le prove raccolte, o scegliere in esso una carte e fingere di leggerla*» e di osservare «*ogni indizio sul viso dell'imputato, annotando sul verbale ogni suo tremore, ogni "trepidatio et vultus pallor", ogni contraddizione, ogni esitazione*»[6].

Dove l'abilità dialettica dell'inquisitore non era sufficiente, soccorrevano, oltre alle pratiche di tortura, le terrificanti minacce, gli astuti inganni, le false promesse. Del resto Innocenzo III aveva esplicitamente dichiarato «*che non vi è alcun obbligo di mantener fede alle promesse rivolte a chi non ha tenuto fede in Dio*»[7]. Non di rado, per esempio, i carcerieri, oppure i finti compagni di detenzione, erano incaricati di insinuarsi nella fiducia del prevenuto per ottenere confidenze, intime ammissioni.

Qualora, infine, nulla fosse valso a indurre il sospettato alla confessione, si procedeva alla contestazione degli addebiti, nei quali venivano sapientemente mescolate accuse inventate, con l'obiettivo che l'accusato, portato a negare quest'ultime, ammettesse implicitamente i primi. Le imputazioni venivano comunicate sotto forma di "*capitula*", in merito ai quali l'imputato era invitato a dichiararsi responsabile o meno. Nel corso di questa udienza era eccezionalmente prevista la presenza del difensore, il quale aveva il solo compito di proporre eccezioni procedurali ed eventuali richieste di disvelamento delle prove raccolte. Tuttavia la rivelazione delle fonti di prova a carico

5 *Ibid.*, 98.
6 *Ibid.*, 99.
7 *Ibid.*, 99.

veniva frequentemente omessa. Al contrario, il Tribunale chiedeva all'imputato di far i nomi di coloro che egli presumeva essere i propri nemici, con la promessa che, se alcuno di questi fosse figurato tra coloro che avevano reso testimonianza a carico, sarebbe stato espunto dall'elenco delle prove.

Dal pontificato di Innocenzo IV agli inquisitori fu imposto di procedere agli interrogatori esclusivamente alla presenza di due o più persone, scelte fra i cittadini di assoluta rispettabilità, i quali sottoscrivevano i relativi verbali.

4. Le testimonianze.

In difetto di confessione, dunque, si andava alla ricerca delle testimonianze.

Gran peso era dato alla voce corrente nel pubblico, anch'essa raccolta a mezzo di testimonianze.

Dai verbali emerge come venissero raccolte senz'alcuna accortezza testimonianze anche di persone dell'età di 14 anni, così come di quelle portatrici di gravi ritardi mentali o linguistici. I prossimi congiunti potevano solo rendere testimonianza a carico ma non in favore, «*né ciò sorprenda, ché l'eresia doveva spezzare ogni legame umano*»[8]. D'altronde non era previsto alcun motivo di astensione per i testimoni, con la conseguenza che ai sospetti di reticenza o di falsità poteva applicarsi la tortura in misura assai maggiore che agli accusati.

Il testimone, in piedi davanti al Tribunale, veniva invitato a prestare il giuramento di verità, dunque gli veniva domandato genericamente «*se nulla avesse veduto o udito, che fosse o sembrasse contrario alla fede cattolica o ad altri diritti dell'Inquisizione*»[9]. Proprio grazie alla vaghezza di tali domande il Tribunale cercava di ottenere ulteriori preziose informazioni che, annotate, potevano far germinare altri procedimenti inquisitoriali. Il teste veniva comunque interrogato in modo «*da non lasciargli capire cosa si intendesse realmente accertare*»[10], permettendo così al Tribunale di compiere ampie manovre suggestive nel corso dell'interrogatorio.

5. La difesa.

Benché il Concilio di Beziers nel 1246 avesse previsto che gli eretici potevano regolarmente esercitare il proprio diritto di difesa, in pratica tale diritto era fortemente limitato, in considerazione del fatto che l'inquisitore «*oltre che un giudice era un padre spirituale che procedeva non solo nell'interesse della fede, ma anche in quello dell'accusato*»[11]. L'accusato era essenzialmente un peccatore, il quale poteva chiedere il perdono al giudice solo se avesse confessato le proprie colpe e se ne fosse pentito. In sostanza, «*se un accusato realmente colpevole fosse sfuggito alla giusta pena grazie all'abilità di un difensore, ciò si sarebbe risolto in un gravissimo danno per la sua stessa anima*»[12].

8 *Ibid.*, 98.
9 *Ibid.*, 100.
10 *Ibid.*, 103.
11 *Ibid.*, 108.
12 *Ibid.*, 110.

Era, infatti, lo stesso giudice inquisitore che si occupava sia della funzione inquirente che di quella difensiva, in quanto «*judex supplere debet defensiones rei ex officio*», ciò allo scopo di «*evitare nei giudizi le cavillosità e gli strepiti curialeschi*»[13].

I concili di Valenza del 1248 e di Alby del 1254 avevano prescritto, infatti, che il giudice non prestasse ascolto alle «*ciance dei legulei e [al]le loro eccezioni dilatorie*»[14].

Così l'avvalersi di un legale veniva concesso con attente cautele: si riteneva infatti che «*l'avvocato dovesse necessariamente condividere, per difenderlo, le opinioni del suo cliente*», con il rischio che anche l'avvocato potesse esser «*corrotto dall'eretico, se non lo era già, come pareva dimostrare con l'assumere la difesa*»[15].

Inoltre l'attività della difesa era esclusa per la fase istruttoria, in quanto segreta. Dopo la comunicazione dei cd. «capitoli» d'accusa, l'avvocato poteva unicamente produrre memorie scritte, nelle quali erano svolte le considerazioni di fatto e di diritto ritenute utili. Poteva anche ricusarsi il giudice con ricorso motivato, che veniva però esaminato e deciso dallo stesso giudice inquisitore.

L'attività difensiva veniva concentrata unicamente nell'indicare all'assistito quali mezzi procedurali impiegare davanti al giudice, non già nel perorare l'ortodossia di una opinione o di una pratica ritenute eretiche. Inoltre non era previsto alcun dovere deontologico per l'avvocato, il quale poteva esser chiamato in ogni momento a deporre contro il proprio assistito, rivelando le confidenze o i documenti da costui ricevuti.

6. La valutazione delle prove.

Terminata l'istruttoria, al giudice inquisitore spettava di valutare le prove raccolte.

La valutazione della prova, com'è noto, non era lasciata alla libera valutazione del giudice, ma sottoposta a un sistema aritmetico, noto come sistema delle "*prove legali*", per effetto del quale venivano attribuiti specifici valori dimostrativi a determinate prove: il giudice, per condannare, doveva raccogliere un numero di prove necessarie e sufficienti, il cui valore cambiava a seconda che le prove fossero piene, semipiene, indiziali o congetturali.

Lo stesso valore delle testimonianze variava in base alla età, al mestiere, al sesso, allo stato sociale delle persone che l'avevano resa. In tale prospettiva, dunque, la testimonianza di un chierico aveva una portata probatoria superiore a quella di un laico; quelle di un servo, di un "*istrione*", di un "*vagabondo*" di un "*mendicante*", di una "*donna di malaffare*" valevano meno delle dichiarazioni rese da un cavaliere o da un nobile. Era stato pertanto previsto quante deposizioni di servi, quante di donne, quante di poveri occorressero per formare una prova "*piena*"[16]. In ogni caso, «*il sistema della prova legale escludeva la possibilità di dare alla prova dubbia un'interpretazione favorevole all'imputato*», in quanto «*era principio costante del diritto medievale di presumerlo in ogni caso colpevole*»[17].

[13] *Ibid.*, 110.
[14] *Ibid.*, 112.
[15] *Ibid.*, 110.
[16] *Ibid.*, 112.
[17] *Ibid.*, 113.

7. La sentenza.

Raccolti e studiati gli elementi necessari per il giudizio, il giudice pronunciava la sentenza.

Le sentenze erano succintamente motivate. L'assoluzione giungeva solo quando neanche una prova fosse stata raccolta a carico dell'imputato, circostanza questa assai rara. In tali casi veniva pronunciata la sentenza «*cum clausola o sic stantibus rebus*», provvedimento questo che non poteva mai costituire cosa giudicata ma, al contrario, «*teneva l'imputato in incerto et dubio stato*», in quanto il Tribunale poteva ad ogni momento riaprire la procedura qualora successivamente fossero state raccolte ulteriori prove.

Qualora la sentenza di assoluzione dichiarasse esplicitamente il mancato raggiungimento di prove sufficienti per la condanna, l'assolto veniva comunque sottoposto a una continua vigilanza a opera di abili osservatori nascosti, i quali riferivano ai rappresentanti del Sant'Uffizio ogni parola o gesto sospetti, consentendo così di riaprire in qualsiasi momento il procedimento.

Si contavano inoltre le sentenze di "*riconciliazione*", in quanto erano «*rigorose per il corpo ma misericordiose per l'anima*»[18]: si fa riferimento a quelle pronunce nelle quali i giudici, ritenuto l'imputato gravemente sospetto di eresia, avevano apprezzato comunque il pentimento e l'abiura di costui, condannandolo a una penitenza perpetua, talvolta anche in carcere, assolvendolo però dalle censure ecclesiastiche nelle quali era incorso.

Con le sentenze di condanna, infine, il Tribunale prendeva atto del rifiuto dell'imputato di sottomettersi alla Chiesa e di riconoscere il proprio errore e lo consegnava al braccio secolare per l'applicazione delle pene stabilite dalle leggi temporali contro i responsabili di eresia, in particolare il carcere perpetuo e la pena capitale.

8. La pubblicazione della sentenza.

Sarebbe stato assai difficile riunire il Tribunale per la pubblicazione di ogni sentenza, in considerazione dell'elevato numero di processi celebrati.

Veniva tuttavia avvertita l'esigenza di curare una qualche forma di pubblicità di tali pronunce, preferibilmente nel corso di solenni sedute, allo scopo di intimorire i nemici della fede e di incentivare nei fedeli la collaborazione con il Sant'Uffizio nel contrasto all'eresia.

Nacque così la prassi di pubblicare numerose sentenze nell'ambito di lunghe assemblee, alle quali erano convocati tutti i fedeli, che erano tenuti ad ascoltare i nomi e i cognomi dei condannati e le pene alle quali sarebbero stati sottoposti. Tali assemblee erano considerate come solenni cerimonie religiose, prendendo il nome in Spagna di «*auto da fè*» («*atto di fede*»).

È stato accertato come nella domenica che precedeva la celebrazione di tali cerimonie, essa fosse annunciata dai pulpiti di tutte le chiese, indicandone il giorno e

[18] *Ibid.*, 115.

l'ora ed esortando tutti i fedeli a prendervi parte. Assai frequentemente tali cerimonie venivano celebrate nelle chiese, nei palazzi vescovili o nelle piazze.

In molte fonti si legge come fin dalle prime ore del mattino si formasse una processione solenne composta da rappresentanti del clero, dalle autorità civili, da funzionari dell'inquisizione i quali scortavano gli inquisitori e accompagnavano i condannati al luogo designato, intonando canti e preghiere. Spesso venivano portati in processione «*effigi di cartone dei condannati contumaci o morti nelle more del giudizio*»[19].

L'esposizione del corpo e del volto faceva parte del rito.

Gli imputati venivano esposti su di un palco, con il volto rivolto verso il popolo, in piedi, a testa scoperta. Le autorità e il clero prendevano posto in apposite tribune, collocate intorno al giudice inquisitore. Si procedeva dunque alla celebrazione di una messa solenne, al termine della quale l'inquisitore pronunciava un sermone in confutazione dell'eresia, concedendo indulgenze ai presenti. Un cancelliere dava lettura degli estratti dei processi celebrati e delle sentenze, sia in latino che in volgare. Letta ciascuna sentenza, si domandava al condannato se era pentito e disposto a fornire un qualche segno esteriore della propria contrizione. Se il reo si dichiarava pentito, veniva posto in ginocchio davanti alla Croce e, letta la formula dell'abiura, costui doveva ripeterla, facendo solenne promessa di non ricadere nell'eresia. Nell'ipotesi in cui costui in futuro fosse stato nuovamente processato anche in relazione ad altre pratiche eretiche, veniva considerato "*relapsus*" e difficilmente avrebbe evitato la pena capitale.

Si procedeva dunque alla lettura delle sentenze pronunciate nei confronti dei recidivi, i quali frequentemente venivano condannati al carcere perpetuo o alla pena di morte. Costoro erano dunque consegnati al braccio secolare, che curava l'esecuzione della pena, ciò in quanto tale fase non poteva esser di competenza del clero, né posta in esecuzione nei luoghi dell'Ecclesia «*per non profanarne la santità*»[20].

9. Processo ai defunti.

Il processo inquisitorio non conosceva l'istituto della prescrizione, con la conseguenza che si giunse a processare anche reati commessi qualche secolo prima. Finanche la morte dell'accusato non estingueva l'azione inquisitoria in quanto, benché fosse stato già chiamato davanti al Supremo Tribunale di Dio, la giusta dottrina doveva comunque esser difesa davanti ai fedeli, per non indurli a cadere nell'eresia.

Per tali motivi veniva spesso disposta la esumazione di tutti coloro che, *post mortem*, fossero stati condannati dall'Inquisizione e scomunicati, ciò allo scopo di evitare che i loro corpi profanassero la terra.

Il processo contro i defunti seguiva le stesse regole previste per i processi nei confronti degli eretici in vita. I figli, gli eredi e tutti coloro che vi avevano interesse venivano citati in udienza, consentendo loro di apprestare una qualche difesa del defunto al principale scopo di preservare i beni di famiglia dal rischio della confisca.

Al termine del processo, in caso di condanna veniva riesumato il corpo dell'eretico, le cui ossa venivano sparse al vento. Qualora la condanna avesse previsto la pena

[19] *Ibid.*, 117.
[20] *Ibid.*, 120.

capitale, le spoglie del condannato venivano date al rogo. Seguiva infine la confisca di tutti i beni, a meno che gli eredi non dimostrassero di averli posseduti continuativamente per quarant'anni, ignorando l'eresia del loro congiunto.

Il numero dei processi ai defunti era rilevante, tale addirittura da assorbire gran parte dell'attività dei Tribunali dell'Inquisizione.

10. Considerazioni finali.

La lettura dell'interessante studio di Carlo Reivglio della Veneria costituisce una preziosa occasione per riflettere sull'eredità culturale lasciata dal processo inquisitorio nell'epoca attuale.

Si pensi alla figura del difensore, tutt'oggi spesso presentata dai mass-media come complice e connivente morale dell'indagato o interpretata nelle aule di udienza come cavilloso perturbatore della celerità del processo.

Si considerino le variegate tecniche suggestive utilizzate nell'interrogatorio condotto dal Tribunale dell'Inquisizione, oggi purtroppo praticate, ovviamente in forme diverse, ma ugualmente tollerate nelle aule di giustizia, se è vero che è dovuta intervenire recentemente la Suprema Corte, peraltro aderendo a un indirizzo giurisprudenziale minoritario, per stigmatizzare come illegittimo un tale modo di condurre l'esame da parte dell'organo giudicante[21].

Si consideri, in ultima analisi, la confusione tra verità processuale e verità storica, nella quale spesso una certa cultura della giurisdizione pare aver smarrito la bussola della propria funzione nella società civile.

Leggere le pagine di Carlo Reviglio della Veneria, dunque, è come vedere le ingiallite foto d'antichi avi, così diversi da noi, eppure, in certi tratti somatici, così simili.

[21] Cass., Sez. IV, sentenza 6 febbraio 2020 (dep. 19 maggio 2020), n. 153 – in https://penaledp.it/il-giudice-suggestivo-lesame-testimoniale-condotto-dal-giudice-in-una-prospettiva-tra-diritto-e-linguaggio/.