



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
2/2018

DIRETTORE RESPONSABILE Francesco Viganò
VICE DIRETTORI Gian Luigi Gatta, Guglielmo Leo, Luca Luparia

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Antonio Gullo, Giulio Illuminati, Roberto E. Kistoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Viganò. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPERS

A. MINGIONE, <i>La configurabilità della circostanza aggravante della transnazionalità nei reati fine dell'associazione per delinquere: poche certezze e molte contraddizioni</i>	5
M. GRIFFO, <i>Una proposta costituzionalmente orientata per arginare lo strapotere del captatore</i>	23
A. F. MASIERO, <i>L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU. Profili penali</i>	45
G. CAPPELLETTI e C. BUFFON, <i>Il rito abbreviato in continuazione esterna</i>	65
P. CAROLI, <i>Regno Unito e Germania "perdonano" i condannati per omosessualità</i>	75
M. IANNUCCI e G. BRANDI, <i>Il reo folle e le modifiche dell'ordinamento penitenziario</i>	89
S. FINOCCHIARO, <i>La Corte Costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?</i>	131
S. DE FLAMMINEIS, <i>Impresa mafiosa ed impresa vittima: segmenti di intersecazione e la figura del concorrente esterno estorto</i>	145
A. A. MARANDOLA, <i>Prime riflessioni sul "nuovo" giudizio d'appello</i>	159

NOVITÀ LEGISLATIVE – PROGETTI E PROPOSTE

E. DOLCINI, <i>La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione</i>	175
---	-----

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

M. FORCONI, <i>La Corte d'Assise di Milano nel caso cappato: sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.</i>	182
---	-----

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – SEZIONI UNITE

E. GRISONICH, <i>La nullità per erronea notificazione al difensore non si sana in caso di inerzia probatoria sull'effettiva mancata conoscenza della citazione da parte dell'imputato</i>	186
---	-----

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

S. BERNARDI, <i>Sulla minaccia di un "male giusto" nel delitto di estorsione, tra abuso del diritto e approfittamento dell'altrui soggezione</i>	190
--	-----

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI MERITO

S. FINOCCHIARO, <i>Ancora in tema di ricadute della sentenza De Tommaso. Una pronuncia del Tribunale di Monza su misure di prevenzione e fattispecie di pericolosità 'qualificata'</i>	197
L. CESARIS, <i>Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale</i>	205



2/2018

L. ROSSI, <i>Il locus commissi delicti nell'estorsione mediante ricarica di una carta postepay</i>	216
G. LEO, <i>Nuove risposte della giurisprudenza di merito sulla rinnovazione "obbligatoria" dell'istruzione in appello</i>	218

LA CONFIGURABILITÀ DELLA CIRCOSTANZA AGGRAVANTE DELLA TRANSNAZIONALITÀ NEI REATI FINE DELL'ASSOCIAZIONE PER DELINQUERE: POCHE CERTEZZE E MOLTE CONTRADDIZIONI

di Andrea Mingione

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La legge 146/2006: reato transnazionale e aggravante della transnazionalità. – 3. Il primo contrasto giurisprudenziale. – 4. Il secondo, irrisolto, contrasto giurisprudenziale. – 4.1. Le incertezze ereditate dalle Sezioni Unite “Adami”. – 4.2. Alla ricerca di una soluzione interpretativa che attribuisca coerenza all’intero sistema e sia contestualmente rispettosa della *ratio* della norma e del dato letterale: l’interpretazione preferibile. – 4.3. Le interpretazioni alternative e l’indispensabile superamento delle Sezioni Unite “Adami”. – 5. Conclusioni.

1. Premessa.

In una società moderna volta, sempre di più, al progressivo superamento geografico dei confini statali ed alla creazione di mercati – politici, commerciali e finanziari – globali, anche il fenomeno della criminalità organizzata tende, inarrestabilmente, ad assumere dimensioni sovranazionali, proiettandosi con pericolosità oltre le frontiere degli Stati tradizionali.

Lungimiranti appaiono, allora, le parole con le quali Giovanni Falcone, nel 1992, in occasione della prima riunione della Commissione sulla Prevenzione della Criminalità e per la Giustizia Penale in seno alle Nazioni Unite, auspicava l’introduzione di una legislazione sovranazionale finalizzata alla lotta alle forme di criminalità organizzata: “La via decisiva per combattere la criminalità organizzata presuppone una collaborazione internazionale energica ed efficace e richiede la predisposizione di una legislazione internazionale adeguata”¹.

La raggiunta presa di coscienza che un’efficace lotta alla criminalità organizzata non possa prescindere da una comune cooperazione giudiziaria, e da una piena condivisione di norme, valori e principi, ha perciò determinato la comunità internazionale a promuovere nuovi strumenti di contrasto al crimine organizzato: nacque così nel dicembre del 2000, anche grazie al contributo fornito dall’Italia, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (c.d.

¹ Si veda pag. 1 del Documento di sintesi della discussione svolta sul disegno di legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale (A.S. 2351) accolto dalla Commissione parlamentare d’inchiesta sul fenomeno della criminalità mafiosa o similare nella seduta del 23.3.2004.

Convenzione di Palermo), recepita nell'ordinamento nazionale solo sei anni più tardi, dopo un interminabile iter parlamentare, con la legge n. 146/2006.

2. La legge 146/2006: reato transnazionale e aggravante della transnazionalità.

Con la legge n. 146/2006 il legislatore ha dato ratifica ed esecuzione in Italia alle disposizioni pattizie della Convenzione di Palermo (oltre che a tre protocolli addizionali del tutto influenti ai nostri fini), introducendo negli articoli 3 e 4, rispettivamente, la nozione di reato transnazionale e la circostanza aggravante della transnazionalità.

Come noto, l'articolo 3 della citata legge ancora la qualificazione del reato transnazionale al concorso di tre distinti parametri:

1. Il primo parametro è connesso alla gravità del reato: deve trattarsi di un delitto punito con una pena non inferiore nel massimo a quattro anni di reclusione.
2. Il secondo parametro prevede il coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato (il termine "coinvolgimento", certamente atecnico e lontano dal lessico penalistico, deve la sua origine alla trasposizione letterale del termine inglese "involving" utilizzato nella Convenzione di Palermo)
3. Il terzo parametro concerne, alternativamente: a) la commissione del reato in più di uno Stato; b) la commissione del reato in uno Stato, ma con parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo in un altro Stato; c) la commissione del reato in uno Stato, ma l'implicazione in esso di un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato, ovvero d) la commissione del reato in uno Stato, con produzione di effetti sostanziali in un altro Stato.

Trattasi, pertanto, non già di un'autonoma ipotesi di reato, ma di una qualifica trasversale applicabile a qualsivoglia fattispecie criminosa rispondente alle caratteristiche dettate dall'art. 3².

Pur foriera di rilevanti effetti sul piano della disciplina sostanziale e processuale – quali, a mero titolo esemplificativo, l'applicabilità di particolari sanzioni amministrative in misura determinata, la confisca obbligatoria anche per equivalente ai sensi dell'art. 11 della stessa normativa, l'estensione dei poteri di indagine del Pubblico Ministero nel termine e ai fini di cui all'art. 430 del codice di rito – la definizione di "reato transnazionale" dettata dall'articolo 3 della legge 146/2006 non prevede, tuttavia, alcuna sanzione in termini di aggravamento della pena.

Al contrario, il successivo articolo 4, circoscritto unicamente ai "reati puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni nella commissione dei quali abbia dato il suo contributo un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato", introduce una circostanza aggravante ad effetto speciale

² Sulla definizione normativa di reato transnazionale e sulle perplessità ermeneutiche che l'art. 3 solleva, v. A. DI MARTINO, *Criminalità organizzata, reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della Convenzione di Palermo*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2007, 18 ss.; Cfr. inoltre E. ROSI, *Sulla configurazione dei delitti passo falso del legislatore*, in *Guida dir.*, 2006, 17, 59 e E.M. AMBROSETTI - E. MEZZETTI, *La legge contro il crimine organizzato transnazionale*, in AA.VV., *Commentario sistematico al codice penale*, a cura di M. Ronco, Bologna, 2006, 7 ss.

che prevede un importante aumento di pena (da un terzo alla metà), non soggetto al giudizio di bilanciamento con circostanze attenuanti diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 del codice penale³. Meritevole di un aggravamento della pena, quindi, è stato ritenuto non già il reato transnazionale in sé, bensì un'unica ipotesi di reato transnazionale, quella dettata dalla lettera c) del precedente articolo 3⁴.

È stato, sul punto, correttamente evidenziato in giurisprudenza come “la previsione dell’aggravante in oggetto resta naturalmente inglobata nella più ampia nozione di transnazionalità, in termini plasticamente rappresentabili con la configurazione geometrica dei cerchi concentrici”⁵: l’aggravante potrà essere applicata, in tal senso, se e solo se, il reato alla quale è riferita abbia il carattere della transnazionalità, sebbene, al contrario, non ogni reato transnazionale potrà rientrare nell’ambito di applicazione della suddetta aggravante (restandone esclusi, infatti, i reati transnazionali di cui alle lettere a,b e d dell’art. 3).

3. Il primo contrasto giurisprudenziale.

Fin dalle prime applicazioni pratiche della legge 146/2006 come prevedibile, considerata l’infelice formulazione lessicale utilizzata, non sono mancati contrasti interpretativi. Il principale, in giurisprudenza, riguardava la compatibilità, o meno, della circostanza aggravante della transnazionalità con i reati associativi in genere.

L’orientamento maggioritario in seno alla Corte regolatrice⁶, limitandosi a far leva sulla formulazione letterale della norma (la quale dispone l’applicabilità dell’aggravante ad ogni reato, senza alcuna esclusione, purché punito con pena superiore a quattro anni di reclusione) riteneva l’applicabilità *tout court* dell’aggravante alle compagini associative, richiedendone quale unico presupposto l’operatività dell’associazione in più di uno Stato. È stato sul punto correttamente evidenziato, in dottrina, come la questione non abbia certamente ricevuto il dovuto approfondimento

³ In virtù del rinvio espresso dal secondo comma dell’art 4 all’art. 7 comma 2 d.l. 13 maggio 1991, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 1991 n.203.

⁴ Si precisa, tuttavia, che la formulazione letterale dettata dall’art. 4 non coincide del tutto con l’ipotesi di reato transnazionale di cui alla lettera c) dell’art. 3: con riferimento all’apporto fornito dal gruppo criminale organizzato rispetto alla commissione del reato si è, difatti, avuta la trasposizione semantica del lemma “implicato”, contenuto nella lettera c) dell’art. 3 (“in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato”), nel sintagma “dato il suo contributo” contenuto nell’art. 4 (“per i reati ... nella commissione dei quali abbia dato il suo contributo un gruppo criminale organizzato”). La scelta lessicale, evidenziano le Sezioni Unite nella sentenza n. 18374/13 a pagina 13 mostra il passaggio dall’“atecnica e aspecifica formula “implicazione” ad una locuzione ben più consona al patrimonio lessicale penalistico”. Circa la motivazione sottesa alla trasposizione lessicale, si rimanda all’analisi sviluppata nel paragrafo n. 4.

⁵ V. Cass. Sez. Un. 18374/13 p. 13.

⁶ Nel quale si segnalano le seguenti pronunce (citare peraltro anche dalla sentenza Sezioni Unite 18374/2013): Sentenza III sez., n. 27413 del 26/6/2012, Amendolagine, Rv. 253146; n. 11969 del 24/2/2011, Rossetti, Rv. 249760; n. 35465 del 14/07/2010, Ferruzzi, Rv. 248481; n. 10976 del 14/01/2010, Zhu, Rv. 246336; la Sezione, con sentenza n. 31019 del 06/06/2012, Minnella, Rv. 253280; e, da ultimo, la stessa V Sezione, n. 1843 del 10/11/2011, Mazzieri, Rv. 253481.

nelle sentenze in parola, ove la problematica viene spesso risolta per mezzo di mere formule di stile⁷.

Un minoritario orientamento (costituito, ad onor del vero, da una sola isolata pronuncia, la sentenza Dalti, Cass. 1937/2010 sez. V), al contrario, ne sosteneva l'ontologica e concettuale incompatibilità sul riflesso che, non potendo ipotizzarsi l'esistenza di un gruppo criminale che contribuisca all'esistenza di sé stesso (l'associazione per delinquere appunto), la circostanza aggravante potesse essere applicata unicamente ai reati fine dell'associazione.

Il contrasto interpretativo, di considerevole portata pratica, veniva affrontato dalla Corte di Cassazione nella sua più autorevole composizione, e risolto con il seguente principio di diritto: "la speciale aggravante dell'art. 4 della legge 16 marzo 2006 n. 146, è applicabile al reato associativo, sempreché il gruppo criminale organizzato transnazionale non coincida con l'associazione stessa" (sentenza "Adami" Cass. Sez. Un. n. 18374 del 31.1.2013)

La conclusione cui sono pervenute le Sezioni Unite trae spunto da una duplice, apparentemente condivisibile, argomentazione: da un lato il generico riferimento testuale della norma a qualsiasi reato porterebbe a ritenere che l'apporto causale di un gruppo organizzato transnazionale possa spiegarsi nei confronti di qualsivoglia espressione delittuosa, e dunque anche di quella associativa; dall'altro lato, si giungerebbe alla stessa conclusione avendo comunque riguardo alle linee ispiratrici della Convenzione di Palermo, certamente orientate ad estendere la tutela degli ordinamenti nazionali ad ipotesi delinquenziali associative di ambito transnazionale.

L'intero impianto motivazionale tracciato dalle Sezioni Unite, si noti, è stato sviluppato intorno ad un preliminare, indispensabile, chiarimento circa la corretta identificazione di "gruppo criminale organizzato" e la relativa distinzione con l'associazione per delinquere beneficiaria del contributo offerto dal gruppo.

La tesi sostenuta dalla già richiamata Cassazione Dalti, orientata in favore dell'ontologica incompatibilità tra l'aggravante e i reati associativi, risentirebbe, infatti, a detta delle Sezioni Unite, di un vero e proprio equivoco di fondo laddove erroneamente identifica, o comunque sovrappone, l'associazione per delinquere con il gruppo criminale organizzato, per così giungere ad escludere la configurabilità dell'aggravante nei reati associativi.

"La formulazione normativa dell'aggravante, infatti, nella parte in cui evoca il contributo causale, lascia chiaramente intendere", chiariscono le Sezioni Unite, "che presupposto indefettibile della sua applicazione è la mancanza di immedesimazione tra le due realtà associative, richiedendo, difatti, che associazione per delinquere e gruppo criminale organizzato si pongano come entità o realtà organizzative diverse".

⁷ Sul punto si veda F. FASANI, *Rapporti fra reato associativo e aggravante della trans nazionalità*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 7/2013, p. 799, il quale richiama la pronuncia Cass. Sez. I, 6 giugno 2012, in C.E.D. Rv. 253280 che, trattando l'aggravante della transnazionalità si limita a considerare "illogico riferire la medesima ai soli reati fine e non anche al gruppo criminale che quei reati fine rende possibili".

“La locuzione “dare contributo” postula, infatti, “alterità” o diversità tra i soggetti interessati, ossia tra soggetto agente (il gruppo organizzato) e realtà plurisoggettiva beneficiaria dell’apporto causale”⁸.

Per le stesse motivazioni, quindi, viene superato anche il maggioritario filone giurisprudenziale che, all’opposto, riteneva possibile la configurazione dell’aggravante a condizione che l’associazione fosse operativa in più di uno Stato: in tal senso, come puntualmente è stato evidenziato, le Sezioni Unite indicano una “terza via”, percorrendo un’impostazione teorica definibile come “polistrutturale”⁹.

In questo senso, e per semplificare, ritengono le Sezioni Unite che “gruppo criminale organizzato” e associazione per delinquere siano due entità distinte, non sovrapponibili neppure in minima parte, e che per tale ragione l’aggravante della transnazionalità sia applicabile alle fattispecie associative solo allorquando il contributo richiesto dalla norma sia fornito da parte di un gruppo criminale organizzato (diverso dall’associazione per delinquere appunto) operante in più di uno Stato.

Tale approccio interpretativo, seppur certamente coerente con l’obiettivo perseguito dalla Convenzione di Palermo, desta oggi, tuttavia, non poche perplessità. E ciò non tanto circa il rapporto, delineato invero con particolare accuratezza in sentenza, tra i reati associativi e l’aggravante della transnazionalità, quanto piuttosto rispetto alla configurabilità dell’aggravante stessa, alla luce dell’interpretazione letterale e sistematica fornita dal massimo consesso, nei reati diversi dall’associazione per delinquere e, segnatamente, nei reati fine dell’associazione medesima.

Non potrà, in tal senso, sottacersi come, nel rispetto della funzione nomofilattica di cui è portatrice la Corte di Cassazione, sarebbe stato certamente più opportuno un intervento delle Sezioni Unite esteso, in una prospettiva di più ampio respiro, al chiarimento delle prevedibili – quanto non trascurabili – ripercussioni, nell’ordinamento vigente, del principio di diritto adottato.

4. Il secondo, irrisolto, contrasto giurisprudenziale.

Il quadro di assoluta incertezza interpretativa che è scaturito a seguito della sentenza Sez. Un. 18374/2013 ha infatti subito determinato, in seno alla giurisprudenza di legittimità, un nuovo inevitabile contrasto. Quest’ultimo, nello specifico, riguarda il rapporto intercorrente tra il gruppo criminale organizzato e l’associazione per delinquere allorquando l’aggravante della transnazionalità acceda ai reati fine delle associazioni per delinquere. Con la paradossale conseguenza che oggetto di tale nuovo contrasto risulta essere, *mutatis mutandis*, proprio lo stesso “equivoco di fondo” che aveva caratterizzato il precedente, ossia l’identificazione (o meno) – ai fini

⁸ V. Cass. Sez. Un. 18374/13 p. 15.

⁹ Sul punto si veda F. FASANI, *supra nota* 7, p. 800: “Con queste notazioni le Sezioni Unite indicano una terza via, fondata sulla convinzione che il gruppo sia strutturalmente diverso dall’associazione, alla luce di una impostazione teorica che potremmo definire come polistrutturale”.

dell'applicabilità dell'aggravante in oggetto – tra il gruppo criminale organizzato e l'associazione per delinquere.

In altri termini, ci si chiede: il concetto di alterità tra l'associazione per delinquere e il gruppo criminale organizzato, principio cardine dell'insegnamento delle Sezioni Unite Adami, è da considerarsi ad esclusivo appannaggio delle fattispecie associative, ovvero al contrario, costituisce principio generale valido anche allorquando l'aggravante acceda ai reati fine dall'associazione per delinquere?

E per l'effetto, potrà dirsi configurabile l'aggravante nei reati fine dell'associazione allorquando il gruppo criminale organizzato sia esso stesso l'associazione per delinquere?

In giurisprudenza si riscontra un indirizzo numericamente maggioritario¹⁰ orientato verso l'applicabilità dell'aggravante ai reati fine dell'associazione anche in caso di immedesimazione tra associazione per delinquere e gruppo criminale organizzato nel quale si rileva che, l'omessa estensione, nella sentenza delle Sezioni Unite, del principio dell'alterità tra le due realtà plurisoggettive rispetto al caso dei reati fine dell'associazione lascerebbe intendere che, in quest'ultimo caso, il massimo consesso abbia voluto affermare un implicito opposto principio di diritto¹¹.

Si sostiene, del resto, che sarebbe del tutto paradossale estendere il principio dell'alterità anche ai reati fine dell'associazione per delinquere atteso che, così ragionando, solo gli associati potrebbero beneficiare della "copertura" derivante dalla sovrapposizione tra gruppo criminale organizzato e associazione per delinquere mentre, al contrario, soggetti non facenti parte dell'associazione ma concorrenti con gli associati rispetto ad un reato fine dell'associazione sarebbero, contro ogni ragionevolezza, puniti più gravemente.

Un secondo minoritario e meno recente filone giurisprudenziale¹², *ex adverso*, facendo leva principalmente sull'interpretazione letterale fornita dalle Sezioni Unite in ordine all'espressione normativa "dare il proprio contributo" riportata nell'art. 4, ritiene doveroso, ai fini dell'applicabilità dell'aggravante in questione ai reati fine dell'associazione, che sia accertata l'alterità tra il gruppo criminale organizzato e l'associazione per delinquere.

La questione – considerata la frequente "facilità" con la quale la contestazione dell'aggravante è solita essere avanzata, e tenuto altresì conto dei considerevoli effetti

¹⁰ Nel quale si segnalano le sentenze Cass. sez. VI 53118/2014, Cass. sez. VI 47217/2015, Cass. sez. V 7641/2016, Cass. sez. II 10757/2017, Cass. sez. I 23728/2017, Cass. sez. V n.42751/2017, Cass. Sez. IV 53563/2017;

¹¹ Si veda sul punto Cass. pen. 47217/2015 sez. VI p. 5 ove si afferma che "l'indicazione di un contrasto giurisprudenziale che è solo afferente il reato associativo e non i reati fine, l'insistenza nell'evidenziare le caratteristiche di autonomia dei reati fine, pur congrui al disegno associativo, anche quando consumati da alcuni partecipi all'associazione, rispetto al reato associativo, la non ostatività dell'art. 61 c.p. nel caso dei reati - satelliti ..., la complessiva struttura del ragionamento logico giuridico ... sono tutti elementi del percorso argomentativo che paiono univocamente convergere all'affermazione, implicita ma inevitabile, di un opposto principio di diritto".

¹² Composto dalle seguenti pronunce Cass. sez. VI 31972/2013, Cass. sez. V 500/2014, Cass. sez. VI 44435/2015.

pregiudizievoli che comporta, specialmente sul piano cautelare – appare tutt’altro che marginale.

Si pensi, ad esempio, ad un’associazione per delinquere dedita all’ importazione in Italia di ingenti quantità di sostanze stupefacenti da un qualsiasi Stato estero: qualora l’associazione criminale, come sovente accade, abbia una consolidata articolazione nello Stato estero, e quindi non necessiti di alcun contributo ai fini dell’importazione in Italia delle sostanze illecite, sarà possibile configurare la suddetta aggravante alle singole fattispecie di importazione commesse dagli associati, seppur questi ultimi non abbiano beneficiato di contributi diversi da quello fornito dal vincolo associativo?

Aderendo al già citato orientamento maggioritario gli associati, pur non essendo punibili più gravemente per aver esteso la struttura dell’associazione criminale oltre i confini nazionali (ivi mancandovi, rispetto al reato associativo, l’apporto di un gruppo criminale organizzato “esterno”), meriterebbero comunque un aggravamento della pena per aver posto in essere le singole condotte di importazione avendo beneficiato del contributo offerto dall’associazione per delinquere cui essi stessi partecipano.

Sarebbe possibile, infatti, unicamente in quest’ultimo caso, e contrariamente a quanto accade nel caso dei reati associativi, individuare il “gruppo criminale organizzato” citato nell’art. 4 nell’associazione per delinquere stessa.

Ex adverso, sposando il minoritario indirizzo orientato ad estendere il principio dell’alterità tra le due realtà plurisoggettive anche qualora l’aggravante acceda ai reati fine dell’associazione, in assenza di un gruppo criminale organizzato “esterno” (diverso dall’associazione per delinquere), non sarà possibile determinare l’aggravamento della pena né dell’associazione per delinquere transnazionale, né dei relativi reati fine.

Se la prima soluzione interpretativa sembra porsi apertamente in contrasto con il principio di diritto offerto dalle Sezioni Unite Adami, la seconda soluzione pare attribuire certamente continuità all’interpretazione del massimo consesso, pur non riuscendo (apparentemente) a superare le perplessità avanzate dai fautori della contrapposta tesi.

4.1. Le incertezze ereditate dalle Sezioni Unite “Adami”.

Non può certamente negarsi che l’attuale contrasto, già di per sé figlio di una formulazione letterale della norma talmente oscura da essere sospettata di incostituzionalità per indeterminatezza¹³, sia stato reso ancor più difficilmente risolvibile a causa di un’interpretazione letterale e sistematica, quella offerta dalle Sezioni Unite, che ha destato in dottrina forti perplessità¹⁴.

¹³ Sul punto si veda G. CAPPELLO, *L’aggravante di cui all’art. 4 della legge n. 146 del 2006 (di ratifica della convenzione delle nazioni unite contro il crimine organizzato transnazionale) – sulla compatibilità con i delitti associativi*, in Cass. Pen., n.1-2014, p. 125.

¹⁴ Sul punto si veda F. FASANI, *supra nota 7*, p.804 ss.: le critiche avanzate dall’Autore alla nota sentenza delle Sezioni Unite riguardano la configurazione del “gruppo criminale organizzato” quale *minus* rispetto all’associazione per delinquere e, per quello che qui interessa, la contraddittorietà delle conclusioni cui

La principale tensione dogmatica emergente a ridosso dell'enunciazione del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite concerne la nozione di "contributo" richiesto da parte del gruppo criminale organizzato: ampiamente contraddittorio appare, infatti, il passaggio in cui i Giudici osservano che, in presenza del contributo di un gruppo transnazionale, l'aggravante di cui all'art. 4 si applicherebbe all'associazione "a prescindere dalla circostanza che il contributo offerto dal gruppo criminale organizzato impegnato in più di uno Stato renda, poi, quello stesso gruppo partecipe o concorrente nel reato associativo comune"¹⁵.

Il principio, difatti, si pone in evidente contrasto con il requisito dell'alterità tra associazione e gruppo criminale organizzato posto che, così ragionando, la partecipazione o il concorso del gruppo (*rectius*: dei suoi membri) nell'associazione comune provocherebbe l'esistenza di un unico reato associativo, e quindi il venir meno dell'alterità tra le due strutture.

Sul punto, non può omettersi di rilevare come permangano ulteriori, fondamentali, incertezze generate dalla pronuncia in parola: cosa significa che il "gruppo" deve dare un contributo? È necessario che il contributo venga prestato anche solo da un singolo componente del gruppo ovvero è richiesto il coinvolgimento di più di un soggetto ovvero dell'intero gruppo? Rileva che tale contributo debba riguardare l'ordinaria attività criminosa del gruppo o può essere anche di diversa natura?

Tutti interrogativi che, allo stato, rimangono senza risposta.

Fortemente criticabile, del resto, risulta la scelta di "coniare" la definizione del gruppo criminale organizzato quale figura plurisoggettiva intermedia alle, già note, associazione per delinquere e concorso di persone: non sembra rintracciabile, infatti,

giungono le Sezioni Unite, per le quali "risulterebbe punita più gravemente un'associazione italiana di tre persone adiuvata da un gruppo transnazionale pure di tre persone, rispetto ad un'unica associazione transnazionale di sei persone nonostante nel secondo caso – sempre secondo l'impostazione della Corte – dovrebbe sussistere un disvalore penalistico e una pericolosità sociale più accentuati, dovuti alla maggiore carica strutturale dell'associazione rispetto al gruppo". Del resto, sostiene l'Autore, "la Convenzione (seguita in Italia dalla legge di ratifica) intende semplicemente rimarcare la maggiore pericolosità insita nella realizzazione di un reato attraverso il "coinvolgimento" di una struttura organizzata transnazionale ... Il gruppo della Convenzione di Palermo non è, dunque, una nuova forma di organizzazione, quanto semplicemente il "minimo comune denominatore" delle fattispecie tipiche dei Paesi di Civil Law". Per un approfondimento circa la posizione dell'Autore si rimanda al paragrafo 4.3

¹⁵ Si veda Cass. Sez. Un. n. 18374/13 p. 19: "Ove, invece, l'associazione per delinquere "basti a se stessa", nel senso che i relativi associati o parte di essi ed il programma criminoso posto a fulcro del sodalizio realizzino il fatto-reato a prescindere da qualsiasi tipo di contributo esterno, ben può immaginarsi che, a tale condotta, altra (e autonoma) se ne possa affiancare, al fine di estendere le potenzialità *l'agere* del sodalizio in campo internazionale; con la conseguenza che, ove un siffatto contributo sia fornito da persone che in modo organizzato sono chiamate a prestare tale collaborazione, non potrà negarsi che il reato-base assuma dei connotati di intrinseca maggiore pericolosità, tale da giustificare l'applicazione della aggravante in questione. Il tutto, ovviamente, a prescindere dalla circostanza che il contributo offerto dal "gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato" renda, poi, quello stesso gruppo partecipe o concorrente nel reato associativo "comune", posto che è proprio quel contributo a rappresentare il *quid pluris* che giustifica la *ratio* aggravatrice, che non può certo ritenersi assorbita dalle regole ordinarie sul concorso nei reati".

nella Convenzione di Palermo¹⁶ alcun elemento tale da far ritenere che il gruppo transnazionale debba essere inteso, quanto alla stabilità dei rapporti tra i suoi componenti e alla struttura organizzativa, quale *minus* rispetto all'associazione per delinquere¹⁷.

Non può certo non evidenziarsi, inoltre, il paradossale esito derivante dalla sentenza in parola: la diretta conseguenza del principio di alterità tra le strutture comporta, infatti, la possibilità di applicare una pena più severa ad una associazione per delinquere italiana adiuvata da un gruppo transnazionale, rispetto a quella che potrebbe riconoscersi ad un'unica associazione italiana operante oltre i confini nazionali, magari dotata di una struttura ampia e complessa e con basi operative in vari Stati esteri, nonostante in questo ultimo caso – è stato notato¹⁸ – il disvalore penalistico risulti di gran lunga superiore.

Per ultimo, certamente la più grave delle mancanze, pare essere il mancato chiarimento circa la portata, universale od esclusiva, del principio dell'alterità tra gruppo criminale organizzato e associazione per delinquere: lacuna determinante nel generare l'odierno, irrisolto, contrasto giurisprudenziale.

Ciò che invece pare certo, come anche sottolineato nella letteratura penalistica¹⁹, è che il principio di diritto adottato dalle Sezioni Unite, restringendo fortemente l'ambito di applicazione dell'aggravante in oggetto rispetto alle fattispecie associative, determini un grave discostamento della normativa interna dallo scopo dello strumento pattizio.

Doveroso, tuttavia, dare atto che, seppur aspramente criticata in sede dottrinale, la pronuncia delle Sezioni Unite 18374/2013 risulta, ad oggi, non solo insuperata ma neppure mai posta in discussione dalla successiva giurisprudenza di legittimità: a seguito della pronuncia in parola, infatti, le associazioni per delinquere operanti in più di uno Stato non sono (più) riconosciute come aggravate ex art. 4 l. 146/2006, salvo naturalmente l'accertamento di un gruppo criminale organizzato "esterno" che abbia contribuito causalmente alla costituzione o alla permanenza dell'associazione stessa.

¹⁶ Si specifica che l'assenza di una definizione legislativa del gruppo criminale organizzato rende doveroso il rimando, ai fini della corretta qualificazione del gruppo, alla Convenzione di Palermo che, del resto, è stata interamente recepita nel nostro ordinamento con la legge 146/2006. La definizione di "gruppo" è fornita dalla Convenzione di Palermo dal combinato disposto dell'articolo 2, punti a) e c). Per un approfondimento si veda pagina 17.

¹⁷ Sul punto si veda F. FASANI, *supra nota* 7, p.804, secondo cui "l'assunto secondo cui il gruppo organizzato sarebbe un *minus* rispetto all'associazione (così come configurata dal diritto penale *in action*), pare controvertibile in entrambi i sensi: sia perché la sentenza in commento svaluta indebitamente i requisiti strutturali che la Convenzione di Palermo attribuisce al gruppo, sia perché la stessa sentenza sopravvaluta l'interpretazione giurisprudenziale, la quale – pur tra le condivisibili critiche della dottrina – ha mantenuto standard molto bassi nella valutazione dell'elemento organizzatorio nell'ambito dei reati associativi". Per un approfondimento del tema si veda anche A. DI MARTINO, *supra nota* 2, p. 17; nonché S. FIORE, *Partecipazione ad un gruppo criminale organizzato*, in E. Rosi (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007, 113.

¹⁸ V. F. FASANI, *supra nota* 7, p. 804

¹⁹ V. G. CAPPELLO, *supra nota* 13, p. 132.

4.2. Alla ricerca di una soluzione interpretativa che attribuisca coerenza all'intero sistema e sia contestualmente rispettosa della ratio della norma e del dato letterale: l'interpretazione preferibile.

Appare opportuno, allora, pur senza avere la pretesa di fornire una risposta esaustiva a tutti i complessi interrogativi correlati a questa intricata tematica, spendere qualche riflessione in merito alle ragioni sottese alla scelta criminale di aggravamento della pena, nel tentativo di rinvenire una soluzione interpretativa che, nel rispetto dell'ineludibile esigenza di un'uniforme interpretazione della legge, possa attribuire coerenza all'intero ordinamento.

Preliminarmente pare doveroso chiedersi, in tal senso, se con l'introduzione dell'art. 4 legge 146/2006, l'*intentio legis* fosse quella di reprimere *in toto* tutte le forme di criminalità organizzata travalicanti le frontiere nazionali (e quindi, *a fortiori*, anche i reati associativi), ovvero quella di reprimere unicamente le singole condotte criminose realizzate dalle organizzazioni strutturate a livello sopranazionale ovvero, infine, se la *ratio* aggravatrice sia da rinvenire nel tentativo di reprimere la cooperazione tra gruppi criminali operanti ciascuno principalmente nel proprio Stato (con l'intento così di neutralizzare l'apporto che un gruppo criminale estero possa fornire rispetto alla commissione di gravi reati in Italia).

La soluzione adottata dalle Sezioni Unite Adami pare orientarsi, indiscutibilmente, nell'ultima direzione.

E infatti in sentenza è stato specificato che "per offrire contezza al maggior tasso di disvalore insito nell'aggravante derivante dall'essersi avvalsi, per la commissione di un reato, dal contributo offerto da un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato, occorre postulare una necessaria autonomia tra la condotta che integra il reato "comune" e quella che vale a realizzare il contributo prestato dal gruppo transnazionale, giacché, ove i due fatti si realizzassero reciprocamente all'interno di una sola condotta, mancherebbe la ragione d'essere per ipotizzare la diversa – e più grave – lesione del bene protetto"²⁰.

Tale è la ragione per cui, chiosano le Sezioni Unite, è proprio il contributo offerto da un gruppo criminale organizzato, impegnato in attività criminali in più di uno Stato, all'associazione per delinquere realizzata (almeno in parte) nel territorio italiano, a rendere quest'ultima fattispecie di reato più grave.

La Convenzione di Palermo, del resto, lascia ampi margini d'azione agli Stati Parte in merito alle modalità esecutive con cui neutralizzare il fenomeno della criminalità organizzata transnazionale, limitando il proprio vincolo nell'obbligo di penalizzazione di determinate condotte caratterizzate dal fatto di avere carattere transnazionale e di vedere coinvolto un gruppo criminale organizzato: tutte condotte che, è stato puntualmente rilevato, erano pacificamente punibili in Italia alla stregua di norme di diritto interno, già prima dell'introduzione della Convenzione²¹.

²⁰ V. Cass. Sez. Un. n. 18374/13, p.18.

²¹ V. sul punto, A. DI MARTINO, *supra* nota 2, p. 18

In base a tali presupposti, pertanto, il legislatore italiano sembra aver ritenuto degni di maggior gravità, non già i reati commessi in forma associativa in parte in Italia e in parte all'estero (per i quali sono state comunque riservate le sanzioni previste dall'art. 3), bensì unicamente le fattispecie di reato commesse in Italia (almeno in parte) per mezzo della cooperazione di un gruppo criminale "estero".

D'altronde, ci si domanda: se la *ratio* dell'aggravante fosse, come più volte sostenuto in dottrina²², al contrario, quella di reprimere, più genericamente, la sfera di operatività delle consorterie criminali transnazionali, per quale ragione il legislatore non avrebbe ritenuto meritevole di aggravamento della pena proprio le associazioni per delinquere sopranazionali?

Ne deriva, quindi, così ragionando, che per poter configurare l'aggravante della transnazionalità ci debba essere sempre, a prescindere dal titolo di reato al quale accede, diversità tra chi commette il reato e chi costituisce il gruppo criminale che presta il contributo causale.

A riscontro della correttezza della presente soluzione interpretativa, pare inoltre opportuno evidenziare che la decisione del legislatore nazionale di sostituire il termine "coinvolto", di cui alla lettera c) dell'art. 3, con il termine "contributo" citato nell'art. 4, più incline a rappresentare mancanza di immedesimazione, sembri confermare, ancor di più, l'intenzione originaria di diversificare i soggetti che compongono il gruppo criminale con i soggetti che beneficiano del contributo di quest'ultimo.

Ulteriore conferma, inoltre, ne è il fatto che il concetto di "transnazionalità", da distinguere dalla mera "internazionalità" è ricondotto, dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare, proprio alla "cooperazione sinergica che gruppi criminali di diverse nazionalità instaurano per ottimizzare lo sfruttamento di determinate opportunità di mercato illecito"²³.

Certo, non può negarsi, comunque, che condividendo la tesi dell'alterità tra le entità plurisoggettive anche rispetto ai reati fine dell'associazione per delinquere si dovranno, con ogni evidenza, affrontare importanti problemi di accertamento pratico relativamente alla verifica della sussistenza dei requisiti normativamente previsti dalla Convenzione di Palermo per la qualificazione dei gruppi criminali organizzati²⁴.

²² V. sul punto, A. CENTONZE, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Giuffrè Editore, 2008, p. 306: "In definitiva, la finalità di questa scelta di politica criminale appare ineccepibile nella direzione di un intervento repressivo più incisivo sulla sfera di operatività di una consorteria criminale transnazionale, che comporta un cospicuo aumento della pena per effetto della sua natura di circostanza aggravante ad effetto speciale e una pluralità di conseguenze processuali che si riverberano sulla fase dell'esecuzione della pena".

²³ Si veda pag. 3 del Documento di sintesi della discussione svolta sul disegno di legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale (A.S. 2351) accolto dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità mafiosa o similare nella seduta del 23.3.2004.

²⁴ Quanto alla definizione di "Gruppo criminale organizzato" si veda l'articolo 2 lettere a) e c) della Convenzione di Palermo: trattasi di "gruppo strutturato, esistente per un periodo di tempo, composto da tre o più persone che agiscono di concerto al fine di commettere uno o più gravi reati o reati stabiliti dalla presente Convenzione, al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o altro vantaggio materiale". Per "gruppo strutturato", a sua volta, deve intendersi "un gruppo che non si è costituito fortuitamente per la commissione estemporanea di un reato e che non deve necessariamente

Si pensi solo alla difficoltà da parte del magistrato italiano nell'accertamento della costituzione, dell'organizzazione e della stabilità di un gruppo criminale operante principalmente al di fuori dello Stato, che apporta un contributo materiale alla realizzazione di un delitto commesso (almeno in parte) in Italia.

Ma pretese difficoltà di prova, naturalmente, non possono mai legittimare un'interpretazione giuridica che superi il tenore letterale della norma e la sua corretta applicazione.

Anche le perplessità riguardanti la posizione dei non associati nella commissione di un reato fine dell'associazione per delinquere risultano, a ben vedere, un falso problema. Qualora la contestazione al soggetto non facente parte dell'associazione per delinquere sia limitata nei termini di concorso nel reato fine dell'associazione, e non si estenda, come invero spesso accade, nell'addebito del concorso associativo, il concetto di alterità sviluppato dalle Sezioni Unite ben si presta, infatti, ad essere applicato anche a "copertura" del non associato. Difatti se alterità significa diversità tra il gruppo organizzato e soggetti che beneficiano del contributo causale del gruppo (associati e non associati) va da sé che, per poter configurare l'aggravante nei confronti dei non associati, sia necessario che il gruppo organizzato non sia composto da alcun concorrente nel reato (cioè da nessuno tra i consociati con i quali viene commesso il reato fine), non potendosi dire, in caso contrario, pienamente rispettato il concetto di alterità.

In conclusione, pur determinando considerevoli difficoltà, specialmente a livello investigativo, l'unica posizione interpretativa conforme al principio di diritto espresso dal massimo consesso e rispettosa, al tempo stesso, del dato letterale e della *ratio* della norma sembra essere quella volta a configurare l'applicabilità dell'aggravante della transnazionalità ai reati fine dell'associazione per delinquere solo allorquando il gruppo criminale organizzato che presti il contributo alla commissione del reato non coincida (per nulla) con l'associazione per delinquere stessa, ovvero, comunque con i concorrenti nel reato.

4.3. *Le interpretazioni alternative e l'indispensabile superamento delle Sezioni Unite "Adami".*

Non può certamente essere trascurata la posizione di chi, nella letteratura penalistica, abbia rilevato, perfino prima dell'entrata in vigore della legge 146/2006, che l'operatività dell'aggravante della transnazionalità, in virtù della formulazione letterale dell'art. 4, fosse stata ipotizzata esclusivamente per i reati fine dell'associazione per delinquere e non già per il reato associativo stesso²⁵.

prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata".

²⁵ V. sul punto A. PECCIOLI, *Unione Europea e criminalità transnazionale. Nuovi sviluppi*, Torino, 2005, 163 s., in cui si evidenzia come l'aggravante della trans nazionalità – così come strutturata – era in grado di aderire esclusivamente ai delitti scopo e non anche al reato associativo.

È stato evidenziato, infatti, che la Convenzione di Palermo debba essere intesa come “una soluzione di compromesso”, tesa a “mediare fra le tradizioni giuridiche dei Paesi continentali e quelle dei sistemi di *common law*”²⁶.

In questo senso la Convenzione di Palermo, lungi dal voler introdurre – come pur sostenuto dalle Sezioni Unite Adami – l’ennesimo modello associativo, avrebbe inteso semplicemente fornire nella materia della criminalità organizzata quel “quadro di riferimento omogeneo”, quel “fattore di razionalizzazione”²⁷ che la dottrina da sempre richiede alle fonti sopranazionali, lasciando difatti “gli Stati liberi di adottare o la nozione di associazione per delinquere o quella di *conspiracy*”²⁸ nel rispetto delle rispettive tradizioni giuridiche²⁹.

In base a questi presupposti, la Convenzione intenderebbe semplicemente rimarcare la maggiore pericolosità insita nella realizzazione di un reato attraverso il “coinvolgimento” di una struttura organizzata transnazionale, imponendo obblighi di incriminazione, aggravii di pena e altre sfavorevoli conseguenze sostanziali e procedurali: si è così sostenuto che il “gruppo” della Convenzione di Palermo non sarebbe, dunque, una nuova forma di organizzazione, quanto “semplicemente il “minimo comune denominatore” delle fattispecie associative tipiche dei Paesi di *Civil Law*”³⁰.

La *ratio* della norma nazionale, pertanto, sarebbe da rinvenire nella esclusiva neutralizzazione dei reati fine delle associazioni per delinquere operanti a livello sopranazionale: il gruppo criminale organizzato altro non sarebbe, allora, che la stessa associazione per delinquere allorquando questa operi in più di uno Stato.

Una tale lettura della norma, certamente autorevole, tuttavia, sembra porsi insuperabilmente in contrasto con l’interpretazione, letterale e sistematica, fornita dalle Sezioni Unite Adami.

La chiara presa di posizione del massimo consesso, in questo senso, non pare lasciare spazio a interpretazioni differenti da quella sviluppata nel paragrafo che precede: se le Sezioni Unite Adami interpretano letteralmente la locuzione “dare il proprio contributo” come postulato di alterità tra i soggetti costituenti il gruppo criminale organizzato e i soggetti che beneficiano dell’apporto da parte del medesimo, non pare poter avere diritto di cittadinanza una diversa interpretazione giurisprudenziale che, al contrario, riconosca la configurabilità dell’aggravante rispetto ai reati fine dell’associazione in presenza di coincidenza tra il gruppo che presta il

²⁶ V. MILITELLO, *Partecipazione all’organizzazione criminale e standards internazionali d’incriminazione*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2003,199.

²⁷ V. MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, in V. Militello - L. Paoli - J. Arnold (a cura di), *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale. Forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*, Friburgo,2000,19.

²⁸ V. R. BARBERINI, *Entrata in vigore della Convenzione contro il crimine organizzato transnazionale e disegno di legge di ratifica*, in *Cass. pen.*, 2003,3266.

²⁹ Sul tema si veda anche S. ALEO, *Sul problema della definizione della criminalità organizzata alla luce della Convenzione di Palermo*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, 13 ss.

³⁰ V. F. FASANI, *supra* nota 7., p. 807.

contributo (ossia l'associazione per delinquere) e il soggetto che commette materialmente il reato (ossia i partecipi dell'associazione stessa).

Pare logico sostenere, in tal senso, che il "gruppo criminale organizzato" non possa essere inteso quale entità differente dall'associazione per delinquere nel caso l'aggravante acceda al reato associativo e, allo stesso tempo, coincidere con l'associazione per delinquere allorquando l'aggravante acceda ai reati fine.

Come potrebbe, del resto, il Giudice, nell'ambito dello stesso procedimento, non essere in grado di riconoscere come aggravato il reato associativo in virtù della coincidenza tra l'associazione e il gruppo criminale organizzato e, contestualmente, poter riconoscere meritevole di aggravamento della pena, sulla scorta della stessa norma interpretata diametralmente all'opposto, i reati fine della stessa associazione per delinquere individuando il gruppo criminale organizzato, in tale ultimo caso, nell'associazione per delinquere stessa?

Difatti l'unica strada percorribile per poter configurare l'aggravante nei reati fine dell'associazione per delinquere commessi senza l'apporto di un gruppo criminale organizzato "esterno", sembrerebbe aderire pienamente alla posizione interpretativa fornita dalla già citata Cassazione Dalti³¹ ed escludere, per l'effetto, la configurabilità dell'aggravante della transnazionalità, in base all'attuale formulazione della norma, ai reati associativi³².

Ove si consideri che l'associazione criminosa si possa qualificare giuridicamente nel "gruppo criminale organizzato", infatti, non potendo ipotizzarsi l'esistenza di un gruppo che contribuisca all'esistenza di sé stesso, dovrà ontologicamente escludersi la configurabilità dell'aggravante nei reati associativi.

Pertanto delle due l'una: se si ritiene che il gruppo criminale organizzato possa essere la stessa associazione per delinquere, l'aggravante potrà applicarsi ai consociati (ovvero ai concorrenti nel reato seppur non consociati) rispetto ai reati fine di una associazione per delinquere operante in più Stati (associazione che contestualmente dovrà rivestire anche il carattere di "gruppo criminale organizzato" in base alla definizione sancita nella Convenzione di Palermo), ma non potrà mai applicarsi ai reati associativi.

³¹ V. Cass. 1937/2010 sez. V: "La circostanza presuppone l'esistenza del gruppo criminale organizzato e può accedere pertanto ai reati costituenti la diretta manifestazione dell'attività del gruppo (c.d. reati fine dell'associazione) ovvero di quelli ai quali il gruppo abbia prestato un contributo causale. Il reato associativo, per contro, non è qualificato da tale elemento circostanziale, ove si consideri che l'associazione criminosa è la qualificazione giuridica del "gruppo criminale organizzato", speculare allo stesso, e non una proiezione esterna, un "*quid pluris*", cui il gruppo "abbia dato il suo contributo".

³² È la stessa conclusione cui giunge F. FASANI, *supra nota* 7, p.807 e ss., dopo aver fortemente criticato il principio dell'alterità tra gruppo criminale organizzato e associazione per delinquere: "una corretta attuazione della Convenzione di Palermo avrebbe dovuto presupporre e potrebbe ancor oggi, *de lege ferenda*, includere, l'utilizzo della nozione associativa anche nella c.d. aggravante della transnazionalità, di per sé ontologicamente inapplicabile al reato associativo stesso, in ossequio ai principi (sostanzialmente condivisibili) della sentenza Dalti".

In caso contrario, se si ritiene che il gruppo criminale organizzato non possa coincidere con la stessa associazione per delinquere³³, ogni reato (associativo e non) potrà essere aggravato dall'art. 4 solo in presenza di un contributo offerto da un gruppo criminale organizzato operante in più Stati del quale non ne facciano parte i consociati dell'associazione ovvero, comunque, i concorrenti nel reato fine non consociati.

Per questa ragione, pare logico affermare che il principio dell'alterità tra realtà plurisoggettive potrà dirsi applicabile universalmente (quindi sia rispetto alle fattispecie associative, sia rispetto ai reati fine dell'associazione) ovvero, al contrario, non applicabile ad alcuna fattispecie di reato.

In conclusione: solo superando definitivamente l'interpretazione letterale e sistematica fornita dalle Sezioni Unite Adami, ed escludendo in radice l'applicazione dell'aggravante della transnazionalità nei reati associativi, sarà possibile accettare l'applicazione della stessa aggravante nei reati fine dell'associazione per delinquere in presenza di coincidenza tra i componenti del gruppo organizzato e i partecipanti all'associazione per delinquere.

Sia concessa, infine, una lettura alternativa della norma.

Scopo della Convenzione di Palermo, scolpito chiaramente dall'art. 1, è quello di promuovere la cooperazione degli Stati – parte per prevenire e combattere il crimine organizzato transnazionale in maniera più efficace. Le ragioni che, sottolinea la Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa³⁴, hanno determinato la comunità internazionale ad adottare la Convenzione sono da rinvenire nella ricerca di efficaci strumenti volti al contrasto alla criminalità organizzata transnazionale, considerato il pericoloso dilagare di forme di criminalità organizzata travalicanti le frontiere nazionali.

Così ragionando sembrerebbe preferibile, allora, rinvenire la logica della Convenzione nella scelta criminale di repressione dei fenomeni mafiosi in forma associativa proiettati al di fuori degli Stati nazionali, più che dei reati fine in sé: per questa ragione, oggi, pare ancor più contraddittorio e irragionevole sanzionare più gravemente i reati fine commessi dai componenti di un'associazione per delinquere, piuttosto che lo stesso reato associativo sopranazionale.

La lotta al crimine organizzato transnazionale, in questo senso, sembra non poter prescindere dalla lotta ai reati associativi commessi in più Stati, essendo proprio quest'ultima forma delinquenziale a determinare, il più delle volte, la commissione dei reati transnazionali in genere: come è possibile, ci si chiede, combattere il crimine organizzato transnazionale senza combattere le associazioni per delinquere operanti oltreconfine?

Paradossalmente, sarebbe più logico, e più coerente con gli scopi e con la *ratio* della Convenzione di Palermo, che l'aggravante della transnazionalità fosse

³³ Trattasi dell'interpretazione sviluppata nel paragrafo 4.2, in conformità ai principi di diritto espressi dalle Sezioni Unite Adami.

³⁴ Si veda pag. 1 del Documento di sintesi della discussione svolta sul disegno di legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale (A.S. 2351) accolto dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità mafiosa o similare nella seduta del 23.3.2004.

astrattamente configurabile unicamente nelle fattispecie associative: proprio il contrario di quanto oggi, a prescindere dalla soluzione interpretativa che si riterrà opportuno adottare, accade.

5. Conclusioni.

Pare del tutto evidente che l'oscura formulazione letterale dell'art. 4 della legge n. 146/2006 renda indispensabile un intervento legislativo volto a delimitare con precisione i confini della norma e superare definitivamente tutte le incongruenze generate dall'attuale formulazione testuale³⁵.

Ad ogni modo, in attesa dell'indispensabile intervento legislativo, pare oggi ragionevole affermare che – coerentemente con il ragionamento giuridico sotteso al principio di diritto adottato dalle Sezioni Unite 18374/13, con la formulazione letterale della norma, e con l'intenzione del legislatore – l'unica soluzione interpretativa idonea ad assicurare l'uniforme applicazione della legge sia quella volta a configurare l'applicabilità dell'aggravante della transnazionalità ai reati fine dell'associazione per delinquere solo allorché il gruppo criminale organizzato che presti il contributo alla commissione del reato non coincida (per nulla) con l'associazione per delinquere stessa, ovvero, comunque con i concorrenti nel reato.

Qualora, al contrario, si ritenesse la configurabilità dell'aggravante nei reati fine dell'associazione per delinquere in presenza di coincidenza (o sovrapposizione) tra l'associazione per delinquere (ovvero, comunque, tra i concorrenti nel reato) e il gruppo criminale organizzato, sembra indispensabile, nel rispetto dell'uniforme interpretazione della legge e della coerenza sistematica, superare pienamente il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite, in modo tale da escludere, in base all'attuale formulazione della norma, la compatibilità tra il reato di associazione per delinquere e l'aggravante della transnazionalità.

³⁵ Proposte legislative sono state auspiccate anche da F. FASANI, *supra nota* 7, p.808, in cui si segnala la necessità, ravvisata dall'Autore, di "creare una nuova aggravante speciale, riferita esclusivamente ai reati associativi la quale, privata dell'inconferente riferimento causale al concetto di "contributo", si limiti a punire la dimensione transnazionale della struttura organizzativa in quanto foriera di un *quid pluris* di pericolosità e dunque di un maggiore disvalore penalistico".

UNA PROPOSTA COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA PER ARGINARE LO STRAPOTERE DEL CAPTATORE

Dalla sentenza Scurato alla riforma Orlando

di Mario Griffo

Abstract. *Il captatore informatico costituisce uno straordinario strumento investigativo ma anche un meccanismo in grado di incidere in maniera devastante nella vita "intima" dell'individuo "bersaglio". Da ciò lo sforzo profuso nel tentativo di contemperare le due esigenze in conflitto. Risultato: gli approdi della "riforma Orlando". Per taluni la auspicata copertura normativa all'impiego di un imprescindibile ed infallibile ausilio alla indagine penale, per altri soltanto l'abbrivio per un complessivo ripensamento in senso maggiormente garantista della materia.*

SOMMARIO: 1. Cos'è il captatore informatico? – 2. Lo statuto del captatore nel contesto delle intercettazioni ambientali – 3. Le perquisizioni informatiche atipiche. – 4. La sentenza "Scurato". – 5. Le valutazioni imposte dalla sentenza "Scurato". – 6. Il *trojan* e la nozione di "criminalità organizzata". – 7. Gli approdi della "delega Orlando". – 8. Il decreto attuativo della "delega Orlando". – 9. La necessità di una soluzione concreta, a tutela dell'individuo e delle sue prerogative intangibili.

1. Cos'è il captatore informatico?

Il virus trojan prende il suo nome, verosimilmente, dal leggendario cavallo di Troia che, per mezzo di Odisseo, l'uomo dal multiforme ingegno, riuscì ad entrare dentro le mura di Troia, con inganno, ed espugnarla. Così come il cavallo di Troia sconfisse i troiani entrando all'interno della loro cittadella muraria, fingendosi un dono pregiato da parte degli Achei, così anche il predetto virus riesce ad entrare, con inganno, nell'apparecchio (attraverso una richiesta di download¹, ad esempio) che si vuole

¹ Il download, o scaricamento, indica in informatica l'azione di ricevere o prelevare da una rete telematica (ad esempio da un sito web) un file, trasferendolo sul disco rigido del computer o su altra periferica dell'utente. Nella maggior parte dei casi lo scaricamento di un file è la conseguenza di una richiesta, più o meno trasparente all'utente del sistema. L'azione inversa è invece detta upload. Ogni volta che un computer connesso a Internet richiede una pagina o un qualsiasi contenuto su internet, un computer remoto invia l'oggetto richiesto attraverso una rete di calcolatori fino al computer che aveva inviato la richiesta, il quale

intercettare, non per distruggerlo né tanto meno per danneggiarlo, ma per carpire qualsiasi dato che ivi possa trovarvi. Tali programmi, per vero, sono concepiti e costruiti per installarsi in modo occulto sui congegni elettronici che si vuole monitorare ed agiscono senza rilevare all'utente la propria presenza.

Inviando un simile virus informatico, in altri termini, è possibile installare negli smartphone, nei tablet e nei computer un software in grado di far controllare l'apparecchio da una postazione remota. L'ufficiale di polizia giudiziaria che opera tale controllo può decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera; visualizzare quel che appare sullo schermo; monitorare la navigazione in internet; perquisire i files contenuti nell'hard disk o salvati in cloud; accedere alle applicazioni di posta elettronica e di messaggia; visualizzare i messaggi inviati e ricevuti e intercettare quelli in entrata e uscita; intercettare le conversazioni telefoniche; attivare il microfono ed effettuare intercettazioni ambientali nel raggio di una decina di metri dall'apparecchio; attivare la videocamera e riprendere quanto viene inquadrato².

Tutte le volte che si parla di captatore informatico in ambito investigativo, tuttavia, è necessario distinguere tra due diverse modalità operative: quella online search e quella online surveillance. I programmi appartenenti alla prima categoria consentono di fare copia, totale o parziale, delle unità di memoria del sistema informatico individuato come obiettivo. I dati sono trasmessi in tempo reale o ad intervalli prestabiliti agli organi di investigazione tramite la rete internet in modalità nascosta e protetta. Attraverso i programmi online surveillance è possibile, invece, captare il flusso informatico intercorrente tra le periferiche — video, microfono, tastiera, webcam — ed il microprocessore del dispositivo bersaglio, consentendo al centro remoto di controllo di monitorare in tempo reale tutto ciò che viene visualizzato sullo

riceve i dati sotto forma di pacchetti da ricostruire. All'interno di questo meccanismo la richiesta di download, che pure prevede l'invio di informazioni al sistema remoto, non viene definita propriamente upload (in italiano "caricamento") in quanto vengono trasferite solo le informazioni necessarie per sincronizzare il trasferimento dei dati. Per questo motivo lo scaricamento di un file comporta necessariamente anche l'utilizzo di parte di banda dell'upload; nel caso in cui la banda in caricamento sia satura la velocità dello scaricamento si autolimiterà (voce *Download*, in *Treccani.it, Enciclopedie on line*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 15 marzo 2011).

² Vedi ATERNO, *Digital forensics (investigazioni informatiche)*, in *Dig. pen.*, Agg. VIII, Utet giuridica, 2014, p. 245, ss.; BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico, tra processo penale e Corte Europea*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2274 ss.; FILIPPO, *L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni unite azzeccano la diagnosi ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico)*, in *Arch. pen.*, 2016, n. 2, p. 11 ss.; IOVENE, [Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 330; NOCERINO, *Le Sezioni unite risolvono l'enigma: l'utilizzabilità del "captatore informatico" nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3566 ss.; TESTAGUZZA, *I sistemi di controllo remoto: tra normativa e prassi*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 759; TONINI-CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, p. 480.

schermo c.d. screenshot³, digitato sulla tastiera c.d. keylogger⁴ o pronunciato al microfono. Si tratta di softwares che, prescindendo dalle autorizzazioni dell'utente, si installano in un sistema scelto come obiettivo e ne acquisiscono qualsiasi informazione.

2. Lo statuto del captatore nel contesto delle intercettazioni ambientali.

I captatori informatici vengono utilizzati dalle forze dell'ordine da anni. Qualche esempio: il caso di Luigi Bisignani. Infatti, nell'inchiesta sulla P4 è stato fondamentale l'uso di un programma che ha trasformato il computer del faccendiere in una microspia: nome in codice "Querela".

O, ancora, l'arresto di Rocco Schirripa accusato di essere l'omicida del procuratore Bruno Caccia, ucciso nel giugno del 1983. Anche qui, secondo quanto riportato dalle cronache, il trojan ci avrebbe messo lo zampino.

Lo stesso Giulio Occhionero afferma di essere stato incastrato dalla polizia con un malware⁵.

³ Il termine inglese screenshot (da screen che significa "schermo" e shot invece "scatto fotografico"), in italiano fermo-immagine, schermata o immagine dello schermo, indica ciò che viene visualizzato in un determinato istante sullo schermo di un monitor, di un televisore o di un qualunque dispositivo video. Nell'ambito dell'informatica il fermo-immagine è il risultato della cattura (istantanea) di ciò che è visualizzato sul monitor del computer. Va precisato che nella terminologia inglese lo screenshot indica solo il processo che cattura l'area dello schermo e che la memorizza nel buffer di sistema, in modo da poterla trasferire (incollare) in un documento (ad esempio, un documento di Paint). Nella terminologia italiana esso indica invece anche l'operazione di memorizzazione della cattura della schermata in un file (in inglese è tecnicamente detto screen dump), l'immagine riprodotta (per esempio a mezzo stampa) o la composizione di un filmato da una sequenza di catture dello schermo, in inglese è tecnicamente detto screen capture (In argomento, DAVID THOMAS, KYLE ORLAND, SCOTT STEINBERG, *The videogame style guide and reference manual*, Power Play Publishing, 2007, p. 57, ISBN 978-1-4303-1305-2).

⁴ In informatica un keylogger è uno strumento hardware o software in grado di effettuare lo sniffing della tastiera di un computer, cioè è in grado di intercettare e catturare segretamente tutto ciò che viene digitato sulla tastiera senza che l'utente si accorga di essere monitorato. Il classico keylogger hardware consiste in un dispositivo elettronico da collegare sul cavo di comunicazione tra la tastiera ed il computer o è posizionato direttamente all'interno della tastiera stessa. Il dispositivo contiene un circuito elettronico che rileva la sequenza di segnali corrispondenti ai pulsanti utilizzati sulla tastiera e la memorizza nella memoria interna. Alcuni possono inviare i dati in rete o essere monitorati e comandati in remoto, in alternativa il dispositivo può essere recuperato fisicamente o i dati possono essere copiati accedendo alla memoria tramite una sequenza chiave segreta. I keylogger hardware sono molto efficaci in quanto la loro installazione è molto semplice e il sistema non è in grado di accorgersi della loro presenza, infatti non c'è necessità di alcun software installato sul sistema operativo del computer da monitorare, di conseguenza il dispositivo risulta invisibile ai software antivirus. Quando installati fra la tastiera e il PC hanno le sembianze di un adattatore o appaiono come dei cavi di prolunga. Quando sono nascosti nella tastiera risultano del tutto invisibili (ADAM PASH, *Keep your passwords safe at public computers*, in *Lifehacker*, 9 maggio 2016).

⁵ Sul punto si segnala la recente decisione adottata nei confronti dei fratelli Occhionero, Cass., Sez. V, 20 ottobre 2017, n. 48370, *inedita*, con la quale è stata riconosciuta oltre alla riconosciuta legittimità della funzione di intercettazione tra presenti anche l'utilizzabilità dei dati captati dal *trojan* grazie alla modalità di captazione dei flussi comunicativi o comunque oggetto di intercettazioni telematiche cifrate non intellegibili che grazie al *trojan* però possono essere acquisiti in chiaro (anche se in parte).

“Un utilizzo che diventerà sempre più frequente man mano che internet verrà cifrata di default, determinando una perdita delle capacità investigative tradizionali”, ha spiegato, nel 2015, a *Repubblica* Fabio Pietrosanti, cofondatore del Centro Hermes per la trasparenza e i diritti umani digitali.

Di quali siano le loro capacità si può solamente immaginarlo: potenzialmente infinite.

Se si pensa che in futuro il monitoraggio potrebbe non limitarsi a cellulari e pc, ma estendersi a tutti gli oggetti smart — dalla tv all'auto — lo scenario diventa orwellianamente preoccupante.

Insomma, il tema è particolarmente delicato poiché i captatori non distinguono l'attività criminale dalla vita di tutti i giorni consentendo di fatto a soggetti esterni di prendere possesso della vita digitale di tutti, ponendo a rischio la privacy e la vita personale della collettività.

Da ciò la necessità di approfondire il problema in chiave squisitamente tecnica e di fissare una sorta di “statuto” delle intercettazioni ambientali mediante utilizzo del *trojan* in tutte le ipotesi specificamente individuabili.

A tal uopo si può effettuare la seguente schematizzazione: *a)* intercettazione di comunicazioni tra presenti, in procedimenti diversi da quelli relativi a criminalità organizzata, in luoghi rientranti nella previsione di cui all'art. 614 c.p. nei quali si stia svolgendo l'attività criminosa; *b)* intercettazione di comunicazioni tra presenti, in procedimenti diversi da quelli relativi a criminalità organizzata, in luoghi diversi da quelli *ex art.* 614 c.p.

Ora, se è esclusa, *de iure condito*, la possibilità di intercettazioni nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. con il mezzo del captatore informatico, avendo sempre come riferimento una richiesta del pubblico ministero di disporla in tutti i luoghi in cui si trova il dispositivo informatico portatile preventivamente infettato (perché, occorre ricordare ancora, è stata proprio questa la questione storicamente pruriginosa), ciò discende da due condivisibili argomenti: da un lato la necessità di un adeguato controllo del giudice al momento dell'autorizzazione; dall'altro l'esigenza di mitigare il rischio di una pluralità di intercettazioni tra presenti in luoghi di privata dimora.

Il che porterebbe, di contro, a ritenere pienamente legittime, quantomeno le intercettazioni di comunicazioni tra presenti mediante utilizzo del *trojan*, in procedimenti diversi da quelli relativi a criminalità organizzata, in luoghi rientranti nella previsione di cui all'art. 614 c.p. e nei quali si stia svolgendo l'attività criminosa, ove preventivamente indicati (in termini precisi) nella richiesta di intercettazione; le intercettazioni di comunicazioni tra presenti tramite utilizzo del *trojan*, in procedimenti diversi da quelli relativi a criminalità organizzata, in luoghi diversi da quelli *ex art.* 614 c.p., allo stesso modo preventivamente indicati (ma qui anche semplicemente in termini generici di “ambiente”) nella richiesta di intercettazione.

In entrambi i casi sembrano infatti poter essere rispettati non solo i principi di garanzia dell'individuo ma — ancor prima — sussistenti tutti i relativi presupposti tecnico-investigativi.

3. Le perquisizioni informatiche atipiche.

Sulla scorta delle premesse di cui innanzi, bisogna necessariamente distinguere tra l'ipotesi in cui il trojan venga usato per effettuare intercettazioni ambientali⁶ dal suo impiego per perquisire a distanza gli archivi di computer, tablet, smartphone. Sotto quest'ultimo aspetto è chiaro che l'ipotesi fuoriesce dal raggio d'azione degli art. 14 e 15 Cost. e, dunque, non basterebbe una disciplina normativa ma sarebbe necessaria l'affermazione di un nuovo (ed inedito) diritto fondamentale all'uso libero e riservato delle tecnologie informatiche. Non consistendo in una intrusione fisica in una privata dimora, infatti, le perquisizioni on-line non minacciano il domicilio.

Frugare fra i file contenuti in un hard disk, inoltre, è attività diversa dal carpire il flusso di una corrispondenza o di un dialogo in atto, che non lede la libertà e la segretezza delle comunicazioni. In questa prospettiva, è stata indicata a modello l'elaborazione della Corte costituzionale tedesca che, in una nota sentenza del febbraio 2008, ha sancito un apposito diritto fondamentale ("il diritto all'uso riservato e confidenziale delle tecnologie informatiche"), derivato dalla dignità della persona, matrice dei diritti fondamentali⁷.

Tuttavia, non sempre è agevole comprendere quale mezzo tecnologico sia stato impiegato nella specifica indagine e, dunque, procedere alla relativa qualificazione giuridica.

⁶ ORLANDI, *Osservazioni su documento redatto dai docenti torinesi di procedura penale sul problema dei captatori informatici*, in *Arch. pen.* (web), luglio 2016.

⁷ Si tratta della sentenza del Bundesverfassungsgericht 27 febbraio 2008, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3, 2009, p. 679 ss., con nota di FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. online durchsuchung*, con la quale è stata riconosciuta l'inadeguatezza dei diritti a tutela delle libertà di domicilio e delle comunicazioni a dare copertura sufficiente allo spazio digitale, ed è stato inaugurato un nuovo diritto costituzionale riconducibile alla c.d. "autodeterminazione informativa" e "sicurezza informatica", quest'ultima da intendersi anche come integrità e riservatezza dei dati e delle informazioni trattate da sistemi informatici, fondato sulla dignità umana dell'individuo e dell'utente "informatico". Nel 2016 è intervenuta un'altra pronuncia (Bundersverfassungsgericht, I Senato, 20 aprile 2016, 1 BVR 966/09, 1 BVR 1140/09, in *Cass. pen.*, 8 maggio 2016, sulla quale sia consentito il rinvio a GIORDANO-VENEGONI, *La Corte Costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici*, con la quale è stato ribadito che, anche nel caso di investigazioni compiute per mezzo di strumenti tecnologici che garantiscono l'accesso da remoto ai sistemi informatici, va garantito il nucleo della vita privata ("Kernbereich privater Lebensgestaltung" nella versione originale tedesca, "core area of private life", nella traduzione inglese del comunicato stampa della Corte), non tutelato adeguatamente, secondo la Corte, dal paragrafo 20k della legge federale denominata "Bundeskriminalamtgesetz" – BKAG – che disciplina i compiti e l'attività della forza di polizia federale, la quale prevede il controllo dei dati raccolti ad opera del personale dell'ufficio federale di polizia penale e non di soggetti esterni e indipendenti. Al riguardo, infatti, va segnalato che la disciplina delle intercettazioni in Germania è caratterizzata dall'intangibilità assoluta del nucleo caratterizzante la vita privata e dal controllo politico-parlamentare (cfr. RUGGERI, *Le intercettazioni e la sorveglianza di comunicazioni e dati nei Paesi di area tedesca*, in AA.Vv., *Le intercettazioni di conversazioni, Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi della procedura penale, Milano, 2007, p. 218).

L'osservazione rimanda ad una significativa decisione della Suprema Corte che permette di cogliere la portata del problema⁸.

Nel corso di un'indagine relativa ad un'organizzazione che importava ingenti quantitativi di cocaina dal Sud-America veniva captata la corrispondenza elettronica di diversi imputati⁹. Le e-mail, in particolare, erano oggetto di un provvedimento d'intercettazione di flussi telematici in entrata e in uscita dai computer ubicati nei predetti internet point ai sensi dell'art. 266-bis c.p.p. Le comunicazioni lasciate in "bozza" e quelle che erano state inviate o ricevute in precedenza, ma giacenti nelle diverse cartelle dell'account, venivano carpite con un sistema più ingegnoso: gli investigatori si procuravano le credenziali di accesso controllando a distanza gli imputati tramite trojan che, inoculato nei computer, permetteva di conoscere quanto veniva digitato sulla tastiera; quindi, entravano direttamente nelle caselle di posta elettronica, apprendendone il contenuto.

La Corte, nella specie, ha ritenuto che le e-mail pervenute o inviate al destinatario ed archiviate nelle cartelle della posta elettronica (cioè "parcheggiate") possono essere oggetto di intercettazione, trattandosi di un flusso di dati già avvenuto ed essendo irrilevante la mancanza del presupposto della loro apprensione contestualmente alla comunicazione. Esulano, invece, dal materiale intercettabile le e-mail "bozza", non inviate al destinatario, ma conservate nell'account di posta (o in apposito spazio

⁸ Cass., Sez. IV, 28 giugno 2016, n. 40903, in *CED Cass.*, n. 268228.

⁹ Più specificamente, durante le investigazioni, per mezzo di servizi di pedinamento e osservazione, era stato appurato che gli imputati frequentavano alcuni internet point di Roma per accedere ad alcune caselle di posta elettronica attivate presso il provider statunitense "hotmail.com", con le quali intrattenevano una corrispondenza con i complici sudamericani. I contatti informatici avvenivano secondo due diverse modalità. In alcuni casi, i messaggi di posta erano normalmente spediti in via telematica; in altri, invece, venivano scritte e-mail che non erano inoltrate al destinatario, ma archiviate nella cartella "bozze". Esse potevano essere lette dai complici che, in possesso di username e password, accedevano successivamente alla casella di posta elettronica. Questo singolare modo di comunicare era impiegato soprattutto per le informazioni più riservate, come quelle che avevano ad oggetto i numeri telefonici "dedicati" allo svolgimento delle singole operazioni di importazione di droga.

virtuale come Dropbox¹⁰ o Google Drive¹¹), le quali possono comunque essere acquisite per mezzo di un sequestro di dati informatici. Tra i vari spunti che la decisione suscita meritano di essere approfonditi proprio i limiti connessi all'impiego del virus tipo trojan.

¹⁰ Dropbox è un servizio di file hosting gestito dalla società americana Dropbox Inc., che offre cloud storage, sincronizzazione automatica dei file, cloud personale e software client. Esso si basa sul protocollo crittografico Secure Sockets Layer (SSL), i file immagazzinati e accessibili tramite password vengono cifrati tramite AES con chiave a 256 bit. Il programma per usufruire del servizio, scaricabile gratuitamente, è disponibile per Windows, macOS, Linux, iOS, BlackBerry OS, Android, Windows RT e Windows Phone. Il meccanismo utilizza un modello di business freemium, dove viene offerto un account gratuito con una capacità di 2 GB di base, estendibili, in vari modi, fino a 18 GB in totale. Ad esempio, si guadagnano 500 MB per ogni nuova persona invitata che si registri al sito e installi il software sul proprio computer. È possibile aumentare ulteriormente lo spazio gratuito collegando il proprio account ai social network (fino a 640 MB) oppure usando le versioni beta del programma (fino a 5 GB). I piani tariffari a pagamento permettono di aumentare lo spazio fino a 1 TB e di guadagnarne altro invitando nuove persone a utilizzare il servizio. Il servizio può essere usato anche via web, caricando e visualizzando i file tramite il browser, oppure tramite il driver locale che sincronizza automaticamente una cartella locale del file system con quella condivisa, notificando le sue attività all'utente. L'interfaccia web consente il caricamento di file con dimensione massima pari a 300 MB ciascuno. I link che utilizzano più di 20 GB/giorno per account di base (gratis) e 200 GB/giorno per account Pro e Business (a pagamento) vengono automaticamente sospesi. Nel novembre 2009 Dropbox raggiunge la cifra di 3 milioni di utenti, e il 20 gennaio 2010 annuncia il raggiungimento di 4 milioni di utenze. Il 13 novembre 2012 Dropbox ha raggiunto 100 milioni di utenti. Dal 10 gennaio 2014 al 13 gennaio 2014 Dropbox ha sofferto un downtime, che inizialmente ha coinvolto oltre alla sincronizzazione via app anche il sito, al 12 gennaio il problema ha riguardato sia la webapp, questo è stato risolto il 12 gennaio 2014, mentre il problema alla sincronizzazione è durato più a lungo. A detta dello staff il problema si è verificato durante una manutenzione programmata del sistema dove a causa di un baco in uno script di aggiornamento alcuni dei sistemi critici sono andati offline ed è stato necessario ripristinarli con un backup in quanto le macchine di riserva erano anch'esse compromesse (cfr. ROBIN WAUTERS, *Dropbox Announces 4 Million Users, Hires A VP From Salesforce*, in *TechCrunch*, 20 gennaio 2010; MIKE SCHRAMM, *Dropbox hits 100 million users, looking for great Dropbox stories*, in *Engadget*, 14 novembre 2012).

¹¹ Google Drive è un servizio, in ambiente cloud computing, di memorizzazione e sincronizzazione online introdotto da Google il 24 aprile 2012. Il servizio comprende il file hosting, il file sharing e la modifica collaborativa di documenti, inizialmente fino a 5 GB, da ottobre 2013, invece fino a 15 GB gratuiti (inclusivi dello spazio di memorizzazione di Gmail e delle foto di Google+) estendibili fino a 30 TB in totale. Il servizio può essere usato via web, caricando e visualizzando i file tramite il web browser, oppure tramite l'applicazione installata su computer, che sincronizza automaticamente una cartella locale del file system con quella condivisa. Su Google Drive sono presenti anche i documenti creati con Google Documenti. La peculiarità dell'applicazione è di risiedere sul server Google e di essere lanciata da remoto, non richiedendo l'installazione di alcun software sul computer locale. Diversamente da altri applicativi che lavorano da remoto, nemmeno i dati sono salvati in locale. Questo consente di condividere i file con altri utenti invitati con diversi livelli di privilegio (sola lettura, accesso in scrittura ad alcune parti o a tutto il documento) e di utilizzare i file da qualunque computer tramite cui ci si colleghi alla casella di posta. La conservazione dei dati non in locale pone però seri problemi di privacy per le aziende e per i singoli, sia per l'utilizzo delle informazioni a scopo di schedature che potrebbe essere fatto da chi gestisce il servizio, sia per il maggiore rischio di attacchi e manipolazioni da parte di soggetti esterni, che si verifica quando i dati risiedono su server sempre connessi a Internet. Esiste una policy di sicurezza, ma le legislazioni nazionali sulla privacy non sono allineate verso uno standard internazionale. La cifratura dei dati e l'adozione di protocolli di comunicazione sicura (come SSL) contribuiscono a ridurre il rischio di attacchi esterni, ma non garantiscono un utilizzo appropriato delle informazioni (cfr. JOSH SMITH, *What you love about Google Search — now for Drive*, in *The Keyword Google Blog*, Google., September 20, 2016, Retrieved November 12, 2016; NAPIER LOPEZ, *Android users can now find Google Drive files right in Search*, in *The Next Web*, February 23, 2017, Retrieved March 27, 2017).

Secondo la sentenza in disamina, infatti, «l'uso del trojan...è stato limitato...all'acquisizione delle password di accesso agli account di posta elettronica. Ottenute queste password, gli inquirenti hanno avuto anch'essi accesso ai vari account nomeutente@hotmail.com e hanno preso visione: a) dei messaggi che venivano via via inviati o ricevuti; b) dei messaggi che venivano salvati nella cartella "bozze"». Di conseguenza, «si è usato il programma informatico...così come si è da sempre usata la microspia per le intercettazioni telefoniche o ambientali».

Su questo punto appare legittimo dissentire.

Non sembra, invece, che il software sia stato adoperato per cogliere comunicazioni, quanto piuttosto per individuare ciò che era digitato sui computer. In questo modo sono state acquisite le password che hanno consentito l'accesso agli account¹² di posta elettronica ed alle mail contenute¹³. Appare arduo, insomma,

¹² Attraverso il meccanismo dell'account, il sistema mette a disposizione dell'utente un ambiente con contenuti e funzionalità personalizzabili, oltre ad un conveniente grado di isolamento dalle altre utenze parallele. Il termine deriva dal gergo bancario, ed infatti in molte lingue la stessa parola indica un conto corrente ed un conto in banca, ad esempio in lingua inglese (account, parola presa in prestito in italiano) o polacco (konto), quasi ad evidenziare la possibilità di usufruire di servizi che ha un utente registrato ed identificato presso un sito web (paragonabile ai servizi del cliente che ha mostrato il proprio documento presso la sua banca). Infatti, il sistema informatico è in grado di riconoscere l'identità del titolare di un account, ne memorizza e conserva un insieme di dati ed informazioni attribuite ad esso, spesso da esso unicamente gestibili ed accessibili per un utilizzo futuro. In questo si differenzia da altre modalità di accesso a sistemi di servizio interattivi che non presuppongono la ripetizione del rapporto con l'utente. L'insieme di dati e informazioni che individuano il titolare dell'account nonché le preferenze di utilizzo, rappresentano il profilo associato all'account. L'accesso a un account è un processo chiamato login (o logon) ed associato ad una procedura di riconoscimento, detta autenticazione. Durante l'autenticazione, sono richieste le credenziali d'accesso, cioè il nome utente (username) e la relativa password (parola d'ordine o chiave d'accesso). Tali credenziali possono essere definite manualmente da un amministratore o generate automaticamente attraverso un processo di registrazione denominata signup. Lo username dovrebbe essere tale da consentire un riconoscimento univoco dell'utenza. Non è impossibile, tuttavia, che ad una singola utenza sia associata una pluralità di username. L'username, frequentemente, è conoscibile in forma pubblica, ed è sempre noto all'amministratore del sistema. La password, invece, è un'informazione rigorosamente attribuita al possesso dell'utente, che ne è unico responsabile. Allo scopo, viene conservata dal sistema in forma criptata non reversibile (funzione di hash). Può essere sovrascritta in qualunque momento dall'amministratore con una nuova password, senza che questa azione permetta allo stesso amministratore di risalire alla password originale. Questo ha significato se si pensa che l'utente per ricordare le password a memoria avrà delle preferenze nella scelta delle sue chiavi che per questioni di sicurezza è bene non siano individuate da persone estranee (anche se si tratta di un amministratore). La complessità delle funzionalità richieste al processo di accesso impone di affidarne la gestione a veri programmi autonomi. Quelli con interfaccia grafica sono chiamati desktop manager. Tra i principali si possono citare kdm e gdm, che implementano, tra le altre cose, degli strumenti di configurazione molto flessibili, basati su tecnologie xml, l'autologin, un menu con la lista degli utenti, un menu con la lista degli ambienti desktop e dei gestori grafici disponibili, uno strumento per l'accesso remoto a servizi remoti in ascolto, come l'XDMCP e via dicendo.

¹³ Nel caso di specie, dunque, l'acquisizione del flusso informativo non è avvenuto mediante la duplicazione della casella di posta elettronica da parte del gestore, con il conseguente inoltro di tutte le email al server della Procura della Repubblica, ma penetrando all'interno della casella di posta elettronica grazie all'acquisizione delle credenziali. In questo modo, sono state carpite mail in un account di posta elettronica @hotmail.com gestita da una società statunitense, il cui server è allocato in territorio americano e che,

ricomprendere la digitazione sulla tastiera di un computer necessaria per accedere ad una casella di posta elettronica nel concetto di comunicazione. Sembra piuttosto che il software sia stato usato per compiere un'ispezione o una perquisizione, di tipo elettronico¹⁴, che ha condotto all'acquisizione (sequestro) della password, attività con le quali il legislatore non si è appieno confrontato.

verosimilmente, avrebbe potuto porre ostacoli agli investigatori. Sull'acquisizione delle e-mail si veda MANCUSO, *L'acquisizione di contenuti e-mail*, in Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino, 2014, p. 53.

¹⁴ Con la legge 18 febbraio 2008 n. 48 lo Stato italiano ha ratificato e dato esecuzione alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica firmata a Budapest il 23 novembre 2001, e ha così aggiornato alcune norme del III e del IV libro del codice di procedura penale concernenti le prove e le indagini, consentendo ispezioni, perquisizioni, sequestri e accertamenti urgenti di PG riguardo a sistemi o programmi informatici e telematici, anche se salvaguardati da misure di sicurezza. La nuova normativa non ha regolamentato nel dettaglio le operazioni di acquisizione di notizie informatiche, ma ha indicato pragmaticamente quale debba essere il risultato finale da conseguire piuttosto che il metodo per raggiungerlo, evitando così una scelta fra vari possibili protocolli che, come s'è già detto, sono innumerevoli e soggetti a frequentissimi aggiornamenti in conseguenza dell'evoluzione continua della disciplina. Il legislatore ha invece indicato la necessità di soddisfare alcune esigenze dirette a: consentire la conservazione dei dati originali; impedirne l'alterazione nel corso delle operazioni di ricerca delle fonti di prova; garantire la conformità della copia all'originale, nonché la sua immodificabilità quando si proceda ad una duplicazione; dotare di sigilli informatici i documenti appresi. Le modifiche apportate dalla legge n. 48 del 2008 hanno riguardato alcuni punti del codice di procedura penale: in tema di ispezioni, all'art. 244 comma 2 secondo periodo sono state aggiunte le parole: "anche in relazione a sistemi informatici, telematici, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e a impedirne l'alterazione"; all'art. 247, che concerne casi e forme delle perquisizioni, è stato inserito il comma 1 bis: "Quando vi è fondato motivo di ritenere che dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato si trovino in un sistema informatico o telematico, ancorché non protetto da misure di sicurezza, ne è disposta la perquisizione, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e a impedirne l'alterazione"; è stato sostituito il primo comma dell'art. 254, riguardante il sequestro di corrispondenza, col seguente: "Presso coloro che forniscono servizi postali, telegrafici, telematici o di telecomunicazioni è consentito procedere al sequestro di lettere, pieghi, pacchi, valori, telegrammi e altri oggetti di corrispondenza, anche se inoltrati per via telematica, che l'autorità giudiziaria abbia fondato motivo di ritenere spediti dall'imputato o a lui diretti, anche sotto nome diverso o per mezzo di persona diversa, o che comunque possono avere relazione con il reato"; è stato aggiunto l'art. 254 bis: "Sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici o di telecomunicazioni. L'autorità giudiziaria, quando dispone il sequestro, presso i fornitori di servizi informatici, telematici o di telecomunicazioni, dei dati da questi detenuti, compresi quelli di traffico o di ubicazione, può stabilire, per esigenze legate alla regolare fornitura dei servizi medesimi, che la loro acquisizione avvenga mediante la copia di essi su adeguato supporto, con una procedura che assicuri la conformità dei dati acquisiti a quelli originali e la loro immodificabilità. In questo caso è, comunque, ordinato al fornitore dei servizi di conservare e proteggere adeguatamente i dati originali"; nel primo comma dell'art. 256, che riguarda il dovere delle persone indicate dagli artt. 200 e 201 di consegnare immediatamente atti e documenti, sono state aggiunte le parole: "nonché i dati, le informazioni e i programmi informatici, anche mediante copia di essi su adeguato supporto"; al secondo comma dell'art. 259, riguardante gli obblighi del custode delle cose sequestrate, è stato aggiunto il periodo: "Quando la custodia riguarda dati, informazioni o programmi informatici, il custode è altresì avvertito dell'obbligo di impedirne l'alterazione o l'accesso da parte di terzi, salva, in quest'ultimo caso, diversa disposizione dell'autorità giudiziaria"; l'art. 260 prevede ora che il sigillo alle cose sequestrate possa essere apposto con mezzi "anche di carattere elettronico o informatico";

Il tema, allora, rimanda alle affermazioni di diritto rese sull'argomento dal Supremo organo nomofilattico.

nell'art. 352, che riguarda le perquisizioni a iniziativa della polizia giudiziaria, è stato inserito il comma 1 bis: "Nella flagranza del reato, ovvero nei casi di cui al comma 2 quando sussistono i presupposti e le altre condizioni ivi previsti, gli ufficiali di polizia giudiziaria, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e a impedirne l'alterazione, procedono altresì alla perquisizione di sistemi informatici o telematici, ancorché protetti da misure di sicurezza, quando hanno fondato motivo di ritenere che in questi si trovino occultati dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato che possono essere cancellati o dispersi"; l'art. 353 prevede che il pm autorizzi la pg a ricercare notizie utili all'assicurazione delle fonti di prova non solamente con l'immediata apertura di plichi, ma anche con l'"accertamento del contenuto" della corrispondenza informatica; dopo il primo periodo dell'art. 354 ("accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone. Sequestro") è stato aggiunto: "In relazione ai dati, alle informazioni e ai programmi informatici o ai sistemi informativi o telematici, gli ufficiali della polizia giudiziaria adottano, altresì, le misure tecniche o impartiscono le prescrizioni necessarie ad assicurare la conservazione e a impedirne l'alterazione e l'accesso e provvedono, ove possibile, alla loro immediata duplicazione su adeguati supporti, mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immodificabilità". Le garanzie indicate dalla novella del 2008 hanno l'evidente finalità di assicurare l'acquisizione di elementi di prova genuini e attendibili e di raggiungere l'obiettivo di salvaguardare, a tutela dei diritti della difesa, la possibilità del controllo successivo dell'attività degli inquirenti, che deve concernere in primo luogo la verifica del metodo utilizzato per l'acquisizione. I procedimenti scientifici riguardanti l'informatica e la raccolta della prova digitale, come detto, sono in continua evoluzione. È sorto in passato il dubbio che, in relazione alla novità che le riguardano, l'assunzione di quelle emergenze probatorie dovesse ritenersi regolata dall'art. 189 cpp, cioè dalla norma nata sia per disciplinare situazioni contrassegnate da caratteristiche di novità, che per evitare eccessive limitazioni all'accertamento della verità in relazione al "continuo sviluppo tecnologico che estende le frontiere dell'investigazione", richiamato dalla Relazione al progetto preliminare del cpp. L'applicazione della disciplina dettata dal citato art. 189 implica che il richiedente dimostri l'idoneità della prova atipica ad accertare i fatti, anche in relazione alla "affidabilità dei metodi e delle procedure adottate dall'esperto". È sorto però il dubbio che quella norma potesse riguardare esclusivamente gli strumenti scientifici nuovi o controversi (accertamento che lascerebbe uno spazio eccessivo alla discrezionalità in relazione alla definizione dei detti requisiti), sia perché essa non contiene un'indicazione specifica in tal senso, sia perché quella regolamentazione potrebbe essere applicabile anche ad altri collaudati mezzi di prova scientifica il cui svolgimento non sia però regolato dalla legge. La novella del 2008 ha ricondotto le attività di ricerca e raccolta della prova informatica nel novero dei mezzi tipici disciplinati dal codice con la conseguenza che anche riguardo all'ammissione delle prove informatiche si applicano le regole dettate dall'art. 190 cpp. Da ciò consegue che una prova che sia fondata su teorie o procedimenti scientifici inaffidabili non può essere ammessa poiché "la prova non autenticamente scientifica è manifestamente irrilevante". Nel momento dell'assunzione il giudice deve valutare criticamente l'affidabilità delle procedure e dei metodi scientifici adottati dagli inquirenti sulla base di alcuni criteri fondamentali che sono generalmente indicati nella "accettazione generale da parte degli studiosi... dal grado di controllabilità e falsificabilità del metodo scientifico, l'esistenza di una revisione critica da parte degli esperti del settore, l'indicazione del margine di errore conosciuto...". Naturalmente, vertendosi in tema di prova, è necessario che chi intenda contraddire un elemento istruttorio offerto dalla parte avversa si debba addossare l'onere di indicare gli elementi sui quali si basa l'eccezione. La difesa che contesti gli elementi di prova informatica portati dal pm deve specificare i dati di fatto in cui si sostanzia la violazione e deve fornire gli elementi di giudizio che la facciano ritenere sussistente. È necessario quindi che la parte interessata segnali, e alleggi, protocolli, linee guida, regole tecniche comunemente accettate dagli ambienti scientifici che ritiene siano stati violati nel corso della raccolta della prova e abbiano determinato una qualche distorsione del dato informatico.

4. La sentenza “Scurato”.

Con la sentenza n. 26889 del 28 aprile 2016, Scurato¹⁵, le Sezioni Unite della cassazione, come è noto, hanno affrontato il tema dell'impiego, per lo svolgimento di intercettazioni, di programmi informatici inseriti a distanza in apparecchi elettronici come smartphone, computer o tablet.

Tra le diverse azioni astrattamente realizzabili con un software che presenta le potenzialità descritte, la decisione si sofferma solo sul suo impiego allo scopo di ascoltare dialoghi tra presenti.

Questa, infatti, è la sola attività investigativa che è stata esperita nella vicenda posta al vaglio della Suprema Corte e che, di conseguenza, è stata oggetto di eccezione di inutilizzabilità.

Orbene, secondo la decisione, anche se eseguite con mezzo informatico, le intercettazioni compiute per mezzo dell'agente intrusore vanno ricondotte a quelle di natura ambientale disciplinate dall'art. 266, comma 2, c.p.p. Esse, però, presentano una caratteristica peculiare: se il programma è installato in un dispositivo portatile possono avvenire in qualsiasi luogo sia condotto detto mezzo, dunque anche in un domicilio. Proprio tale potenzialità operativa comporta la necessità di realizzare un difficile bilanciamento delle esigenze investigative con la garanzia dei diritti individuali alla riservatezza, all'inviolabilità del domicilio ed alla segretezza delle comunicazioni.

Di tal che, dopo aver delineato le caratteristiche dello strumento investigativo in esame, le Sezioni unite hanno individuato la disciplina applicabile nella specie in quella delle intercettazioni “ambientali”, richiamando gli artt. 266, 267 e 271 c.p.p. nonché, tenuto conto che all'indagato era contestato un reato di criminalità organizzata, l'art. 13 del decreto legge n. 152 del 1991, convertito dalla legge n. 252 del 1991.

Ad ogni modo, secondo la Corte, anche in forza di una lettura orientata dalle disposizioni costituzionali e convenzionali, l'art. 266, comma 2, c.p.p. non imporrebbe come condizione di legittimità di un provvedimento di intercettazione “ambientale” la precisazione dello specifico luogo in cui deve essere svolta l'attività investigativa.

In questo senso, dunque, le Sezioni Unite manifestano di non condividere l'orientamento dalla sentenza Musumeci¹⁶, secondo la quale l'intercettazione delle conversazioni tra presenti sarebbe da ritenersi legittima solo se il relativo decreto autorizzativo individua con precisione i luoghi in cui eseguire tale attività captativa. La specificazione del “dove” nel provvedimento autorizzativo, invece, sarebbe necessaria soltanto quando la captazione deve intervenire nei luoghi indicati nell'art. 614 c.p. Esclusivamente in questo caso, infatti, l'art. 266, comma 2, c.p.p. prevede come condizione di legittimità delle intercettazioni da realizzarsi in luoghi di privata dimora il «fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa».

¹⁵ In *Guida dir.*, 2016, 30, p. 87.

¹⁶ Cass., Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2710, in *C.E.D. Cass.*, n. 265654.

Ne deriva che, in detta ipotesi, è indispensabile la puntualizzazione del domicilio in cui si deve svolgere l'intercettazione perché bisogna che nel posto individuato sia in corso l'attività criminale.

Al riguardo, la Corte precisa che l'espressione "intercettazioni ambientali" è invalsa nella prassi in un'epoca in cui questo genere di captazioni aveva bisogno dell'apposizione di una "micro-spia" in un preciso ambiente. Il codice di rito, invece, utilizza la più precisa locuzione di intercettazioni «tra presenti», a riprova del fatto che, di regola, la determinazione del luogo in cui avvengono le rilevazioni non è un presupposto di legittimità del provvedimento.

Dalla disciplina delle intercettazioni "tra presenti" così ricostruita, la decisione trae le dirette conseguenze sull'impiego del cd. captatore informatico installato su di un apparecchio portatile: nel momento in cui autorizza un'intercettazione da effettuarsi in tale modo, «il giudice non può prevedere e predeterminare i luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo elettronico verrà introdotto». Ciò comporta che non potrebbe esperirsi un adeguato controllo circa l'effettivo rispetto del presupposto di legittimità previsto dall'art. 266, comma 2, c.p.p., non potendo appurarsi che nel domicilio in cui potrebbe essere condotto l'apparecchio "infettato" sia in corso un'attività criminosa.

Viepiù, la Corte specifica che, anche se fosse possibile seguire gli spostamenti dell'utilizzatore del dispositivo elettronico, sospendendo la captazione nel caso di ingresso in un luogo di privata dimora, «sarebbe comunque impedito il controllo del giudice al momento dell'autorizzazione, che verrebbe disposta al buio», cioè senza aver valutato preventivamente che in detto posto sia in atto un'attività criminosa.

5. Le valutazioni imposte dalla sentenza "Scurato".

Di primo acchito sembra doversi manifestare un giudizio negativo rispetto alle conclusioni della sentenza in oggetto perché né il codice di procedura penale, né altre leggi autorizzano l'uso di un mezzo tanto invasivo. Gli artt. 14 e 15 Cost. e l'art. 8 CEDU richiedono la specifica previsione di legge per ogni violazione dell'intimità domiciliare e della segretezza delle comunicazioni nonché per ogni ingerenza dell'autorità pubblica nella vita privata e familiare degli individui. La necessità di contrastare la criminalità, in particolare quella organizzata e terroristica, con i più sofisticati strumenti di indagine, dunque, non è sufficiente per superare la preoccupazione che ingenera l'uso di tali strumenti di intrusione informatica in mancanza di specifiche disposizioni normative che regolino la materia nell'adeguato bilanciamento dei principi costituzionali e convenzionali coinvolti.

Sotto diverso profilo, però, potrebbe rilevarsi che, proprio come evidenziato dalla sentenza della Suprema Corte, l'uso della tecnica in esame per effettuare intercettazioni "tra presenti" trovi una base legale negli artt. 266 e 266-bis c.p.p. e nell'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991.

L'impiego per altre finalità come la perquisizione a distanza degli archivi di computer, tablet, smartphone, invece, sarebbe privo di un fondamento giuridico, fuoriuscendo dal raggio di azione degli artt. 14 e 15 Cost.

L'intervento del legislatore, pertanto, si è rivelato quanto mai imprescindibile nella specie soprattutto in relazione allo specifico profilo delle cd. perquisizioni on-line (che, comunque, esulava dall'ambito del giudizio di cui erano investite le Sezioni unite). Rispetto a questo aspetto appare essenziale l'affermazione di un nuovo (ed inedito) diritto fondamentale all'uso libero e riservato delle tecnologie informatiche.

Dopo la decisione illustrata, peraltro, il tema è stato affrontato solo da poche pronunce.

Alcune sentenze della Sezione Sesta, tutte nondimeno concernenti la medesima vicenda cautelare che ha dato l'occasione per l'intervento delle Sezioni Unite, hanno ribadito che è ammissibile l'utilizzo del captatore informatico limitatamente ai procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata, anche terroristica, a norma dell'art. 13 del decreto legge n. 152 del 1991, intendendosi per tali quelli elencati nell'art. 51, comma 3-bis e 3-quater, c.p.p.¹⁷

L'eccezione di inutilizzabilità delle intercettazioni compiute per mezzo del software, inoltre, è stata formulata in un giudizio avente ad oggetto reati di corruzione, falso, turbativa d'asta, truffa ed altro¹⁸.

In questo caso, la Corte, pur dando atto in motivazione dell'intervenuto pronunciamento delle Sezioni Unite che limita la possibilità di impiegare il cd. captatore informatico ai reati di criminalità organizzata, ha ribadito l'orientamento consolidato secondo il quale è onere della parte che lamenti l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni indicare con precisione l'atto asseritamente affetto dal vizio denunciato e curare e che lo stesso sia acquisito al fascicolo trasmesso al giudice di legittimità, anche provvedendo a produrlo in copia nel giudizio di cassazione¹⁹.

Il mancato adempimento di tale onere ha determinato il rigetto dell'eccezione.

6. Il trojan e la nozione di "criminalità organizzata".

Dal momento in cui è stato reputato legittimo l'impiego del virus autoinstallante per la realizzazione di intercettazioni "tra presenti" limitatamente ai delitti di "criminalità organizzata"²⁰, il tema si è spostato sulla nozione di "criminalità organizzata".

¹⁷ Cfr. Cass., Sez. VI, 3 maggio 2016, sent. n. 27404, Marino, *inedita*; Cass., Sez. VI, 3 maggio 2016, sent. n. 26054, Di Cara, *inedita*; Cass., Sez. VI, 3 maggio 2016, sent. n. 26055, Bronte, *inedita*; Cass., Sez. VI, 3 maggio 2016, sent. n. 26058, Lo Iacono, *inedita*.

¹⁸ Cass., Sez. V, 4 marzo 2016, n. 26817, Iodice ed altri, *inedita*.

¹⁹ Cfr. Cass., Sez. II, 11 aprile 2013, n. 24925, in C.E.D. Cass., n. 256540.

²⁰ Secondo la decisione, per questo genere di reati, l'installazione del captatore informatico in un dispositivo "itinerante" costituisce «una delle naturali modalità di attuazione delle intercettazioni», al pari della collocazione di microspie all'interno di un luogo di privata dimora. Escludendo espressamente il requisito autorizzativo previsto dall'art. 266, comma 2, secondo periodo, c.p.p. il legislatore «ha operato evidentemente uno specifico bilanciamento di interessi, optando per una più pregnante limitazione della segretezza delle comunicazioni e della tutela del domicilio tenendo conto dell'eccezionale gravità e

Nel nostro ordinamento non esiste una definizione di criminalità organizzata. La accezione può essere ricavata solo da elementi criminologici, sociologici o dalle convenzioni internazionali che si sono occupate della materia ed in primo luogo dalla Convenzione TOC (Transnational Organized Crime), Convenzione ONU, siglata a Palermo nel dicembre del 2000 e ratificata nel nostro ordinamento con la l. n. 146 del 2006.

A differenza di tutti gli altri ordinamenti di civil law ovvero di common law, il sistema italiano conosce cinque varianti di criminalità organizzata: a) la criminalità organizzata comune, ovvero quella riconducibile allo schema dell'associazione per delinquere prevista dall'art. 416 c.p., che si riscontra in tutti i casi nei quali un gruppo di persone si associa per la realizzazione di delitti comuni; b) l'associazione di tipo mafioso, disciplinata dall'art. 416-bis c.p., che si concretizza quando il sodalizio pone in essere delitti o addirittura attività lecite (quali il controllo di attività economiche, l'acquisizione di concessioni o appalti, il condizionamento di voti favorevoli durante le competizioni elettorali) attraverso un metodo mafioso, caratterizzato dalla intimidazione e dalla omertà che ne deriva; c) le associazioni c.d. monotematiche, ovvero quelle costituite esclusivamente per la gestione di singole attività delittuose (associazione contrabbandiera, art. 291quater del Testo Unico Leggi Doganali, per il commercio dei tabacchi lavorati esteri, associazione per il traffico di stupefacenti, art. 74 del Testo Unico Stupefacenti, associazione finalizzata alla tratta degli essere umani, art. 416 c.p. sesto comma, ecc.); d) le associazioni con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, *ex* art. 270 e seguenti codice penale.

Ne deriva un panorama articolato e complesso che ha determinato una serie di deroghe al nostro, sistema processuale.

Occorre considerare, infatti, che sotto il profilo processuale il fenomeno della criminalità organizzata rappresenta soprattutto una conclamata difficoltà per l'acquisizione, della prova.

Sulla base di tali considerazioni il nostro legislatore, nel corso degli anni, ha progressivamente inserito delle deroghe al normale svolgimento delle indagini e del dibattimento processuale, per agevolare il compito degli investigatori e dell'accusa nel contrastare e punire fatti di enorme gravità e di sicuro allarme sociale. Purtroppo, tali modifiche, succedutesi negli anni con una serie di interventi normativi, non costituiscono un complesso organico di norme e non risultano facilmente rinvenibili dall'interprete. Esse, infatti, sono state inserite con commi aggiunti agli articoli del codice, ovvero con provvedimenti contenuti in leggi speciali e, qualche volta, addirittura con modifiche apportate dalla giurisprudenza della Corte costituzionale o della Suprema Corte di cassazione.

Pertanto, il complesso di tali previsioni può, a ragione, essere definito un "processo di criminalità organizzata" che costituisce un vero e proprio doppio binario all'interno del nostro sistema processuale.

pericolosità, per l'intera collettività, dei (particolari) reati oggetto di attività investigativa per l'acquisizione delle prove».

In questa prospettiva, le Sezioni Unite Scurato hanno ribadito la validità dell'approccio "teleologico" o "finalistico" secondo il quale il significato dell'espressione "criminalità organizzata" deve essere definito avendo riguardo alle finalità specifiche della singola disciplina che deroga alle regole processuali generali.

È stata avallata, così, una nozione ampia di "delitti di criminalità organizzata", tale da valorizzare le finalità perseguite dalla norma, le quali mirano a riconoscere uno strumento efficace di repressione dei reati più gravi²¹.

Sono ricomprese in detta categoria, pertanto, attività criminose eterogenee, purché realizzate da una pluralità di soggetti i quali, per la commissione del reato, abbiano costituito un apposito apparato organizzativo, con esclusione del mero concorso di persone *ex art.* 110 c.p. Ad essa non sono riconducibili solo i reati di criminalità mafiosa, ma tutte le fattispecie criminose di tipo associativo; è sufficiente la costituzione di un apparato organizzativo, la cui struttura assume un ruolo preminente rispetto ai singoli partecipanti.

A tal riguardo, l'aspetto più delicato non appare quello del riferimento agli specifici delitti perseguiti²², quanto la difficoltà di tracciare un confine sufficientemente delineato tra la fattispecie associativa ed il concorso di persone nella fase delle indagini. Su questa delimitazione si fonda la funzione di garanzia del decreto di autorizzazione²³.

Tale approccio, comunque, deve essere parametrato alla recente "sentenza Romeo"²⁴.

Per vero, nella motivazione di tale pronuncia la Suprema corte ha significativamente sottolineato che, in considerazione della forza intrusiva del mezzo usato, la qualificazione del fatto reato, ricompreso nella nozione di criminalità organizzata, deve risultare ancorata a sufficienti, sicuri e obiettivi elementi indiziari, evidenziati nella motivazione del provvedimento di autorizzazione in modo rigoroso.

Proprio la particolare invasività dello strumento tecnologico attraverso il quale si concretizzano le modalità di esecuzione di tale mezzo di ricerca della prova, allora, impone un rigoroso apprezzamento, sia nella fase della richiesta che in quella della successiva autorizzazione giudiziale, della solidità della qualificazione dell'ipotesi associativa, che non può essere configurata come una sorta di illecito "contenitore", magari senza una specifica individuazione del ruolo e delle condotte relative ai delitti scopo dell'associazione ipotizzata, strumentalizzandone i tratti identificativi al fine di

²¹ La sentenza ha ritenuto di dover confermare la validità di questo indirizzo giurisprudenziale, «perché consente di cogliere l'essenza del delitto di criminalità organizzata e nel contempo di ricomprendere tutti i suoi molteplici aspetti, nell'ottica riconducibile alla *ratio* che ha ispirato gli interventi del legislatore in materia, tesi a contrastare nel modo più efficace quei reati che per la struttura organizzativa che presuppongono e per le finalità perseguite, costituiscono fenomeni di elevata pericolosità sociale».

²² Secondo TESTAGUZZA, *Exitus acta probat "Trojan di Stato": La composizione di un conflitto*, in *Arch. pen.*, 2016, p. 2, in particolare, al fine di delimitare l'ambito di operatività del mezzo tecnologico in esame, «il riferimento ai delitti con finalità di terrorismo...impone una connotazione in via "principale" degli stessi e non anche "accessoria" o meramente "qualificante" come sostenuto dal Supremo consesso».

²³ Cfr., tra le altre, Cass., Sez. II, 14 dicembre 2016, n. 53000, in *C.E.D. Cass.*, n. 268540; Cass., Sez. 4, 16 ottobre 2013 n. 51716, in *C.E.D. Cass.*, n. 257906; Cass., Sez. II, 13 gennaio 2014, n. 933, in *C.E.D. Cass.*, n. 258009.

²⁴ Cass., Sez. VI, 13 giugno 2017, n. 36874, *inedita*.

ottenere l'autorizzazione di intercettazioni per mezzo del captatore informatico, eventualmente da utilizzare ai fini di prova per reati diversi, per i quali non sarebbe stato ammesso l'impiego dello strumento.

7. Gli approdi della "delega Orlando".

L'ampiezza del dibattito sviluppatosi in merito all'utilizzo dei cosiddetti "trojan" ha indotto il legislatore ad aggiungere, nel corso dei lavori preparatori della riforma Orlando (legge n. 103 del 23 giugno 2017), un ampio principio direttivo, contenuto nel comma 84, lett. e), con cui si è delegato il governo a disciplinare la complessa problematica delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici in dispositivi elettronici portatili²⁵.

Sicché, il legislatore delegante non è rimasto sordo all'accorato appello che, dopo la pronuncia da parte delle Sezioni unite della già citata sentenza Scurato²⁶, molti processual-penalisti hanno rivolto al parlamento affinché intervenisse «con specifiche disposizioni a regolare la materia nell'adeguato bilanciamento dei principi costituzionali e convenzionali coinvolti»²⁷.

Le indicazioni della delega sul punto sembrano imporre una parziale rilettura del quadro delineato dalla giurisprudenza²⁸ e, in questa sede, non possono che essere (sommariamente) riassunte.

- a) L'attivazione del microfono potrà avvenire solo a seguito di un apposito comando inviato da remoto e non dal mero inserimento del captatore informativo e ciò sempre nel rispetto dei limiti stabiliti da un decreto autorizzativo emanato da un giudice.
- b) La registrazione audio dovrà essere avviata dalla polizia giudiziaria o dal personale incaricato su indicazione della polizia operante, la quale sarà tenuta ad indicare necessariamente l'ora di inizio e fine della registrazione, secondo circostanze da attestare nel verbale descrittivo delle modalità di effettuazione delle operazioni di cui all'art. 268 c.p.p.
- c) L'attivazione del dispositivo dovrà essere sempre ammessa nel caso in cui si proceda per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. e, fuori da tali casi, potrà essere disposta nei luoghi di cui all'art. 614 c.p. soltanto se negli stessi si stia svolgendo attività criminosa. In ogni caso, il necessario decreto autorizzativo del giudice dovrà indicare le ragioni per le quali tale modalità di intercettazione particolarmente invasiva sia necessaria per lo svolgimento delle investigazioni.

²⁵ Per un commento assai attento sul punto, cfr. PARODI, *La riforma "Orlando": la delega in tema di "captatori informatici"*, in www.magistraturaindipendente.it, 4 aprile 2017.

²⁶ Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, Scurato, cit.

²⁷ L'appello si può trovare in *questa Rivista*, 7 ottobre 2016, sotto il titolo [Necessaria una disciplina legislativa in materia di captatori informatici \(c.d. "trojan"\): un appello al legislatore da parte di numerosi docenti di diritto italiani](#).

²⁸ Cfr. PARODI, *La riforma "Orlando": la delega in tema di "captatori informatici"*, cit.

d) Il trasferimento dei file registrati dovrà essere effettuato soltanto verso il *server* della procura e, una volta terminata la captazione, il *trojan* dovrà essere reso definitivamente inutilizzabile.

e) Potranno essere utilizzati soltanto specifici programmi informatici conformi ai requisiti tecnici fissati con decreto ministeriale.

f) Nei casi di urgenza, “il pubblico ministero potrà disporre direttamente tale tipologia di intercettazioni, limitatamente al fatto che si proceda per i delitti di cui all’articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, con successiva convalida da parte del giudice entro 48 ore. Il decreto d’urgenza dovrà dar conto delle specifiche situazioni di fatto che rendono impossibile la richiesta al giudice, nonché delle ragioni per cui tale insidiosa modalità di intercettazione sia necessaria”.

g) Le intercettazioni così ottenute potranno essere utilizzate ai fini probatori soltanto per i reati oggetto del provvedimento autorizzativo e potranno essere utilizzate in procedimenti diversi a condizione che siano indispensabili per l’accertamento di uno dei delitti di cui all’articolo 380 c.p.p.

Come può agevolmente dedursi dalla lettura dei passaggi riportati, gli stessi risentono per intero del dibattito innescato dalla sentenza Scurato delle sezioni Unite.

La delimitazione dell’uso dei trojan nei dispositivi portatili ai soli procedimenti di criminalità organizzata — che la Cassazione aveva segnalato come l’unica consentita — non ha influenzato, comunque, le scelte del Governo.

8. Il decreto attuativo della “delega Orlando”.

Venerdì 29 dicembre 2017 il Consiglio dei Ministri ha definitivamente licenziato il Decreto legislativo che riforma la disciplina delle intercettazioni.

Nel proprio comunicato stampa, il Governo ha osservato che “il decreto, nell’attuare una revisione della disciplina delle intercettazioni volta a rendere maggiormente equilibrata la salvaguardia fra interessi parimenti meritevoli di tutela a livello costituzionale, introduce disposizioni volte a incidere sull’utilizzazione, a fini cautelari, dei risultati delle intercettazioni, nonché a disciplinare il procedimento di selezione delle comunicazioni intercettate, secondo una precisa scansione temporale. La finalità è quella di escludere, in tempi ragionevolmente certi e prossimi alla conclusione delle indagini, ogni riferimento a persone solo occasionalmente coinvolte dall’attività di ascolto e di espungere il materiale documentale, ivi compreso quello registrato, non rilevante a fini di giustizia, nella prospettiva d’impedire l’indebita divulgazione di fatti e riferimenti a persone estranee all’oggetto dell’attività investigativa”.

Tra le misure principali, il testo fissa una nuova disciplina delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni mediante immissione di captatori informatici in dispositivi elettronici portatili. In particolare, si prevede che tali dispositivi non possano essere mantenuti attivi senza limiti di tempo o di spazio, ma debbano essere attivati da remoto secondo quanto previsto dal pubblico ministero nel proprio programma d’indagine e che, tra l’altro, debbano essere disattivati se l’intercettazione avviene in ambiente domiciliare, a meno che non vi sia prova che in tale ambito si stia svolgendo

l'attività criminosa oggetto dell'indagine o che l'indagine stessa non riguardi i delitti più gravi, tra i quali mafia e terrorismo, di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale.

Dunque, il decreto darebbe esecuzione alla delega che prevede l'introduzione di una specifica disciplina per l'utilizzo del *trojan* (o captatore informatico) quale strumento di intercettazione delle conversazioni tra presenti.

Si tratta, tuttavia, di un argomento assolutamente differente rispetto alla tutela della *privacy* e la relativa disciplina introduce forti limitazioni che non trovano giustificazione nel diritto alla riservatezza.

Sotto questo profilo, già la citata legge delega aveva operato una sostanziale limitazione dello strumento ai soli reati di mafia e terrorismo lasciando indenni le ulteriori ipotesi di associazione a delinquere disciplinate dall'articolo 416 del c.p., diversamente da quanto in precedenza stabilito dalle Sezioni Unite della Cassazione con la menzionata sentenza del 28 aprile 2016, Scurato.

E però, nel decreto legislativo n. 216 del 2017, a disposizioni fortemente restrittive se ne accompagnano altre di segno opposto, dando l'impressione di un legislatore evidentemente incerto.

Così, in una prospettiva di maggior rigore si prevede che, di regola, l'intercettazione mediante l'impiego di un captatore informatico sia sempre consentita quando si procede per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. (art. 266, comma 2-bis, c.p.p.). Indubbia, al riguardo, la limitazione rispetto alle aperture interpretative della sentenza Scurato che consentiva, come detto, il ricorso allo strumento anche per reati "facenti capo ad un'associazione per delinquere ex art. 416 cp, correlata alle attività più diverse, con esclusione del mero concorso di persone".

Qualora si proceda per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p., comunque, lo strumento è utilizzabile anche quando le comunicazioni avvengono nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., senza alcuna previa indicazione degli stessi né limitazioni di tempo. Detto altrimenti, allorquando si procede per uno dei delitti di cui si tratta non è necessario che il decreto autorizzativo indichi "i luoghi ed il tempo" in relazione ai quali sia consentita l'attivazione del microfono, e ciò per la assorbente ragione che, per tali reati, l'intrusione anche nei luoghi di privata dimora è consentita a prescindere dalla sussistenza del fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo attività criminosa.

In un'ottica di decisa "apertura" rispetto alla sentenza Scurato, il decreto legislativo n. 216 del 2017 consente il ricorso al captatore informatico anche per "reati comuni" (tutti quelli indicati nell'articolo 266, comma 1, c.p.p. non ricompresi tra quelli indicati negli artt. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p.). In siffatte evenienze, in aderenza ai dettami della legge delega, è comunque necessario che il decreto autorizzativo indichi i luoghi ed il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali sia consentita l'attivazione del microfono poiché per le fattispecie in oggetto l'intercettazione nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. è consentita solo laddove ivi si stia svolgendo attività criminosa. A titolo esemplificativo, valga il riferimento a formule del tipo: "ovunque incontri il soggetto x"; "ogni volta che si rechi nel locale y" ecc. ecc.

Ad ogni buon conto, l'intercettazione tra presenti a mezzo di captatore informatico può essere autorizzata in via di urgenza dal pubblico ministero soltanto per i procedimenti concernenti i delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p. Non è invece consentito un intervento d'urgenza quando si procede per "reati comuni".

Quanto, poi, alla utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni rispetto a reati diversi da quelli oggetto di autorizzazione, il materiale acquisito mediante captatore è impiegabile soltanto per i reati per i quali sia intervenuta valida autorizzazione e non già per la prova dei reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, salvo che risulti indispensabile per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza (art. 270, comma 1-*bis*, c.p.p.). Ovviamente, l'utilizzabilità ai sensi dell'art. 270 c.p.p. presuppone che si tratti di intercettazioni ritualmente autorizzate alle condizioni di legge ed eseguite nel rispetto delle indicazioni del decreto autorizzativo. *Ergo*, non saranno impiegabili le captazioni involontarie effettuate in occasione dell'inserimento del captatore prima ancora che il relativo funzionamento sia stato attivato.

Da un punto di vista meramente operativo, infine, il decreto legislativo in disamina ha novellato la previsione di cui all'art. 89, n. att., c.p.p. imponendo la indicazione nel verbale delle operazioni: del tipo di programma impiegato; dei luoghi di svolgimento delle comunicazioni o conversazioni; della effettuazione delle registrazioni presso il *server* della procura; della disattivazione del captatore, con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi.

A conclusione della esposizione non può non evidenziarsi che dal chiaro tenore della delega e dei sopra menzionati criteri che della stessa ne costituisce attuazione si inferisce come si sia inteso regolamentare soltanto uno degli usi del captatore informatico, quale specifica modalità di esecuzione delle intercettazioni tra presenti.

Lo strumento, infatti, consistendo in un malware «occultamente installato dall'inquirente su un apparecchio elettronico dotato di connessione internet attiva» consente operazioni ulteriori e diverse quali: la captazione del traffico dati (sia in entrata che in uscita); l'attivazione della telecamera installata *ab origine* sul dispositivo; la "perquisizione" degli hard disk; la possibilità di estrarre copia integrale del loro contenuto; la intercettazione di tutto quanto digitato sulla tastiera; la possibilità di fotografare le immagini ed i documenti visualizzati; oltre che consentire la geolocalizzazione del dispositivo.

Si tratta, per vero, di un complesso di operazioni (alcune delle quali già praticate ove consentite dalla legislazione vigente) che la tecnologia consente di effettuare, ma che il legislatore non ha inteso regolare, limitando l'ambito dell'intervento normativo alla disciplina degli aspetti attinenti all'intercettazione audio, eseguita mediante inoculazione di dispositivo portatile (smartphone, tablet ecc.) e non anche di dispositivi fissi.

9. La necessità di una soluzione concreta, a tutela dell'individuo e delle sue prerogative intangibili.

Gli interventi sinora considerati, nonostante gli sforzi profusi nella direzione di “disciplinare” — restringendolo — il ricorso al particolare mezzo captativo in disamina, all'evidenza, si palesano insufficienti sul fronte della tutela delle garanzie individuali.

E tale conclusione è imposta muovendo proprio dalle considerazioni critiche spese a proposito della sentenza Scurato.

Per vero, tale sentenza interviene su richiesta della Sesta sezione, convinta di non poter condividere l'“opinione” di altro ufficio, evocata dalla difesa nei motivi di ricorso, che in precedente occasione aveva ritenuto inutilizzabili i risultati delle “intercettazioni ambientali” ottenute in base ad un decreto autorizzativo privo della indicazione del luogo dove svolgere le operazioni.

In verità, la questione si presenta subito molto più seria e, per le motivazioni espresse dalla stessa giurisprudenza, abbastanza distante dal tema specifico delle intercettazioni. Infatti, la stessa sezione remittente sottolinea la singolarità della vicenda e la (assurda) “pretesa” di indicare con precisione ed anticipatamente i luoghi interessati da una attività captativa, essendo adottata attraverso un dispositivo elettronico “mobile”. Eppure, nonostante questa “presa di distanza” — che opportunamente sottolinea i limiti di un (im)possibile analogia con la disciplina delle intercettazioni —, non ci si sottrae dal ritenere questa particolare attività ricompresa nell'ambito delle intercettazioni cd. “ambientali”.

Per questa teoria, dunque, il problema del “captatore informatico” è legato esclusivamente ai luoghi di cui all'art. 614 c.p. e, sul piano processuale, solo al controllo successivo; e quindi alla eventuale inutilizzabilità dei risultati, dal momento che la captazione segue lo spostamento del dispositivo e non può essere preventivamente indicato il luogo della captazione.

La tesi è condivisa dalle Sezioni Unite le quali, dopo una approfondita analisi casistica delle diverse posizioni apparse in giurisprudenza, anche di natura sovranazionale, sulla scorta delle specificità “letterali” della disposizione “derogatoria” di cui all' art. 13 dl n. 152 del 1991 (convertito con legge n. 203 del 1991), ricostruiscono il tessuto normativo della vicenda ritenendolo — appunto — derogatorio delle previsioni ordinarie di cui all'art. 266, comma 2, c.p.p., interessandosi — quella norma — di “intercettazioni tra presenti” (non “ambientali”), compiute anche in luoghi di privata dimora, purché inerenti a delitti di “criminalità organizzata”.

In particolare si è ritenuto che, per tali delitti il legislatore avrebbe dato “una precisa e significativa indicazione” laddove “avrebbe espressamente escluso, per le intercettazioni tra presenti in privata dimora il requisito autorizzativo previsto dall' art. 266, comma 2, secondo periodo, cod. proc. pen. per tutte le altre intercettazioni, tenendo conto di un contesto temporale in cui la tecnologia non aveva ancora raggiunto l'attuale livello di efficacia e di capacità intrusiva”. In questo contesto, dunque, non sarebbe richiesta per il caso di specie la preventiva autorizzazione.

La tesi “autoritaria” troverebbe conforto nella giurisprudenza della Cedu, la quale, in verità, offre la misura del sacrificio nella esplicita richiesta della “severità della

motivazione” e “della previsione di un impiego rigorosamente circoscritto attraverso previsioni tecniche di utilizzo e limitazioni di ordine giuridico fissate dal giudice ed altrettanto rigorosamente controllato quanto alla fase della esecuzione delle attività captative”²⁹.

Sul piano della natura dello strumento captativo riconosciuto essere “più intrusivo delle ordinarie intercettazioni”, comunque, si opera a cavallo tra “intercettazioni” (la captazione informatica è certamente anche questo) e nuova forma di mezzo di “ricerca di prova atipica”, priva, però, dei requisiti della giurisdizionalità specificamente richiesti, invece, per la “prova atipica”.

In questa nuova dimensione giurisprudenziale (= di *giurisprudenza creativa*) va inquadrata la critica al prodotto normativo in precedenza esaminato che si occupa, esclusivamente, delle modalità di captazione, peraltro affidate prevalentemente alla polizia giudiziaria, con evanescenti controlli e senza alcuna attenzione al momento iniziale ed allo sviluppo delle operazioni.

Una proposta commendevole, invece, deve muovere dalle previsioni dell’art. 8 Cedu, che comprende i principi del “*diritto al rispetto della vita privata*”, che la nostra Costituzione racchiude nel *sistema di garanzie* di cui agli artt. 14, 15, 17, 21, 24, commi 1 e 2, 27, comma 2, e che è parte integrante ed irrinunciabile del *Preambolo penalistico della Costituzione*, per il quale nella previsione delle attività invasive dei diritti fondamentali della persona è indispensabile stabilire i presupposti autorizzativi su cui il giudice deve pronunciarsi ed i limiti entro cui è consentita l’autorizzazione, le modalità delle operazioni captative e della decifrazione dei risultati, oltre al controllo sulla effettiva sottrazione del mezzo autorizzativo. E, se quest’ ultimo può essere valutato solo a posteriori attivando la sanzione di inutilizzabilità delle eventuali captazioni illecite, gli altri elementi debbono essere valutati a priori e con estremo rigore, stando la dimensione dell’invasione nella vita privata del soggetto sottoposto al *virus* informatico, nonché al continuo controllo delle attività.

In questa prospettiva garantista l’invasività del mezzo non può prescindere: dalla presenza di un consistente *fumus* non solo del reato commesso ma anche della probabile direzione soggettiva della attività. Detto altrimenti, si palesa imprescindibile un sicuro criterio di collegamento tra l’indagine in corso e la persona da intercettare nel senso che il provvedimento autorizzativo della speciale forma intercettativa deve necessariamente dar conto delle ragioni che impongono l’intercettazione di una determinata utenza che fa capo ad una specifica persona, affinché possa esserne verificata, alla luce del complessivo contenuto informativo e argomentativo del provvedimento, l’adeguatezza rispetto alla funzione di garanzia prescritta dall’art. 15, comma 2, Cost.

Da qui la necessità di contemplare, quali presupposti imprescindibili per la attivazione del peculiare strumento captativo: a) i “sufficienti indizi di colpevolezza”, a mo’ di elemento legittimante il provvedimento autorizzativo del giudice; b) la tassativa predeterminazione dei reati per i quali è consentito il ricorso al captatore; c) la straordinaria urgenza per il decreto autorizzativo del pubblico ministero; d) la

²⁹ Così si legge a pag. 22 della sentenza Scurato.

permanenza del controllo dei risultati da parte del pubblico ministero in una alla possibilità di esercizio, in ordine allo stesso, delle relative facoltà difensive; e) il “contraddittorio” per la predisposizione del materiale da portare a conoscenza del giudice, da svolgersi in vista del riesame, se esso è impiegato per il provvedimento cautelare.

Ed allora, proiettandosi su di un possibile “articolato codicistico”, quelli che seguono potrebbero essere i capisaldi dello sviluppo normativo che dovrebbe interessare il captatore informatico.

- *Nessuno può utilizzare strumenti invasivi delle libertà della persona se non per espressa previsione legislativa in relazione anche al tipo ed al modo della immissione nelle libertà della persona e per atto motivato del giudice.*
- *È consentito l’uso di captatori informatici in dispositivi elettronici portatili o di forme telematiche satellitari per reati tassativamente individuati e nei confronti di chi è attinto da sufficienti (evidenti, chiari, provabili) indizi di colpevolezza oggetto di esplicita motivazione.*
- *L’impiego dello strumento in oggetto può avvenire per un periodo di tempo limitato a pena di inutilizzabilità dei risultati conseguiti oltre tale termine, a meno che non sussistono gravi indizi di colpevolezza in presenza dei quali il giudice può autorizzare la prosecuzione della attività.*
- *In caso di assoluta necessità ed urgenza il pubblico ministero può dare inizio alla attività i cui risultati non potranno essere utilizzati se nelle 48 ore successive non interviene provvedimento di convalida nel quale il giudice motiva sugli elementi di cui alle previsioni precedenti e sulle ragioni dell’urgenza. La violazione del termine rende inutilizzabili gli esiti delle operazioni compiute precedentemente alla convalida del provvedimento del pubblico ministero.*
- *Quanto alle modalità esecutive, la captazione deve svolgersi sotto la stretta osservanza dell’ufficio del pubblico ministero procedente.*
- *Gli esiti delle operazioni possono essere ascoltati solo dal pubblico ministero procedente al fine di estrapolare comunicazioni strettamente inerenti ai reati per i quali le stesse sono state autorizzate e debbono essere esibiti per le eventuali ulteriori richieste del pubblico ministero. In tal caso la difesa può presentare opposizione al giudice che procede per chiedere l’estromissione di atti ritenuti non inerenti al procedimento in corso o l’inclusione di comunicazioni di cui è altrimenti venuta a conoscenza.*
- *Siffatte attività non possono costituire notizia di reato.*

L'ADESIONE DELL'UNIONE EUROPEA ALLA CEDU. PROFILI PENALI

*Parte seconda: i riflessi dell'adesione
sui principi di legalità e colpevolezza in materia penale^(*)*

di Anna Francesca Masiero

SOMMARIO: 1. L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: riepilogo di una questione aperta. – 1.1. Diritto penale e CEDU: uno sguardo d'insieme. – 1.2. L'analisi della giurisprudenza di Strasburgo in ambito punitivo e la creazione della "materia penale". – 1.3. (Continua) L'autonomia della nozione di "legge" nella materia penale: un'equiparazione sostanziale. – 2. Gli effetti dell'adesione sulla materia penale. – 2.1. Le risposte all'istanza legalitaria nella giurisprudenza di Strasburgo: il superamento delle barriere testuali – 2.2. (Continua) I più recenti sviluppi del *nullum crimen sine lege*. – 2.3. La giurisprudenza di Strasburgo in tema di *nulla poena sine culpa*: evoluzione o involuzione? – 3. Una nuova prospettiva nell'analisi della questione: considerazioni di chiusura.

1. L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: riepilogo di una questione aperta.

L'adesione dell'Unione europea alla CEDU rimane, ad oggi, una delle tematiche più vivacemente discusse in dottrina.

Venuta alla luce agli albori del processo di integrazione comunitaria, l'idea dell'adesione ha affascinato i giuristi e le istituzioni per decenni, incontrando un sempre più ampio consenso. Ritenuta oramai quasi all'unanimità lo strumento idoneo al completamento del quadro di tutela dei diritti fondamentali, il suo *iter* appare tuttavia funestato da due pareri di una Corte di Giustizia poco incline alla perdita del monopolio giurisdizionale nell'ordinamento UE.

L'intervento di questa Corte era stato sollecitato in un primo momento dal Consiglio e successivamente dalla Commissione, i quali le avevano sottoposto la questione nell'ambito della sua funzione consultiva. Se la prima posizione di chiusura del giudice di Lussemburgo pareva tuttavia essere giustificabile con l'assenza di basi giuridiche per aderire¹, il suo secondo responso è invero parso ai commentatori meno

^{*} La prima parte del presente lavoro, intitolata [*L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. Profili penali – Parte prima: prospettive sul futuro sistema di tutela dei diritti fondamentali in Europa*](#), è stata pubblicata in *questa Rivista*, fasc. 7-8/2017, p. 79 ss.

¹ Il riferimento è al parere 2/94 della Corte di Giustizia, reso noto il 28 marzo 1996, in cui essa, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità ai trattati dell'ipotesi dell'adesione, giustificava il suo responso negativo con l'assenza di base giuridiche per aderire. Non esisteva, infatti, alcuna disposizione di diritto primario che consentisse all'allora Comunità di dettare norme in materia di diritti umani, né tantomeno di concludere convenzioni in tale settore.

comprensibile². Difatti la Corte di Giustizia, *ufficialmente* ergendosi a tutela delle specificità del suo ordinamento, ha *ufficiosamente* escluso a priori i presupposti stessi dell'adesione, onde evitare l'assoggettamento alla Corte EDU che ne sarebbe derivato, vera nota dolente di questa riforma.

Il più recente parere, quindi, ha indotto taluni a ritenere la tematica difficilmente riproponibile³: a loro dire, i motivi di censura individuati dal giudice di Lussemburgo sarebbero così copiosi da rendere difficile un ritorno al tavolo negoziale. Tuttavia, come da altri notato⁴, buona parte delle critiche annoverate dalla Corte di Giustizia all'interno dell'ottava sezione del parere sarebbero facilmente superabili attraverso un mero rimaneggiamento del progetto di accordo: a ben guardare, dunque, basterebbe che la suddetta Corte accettasse di sacrificare le sue più rigide posizioni, permettendo così ai negoziatori di addivenire ad una soluzione di compromesso.

Lungi dunque dal guardare alla riforma in oggetto come ad una questione chiusa, lo scopo del presente lavoro è quello di considerare i riflessi che l'eventuale adesione avrebbe in ambiti del diritto altri dall'europeo e l'internazionale⁵.

Più precisamente, a partire da una panoramica generale della giurisprudenza strasburghese relativa alla cd. "materia penale", in questa sede si intende riflettere sulle conseguenze che l'adesione avrebbe su tale materia, e in particolare sui relativi principi di legalità e colpevolezza. Tutto ciò al fine di cogliere i concreti benefici che da questa adesione potrebbero conseguire, specie per quanto concerne le garanzie penalistiche.

1.1. Diritto penale e CEDU: uno sguardo d'insieme.

Una premessa si impone: come noto, la CEDU non detta regole precise per una specifica branca del diritto, presentandosi piuttosto come un catalogo di diritti fondamentali applicabili in relazione ad ognuna di esse. Gli Stati contraenti, pertanto, a pena di contravvenire agli obblighi internazionalmente assunti, sono tenuti al rispetto di tale catalogo, peraltro non esaustivo.

² Il parere 2/13 della Corte di Giustizia, reso noto il 18 dicembre 2014, si inserisce in un clima istituzionale profondamente mutato: non solo il Trattato di Lisbona ha inserito a chiare lettere la base giuridica (esso ha difatti modificato l'art. 6 TUE, delineando al nuovo secondo paragrafo quello che dai più è stato definito un vero e proprio obbligo ad aderire), bensì il diciassettesimo Protocollo addizionale CEDU ha emendato l'art. 59 CEDU, aprendo l'adesione ad entità diverse da quelle statuali e, nello specifico, all'UE.

³ Cfr. H. LABAYLE, *La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de Justice relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in <http://gdr.elsj.eu>, 22 dicembre 2014; M. PACINI, *L'accesso dell'UE alla CEDU: chiusura del cerchio o camicia di forza?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2015/2, pp. 756-763.

⁴ Tra i tanti contributi sul punto si vedano I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015; F. CHERUBINI, *In merito al parere 2/13 della Corte di Giustizia sull'adesione dell'UE alla CEDU: qualche considerazione critica ed uno sguardo de iure condendo*, in *Osservatorio costituzionale*, AIC, 2015; C. FINELLI, *I limiti imposti dal parere 2/13 della Corte di Giustizia dell'UE all'adesione dell'UE alla CEDU*, in <http://academia.it>, 2016.

⁵ In merito ai quali cfr., volendo, A.F. MASIERO, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. Profili penali – Parte prima: prospettive sul futuro sistema di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, cit.

Questo aspetto risulta particolarmente evidente se ci si sofferma sull'ambito penale, in quanto solo in relazione al suo versante processuale è riscontrabile un forte impatto convenzionale. Il riferimento immediato è all'art. 6 CEDU, che sancisce il diritto all'equo processo, "[...] la disposizione di gran lunga più invocata dai ricorrenti nei giudizi dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, tanto da risolversi, secondo la dottrina, in un conciso compendio di cosa significhi equa amministrazione della giustizia"⁶. Invece, fatta eccezione per gli articoli 3 e 7 CEDU – rispettivamente enuncianti il divieto di pene e trattamenti inumani e degradanti ed il principio di legalità declinato nel corollario del divieto di retroattività della legge penale –, non compaiono nella Convenzione disposizioni che indichino in modo esplicito i principi cui il diritto penale sostanziale delle Parti contraenti dev'essere informato⁷.

L'irreperibilità nel testo convenzionale dei suddetti principi – a partire da quelli di colpevolezza e di offensività – ha sicuramente inciso sull'attività della Corte di Strasburgo: specie alle origini, difatti, alquanto scarna in tema di diritto penale sostanziale.

Peraltro, se è vero che la CEDU si limita a fissare un catalogo di diritti fondamentali inerenti all'essere umano, è anche vero che questi per definizione si prestano ad orientare ogni settore del diritto; in altre parole la CEDU, lungi dal non incidere nell'ambito del diritto penale sostanziale, risulta del tutto idonea a produrre i suoi effetti anche su di esso. Del resto, non si può sottacere come negli ultimi tempi la giurisprudenza della Corte EDU si sia caratterizzata per un netto incremento di indicazioni in merito al versante sostanziale del diritto criminale; le sentenze in questione, volte in particolare alla ricostruzione di quei principi portanti della materia che la Convenzione traslascia o declina diversamente, mirano a colmare, per l'appunto, le lacune del testo della stessa, rispetto alle quali la giurisprudenza più datata dei giudici di Strasburgo non aveva svolto alcuna opera di implementazione.

1.2. L'analisi della giurisprudenza di Strasburgo in ambito punitivo e la creazione della "materia penale".

Come noto, una delle caratteristiche più suggestive della giurisprudenza della Corte EDU risiede nella sua capacità di superare lo scarno dato testuale, dando nuovo slancio ad un trattato varato negli anni immediatamente successivi alla fine del secondo conflitto mondiale; l'indefessa attività del giudici strasburghesi permette, in questo modo, di rendere la CEDU attuale in ogni tempo, favorendo la formazione di posizioni al passo con le crescenti esigenze di tutela non sempre rispettate in ambito nazionale.

Se ne può avere un esempio laddove appunto si guardi al concetto di "materia penale", il quale non trova definizione né nel testo originario della Convenzione, né nei suoi numerosi Protocolli. Detto concetto, che occupa un ruolo assolutamente centrale

⁶ F. GAMBINI - A. TAMIETTI, Art. 6, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, 2012, pp. 153 e ss.

⁷ Cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 32.

nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU, compare al suo interno solo a partire da metà degli anni settanta⁸; tuttavia, esso diviene ben presto oggetto di attenta analisi ed elaborazione, al punto che, ad oggi, sono individuabili veri e propri filoni giurisprudenziali in merito ai criteri attraverso i quali ricavarlo⁹.

Volendo dunque indicare la funzione principale della “materia penale”, va sottolineato come essa sia riferibile a quel complesso insieme di infrazioni e sanzioni che, indipendentemente dalla nomenclatura formale adottata dai singoli Stati, risulta caratterizzato dall'appartenenza ad una dimensione intrinsecamente afflittiva. La “materia penale”, dunque, liberando l'oggetto del ricorso dalle maglie degli inquadramenti nazionali, mira a garantire, da parte dei giudici della Corte, un'autonoma valutazione sia dell'illecito, sia della pena. Ne consegue che la costruzione di una nozione di materia penale disancorata dal formalismo dei singoli sistemi giuridici nazionali consente, oggi come quarant'anni fa, di evitare il fenomeno della cd. “frode delle etichette”: la quale si avrebbe ogniqualvolta in ambito nazionale venga considerato come extrapenale un illecito che, agli occhi della Corte EDU, appare “sostanzialmente penale”.

“Sacrificando almeno in parte i parametri tecnico-formali interni”¹⁰ e “facendo leva sulla propria duttilità concettuale”¹¹, la materia penale si è apprestata dunque a divenire una di quelle “nozioni cardine” della giurisprudenza della Corte EDU che assolvono all'arduo compito di rendere più omogenea l'applicazione della Convenzione, a prescindere dalle peculiarità statali¹².

Un approccio di questo tipo, in un primo momento non è parso tuttavia in grado di azzerare la discrezionalità statale circa la qualificazione dell'illecito. Ciò emerge, nello specifico, dalle più risalenti pronunce relative a violazioni dell'art. 7 CEDU¹³ in cui, riconoscendo un peso altamente decisivo alla qualifica nazionale, la Corte è arrivata addirittura ad escludere l'applicabilità della “ghiera delle garanzie penalistiche”¹⁴. In seguito però, principalmente in relazione a casi ex art. 6 CEDU, la Corte ha iniziato ad adottare indicatori sostanziali della natura dell'illecito¹⁵: questi, nel corso del tempo, sono stati perfezionati e hanno condotto all'elaborazione di un concetto sostanziale di materia penale¹⁶.

⁸ La prima menzione della nozione di materia penale è rinvenibile nella pronuncia Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*.

⁹ Per l'analisi degli indirizzi giurisprudenziali creatisi in tema di materia penale si vedano A. BERNARDI, *Nulla poena sine lege*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, pp. 149 e ss.; V. MANES, *Art. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 258 e ss.

¹⁰ A. BERNARDI, *Nulla poena sine lege*, cit., pp. 256 e ss.

¹¹ V. MANES, *Art. 7*, cit., p. 280.

¹² Cfr. F. OST, *Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Raisonner la raison d'état*, a cura di M. Delmas - Marty, Paris, 1989, pp. 448 e ss.

¹³ Cfr. Corte EDU, 18 giugno 1971, *De Wilde, Ooms, Versyp c. Belgio*.

¹⁴ V. MANES, *Art. 7*, cit., p. 280.

¹⁵ Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, pp. 265 e ss.

¹⁶ Cfr. F. CONSULICH, “Materia penale” e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2006/1, p. 257.

Uno dei suddetti indicatori è quello della qualifica nazionale, circa il quale tuttavia la Corte non ha perso occasione di sottolineare il “valore formale e relativo”¹⁷; ad esso si aggiungono i più articolati criteri della natura dell’illecito e della natura/gravità della sanzione. In ogni caso, dalla disamina della giurisprudenza della Corte emerge come questi criteri vengano specificati attraverso numerosi sotto-criteri, sia di carattere oggettivo che soggettivo¹⁸.

Lo studio di questi, le cui ricadute pratiche sono apprezzabili in seno ad una casistica giurisprudenziale assai eterogenea, permette di giungere ad una conclusione. Il tentativo messo in atto dai giudici di Strasburgo – e per altro ben riuscito – di creare una nozione autonoma che vada “al di là dell’apparenza”¹⁹, si pone un fine preciso, quello di estendere le garanzie previste dal combinato disposto di una serie di norme CEDU di estrema rilevanza. Dette norme, che spaziano dagli articoli 6 e 7 della Convenzione agli articoli 2 e 4 del Protocollo 7²⁰, hanno un minimo comune denominatore, in quanto il loro perimetro di operatività risulta essere definito per l’appunto dalla materia penale.

Peraltro, va rilevato che l’elaborazione di quest’ultima opera “a senso unico”: vale a dire solo ed esclusivamente qualora lo Stato non qualifichi come penale una sanzione che, in un’ottica sostanzialistica, andrebbe considerata tale, ma non qualora invece porti a precludere le suddette garanzie rispetto ad illeciti definiti *ab origine* penali. In sostanza, come espresso a chiare lettere nella celebre sentenza *Engel*, l’utilizzo della nozione in questione è esclusivamente votato ad estendere, e mai a restringere, la tutela di determinate situazioni.

È tuttavia opportuna un’ultima puntualizzazione. Laddove si decida di focalizzarsi sullo sviluppo convenzionale dei concetti di diritto penale sostanziale, non si può non notare come la nozione di materia penale ai sensi dell’articolo 6 CEDU sia intimamente connessa ad una ulteriore, elaborata a partire dall’articolo successivo; il quale, nel consacrare il principio di irretroattività della norma penale, fa riferimento alla nozione di “reato” (*infraction/criminal offence*).

1.3. (Continua) L’autonomia della nozione di “legge” nella materia penale: un’equiparazione sostanziale.

Come anticipato, la tendenza della Corte di Strasburgo di elaborare nozioni autonome trova la sua ragione di essere nella necessità di uniformare – per quanto

¹⁷ Per tutte, Corte EDU, 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia*.

¹⁸ A. BERNARDI, *Nulla poena sine lege*, cit., pp. 257.

¹⁹ V. MANES, *Art. 7*, cit., p. 260.

²⁰ Oltre ai summenzionati artt. 6 e 7 CEDU, si guardi anche all’art. 2 del Protocollo addizionale 7, che sancisce il diritto di revisione della condanna da parte di un’istanza giurisdizionale superiore per chiunque sia condannato per un illecito penale, nonché l’art. 4 del medesimo Protocollo, che stabilisce il principio del *ne bis in idem* nel processo penale.

possibile – realtà variegata, dando alla luce una sorta di “paradigma univoco” cui i legislatori nazionali possano rifarsi.

Ciò è evidente anche in relazione al concetto di “legge”, rinvenibile all’interno di numerose disposizioni convenzionali, tra cui il succitato art. 6 CEDU, contenente il sunto delle garanzie processualpenalistiche.

Come segnalato in dottrina, attraverso tale articolo la Corte dimostra di “non considera[re] i profili formali e procedurali che nei singoli sistemi concorrono a distinguere una norma di legge da ogni altra norma giuridica”²¹. La nozione di legge viene quindi investita di una qualificazione funzionale²², al fine di evitare che gli Stati si sottraggano agli obblighi convenzionali discendenti dalla legalità “con il semplice espediente di non chiamare legge ciò che legge può essere ai fini della Convenzione, ovvero di non chiamare penali una infrazione o una pena che tali devono essere considerate per rendere effettive le garanzie previste dagli articoli 6 e 7 della Convenzione [...]”²³.

In definitiva, l’approccio in questione è atto a far ricomprendere ogni testo normativo, qualunque sia il livello da questo occupato nella (rispettiva) gerarchia nazionale delle fonti; lungi dall’essere necessariamente di origine parlamentare, esso può dunque derivare anche da normative secondarie²⁴.

Tuttavia, l’aspetto più sorprendente di questo approccio, specie in un’ottica di confronto con il nostro ordinamento, risiede nell’attitudine della nozione convenzionale di legge a ricomprendere tanto il diritto scritto quanto quello non scritto²⁵. Una simile estensione, frutto di “quella fusione di orizzonti tra universo di *civil* e di *common law*”²⁶, è d’altra parte giustificabile in ragione della volontà di non escludere dalla tutela convenzionale gli ordinamenti di *common law*, o comunque atti a tollerare il ricorso a fonti penali di natura non strettamente legislativa.

Per lo stesso motivo, alla fonte scritta, qualsiasi sia il procedimento di produzione da cui essa derivi – in altre parole, alla *statutory law* –, è del tutto equiparata la fonte giurisprudenziale – la *judicial law* –; d’altro canto, “è comunque il diritto vivente, scritta

²¹ V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo ed il principio di legalità nella materia penale*, in *ius17@unibo.it*, n.2, 2008, p. 75.

²² Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Légalité pénale et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, in *Droit pénal contemporain, Mélanges en l’honneur d’André Vitu*, 1989, pp. 151 e ss.

²³ V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo ed il principio di legalità nella materia penale*, cit., p. 76.

²⁴ Si vedano, a tal proposito, le sentt. Corte EDU, 25 marzo 1985, *Barthold c. Germania*; 17 febbraio 2004, *Maestri c. Italia*. Nella prima di queste due sentenze, la Corte ha ritenuto equiparabili alla legge le regole disciplinari del Consiglio dei Veterani, mentre nella seconda le delibere di carattere generale del Consiglio superiore della Magistratura.

²⁵ Si vedano, tra le tante, le sentt. Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, par. 35; 8 luglio 1999, *Baskaya e Okcuoglu c. Turchia*, par. 36.

²⁶ V. MANES, *Art. 7*, cit., p. 274.

o giurisprudenziale che ne sia la fonte, che deve rispondere ai requisiti di legalità richiesti”²⁷.

Se si considera anche il fatto che, all’interno della categoria di “diritto non scritto”, viene ricompreso persino il diritto consuetudinario, appare lampante quanto l’assetto dalla giurisprudenza strasburghese risulti particolarmente distante da quello dei Paesi continentali.

A questi rilievi è poi necessario aggiungerne uno che, traducendosi in una diretta conseguenza dell’equiparazione del formante giurisprudenziale alla legge, si avrà modo di riprendere in occasione dell’analisi della giurisprudenza della Corte EDU circa i profili qualitativi della legalità: posto che, in ambito convenzionale, è richiesto il rispetto di alcuni parametri connessi al comando legale, quali l’accessibilità e la prevedibilità, ne deriva che, anche in presenza di un “precetto giurisprudenziale”, esso debba essere *foreseeable e predictable*. In altre parole, come sottolineato in dottrina, quest’ultimo deve essere costruito in modo tale da rispettare “[...] i criteri [...] le cui esigenze di certezza legale si compenetrano con le istanze di conoscenza/conoscibilità da parte dei consociati²⁸, determinando la necessità che anche il formante giurisprudenziale soggiaccia alla garanzia massima dell’irretroattività²⁹.

2. Gli effetti dell’adesione sulla materia penale.

Come anticipato nel paragrafo introduttivo, l’adesione dell’Unione europea alla CEDU, questione prettamente inerente al diritto internazionale, si presta tuttavia a considerazioni che escono dall’alveo di quest’ultimo.

Difatti, se ci si sofferma sulla *ratio* principale dell’adesione, ovvero il completamento del quadro di protezione dei diritti fondamentali, si evince come essa non possa non ispirare riflessioni su tematiche afferenti innanzitutto al diritto costituzionale, quali la tutela multilivello ed i suoi attesi risvolti nell’ordinamento interno.

Certamente, è possibile indagare gli effetti dell’adesione anche in ambito penalistico: le premesse di tale ricerca, che ci si appresta ad indicare, appaiono però non del tutto lineari.

In primo luogo, come ricordato in precedenza, “non c’è dubbio che l’impatto pratico della CEDU e della relativa giurisprudenza [...], almeno in materia di diritto penale sostanziale, possa apparire sotto molti aspetti limitato”³⁰; al di là di questo atteggiamento di *self-restraint*, – per altro oggi in parte abbandonato –³¹, è comunque

²⁷ V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo ed il principio di legalità nella materia penale*, cit., p.77.

²⁸ V. MANES, *Art. 7*, cit., p. 274.

²⁹ Circa l’analisi dei cd. “profili comunicativi” nell’ambito della giurisprudenza strasburghese si veda D. CASTRONUOVO, *Tranelli del linguaggio e “nullum crimen”*. *Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in *La legislazione penale*, 5 giugno 2017, pp. 36 e ss.

³⁰ E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., p. 337.

³¹ Cfr., *supra*, sub par. 1.1.

evidente come la giurisprudenza di Strasburgo in materia penale abbia funto da stimolo al superamento di concezioni prettamente domestiche. Queste ultime, frutto di bilanciamenti ispirati a logiche interne, presentano disomogeneità notevoli, ma non tali da paralizzare la Corte: attraverso “ricostruzioni [...] più conformi alla logica funzionale”³², essa ha dimostrato di saper cogliere i connotati maggiormente peculiari delle singole nozioni, esaltandone quei tratti che meglio si prestavano a rispondere alle istanze garantiste di cui è portavoce.

In secondo luogo, d'altra parte, è proprio quello penalistico l'ambito nel quale viene più in considerazione il *topos* delle garanzie; il fine a cui tale “ricerca del compromesso”³³ è volta risulta essere in questo senso assai indicativo. Ad esempio, si è visto come attraverso l'estensione dei confini di concetti quali “materia penale” o “legge”, si palesi l'intento di dare ai diritti dell'uomo una tutela che non rimanga sulla carta, ma che si connoti, al contrario, per la sua effettività.

Inoltre, in merito alla elaborazione giurisprudenziale in tema di legalità penale è possibile svolgere un duplice ordine di considerazioni, che denotano come questa attività ermeneutica sia sorretta dal medesimo intento quale che sia l'approccio – estensivo o restrittivo – dato alla nozione di legalità penale. In chiave estensiva, infatti, la Corte di Strasburgo ha “allargato” la suddetta nozione e, superando la ristrettezza del dato testuale, ha dato riconoscimento in via pretoria a corollari di fondamentale importanza quale quello della retroattività *in melius*; viceversa, in chiave restrittiva, ha guardato al nucleo essenziale della garanzia, sfrondando la legalità penale di quei tratti espressivi di una concezione nazionale che, per quanto indicatori di un elevato livello di civiltà giuridica, in un'ottica più ampia, fungono da ostacolo ad un'elaborazione univoca ed efficace della nozione in oggetto.

Il filo conduttore è dunque quello delle garanzie, che si ritengono valorizzabili anche in ambito penale grazie all'adesione dell'UE alla CEDU. Posto infatti che uno dei principali effetti della futura adesione consisterebbe nell'assoggettamento della Corte di Lussemburgo ai dettami di quella di Strasburgo, tenuto conto tra l'altro dei poco lusinghieri risultati sinora ottenuti dalla prima in sede di implementazione dei principi penalistici ai fini di una loro valorizzazione in prospettiva garantistica, sarebbe evidente l'effetto benefico derivante dalla diretta sottoposizione delle fonti penali europee al vaglio dei giudici di Strasburgo.

³² E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 346.

³³ I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 101.

2.1. Le risposte all'istanza legalitaria nella giurisprudenza di Strasburgo: il superamento delle barriere testuali.

“Nella materia penale, il principio di legalità assume un valore centrale nel quadro dello Stato di diritto”³⁴: questa affermazione di Vladimiro Zagrebelsky rispecchia un'intera cultura giuridica moderna che vede nell'istanza legalitaria uno dei capisaldi non solo del diritto, ma della stessa civiltà.

Benché il principio in questione conosca precedenti storici a partire dal diritto romano – per poi trovare più puntali consacrazioni in quello comunale e nella criminalistica medioevale –, esso nella sua configurazione moderna è frutto di una conquista del pensiero illuministico liberale di metà diciottesimo secolo³⁵. In ogni caso, nel sistema della CEDU il principio di legalità assurge ad “una ben precisa scelta di carattere ideologico”³⁶: era difatti condivisa tra gli Stati membri della Convenzione europea la volontà di creare, con l'art. 7 CEDU, un distacco da quegli indirizzi di politica criminale che erano stati attuati nel corso dell'esperienza nazionalsocialista.

Come noto, il principio di legalità trova il suo fondamento convenzionale nell'articolo succitato; tuttavia è opinione condivisa in dottrina che detto principio permei interamente la CEDU³⁷, essendo esplicitamente evocato in molte altre disposizioni di quest'ultima³⁸. Si può pertanto affermare che esso appartenga al “nocciolo duro” della Convenzione, così da risultare “immune da possibili deroghe”³⁹.

L'art. 7 CEDU, comunque, si limita a delineare al suo interno il corollario dell'irretroattività della norma penale: così facendo, riconosce a ciascun cittadino il diritto di non poter essere condannato per un fatto che, al momento della sua commissione, non costituiva reato, così come il diritto di non essere assoggettato a pene più gravi di quelle all'epoca previste dalla legge.

Sebbene dottrina e giurisprudenza siano unanimi nello scorgere nel modello di legalità trattenuto dalla CEDU la consacrazione dei principi penalistici generali del

³⁴ V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il principio di legalità nella materia penale*, cit., p. 74.

³⁵ Cfr. G. TOSCANO, *The principle of nullum crimen sine lege in the construction of European Criminal Law*, in *Human rights in European Criminal Law*, a cura di S. Ruggeri, Zurigo, 2015, pp. 31 e ss. ed, in particolare, p. 33.

³⁶ M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 84.

³⁷ A. BERNARDI, *Nulla poena sine lege*, cit., p. 250; P. ROLLAND, *Article 7*, in *La Convention européenne des droits de l'homme*, a cura di L.E. Pettiti, E. Decaux, P.I.I. Imbert, Paris, 1999, p. 294.

³⁸ Il riferimento è agli artt. 5, 6, 8, 9, 10, 11 CEDU, in cui si fa riferimento alla possibilità di comprimere o limitare i diritti in essa sanciti solo “nei casi tassativi”, nei modi “previsti dalla legge”, o nei casi in cui sia necessario proteggere altri interessi, a condizione tuttavia che l'ingerenza che ne deriva sia “prevista dalla legge”.

³⁹ A. BERNARDI, *Nulla poena sine lege*, cit., p. 250. Il riferimento è all'art. 15 CEDU, che consente agli Stati contraenti la possibilità di derogare, in circostanze eccezionali, alle obbligazioni da essi assunte a tutela dei diritti fondamentali della persona umana. In particolare, il secondo paragrafo recita che “La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'art. 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra e agli artt. 3, 4.1 e 7”.

nullum crimen sine lege e del *nulla poena sine lege*⁴⁰, appare palese che detto modello non coincida con quello accolto dagli ordinamenti penali continentali. Come da molti sottolineato, risulta *ictu oculi* che la CEDU formuli il principio di legalità in modo assai poco incisivo, dato che l'art. 7 non fa menzione dei tre perni sui quali il principio in questione si basa nei sistemi di *civil law*, ossia la riserva di legge, la tassatività-determinatezza ed il divieto di analogia. Per altro verso, poi, la nozione convenzionale comprende, come già anticipato, tanto il diritto scritto quanto quello non scritto. A questi aspetti, di per sé già sufficientemente forieri di perplessità in seno alla dottrina penalistica continentale, deve aggiungersi un ulteriore rilievo: è lacuna di non poco conto anche la mancata menzione nel testo convenzionale di un corollario che invece compare nella versione di tale principio rinvenibile nella Carta dei diritti fondamentali UE; si allude, beninteso, al corollario della retroattività della norma più mite.

In altre parole, il principio di cui all'art. 7 CEDU, se confrontato sia con le "legalità nazionali" sia con la "legalità UE", appare carente dal punto di vista contenutistico. L'urgenza – avvertita assai prontamente in dottrina – di estendere il più possibile la portata del principio di legalità convenzionale ha dato luogo, pertanto, ad una giurisprudenza mirata al riconoscimento di un carattere più generale ad una disposizione che, per sua stessa natura, si presenta come la risultante di una complessa operazione di "taglia-e-cuci" tra tradizioni e testi costituzionali votati a valori e logiche differenti.

Prima di soffermarsi, nello specifico, su come la Corte EDU abbia superato l'ultima delle suddette lacune, è peraltro bene fare una riflessione preliminare.

Come già accennato, il principio "europeo" di legalità trova la sua consacrazione in un testo di gran lunga più recente della Convenzione di Roma, ovvero nella Carta di Nizza, e precisamente nel suo art. 49; ma i contenuti di quest'ultimo "non vanno molto più in là rispetto a quelli sanciti cinquant'anni prima dall'art. 7 CEDU"⁴¹.

Tale articolo, infatti, risulta formulato in modo alquanto simile all'art. 7 CEDU, dato che al primo paragrafo riprende il corollario classico dell'irretroattività della legge e delle pene in materia penale, mentre al secondo ripropone e fa salva (in termini assolutamente identici, ad eccezione che per l'aggettivo "civili" riferito a nazioni, mancante nella versione di Nizza) la punibilità di condotte ritenute criminali in base ai principi generali di diritto⁴². Volendo dunque confrontare la formulazione convenzionale con quella UE, l'elemento più eclatante è individuabile nell'assenza nella prima della retroattività favorevole, che si inserisce del resto in una lunga tradizione inaugurata dal Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, come si sa adottato nel 1966 ed entrato in vigore nel 1976.

⁴⁰ E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 56; M. DE SALVIA, *La giurisprudenza di Strasburgo sui diritti dell'uomo*, in *Giustizia penale*, 2000/1, pp. 148 e ss.; F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, pp. 42 e ss.

⁴¹ A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009/1, p. 46.

⁴² Cfr. A. BERNARDI, *Nulla poena sine lege*, cit., p. 297.

Se a tale carenza pareva che gli Stati potessero rimediare invocando l'art. 53 CEDU, è ad ogni modo fuori discussione il fatto che sotto questo profilo la Convenzione si dimostrasse meno garantista. Come rilevato, probabilmente erano state proprio le asimmetrie tra i sistemi dei Paesi contraenti, e quindi il mancato riconoscimento di una tradizione costituzionale comune in merito alla retroattività favorevole, ad indurre il Consiglio d'Europa a non prevedere una più articolata formulazione del principio di legalità penale⁴³. Inoltre, l'inserimento di questa ulteriore declinazione della legalità avrebbe potuto sollevare forti resistenze, specie da parte di quegli Stati i cui apparati giudiziari fossero impreparati a sostenere la revisione, alla luce della *lex mitior*, di procedimenti già definiti⁴⁴.

L'occasione per l'allargamento – in via pretoria si intende – delle maglie della legalità, si presentò con il caso *Scoppola*⁴⁵, di cui sembra opportuno ripercorrere brevemente le vicende in questa sede.

Il ricorrente, tale Franco Scoppola, rinviato in giudizio in primo grado per reati quali l'omicidio, i maltrattamenti in famiglia ed il porto d'arma proibita, aveva optato per il rito abbreviato; la versione del codice di rito vigente al momento della commissione del fatto, nello specifico, prevedeva la conversione della pena dell'ergastolo in trent'anni di reclusione. Il giorno stesso in cui il GUP aveva pronunciato sentenza di condanna nei confronti dell'imputato, tuttavia, era entrato in vigore un decreto-legge⁴⁶ che apportava modifiche notevoli alla disciplina del suddetto rito speciale, in particolare prevedendo nel caso del concorso di reati la sostituzione della pena dell'ergastolo con isolamento diurno con quella dell'ergastolo semplice. La Procura Generale presso la Corte d'Appello di Roma aveva dunque proposto senza indugio ricorso per Cassazione avverso tale pronuncia, sostenendo che il GUP avrebbe dovuto applicare la nuovissima disposizione. La Corte d'Assise d'Appello, con sentenza datata 10 gennaio 2002, aveva allora condannato il signor Scoppola all'ergastolo, in quanto il decreto in questione, per quanto peggiorativo del trattamento sanzionatorio dell'imputato, era una norma procedurale e come tale, in virtù del principio *tempus regit actum*, doveva essere applicata a qualsiasi processo in corso. A nulla era servito il ricorso per Cassazione proposto da Scoppola il quale, esauriti i rimedi giurisdizionali interni, aveva rimesso la questione ai giudici di Strasburgo, asserendo la violazione sia dell'art. 6, sia dell'art. 7 CEDU.

Tra gli argomenti delle parti intervenute in udienza, spicca in particolare quella del ricorrente che si definiva vittima di un'applicazione retroattiva della legge penale⁴⁷,

⁴³ F. MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Milano, 2011, p. 427.

⁴⁴ A. BERNARDI, *Nulla poena sine lege*, cit., p. 252.

⁴⁵ Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*.

⁴⁶ Dl. 24 novembre 2000, n. 341, convertito in l. n. 4 del 19 gennaio 2001.

⁴⁷ Si veda, a tal proposito, il par. 80 della suddetta pronuncia: "Il ricorrente nota in primo luogo che, secondo la giurisprudenza interna [...], l'art. 442 del C.P.P., che indica la pena da infliggere in caso di adozione della procedura con rito abbreviato, nonostante il suo inserimento nel C.P.P., è una disposizione di diritto penale materiale. In effetti [...], questa clausola non avrebbe ad oggetto la procedura di esecuzione della pena, ma

in quanto al momento della pronuncia da parte del GUP non era ancora conosciuto il decreto-legge in esame⁴⁸. Inoltre, il sig. Scoppola argomentava sostenendo che l'art. 7 CEDU garantisse non solo il divieto di retroattività della legge penale, ma anche il principio secondo il quale, ove la legge in vigore al momento in cui è stato commesso il reato e quelle successive siano diverse, occorre applicare quella più favorevole all'accusato.

Ad avallare la tesi del ricorrente, accolta anche dal giudice di Strasburgo, era quel "consenso progressivamente formatosi a livello europeo ed internazionale"⁴⁹, deducibile non solo sulla base di un'ampia rassegna dei trattati, bensì della stessa giurisprudenza europea⁵⁰. Era stato proprio tale consenso, del resto, a permettere alla Corte di giustificare l'abbandono del precedente *restraint*, per altro indicando in motivazione come la pronuncia costituisse un vero e proprio *overruling*.

A prescindere dalle critiche mosse alla sentenza in questione⁵¹, condivisibili o meno che esse siano, è innegabile come il caso *Scoppola* rappresenti una delle vicende giudiziarie in relazione alle quali la Corte EDU, spesso caldeggiata dalla dottrina, ha colto l'occasione di estendere la legalità oltre i ristretti limiti testuali in cui essa risultava imbrigliata. Trattasi pertanto di una vera e propria tendenza – che denota del resto la valenza garantistica delle pronunce strasburghesi – apprezzabile anche con riferimento al riconoscimento di altro caposaldo del diritto penale contemporaneo, i.e. il divieto di analogia *in malam partem*⁵².

la determinazione di quest'ultima. Dovrebbe quindi essere considerata come legge penale nel senso dell'art. 7 della Convenzione".

⁴⁸ Si veda, a tal proposito, il par. 81 della suddetta pronuncia: "Il ricorrente sottolinea che l'ultima udienza innanzi al GUP di Roma è iniziata il 24 novembre 2000 alle ore 10:19. Il GUP ha pronunciato la sua sentenza immediatamente dopo l'udienza. Lo stesso giorno, è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale ed è entrato in vigore il decreto-legge n. 341. La Gazzetta ufficiale è apparsa nel pomeriggio. Il ricorrente deduce che, quando il giudice ha pronunciato la sua sentenza, il decreto-legge n. 341 del 2000 non era ancora in vigore e non poteva essere conosciuto".

⁴⁹ V. MANES, *Art. 7*, cit., p. 284.

⁵⁰ Il riferimento è non solo all'art. 49 della Carta di Nizza, bensì anche all'art. 15 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici e all'art. 9 della Convenzione americana relativa ai diritti dell'uomo, citati dallo stesso ricorrente. In giurisprudenza, invece, si guardi alla sentenza della Corte di Giustizia del 3 maggio 2005, in cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*

⁵¹ Cfr. F. MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, cit., pp. 426 e ss.

⁵² A partire dalla prima metà degli anni novanta del secolo scorso (Corte EDU, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*) emerge nella giurisprudenza di Strasburgo anche il divieto di analogia *in malam partem*. In particolare, si veda il par. 52 della pronuncia in questione: "L'art. 7 non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale, [...] ma consacra anche, in generale, il principio di legalità dei delitti e delle pene ed il divieto di applicazione della legge penale in modo estensivo, ad esempio in modo analogico". Tale divieto è ribadito nelle sentenze Corte EDU, 24 febbraio 2009, *Protopapa c. Germania*; 13 gennaio 2011, *Schumer c. Germania*.

2.2. (Continua) I più recenti sviluppi del *nullum crimen sine lege*.

Come anticipato, la formulazione convenzionale della legalità non appare del tutto compatibile con quella degli ordinamenti di *civil law*: sotto il profilo contenutistico, infatti, per un verso risulta deprivata del corollario della riserva di legge⁵³, per altro verso arricchita dei requisiti qualitativi della legge estranei alla tradizione di molti Paesi del vecchio continente. Si allude, beninteso, ai requisiti dell'accessibilità e della prevedibilità, qualità "necessari[e] ed apprezzabili sia in relazione alla produzione legislativa che a quella giurisprudenziale"⁵⁴.

D'altro canto, è interessante notare come i canoni in questione siano stati elaborati inizialmente in relazione ad un contesto del tutto slegato da quello della legalità: in effetti, essi sono affiorati per la prima volta in una celebre pronuncia⁵⁵ in cui la Corte EDU era chiamata ad accertare una violazione della libertà di espressione (art. 10 CEDU) in un caso di *contempt of court*. La sentenza *Sunday Times c. Regno Unito*, dunque, ha gettato le basi per un'ampia riflessione sulla legge penale, comprensiva da un lato della verifica della concreta fruibilità della stessa da parte del cittadino, dall'altro della possibilità, una volta comprese il contenuto, di fare previsioni sulla sua applicazione.

L'arresto *Sunday Times* è stato seguito negli anni da altre pronunce – invero, nemmeno troppo numerose –, che hanno permesso di definire in modo più specifico il contenuto dei corollari dell'accessibilità e della prevedibilità⁵⁶; tuttavia, almeno in un primo momento, l'atteggiamento della Corte di Strasburgo è parso alquanto cauto, cosicché solo in un numero relativamente esiguo di casi l'inosservanza di questi canoni ha condotto ad una condanna.

Di recente, però, si sono potuti registrare segnali di un'inversione di tendenza, rappresentati da una serie di decisioni⁵⁷ che potrebbero definirsi antesignane rispetto a quella che occuperà gran parte delle prossime pagine. In esse, difatti, la Corte EDU ha intensificato l'utilizzo dei succitati requisiti qualitativi della legge penale al fine di riconoscere violazioni del *nullum crimen* a fronte di applicazioni giurisprudenziali imprevedibili di norme entrate in vigore prima della commissione del fatto.

In particolare, merita di essere ricordato l'*affaire* Pessino, nel quale il ricorrente – un cittadino francese condannato per un reato in materia urbanistica sulla base di un mutamento *in peius* della giurisprudenza della Corte di Cassazione (il fatto, vigente la precedente interpretazione, non costituiva nemmeno reato) – aveva rimesso alla Corte il vaglio circa la prevedibilità della norma applicata. Il giudice di Strasburgo, ritenendo

⁵³ Cfr. F. VIGANÒ, [Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?](#), in questa Rivista, 5 aprile 2017, p. 9.

⁵⁴ V. MANES, Art. 7, cit., p. 260.

⁵⁵ Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*.

⁵⁶ Si vedano, ad esempio, le sentenze Corte EDU, 30 marzo 1989, *Chappel c. Regno Unito*; 28 marzo 1990, *Groppera Radio AG e a. c. Svizzera*. Per una disamina specifica di come i requisiti dell'accessibilità e della prevedibilità siano stati elaborati dalla Corte EDU cfr. A. BERNARDI, *Nulla poena sine lege*, cit., pp. 260 e ss.

⁵⁷ Si vedano le sentenze Corte EDU, 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*; 24 maggio 2007, *Dragotoniū e Militaru-Pidhorni c. Romania*; 25 giugno 2009, *Liivik c. Estonia*.

che per il cittadino fosse difficile – se non addirittura impossibile – prevedere il suddetto *overruling*, aveva condannato la Francia decretando una violazione dell’art. 7 CEDU, in virtù di quel “valore garantistico fondamentale dell’esclusione di imprevedibili sorprese da parte delle autorità pubbliche, giudici compresi, nei confronti dei diritti e delle libertà individuali”⁵⁸.

Sulla scorta di questa pronuncia si colloca anche l’*affaire Contrada c. Italia*⁵⁹, il quale rappresenta, fuor d’ogni dubbio, uno dei casi più noti e significativi tra quelli portati negli ultimi anni dinanzi alla Corte europea: a dimostrarlo è proprio il fiume di commenti succedutisi alla pubblicazione della relativa sentenza, la quale ha portato alla ribalta tematiche interessanti sul piano tanto del diritto penale sostanziale, quanto del diritto processuale.

Senza ora riprendere l’intera vicenda giudiziaria, peraltro arcinota alle cronache, basti in questa sede ricordare come il caso in oggetto avesse preso le mosse da una condanna inflitta nel 1996 dal Tribunale di Palermo ad un soggetto ritenuto colpevole di concorso cd. “esterno” in associazione di stampo mafioso per fatti commessi tra il 1979 ed il 1988. L’imputato, appellando la sentenza, aveva addotto che l’applicazione della norma penale (l’art. 110 C.P. in combinato disposto con l’art. 416 bis C.P.) riguardante il concorso esterno nel reato associativo in questione fosse tutt’altro che prevedibile. D’altronde, tale applicazione rappresentava il risultato di un’elaborazione giurisprudenziale successiva all’epoca dei fatti ascrittigli: per l’appunto, il *leading case* in materia è identificato nella sentenza della Cassazione *Demitry*⁶⁰ del 1994, in cui le Sezioni Unite si sono per la prima volta pronunciate in senso favorevole a tale possibilità.

Non trovando accoglimento le sue doglianze nei successi gradi di giudizio – i cui esiti furono decisamente infausti –, il condannato lamentò dinanzi alla Corte EDU la violazione dell’art. 7 CEDU, nello specifico con riferimento al corollario non scritto della prevedibilità.

Ciò detto, il giudice di Strasburgo si era dunque ritrovato a dover comprendere se, al momento della commissione dei fatti, la legge italiana fosse chiara nel definire la fattispecie e se le conseguenze della condotta fossero facilmente conoscibili dal ricorrente⁶¹; e, sulla base del *mare magnum* di posizioni divergenti sulla questione in esame⁶² – che di fatto denotava l’assenza di una linea chiara ed univoca, sia in dottrina,

⁵⁸ V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo ed il principio di legalità nella materia penale*, cit., p. 107.

⁵⁹ Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*.

⁶⁰ Cass., SS.UU. Pen., 5 ottobre 1994, 16, *Demitry*.

⁶¹ “La Corte ritiene che la questione che si pone nella presente causa sia quella di stabilire se all’epoca dei fatti ascritti al ricorrente, la legge applicabile definisse chiaramente il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso. Si deve dunque esaminare se, a partire dal testo delle disposizioni pertinenti e con l’aiuto dell’interpretazione della legge fornita dai tribunali interni, il ricorrente potesse conoscere le conseguenze dei suoi atti sul piano penale”, Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada*, par. 64.

⁶² Sul punto si vedano, per tutti, F. PALAZZO, *La sentenza Contrada ed i cortocircuiti della legalità*, in *Diritto penale e processo*, 2015/9, pp. 1061 e ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di “diritto penale giurisprudenziale”, “partecipazione” e “concorso esterno”*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all’analisi e alla critica del diritto vivente*, a cura di L. Picotti, F. Viganò, G. Fornasari, A. Melchionda, Padova, 2005, pp. 318 e ss.

sia in giurisprudenza – aveva concluso sottolineando come il reato contestato fosse frutto di un’elaborazione giurisprudenziale consolidatasi successivamente al *tempus commissi delicti*. La Corte EDU pertanto, ritenendo che le plurime condanne domestiche confliggevano col corollario della prevedibilità così come sviluppato dalla giurisprudenza strasburghese, aveva condannato l’Italia.

Ora, a prescindere dalle molte critiche mosse alla pronuncia strasburghese – tra le quali, in particolare, l’eccessiva radicalizzazione della formazione giurisprudenziale della figura del concorso esterno⁶³ –, è interessante soffermarsi sulle diverse concezioni di legalità che ne emergono.

Da un lato, una concezione di legalità meno “sostanziale” ma efficace, la quale, ponendo l’accento più sul contenuto della norma che sulla sua forma⁶⁴, permette di allargare le maglie della discrezionalità del giudice che così viene investito di una vera e propria funzione creatrice della legge penale; dall’altro lato, invece, una concezione di legalità più “elaborata”, particolarmente attenta ai profili formali e gelosamente ancorata al corollario della riserva di legge.

Dinanzi ad un simile quadro, in fin dei conti, comprendere quale tra le due concezioni invocate risulti essere preferibile significa riflettere su quale, tra esse, permetta di addivenire nel caso in esame alla soluzione più garantista per l’imputato.

Dunque, è interessante notare come *intra domesticos parietes*, pur in assenza di un dato legislativo univoco e a fronte di una perdurante incertezza interpretativa, l’autorità giudiziaria abbia optato con tanta convinzione per la colpevolezza del ricorrente. E come, viceversa, *extra domesticos parietes*, in un contesto obiettivamente meno elegante ed incline alla valorizzazione del formante giurisprudenziale al punto da farne talvolta una fonte di legge, il giudice convenzionale abbia ritenuto che le condanne interne fossero state inflitte in totale spregio del principio di legalità e, segnatamente, del suo requisito della prevedibilità⁶⁵.

E proprio queste osservazioni permettono di cogliere, a parere di chi scrive, l’unicità della posizione strasburghese: ragionando in questo senso, difatti, la condanna dell’Italia non appare più tanto eccessiva, costituendo invece un monito per tutti e quarantasette gli apparati giudiziari del Consiglio d’Europa.

L’approccio della Corte EDU, pur lasciando intravedere tendenze non combacianti *in toto* con quelle nostrane, sembra pertanto convincente laddove esso sia funzionale alla valorizzazione delle garanzie penalistiche nello spazio giuridico europeo; spazio giuridico che, nell’ottica futuribile dell’adesione dell’Unione alla CEDU, sarebbe caratterizzato da una nuova geometria di poteri ed assisterebbe al dominio assoluto della Corte di Strasburgo, monopolista indiscussa di tutte le fonti e della loro interpretazione.

⁶³ Cfr. F. PALAZZO, *La sentenza Contrada ed i cortocircuiti della legalità*, cit., p. 1062.

⁶⁴ M.G. FLICK, *Il principio di legalità: variazioni sul dialogo tra Corte di Giustizia, Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte Costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, 2014/4, 1 e s.

⁶⁵ G. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, cit., p. 17.

2.3. La giurisprudenza di Strasburgo in tema di *nulla poena sine culpa*: evoluzione o involuzione?

È ora opportuno spostare l'attenzione sugli sviluppi *extra moenia* di un altro caposaldo del diritto penale, vale a dire il principio di colpevolezza.

Il *nullum crimen sine culpa*, pur non essendo materialmente rinvenibile né nella Carta di Nizza, né nella Convenzione, trova sovente riconoscimento nell'ambito della giurisprudenza della Corte EDU. Una giurisprudenza nient'affatto lineare, i cui arresti tradiscono le difficoltà incontrate dai giudici strasburghesi nell'elaborazione del suddetto principio.

Il silenzio delle carte europee circa il principio *de quo* non è passato inosservato alla dottrina, la quale tuttavia, in particolare per il *contesto UE*, ha addotto accettabili giustificazioni.

In primo luogo, la causa della mancanza di qualsiasi riferimento al principio di colpevolezza nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea va rinvenuta nell'assenza di una competenza penale europea di parte generale nei trattati. Come noto, difatti, una competenza del legislatore europeo in ambito punitivo – seppur concorrente, settoriale e indiretta – si è affermata a chiare lettere solo a partire dal Trattato di Lisbona e limitatamente all'armonizzazione della c.d. parte speciale delle legislazioni penali sostanziali dei vari Stati membri, “con conseguente esclusione della c.d. parte generale del diritto penale”⁶⁶.

In secondo luogo, la scarsa attenzione dedicata dalla Corte di Giustizia al principio di colpevolezza può essere spiegata in forza della vocazione prettamente economica di cui i testi e gli organi di Lussemburgo da sempre si fanno portavoce⁶⁷.

Focalizzandosi invece sul *contesto convenzionale*, ha sorpreso non poco il ritardo nel riconoscimento di tale principio da parte della Corte di Strasburgo, da sempre maggiormente accorta alle istanze garantiste⁶⁸. L'unico appiglio, tanto per *uno* che per *l'altro contesto*, è stato rinvenuto per lungo tempo nel principio scritto della presunzione di innocenza, il quale nella Carta trova espressione all'art. 48, mentre nella CEDU all'art. 6.2.

L'ancoraggio al parametro in questione compare per la prima volta nell'arresto che, unanimemente, è considerato il *leading case* in materia di “presunzioni di

⁶⁶ Cfr. F. ROSSI, [Presente e futuro del processo di armonizzazione europea della parte generale del diritto penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 108 ss.

⁶⁷ Si tratta essenzialmente della medesima ragione per cui, almeno fino ai primi anni duemila, l'elaborazione giurisprudenziale lussemburghese in tema di *nulla poena sine lege* è parsa scarna ed insoddisfacente. D'altra parte, nonostante qualche recente indubbio sviluppo (si veda, ad esempio, Corte di Giustizia, 8 febbraio 2007, C-3/06, *P. Groupe Danone c. Commissione*, con nota di A. BALSAMO, *L'applicazione del principio di irretroattività al precedente giurisprudenziale contra reum: le indicazioni della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cassazione penale*, 2007, pp. 2202 e ss.), essa ancora oggi presenta di tanto in tanto esiti deludenti, che dimostrano di fare totale spregio della portata garantistica del principio di legalità, cfr. A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, cit., pp. 37 e ss.

⁶⁸ Cfr. G. PANEBIANCO, *Il principio del nulla poena sine culpa al crocevia delle giurisdizioni europee*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014/3, p. 1329.

colpevolezza e situazioni analoghe”⁶⁹. Trattasi della *Salabiaku c. Francia*⁷⁰, risalente pronuncia strasburghese in cui i giudici – sottolineando come la dichiarazione della responsabilità penale debba fare luce, oltre che sull’elemento materiale, su “*un certain élément intentionnel*” – hanno di fatto fornito un primo tassello per la definizione della colpevolezza a livello europeo. Ciò nonostante, la Corte EDU in questa pronuncia, scaturita dal ricorso di un cittadino francese che era stato condannato a causa dell’intervento di una presunzione legale, sembra essere rimasta legata ad un giudizio di non compatibilità tra la condanna inflitta e la presunzione di innocenza. Pertanto, come evidenziato in dottrina, nella pronuncia in questione pare che i giudici abbiano operato uno slittamento dalla nozione di responsabilità penale a quella di colpevolezza⁷¹.

Una vera e propria inversione di tendenza in materia si registra solo a partire dall’*affaire Sud Fondi c. Italia*: senza ora riprendere la nota vicenda cui fa da sfondo il litorale barese⁷², basti in questa sede ricordare come questa pronuncia sia stata oggetto di studio per svariate ragioni.

Due in particolare sono gli spunti di riflessione offerti dalla sentenza *Sud Fondi*: il primo, contenuto nella decisione di ricevibilità del ricorso⁷³, attiene alla qualificazione della confisca urbanistica come sanzione penale, in sostanziale continuità con l’orientamento giurisprudenziale di Strasburgo in materia⁷⁴. Il secondo spunto, invece, offerto dalla decisione sul merito⁷⁵, ed in particolare dalla parte motiva della stessa che ci si appresta ad analizzare, attiene alla timida costruzione da parte dei giudici EDU di una colpevolezza slegata dalla presunzione di innocenza.

Ripercorrendo i passi della Corte, se, *in prima battuta*, l’impianto argomentativo della decisione di merito poggiava sulle sue ormai consolidate posizioni circa i contenuti qualitativi del principio di legalità, in *seconda battuta* – e, nello specifico, a partire dal par. 91 – il suo ragionamento pareva aprirsi ad asserzioni del tutto inedite. Seppur puntualizzando che “l’art. 7 non menziona espressamente il legame morale esistente tra l’elemento materiale del reato e la persona che ne viene considerata l’autore”⁷⁶, i giudici strasburghesi invero osservavano come, sia la logica della pena e della punizione, sia la nozione stessa di colpevolezza, richiedano un’interpretazione più ampia dell’art. 7. Queste tutte, a dire della Corte, sembrerebbero difatti esigere “un legame di natura intellettuale [...] che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell’autore materiale del reato”⁷⁷.

⁶⁹ G. ABBADESSA, *Il principio di presunzione di innocenza nella CEDU: profili sostanziali*, in *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, cit., p. 381.

⁷⁰ Corte EDU, 7 ottobre 1988, *Salabiaku c. Francia*.

⁷¹ G. ABBADESSA, *Il principio di presunzione di innocenza nella CEDU: profili sostanziali*, cit., p. 390.

⁷² Cfr. F. MAZZACUVA, *Un “hard case” davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *Diritto penale e processo*, 2009/12.

⁷³ Corte EDU, 30 agosto 2007 (decisione di ricevibilità del ricorso), *Sud Fondi c. Italia*.

⁷⁴ Cfr., *supra*, sub par. 1.2.

⁷⁵ Corte EDU, 20 gennaio 2009 (decisione sul merito), *Sud Fondi c. Italia*.

⁷⁶ *Ivi*, par. 91.

⁷⁷ *Ivi*, par. 91.

L'affermazione di tale ultroneo requisito, delineato in chiave garantista a fondare la punibilità del reo, era poi completata da successive osservazioni, in cui la Corte EDU sottolineava come sarebbe stato del tutto incoerente esigere una base legale accessibile e prevedibile se, al contempo, una persona avesse potuto essere ritenuta colpevole – e conseguentemente punita – a fronte di un errore ad essa non imputabile. Aveva pertanto concluso definendo la confisca applicata al caso di specie una sanzione arbitraria comportante una violazione dell'art. 7 CEDU⁷⁸.

Sforzandosi dunque, “per necessità sistemica”⁷⁹, di declinare la legalità penale in chiave soggettiva, la Corte EDU aveva ivi riconosciuto per la prima volta come una sanzione, peraltro riconducibile all'alveo della materia penale sulle base di una valutazione ancorata a criteri sostanziali, non potesse mai prescindere dall'accertamento di un profilo di rimproverabilità a carico dell'autore. Pertanto questa pronuncia, seppur presentando “alcune insuperabili ambiguità che la rendono, isolatamente considerata, una troppo fragile base per il riconoscimento europeo del principio di colpevolezza”⁸⁰, rappresenta a tutt'oggi il più originale sviluppo della giurisprudenza strasburghese sul tema in esame.

Alla luce di quanto detto, può essere dunque definito un vero e proprio *overruling* della Corte quell'approdo, di poco successivo a *Sud Fondi*, in cui essa è tornata a pronunciarsi sull'applicazione di una misura di confisca urbanistica.

Nella sentenza *Varvara c. Italia*⁸¹, esaurito in poche righe il problema della qualificazione penale della confisca, la Corte EDU riprendeva la pronuncia *Sud Fondi*, ribadendo come l'accertamento dell'elemento soggettivo sia momento imprescindibile nel giudizio di colpevolezza. Ciò detto, essa tuttavia aggiungeva un nuovo rilievo, in qualche modo contraddittorio rispetto a quello contenuto nella precedente pronuncia: l'art. 7 CEDU, non limitandosi a richiedere una base legale per i reati e per le pene, implica altresì l'illegittimità dell'applicazione di quelle sanzioni penali che non siano fondate su di un giudizio di colpevolezza⁸², giudizio che si connota per l'esigenza di essere “*consignée dans un verdict de culpabilité*”. Nel caso di specie, trattandosi di un'ipotesi di proscioglimento per estinzione del reato, non si poteva rinvenire un provvedimento di tal genere: Strasburgo quindi, ancora una volta, condannava l'Italia per violazione della legalità convenzionale.

Come evidente, queste due ultime sentenze strasburghesi in tema di *nulla poena sine culpa* partono da basi comuni per giungere a conclusioni diverse.

Nella *Sud Fondi* la Corte si sofferma infatti sugli elementi della fattispecie da integrare per ritenere correttamente fondato un giudizio di colpevolezza, trovando un originale ancoraggio per quest'ultimo nel principio di legalità riletto in chiave soggettiva.

⁷⁸ *Ivi*, par. 116.

⁷⁹ G. ABBADESSA, *Il principio di presunzione di innocenza nella CEDU: profili sostanziali*, cit., p. 393.

⁸⁰ E. COTTU, *Ambigua fenomenologia e incerto statuto del principio di colpevolezza nel dialogo tra le Corti*, in *L'Indice penale*, 2017/1, pp. 377 e ss.

⁸¹ Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*.

⁸² *Ivi*, par. 72.

Nella *Varvara*, invece, la disamina della Corte pare nuovamente votata al versante processuale, essendo in questa pronuncia ribadita la necessità che l'accertamento di responsabilità penale, *rectius* della colpevolezza, sia "suggerito in una constatazione formale definitiva"⁸³.

Il quadro delineato, pertanto, non sembra essere dei più felici se analizzato in un'ottica di ricerca di posizioni d'avanguardia nella giurisprudenza di Strasburgo. Se la *Sud Fondi* aveva per lo più entusiasmato i commentatori, l'inedito approdo in essa raggiunto sembra potersi dire, in realtà, adombrato dalla *Varvara*, la quale ha senz'altro tradito le aspettative di quanti volessero rinvenire nelle pronunce strasburghesi – anche sul fronte della colpevolezza – incontestabili sviluppi in materia penale.

3. Una nuova prospettiva nell'analisi della questione: considerazioni di chiusura.

Al termine di questa analisi della giurisprudenza strasburghese, sono opportune alcune brevi considerazioni.

Ciò che si evince dal caso *Contrada*, così come dalle altre pronunce della Corte EDU in tema di legalità, è proprio l'instancabile ricerca di soluzioni inedite che, bilanciando esigenze eterogenee e mirando ad un – talvolta difficile – compromesso, si dimostrino il più possibile garantiste. In questa prospettiva, dunque, se si riflette sul vincolo gerarchico che l'adesione determinerebbe tra le due Corti europee, si può comprendere come quest'ultimo arresto strasburghese sia sintomatico del costante impegno della Corte EDU nell'innalzamento del livello di tutela nell'ambito della "materia penale". L'approdo cui si è giunti nell'*affaire Contrada* costituirebbe quindi un indiscusso argomento circa la necessità di non abbandonare l'idea dell'adesione: questa riforma, infatti, potrebbe comportare un potenziamento delle garanzie penalistiche a livello internazionale.

La parentesi poc'anzi aperta in tema di colpevolezza sembrerebbe invece provare come, contrariamente a quanto osservabile circa l'elaborazione del principio di legalità, la scarsa linearità ed originalità della giurisprudenza della Corte EDU in relazione al suddetto tema non facciano del principio del *nullum crimen sine culpa* il miglior candidato a provare i vantaggi che l'adesione dell'UE alla CEDU arreherebbe all'universo delle garanzie penalistiche. Del resto questa giurisprudenza, non introducendo nemmeno uno standard di tutela più elevato rispetto a quello già esistente in ambito UE, non costituisce alcun valore aggiunto.

Ad ogni modo, a scanso di equivoci, non va dimenticato che la Convenzione, così come interpretata dalla sua Corte, rappresenta pur sempre uno standard minimo di tutela. Come noto, difatti, l'art. 53 CEDU contiene una clausola di salvaguardia in virtù della quale gli Stati contraenti sono tenuti ad invocare la Convenzione solo laddove essa garantisca una tutela superiore rispetto a quella già accordata dai singoli ordinamenti

⁸³ V. MANES, [La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza](#), in questa Rivista, 13 aprile 2015.

nazionali. La CEDU, in sostanza, non impedisce certo agli Stati di introdurre livelli di protezione più elevati e corrispettivamente non può nemmeno imporre un abbassamento degli standard di tutela nazionali o derivanti da altri accordi internazionali.

In conclusione, dunque – essendo il senso ultimo dell’art. 53 CEDU quello di “assicurare che nella materia dei diritti dell’uomo i testi in vigore si completino anziché contraddirsi”⁸⁴ – è del tutto infondato il timore che l’adesione possa provocare una retrocessione nelle materie, quale quella della colpevolezza, in cui la CEDU e la giurisprudenza di Strasburgo si dimostrano meno “all’avanguardia”.

L’adesione dell’UE alla CEDU, pertanto, sarebbe inevitabilmente candidata a significare molto di più di una mera “chiusura del cerchio”⁸⁵: invero, essa sembrerebbe idonea a dipingere scenari nuovi e suggestivi grazie alle sue evidenti potenzialità, beneficiabili anche nella branca del diritto maggiormente votata al rispetto delle garanzie.

⁸⁴ Cfr. L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (a cura di), *Traité établissant une Constitution pour l’Europe, Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne – Commentaire article par article*, Bruxelles, 2005, p. 692.

⁸⁵ Cfr., diffusamente, M. PACINI, *L’accesso dell’UE alla CEDU: chiusura del cerchio o camicia di forza?*, cit.

IL RITO ABBREVIATO IN CONTINUAZIONE ESTERNA

*Osservazioni a margine di [Cass., Sez. V, ord. 7 dicembre 2017](#)
([dep. 13 dicembre 2017](#)), n. 55745, Pres. Vessichelli, Rel. Borrelli, Ric. Cesarano*

di Gabriele Cappelletti e Chiara Buffon

SOMMARIO: 1. I termini del quesito giuridico oggetto dell'ordinanza di remissione. – 2. L'indirizzo interpretativo teso a valorizzare il beneficio premiale per la scelta del rito abbreviato. – 3. Il secondo orientamento: l'art. 442, comma 2, c.p.p. quale unico epilogo per la pena del reato continuato. – 4. Considerazioni critiche e conclusive.

1. Il quesito giuridico sollevato dall'ordinanza di remissione.

L'ordinanza di remissione in commento impone alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹ di dirimere il contrasto giurisprudenziale che ruota attorno all'incidenza della diminuzione per il rito abbreviato qualora venga riconosciuto l'istituto della continuazione tra reati giudicati con quest'ultimo rito e reati per cui si è proceduto con il rito ordinario².

Nel caso di specie la Corte di Appello di Napoli, quale giudice di rinvio in seguito ad annullamento da parte della Sezione Prima della Cassazione, applicava la disciplina del reato continuato *ex art. 81, comma 2, c.p.*³ tra reati ascritti all'imputato nel procedimento in trattazione, celebrato nelle forme del rito abbreviato, ed altri già definiti con rito ordinario.

Nonostante l'avvenuto riconoscimento dell'unicità del disegno criminoso, il difensore dell'imputato censurava il metodo di quantificazione della pena adottato dalla Corte partenopea: quest'ultima determinava l'aumento per i reati satellite, giudicati in

¹ Il contrasto in parola, rilevato dalla Sezione Quinta penale con ordinanza emessa in data 7/12/2017 e depositata in data 13/12/2017, sarà affrontato dalle Sezioni Unite penali in pubblica udienza il giorno 22 febbraio 2018, con relatore il consigliere Giacomo Rocchi.

² Si tratta di un'ipotesi di continuazione c.d. "esterna", ovvero di continuazione tra reati accertati in diversi procedimenti penali, piuttosto che nel medesimo procedimento.

³ Il trattamento sanzionatorio del reato continuato è definito ai sensi dei primi due commi dell'art. 81 c.p. (Concorso formale. Reato continuato): "1. È punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge. 2. Alla stessa pena soggiace chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge".

ordinario con due sentenze irrevocabili, solo dopo aver applicato la diminvente *ex art. 442, comma 2, c.p.p.*⁴ ai reati accertati con rito abbreviato nel procedimento *sub iudice*.

Ne discendeva l'asserita violazione di legge in relazione agli artt. 81 c.p., 442, comma 2 e 533, comma 2, c.p.p.⁵, in ragione dell'erroneità del criterio di calcolo posto a fondamento dei complessivi anni ventisei di reclusione irrogati all'imputato. A parere del ricorrente, infatti, stante il riconoscimento della disciplina della continuazione, il giudice di merito avrebbe dovuto applicare la riduzione di un terzo alla pena unitariamente considerata, comprensiva della condanna per il reato pendente e degli aumenti dovuti per i reati satellite.

A sostegno della linea interpretativa richiamata, la difesa invocava il principio di diritto espresso dalla Sezione Terza di Cassazione con sentenza n. 37848/2015⁶.

La Sezione Quinta, competente a decidere sul ricorso, constatava l'esistenza di un contrasto nella giurisprudenza di legittimità e rimetteva la questione alla più autorevole formazione della Corte di Cassazione, col seguente quesito: *“Se l'applicazione della continuazione tra reati giudicati con rito ordinario ed altri giudicati con rito abbreviato comporti che soltanto a questi ultimi – siano essi reati satellite o violazione più grave – debba essere applicata la riduzione di un terzo della pena a norma dell'art. 442, comma 2, c.p.p.”*.

Per cogliere l'impatto che in concreto avrà la composizione del contrasto, basti pensare che tra la risposta negativa e la positiva possono passare fino a dieci anni di reclusione di differenza, rispettivamente in più o in meno.

Esemplificando col caso in esame, la Corte d'appello riteneva che il reato più grave, ai fini della continuazione, fosse il reato associativo di cui all'art. 74 D.P.R. 309/90, quello per il quale l'imputato aveva scelto il rito speciale ed ancora sotto procedimento. La pena base veniva fissata in anni ventiquattro di reclusione ed aumentata, dapprima, ad anni trentadue in ragione della recidiva, successivamente, ad anni trentotto per la continuazione con i reati satellite ascritti nel medesimo procedimento; la stessa veniva, allora, rideterminata in anni trenta in virtù della disciplina di cui all'art. 78 c.p., sui *“limiti degli aumenti delle pene principali”*⁷. Esauriti i calcoli relativi al procedimento pendente,

⁴ Ai sensi dell'art. 442, comma 2, c.p.p., *“In caso di condanna, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è diminuita della metà se si procede per una contravvenzione e di un terzo se si procede per un delitto. Alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta. Alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo”*.

⁵ L'art. 533, comma 2, c.p.p., rubricato *“Condanna dell'imputato”*, prevede che *“Se la condanna riguarda più reati, il giudice stabilisce la pena per ciascuno di essi e quindi determina la pena che deve essere applicata in osservanza delle norme sul concorso di reati e di pene o sulla continuazione. Nei casi previsti dalla legge il giudice dichiara il condannato delinquente o contravventore abituale o professionale o per tendenza”*.

⁶ Cass. Pen., Sez. III, n. 37848 del 19/05/2015 (dep. 18/09/2015), in C.E.D., Rv. 264812, imp. Cutuli e altri, recante la seguente massima *“Nell'ipotesi in cui venga riconosciuta, in fase di cognizione, la continuazione tra più reati, oggetto, alcuni, di condanna all'esito di giudizio abbreviato e, altri, di condanna all'esito di giudizio ordinario, la riduzione ex art. 442 cod. proc. pen. va applicata, - qualora il reato più grave sia stato giudicato con il rito speciale - sulla pena finale determinata dopo l'aumento disposto per i reati satellite, anche se definiti con il rito ordinario; qualora invece il giudice procedente individui, quale reato più grave, quello giudicato con rito ordinario, la riduzione di pena dovrà essere disposta per i soli reati satellite giudicati con rito abbreviato”*.

⁷ L'art. 78 c.p. tempera la pena risultante dal cumulo materiale come segue: *“1. Nel caso di concorso di reati preveduto dall'art. 73, la pena da applicare a norma dello stesso articolo non può essere superiore al quintuplo della più*

veniva applicata la diminuzione del rito abbreviato, quantificando la pena in anni venti di reclusione.

Solo da ultimo, in linea con l'indirizzo giurisprudenziale contestato dal ricorrente, veniva disposto l'aumento di cui all'art. 81, comma 2, c.p. per gli altri reati già coperti da un giudicato formatosi con rito ordinario, determinando la pena finale in complessivi anni ventisei di reclusione. In astratto, entro la soglia di cui all'art. 78 c.p., siffatto indirizzo consente di irrogare sino ad anni trenta di reclusione.

Nella medesima fattispecie di continuazione tra reati accertati con riti diversi, di cui il più grave in abbreviato, l'accesso all'orientamento in contrasto ha un limite edittale implicito: posto che il cumulo di pene detentive temporanee non può eccedere gli anni trenta di reclusione, anche in seguito al computo degli aumenti per i reati in continuazione esterna, posticipare la riduzione di un terzo ed applicarla alla pena complessiva impedisce di superare gli anni venti di reclusione.

2. L'indirizzo interpretativo teso a valorizzare il beneficio premiale per la scelta del rito abbreviato.

In forza di un primo indirizzo giurisprudenziale, l'applicazione in sede esecutiva della disciplina della continuazione tra reati giudicati con rito abbreviato ed altri con rito ordinario comporta che solo ai reati giudicati con il rito a forma contratta possa essere applicata la riduzione di un terzo a norma dell'art. 442, comma 2, c.p.p., anche qualora integrino la violazione più grave considerata come pena base⁸.

Nell'ipotesi in cui sia il giudice dell'esecuzione a riconoscere la sussistenza del reato continuato ex art. 671, commi 1 – 2 bis, c.p.p.⁹, non è revocabile in dubbio che si debba procedere alla riduzione di un terzo solo rispetto alle frazioni di pena riferite ai reati giudicati con rito premiale, alla luce di quanto espressamente stabilito dall'art. 187

grave fra le pene concorrenti, né comunque eccedere: 1) trenta anni per la reclusione; 2) sei anni per l'arresto; 3) euro 15.493 per la multa e euro 3.098 per l'ammenda; ovvero euro 64.557 per la multa e euro 12.911 per l'ammenda, se il giudice si vale della facoltà di aumento indicata nel capoverso dell'art. 133 bis. 2. Nel caso di concorso di reati preveduto dall'articolo 74, la durata delle pene da applicare a norma dell'articolo stesso non può superare gli anni trenta. La parte della pena eccedente tale limite è detratta in ogni caso dall'arresto".

⁸ Tra le pronunce che fanno orientamento, Cass. Pen., Sez. I, n. 17890 del 14/02/2017, imp. Zagaria, in C.E.D., Rv. 270012; Sez. I, n. 3764 del 21/10/2015, dep. 2016, imp. Napolano, in C.E.D., Rv. 266002; Sez. V, n. 47073 del 20/06/2014, imp. Esposito, in C.E.D., Rv. 262144; Sez. V, n. 26593 del 29/04/2014, imp. Rinzivillo, in C.E.D., Rv. 260 573; Sez. VI, n. 33856 del 09/07/2008, P.G. in proc. Capogrosso, in C.E.D., Rv. 240798; Sez. I, n. 43024 del 25/09/2003, imp. Carvelli, in C.E.D., Rv. 226595.

⁹ Ai sensi dell'art. 671, commi 1 – 2 bis, c.p.p. (Applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato) "1. Nel caso di più sentenze o decreti penali irrevocabili pronunciati in procedimenti distinti contro la stessa persona, il condannato o il pubblico ministero possono chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato, sempre che la stessa non sia stata esclusa dal giudice della cognizione. Fra gli elementi che incidono sull'applicazione della disciplina del reato continuato vi è la consumazione di più reati in relazione allo stato di tossicodipendenza. 2. Il giudice dell'esecuzione provvede determinando la pena in misura non superiore alla somma di quelle inflitte con ciascuna sentenza o ciascun decreto. 2 bis. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 81, quarto comma, del codice penale".

disp. att. c.p.p.: *“si considera violazione più grave quella per la quale è stata inflitta la pena più grave, anche quando per alcuni reati si è proceduto con giudizio abbreviato”*. La diminvente è parte integrante della pena di uno dei reati da porre in continuazione.

La Cassazione enuclea, dunque, un principio di diritto generale secondo cui la riduzione per la scelta del rito speciale, in ordine a taluni reati, non può incidere sulla quantificazione della pena per altri definiti con giudizio ordinario, quand’anche legati ai primi dal vincolo della continuazione, e, sulla scia della medesima linea interpretativa, ritiene lo stesso operante anche dinanzi al giudice della cognizione. La diminvente è associata al solo reato accertato con abbreviato perché solo rispetto ad esso sussiste la “condizione processuale” della rinuncia al dibattimento.

D’altro canto, un adeguato trattamento sanzionatorio non dovrebbe disattendere le ragioni di economia processuale nonché di accesso al benefico premiale legate alla scelta processuale parte dell’imputato: estendere la riduzione di un terzo alla pena complessiva significherebbe svilire la *ratio* sottesa alla sua concessione, subordinata, tassativamente e senza eccezioni, al fatto che la condanna sia intervenuta allo stato degli atti pervenuti in udienza preliminare.

Riepilogando, la principale argomentazione a sostegno di tale esegesi risiede nella mancanza del presupposto in virtù del quale la legge impone la riduzione della pena ovvero sia la scelta processuale del rito abbreviato. La mera circostanza del riconoscimento della continuazione esterna durante la celebrazione di un rito alternativo non può determinare la riduzione della pena anche per un giudizio ordinario oramai cristallizzato nell’irrevocabilità della relativa sentenza.

Viceversa, se l’estensione del beneficio dipendesse dal sol fatto che la continuazione esterna sia stata riconosciuta in un processo svoltosi con rito abbreviato, potrebbe trovar spazio il paradosso per cui, ove la violazione più grave fosse individuata nell’ambito di un giudizio ordinario, nel reato per cui ancora si procede, la pena per i reati satellite giudicati con rito abbreviato, dovrebbe essere rideterminata senza considerare il beneficio premiale¹⁰.

In definitiva, anche di fronte al giudice di cognizione, l’autonomia dei procedimenti e l’applicazione del principio di premialità esigono che la diminvente venga riconosciuta solo in relazione al reato con procedimento celebrato in forma contratta, analogamente a quanto avviene in sede esecutiva.

Si tratta *“di una diversità di moduli applicativi nella determinazione della pena che trova giustificazione nell’oggettiva diversità delle situazioni processuali”* che assicura il mantenimento e l’efficacia dell’incentivo premiale. Se così non fosse, si aprirebbe la strada ad una disparità di trattamento tra la posizione dell’imputato giudicato con rito a forma contratta e quella dell’imputato giudicato con rito ordinario, mediante un vantaggio sanzionatorio irragionevole.

¹⁰ Le argomentazioni relative, da una parte, alla ricorrenza, ai fini della diminvente di cui all’art. 442, comma 2, c.p.p., della “condizione processuale” di una pronuncia allo stato degli atti, dall’altra, al paradossale aumento della pena per i reati satellite giudicati in abbreviato e rideterminati in punto di trattamento sanzionatorio ex art. 81, comma 2, c.p., nell’ambito di un giudizio ordinario, sono riconducibili alla pronuncia Cass. Pen., Sez. I, n. 43024 del 25/09/2003, imp. Carvelli, in C.E.D., Rv. 226595.

Sulla scorta dell'orientamento testé richiamato, la Corte di Appello di Napoli, in punto di dosimetria della pena, non apportava alcuna riduzione aggiuntiva né rispetto alla pena del reato satellite, né rispetto alla pena finale.

3. Il secondo orientamento: l'art. 442, comma 2, c.p.p. quale unico epilogo per la pena del reato continuato.

L'orientamento giurisprudenziale sopra delineato, in sede di applicazione della continuazione tra reati giudicati con rito ordinario ed altri giudicati con rito abbreviato, limita a questi ultimi la riduzione di un terzo della pena a norma dell'art. 442, comma 2, c.p.p., siano essi reati satellite o violazione più grave.

L'orientamento in contrasto accede a siffatta esegesi solo quando il reato più grave sia stato giudicato con rito ordinario e siano i reati satellite ad esser stati oggetto di giudizio abbreviato, facendo operare la diminuzione per il rito sulle sole pene computate in aumento su quella base¹¹. Nella diversa ipotesi in cui il reato più grave sia stato giudicato con rito abbreviato, la diminuzione per il rito andrà effettuata sempre sulla pena determinata all'esito degli aumenti per tutti i reati satellite, a prescindere dal fatto che le rispettive sentenze siano state emesse con rito ordinario o abbreviato.

Ne discende, in particolare, la possibilità di intaccare *quoad poenam* il giudicato formatosi in relazione al reato satellite definito col rito ordinario.

Un'opzione interpretativa che, secondo l'ordinanza di rimessione, sarebbe stata fatta valere indifferentemente in fase di cognizione e in fase di esecuzione.

Argomenti a sostegno sono stati individuati, da una parte, nella natura della riduzione per la scelta del rito, piuttosto che nel suo valore premiale, valore rimarcato, invece, dall'opposta giurisprudenza di legittimità¹²; dall'altra, nel potere/dovere spettante al giudice chiamato ad apprezzare il reato continuato.

Quanto al primo argomento, l'abbattimento fisso di un terzo della pena in concreto stabilita dal giudice si risolve in un'operazione puramente aritmetica e configura una diminuente meramente processuale: per questo, nell'ordine delle operazioni di dosimetria della pena, rappresenta un *posterius*.

L'asserzione veniva accreditata dalle Sezioni Unite del 2007¹³ all'atto di definire la sequenza tra riduzione per l'abbreviato e soglie massime di pena di cui agli artt. 71 ss.

¹¹ Tra le pronunce che fanno orientamento, Cass. Pen., Sez. V, n. 12592 del 28/11/2016, dep. 2017, imp. Alma e altri, in C.E.D., Rv. 269706; Sez. V, n. 20113 del 27/11/2015, dep. 2016, imp. Moreo, in C.E.D., Rv. 267244; Sez. III, n. 37848 del 19/05/2015, imp. Cutuli e altri, in C.E.D., Rv. 264812.

¹² Si ribadisce la *ratio* portante della posizione avallata dal provvedimento di merito da cui origina la rimessione: assicurare il mantenimento dell'incentivo per il rito premiale solo in relazione a quei reati per i quali l'imputato abbia scelto di essere giudicato allo stato degli atti, apparendo ingiustificata, di contro, la concessione del beneficio sul trattamento sanzionatorio laddove non si sia acceduto al procedimento a prova contratta.

¹³ Cass. Pen., Sez. Un., n. 45583 del 25/10/2007, imp. P.G. in proc. Volpe e altri, in C.E.D., Rv. 237692: il quesito rimesso al supremo Consesso, e risolto in senso positivo, era così formulato "se la riduzione di pena per il giudizio abbreviato debba essere eseguita dal giudice dopo la determinazione della pena effettuata in applicazione della

c.p., soglie sancite al fine di temperare il principio del cumulo materiale; la questione si poneva, in particolare, rispetto all'art. 78 c.p. che fissa in anni trenta il limite sanzionatorio per il concorso di pene detentive temporanee.

I giudici di legittimità, in quel contesto, si erano preoccupati di ricondurre l'art. 78 c.p. all'area delle regole di natura sostanziale sul concorso di reati e, conseguentemente, alla finalità rieducativa della pena, nonostante la pacifica funzione di criterio moderatore che prescinde dal concreto disvalore sia del fatto-reato nelle sue componenti oggettive sia della personalità del reo¹⁴.

L'esito non poteva che essere la necessità di far seguire il premio processuale alla determinazione del trattamento sanzionatorio già operata alla luce dei limiti di natura sostanziale.

Le pronunce dell'orientamento in commento importano il risultato così sviluppato sul terreno della continuazione che lega reati accertati con riti diversi e, citando la medesima pronuncia delle Sezioni Unite, accolgono l'idea di una struttura bifasica della commisurazione della pena, ovverosia di commisurazione delle singole componenti, prima, e di deliberazione finale.

A confortare la scansione starebbe la circostanza che, in caso di condanna riguardante più reati, l'art. 533, comma 2, c.p.p. richiede al giudice di "stabilire" la pena per ciascuno di essi e, quindi, di "determinarla" in osservanza delle norme sul concorso di reati e di pene e sulla continuazione.

L'art. 442, comma 2, c.p.p. interverrebbe sempre in questa seconda fase, di determinazione, successivamente ad ogni altro criterio sanzionatorio.

Il secondo argomento attiene alle attribuzioni del giudice chiamato a pronunciarsi sull'art. 81, comma 2, c.p. e si radica in un principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite nel 1986¹⁵.

La continuazione postula una vicenda criminosa complessa, scomponibile in più fattispecie di reato ma con una carica offensiva unitaria.

L'applicazione della continuazione tra reato già giudicato e reato *sub iudice*, qualunque sia il rapporto di gravità tra i due, implica una riconsiderazione del fatto definitivamente accertato, sia pure al solo scopo di riconoscerne la dipendenza da un unico disegno criminoso. La preclusione del giudicato copre il giudizio sul fatto costituente reato, ma non preclude la rettificazione del trattamento sanzionatorio.

disciplina del cumulo materiale e, in particolare, della disposizione dell'art. 78 c.p., per la quale non può essere superato il limite di trent'anni".

¹⁴ Il rilievo opposto dalla Prima Sezione Penale, remittente, era la non assimilabilità dell'art. 78 c.p. alle norme che presiedono la dosimetria della pena, con indici tradizionali nelle componenti materiali e soggettive del reato.

¹⁵ La sentenza della Sezione Penale III, n. 37848 del 19/05/2015, imp. Cutuli, in C.E.D., Rv. 264812, di certo, la più significativa della giurisprudenza illustrata nel presente paragrafo, rinvia a Cass. Pen., Sez. Un., n. 7682 del 21/06/1986, imp. Nicolini.

In sostanza, il superamento della (precedente) visione parziale dei fatti e la necessità di valutare un (nuovo) complesso impongono una “riconsiderazione” della frazione già definita¹⁶.

Se n'è tratta la possibilità di assoggettare al rito speciale, limitatamente al trattamento sanzionatorio, anche reati (satellite) passati in giudicato all'esito di un procedimento ordinario, nell'ipotesi di riconoscimento della continuazione in un procedimento celebrato nelle forme del giudizio abbreviato.

Un assunto implicito è il seguente. Il reato più grave, in quanto costituente la base del calcolo del cumulo giuridico, permea di significato le eventuali ulteriori condotte contestate e, per l'effetto, le attrae nel medesimo contesto processuale, con estensione dell'operatività della diminuzione.

Con lo stesso assunto, s'intende qui giustificare l'unanimità della giurisprudenza nell'escludere che il vantaggio processuale possa essere esteso ad un reato per il cui accertamento è mancato il corrispondente sacrificio processuale, quando questo sia il reato più grave, il reato su cui computare gli aumenti.

In definitiva, il giudice che si pronuncia sulla continuazione, avendo a disposizione tutti i tasselli di una condotta criminosa complessa ma unitaria, può superare l'autonomia dei procedimenti: più che rideterminare la pena per i singoli reati in continuazione, determina *ex novo* la pena per il reato continuato. Ne consegue l'applicazione, prima, delle regole di natura sostanziale, poi, della diminuzione processuale¹⁷.

D'altronde, tale soluzione, in quanto più favorevole per l'imputato, si allinea al principio per cui la cedevolezza del giudicato è ammissibile sempre e soltanto in favore di quest'ultimo¹⁸.

L'ordinanza di remissione oppone all'esegesi esposta il rilievo, pratico, per cui il suo accoglimento comporta la neutralizzazione degli aumenti per i reati giudicati con rito ordinario, quando, per entità della pena complessiva, il relativo computo incorre nel

¹⁶ Sulla rivalutazione imposta dall'accoglimento di una richiesta di continuazione *ex art.* 671 c.p.p., si sono recentemente pronunciate le Sezioni Unite con sent. n. 6296 del 24/11/2016 (dep. 10/02/2017), definendo l'ampiezza dei poteri cognitivi eccezionalmente attribuiti al giudice dell'esecuzione: “il giudice dell'esecuzione, in sede di applicazione della disciplina del reato continuato, non può quantificare gli aumenti di pena per i reati-satellite in misura superiore a quelli fissati dal giudice della cognizione con la sentenza irrevocabile di condanna”. Si veda P. TROISI, *La rideterminazione della pena per i reati satellite nel «giudizio» della fase esecutiva*, in *Cass. pen.*, V, 2017, pp. 1806 ss.

¹⁷ La riflessione si riallaccia a quell'impostazione dottrinale che, nel dibattito sulla natura giuridica del reato continuato, tende ad esaltarne l'unitarietà, piuttosto che la pluralità: il reato continuato rappresenterebbe una figura unica, indifferente alle forme di manifestazione dei reati satellite. Così, F. CARINGELLA-F. DELLA VALLE-M. DE PALMA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, DIKE Giuridica Editrice, 2016, p. 1348, nota 78: “In tema di determinazione della pena per il reato continuato, le circostanze inerenti alle violazioni meno gravi dei cosiddetti reati satellite rimangono prive di efficacia in quanto, considerata la inscindibilità dell'aumento di pena sino al triplo, non è possibile stabilire, in rapporto ai reati meno gravi, le frazioni di pena che ad essi si riferiscono e sulle quali dovrebbero operare gli aumenti o le diminuzioni delle relative circostanze, delle quali si potrà tener conto discrezionalmente soltanto nella determinazione dell'aumento da apportare alla pena stabilita per la violazione più grave”.

¹⁸ F. CARINGELLA-F. DELLA VALLE-M. DE PALMA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 1381.

temperamento dell'art. 78 c.p.: posticipare la diminuzione dell'abbreviato significherebbe far attestare la pena finale sempre su anni venti di reclusione. Nel medesimo contesto processuale, come rilevato in precedenza, ove il premio si concentrasse sui reati per i quali effettivamente si sia rinunciato al dibattimento, e si computassero solo dopo gli aumenti per i reati in continuazione, da una parte, l'art. 78 c.p. potrebbe non rilevare, considerato che la base del calcolo per la pena complessiva risulta già abbattuta nella misura di un terzo; dall'altra, ove fosse comunque necessario il ricorso all'articolo da ultimo citato, la pena finale potrebbe spingersi sino ad anni trenta.

4. Considerazioni critiche e conclusive.

Delle posizioni in contrasto, l'una assicura la riduzione di un terzo della pena esclusivamente ai reati accertati col rito alternativo, siano essi reati satellite o violazione più grave, siano o meno passati entrambi in giudicato; l'altra calcola la riduzione all'esito degli aumenti per i reati satellite.

L'una valorizza la matrice retributiva del procedimento a forma contratta; l'altra, la natura processuale e l'operatività temporalmente secondaria della diminuzione, rispetto alla commisurazione della pena in osservanza delle norme di diritto sostanziale.

Aver ripercorso il fondamento di entrambi gli orientamenti, in seguito all'esame dell'ordinanza di remissione che dei primi propone una ricostruzione sommaria, consente di formulare alcune considerazioni rilevanti rispetto al quesito attualmente pendente in Cassazione.

Una prima riflessione concerne l'impossibilità di risolvere la *quaestio iuris* equiparando l'ipotesi di continuazione in fase di cognizione e in fase di esecuzione.

A leggere l'ordinanza di remissione, infatti, sembrerebbe che le conclusioni cui perviene il secondo orientamento siano state ritenute valide sia di fronte al giudice di cognizione che al giudice dell'esecuzione.

La generalizzazione è inesatta. A ben guardare le sentenze che hanno computato la riduzione per il rito solo dopo gli aumenti in continuazione, l'hanno fatto quando il procedimento riguardante il reato più grave, non solo si fosse svolto in abbreviato, ma fosse ancora pendente.

Tant'è vero che solo dinanzi al giudice di cognizione hanno ragion d'essere i due argomenti portanti, dell'abbreviato quale *posterius* e dell'apprezzamento della continuazione quale tramite per la riconsiderazione di ogni frazione del/nel complesso.

Le Sezioni Unite del 2007 fissano sì il principio di diritto per il quale la riduzione conseguente alla scelta del rito abbreviato si applica dopo le norme sul concorso dei reati e delle pene, ma lo escludono espressamente *in executivis*, stante l'esistenza di una diversa e chiara disciplina processuale. Il giudice dell'esecuzione che applichi, ai sensi

dell'art. 671 c.p.p.¹⁹, la disciplina del reato continuato deve considerare violazione più grave *“quella per la quale è stata inflitta la pena più grave, anche quando per alcuni reati si è proceduto con giudizio abbreviato”*, secondo quanto specificato dall'art. 187 disp. att. c.p.p.”²⁰.

È la sanzione già ridotta di un terzo quella cristallizzata dal giudicato e alla base dei successivi calcoli di determinazione della pena, di talché la riduzione non può essere scorporata né duplicata dal giudice dell'esecuzione; nella stessa direzione volge il carattere eccezionale della potestà che, in materia, spetta al giudice dell'esecuzione, circoscritta ai soli casi previsti dalla legge.

Riepilogando, un interrogativo si pone solo nell'ipotesi di continuazione tra reato più grave accertato in abbreviato e *sub iudice* e reato satellite definito con rito ordinario.

Sebbene dal secondo orientamento discenda un limite di pena implicito, e quindi una disciplina più favorevole per l'imputato, le sue argomentazioni si rivelano fragili, inidonee a superare il principio di intangibilità del giudicato che assiste i reati satellite, di premialità del rito abbreviato, nonché i conseguenti rischi di disparità di trattamento.

L'affermazione della natura processuale della diminuzione consente sì una sua applicazione successiva, quale *posterius*, ma non in mancanza del suo presupposto, per l'appunto processuale, della rinuncia al dibattimento.

D'altronde, le più volte citate Sezioni Unite c.d. Volpe²¹ chiariscono l'operatività eccezionale e tassativa dell'art. 442, comma 2 c.p.p., rispetto ai soli reati accertati senza istruzione dibattimentale, delimitando espressamente il potere di rideterminazione della pena del giudice sulla continuazione.

Oltretutto, la rideterminazione coinvolgerebbe reati coperti da giudicato e la possibilità di intaccare quest'ultimo ha carattere eccezionale: ai fini della riduzione per la continuazione, tale possibilità è sancita normativamente; ai fini della riduzione per l'abbreviato, sarebbe una possibilità desunta in via interpretativa.

Si attende, pertanto, una soluzione positiva al quesito, in conformità a solidi principi della procedura penale: rispetto del sinallagma beneficio premiale – disincentivazione del dibattimento; contenimento del rischio di disparità di trattamento conseguenti alla duttilità del sinallagma; stabilità del giudicato e tassatività del potere di rideterminazione della pena irrevocabile.

¹⁹ Art. 671, comma 1, c.p.p. (Applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato) – *“Nel caso di più sentenze o decreti penali irrevocabili pronunciati in procedimenti distinti contro la stessa persona, il condannato o il pubblico ministero possono chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato, sempre che la stessa non sia esclusa da giudice della cognizione. Fra gli elementi che incidono sull'applicazione della disciplina del reato continuato vi è la consumazione di più reati in relazione allo stato di tossicodipendenza”*.

²⁰ Art. 187 disp. att. c.p.p. (Determinazione del reato più grave) – *“Per l'applicazione della disciplina del concorso formale del reato continuato da parte del giudice dell'esecuzione si considera violazione più grave quella per la quale è stata inflitta la pena più grave, anche quando per alcuni reati si è proceduto con giudizio abbreviato”*.

²¹ È significativo come proprio la pronuncia su cui si fonda il secondo degli orientamenti analizzati, la sentenza c.d. Volpe, rappresenti il maggior ostacolo all'accoglimento di quest'ultimo.

REGNO UNITO E GERMANIA “PERDONANO” I CONDANNATI PER OMOSESSUALITÀ

Un nuovo tipo di clemenza o nuove forme di intervento sul passato?

di Paolo Caroli

Abstract. Nel 2017 Regno Unito e Germania hanno adottato due leggi che rispettivamente amnistiano e annullano le condanne per rapporti omosessuali; si tratta di iniziative dal contenuto simbolico, poiché si applicano a fatti decriminalizzati da tempo e quindi quasi esclusivamente a persone defunte. Se da un lato tale inedita clemenza può essere letta come una misura riparativa, dall'altro apre la strada a una nuova forma di intervento “emendativo” sul passato a mezzo del diritto, che può essere vista come parte di una tendenza più generale a destoricizzare il passato e modificarlo in funzione dell'affermazione di valori del presente e nel presente.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'amnistia inglese: una “clemenza per finalità di giustizia” nei confronti dei morti. – 3. La riabilitazione tedesca nel contesto. – 4. Dal diritto che autentica un'interpretazione del passato al diritto che lo modifica. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

La presente riflessione trae origine da una legge approvata nel 2017 dal Parlamento tedesco¹ con la quale si dispone la riabilitazione di tutti i condannati, successivamente all'8 maggio 1945, sulla base del § 175 del Codice Penale tedesco (StGB) che criminalizzava i rapporti omosessuali. Il paragrafo è rimasto in vigore sino al 1994 e

¹ Gesetz zur strafrechtlichen Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen und zur Änderung des Einkommensteuergesetzes, disponibile in [questa pagina web](#). Si veda S. BAUKELMANN, *Aufhebung von Altverurteilungen wegen homosexueller Handlungen*, in NJW-Spezial 2017, 312. Per un commento giuridico al disegno di legge, in particolare in rapporto all'ordinamento costituzionale, si veda D. WOLFF, *Grundgesetzliche Vorgaben für die Rehabilitierung der nach § 175 StGB verurteilten homosexuellen Männer*, in Recht und Politik 3, 2016, 129 – 136; L. R. LAUTMANN, *Wie korrigiert der Rechtsstaat sein falsches Recht? Die Problematik des verfassungswidrigen Homosexuellenparagraphen*, in Recht und Politik 1, 2015, 12 – 19.

tuttavia era stato precedentemente emendato e sostanzialmente disapplicato in entrambe le Germanie a partire dalla fine degli anni Sessanta. L'intervento legislativo del 2017, che segue una riabilitazione per le condanne avvenute nel periodo nazista (numerosissime e seguite da deportazioni nei campi di sterminio), non è un caso isolato. Sempre nel 2017, il Parlamento britannico ha adottato la cosiddetta *Alan Turing Law*², con applicazione in Inghilterra e Galles. Si tratta di una legge di amnistia (rarissima nel *common law*) per tutti i condannati per il reato di *buggery* (sodomia) che puniva i rapporti penetrativi fra persone dello stesso sesso, nonché la bestialità, sin dal *Buggery Act*, emanato nel 1533 sotto il regno di Enrico VIII. Nel 1885, tuttavia, con il c.d. *Labouchere Amendment*³ il delitto venne esteso ad ogni forma di *gross indecency*, al fine di includervi ogni forma di rapporto omosessuale, anche al di fuori della nozione più ristretta di sodomia. L'omosessualità divenne legale in Inghilterra e Galles nel 1967, mentre nelle restanti parti del Regno Unito e del Commonwealth i rispettivi provvedimenti giunsero fra gli anni '80 e i primi anni '90.

Il presente lavoro non intende affatto discutere il contenuto o l'indubbia meritevolezza di siffatti interventi e delle motivazioni che li hanno ispirati, quanto cercare di collocarli sistematicamente. Ci si pone, innanzitutto, la domanda su come classificare questi provvedimenti alla luce delle categorie dogmatiche della clemenza. Ci si chiede inoltre quale sia la funzione degli stessi. L'ipotesi qui sostenuta, che rende la materia rilevante anche per il penalista italiano, è che essi, nonostante l'apparenza, non possano semplicemente essere qualificati come misure riparative nei confronti di un gruppo che ieri si è perseguito penalmente e che oggi invece non si ritiene più meritevole nemmeno di disvalore sociale. Al contrario, essi paiono essere indice di un nuovo modo di intervenire sul passato, che si colloca in linea con fenomeni diversi, ma crescenti, tesi a emendare la memoria collettiva e ad utilizzarla per affermare determinati valori del presente e nel presente, in vista del futuro.

In questa prospettiva, si confronteranno tali misure con gli interventi relativi alla memoria della Shoah adottati a inizio anni 2000. Da un lato si vedrà come essi operassero in senso contrario: selezionando alcuni elementi del passato per affermare dei valori nel presente e non "emendando" il passato alla luce dei valori di oggi. Dall'altro, tuttavia, essi hanno in comune un operare sul passato e sulla memoria dello stesso in maniera funzionale al presente, un'operazione che coinvolge anche lo strumento penale.

2. L'amnistia inglese: una "clemenza per finalità di giustizia" nei confronti dei morti.

Nel Regno Unito il provvedimento è stato preceduto da una mobilitazione sociale e mediatica, imperniata sulla figura di Alan Turing, geniale scienziato che decifrò i codici nazisti durante la Seconda Guerra Mondiale ed inventò un prototipo del moderno computer. La condanna per *gross indecency* nel 1952 gli costò la perdita del lavoro e la

² Essa è contenuta nel *Policing and Crime Act 2017* (c. 3), che ha ricevuto la sanzione regia il 31.01.2017.

³ Section 11 of the *Criminal Law Amendment Act 1885*.

sottoposizione a una cura ormonale obbligatoria a base di estrogeni per ridurre la libido, che lo rese impotente. Ciò lo portò al suicidio nel 1954, mediante inserimento di veleno in una mela. Turing era già stato destinatario di un provvedimento di clemenza individuale postuma nel 2013 (*royal pardon*⁴), ma, anche per ragioni di equità, nella società civile si richiese un provvedimento di clemenza collettiva⁵. Una prima proposta del governo Cameron nel 2012⁶ prevedeva solo la possibilità, per i condannati ancora in vita, di presentare istanza per la rimozione della condanna dai certificati penali. La proposta laburista di una legge di amnistia⁷, da parte di Ed Miliband, è stata poi sostenuta sia da David Cameron che da Theresa May.

La clemenza collettiva è un provvedimento quasi sconosciuto nel *common law* ed in particolare nel Regno Unito⁸. Il provvedimento in esame pare assimilabile a quella che, con i parametri italiani, definiremmo “clemenza con finalità di giustizia” a fronte di una mutata valutazione del giudizio di illiceità penale, *ex post*. Si tratta di un «riconoscimento successivo della imperfezione della legislazione penale al momento della commissione dei fatti, attraverso una sorta di *supplementum legislationis* che, per mezzo della sospensione della norma incriminatrice (amnistia) o della integrazione della norma secondaria (indulto) attiene essenzialmente alla valutazione del fatto come illecito penale, cioè a quel tipo di valutazione operata dalla norma proibitiva, riconosciuta, *ex post*, meritevole di riforma rispetto alla categoria di fatti considerata⁹. Vi è dunque, in questi casi, un «giudizio ora per allora di minor gravità sociale o, addirittura, di assenza di gravità sociale»¹⁰. Tuttavia, tale forma di clemenza normalmente si basa sul fatto che la variazione del giudizio sul disvalore non deve essere permanente, ma legata ad un contesto eccezionale e chiuso nel tempo, determinato da fattori eccezionali e imprevedibili; ciò a meno che l’amnistia non si accompagni ad una riforma legislativa, per anticiparne retroattivamente gli effetti¹¹. Normalmente, dunque,

⁴ Su tale istituto L. PASCULLI, *Gli istituti della clemenza nel common law*, in *Diritto Penale XXI Secolo*, 1/18, in pubblicazione; S. GRUPP, *Some historical aspects of the pardon in England*, in *The American Journal of Legal History* 7/1, 1963, 51 – 62.

⁵ Parla di Turing come di figura attorno alla quale si è costruito la possibilità di «forgiare una narrazione queer del passato, compreso il disfacimento (*unmaking*) della storia» L. DOAN, *Queer history / Queer memory. The case of Alan Turing*, in *Journal of Lesbian and Gay Studies* 23/1, 2017, 113 - 136.

⁶ V. [questa pagina web](#).

⁷ V. [questa pagina web](#).

⁸ L. PASCULLI, op. cit. Un precedente si rinviene nel 1660 con *An Act of Free and General Pardon, Indemnity, and Oblivion*, un’amnistia pacificatrice per i crimini commessi durante la Guerra Civile Inglese (1642 – 1651) e il cd. Interregno fra la decapitazione di Re Carlo I nel 1649 e la restaurazione di Re Carlo II nel 1660, dopo la caduta del protettorato di Cromwell.

⁹ G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profilo costituzionali*, Milano, 1974, 86; V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, Napoli, 2007, 427. Nella dottrina tedesca K. MARXEN, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, Heidelberg, 1984. Secondo MAZZACUVA, la clemenza determinata da un giudizio di ingiustizia su di un’eventuale condanna o sulle pene già inflitte, si colloca «in una dimensione “neutrale” [...] esente da rilievi d’ordine politico» (cfr. N. MAZZACUVA, *Il principio di difesa sociale e i provvedimenti di clemenza. Profili di politica criminale e materiali per una ricerca storica*, Bologna, Lorenzini 1983, 22).

¹⁰ G. ZAGREBELSKY, op. cit., 87.

¹¹ N. MAZZACUVA, op. cit., 22. In questi casi si parla anche di «clemenza strumentale» (cfr. P. POMANTI, *I provvedimenti di clemenza. Amnistia, indulto, grazia*, Milano, 2008, 16; G. Flora, *I recenti provvedimenti di amnistia*

la “clemenza per finalità di giustizia” non interviene su condotte già depenalizzate da anni. Nel caso di specie, inoltre, non si può non notare una peculiarità quanto ai destinatari del provvedimento. Da un lato essi non sono persone che stiano ancora scontando una pena, che il mutato giudizio sul disvalore del fatto faccia apparire come ingiusta; dall’altro, (il passaggio dalla proposta di Cameron a quella di Miliband, oltre che il riferimento a Turing lo rendono evidente) l’intento del provvedimento non sembra (sol)tanto riferirsi ai pochi soggetti ancora in vita, quanto piuttosto (e in via principale) voler “assolvere” (in senso lato) in maniera postuma i tanti condannati del passato¹². È dunque un’amnistia che, per la stragrande maggioranza dei casi, si rivolge ai defunti.

È dunque evidente che, a fronte di condotte depenalizzate da anni e di condannati quasi tutti deceduti, non sembra corretto parlare di “clemenza con finalità di giustizia”. In un certo senso tale amnistia ha invece un elemento in comune con le c.d. “amnistie di pacificazione”, che consiste nell’operatività sul piano simbolico. Si tratta però di un elemento che nelle amnistie di pacificazione è parallelo all’operatività sul piano dell’effettività e non esclusivo. Si può dunque parlare, per richiamare la dottrina tedesca, di *rechtskonstituierende Amnestie*¹³. Con la peculiarità, però, che qui non siamo in un contesto eccezionale di transizione alla democrazia, dove l’intervento all’amnistia si rende necessario per passare, anche sul piano simbolico, da una situazione di *Rechtslosigkeit*¹⁴ a uno stato di diritto. Come si avrà modo di dire in seguito, qui siamo nell’ambito di un contesto democratico e l’elemento simbolico-valoriale pare assorbire totalmente il significato del provvedimento, che viene qui non a fondare un nuovo ordine giuridico, bensì ad affermare pubblicamente quali valori si vogliono porre a fondamento dell’ordinamento vigente.

Ciò evidenzia dunque un’anomalia rispetto alle categorie concettuali classiche della clemenza e pare quasi riesumere, in funzione assolutoria e non condannatoria, i processi ai morti dell’epoca dell’Inquisizione.

e indulto: la prospettiva strumentale ed i condizionamenti politico-criminali, in *Leg. Pen.*, XI, 1, 1991, 186). Con riferimento ai casi clemenza come strumento di *law enforcement* per favorire l’entrata a regime di riforme processuali o quale strumento di correzione delle imperfezioni del diritto processuale intertemporale, MAIELLO distingue la «clemenza di giustizia», fondata sulla necessità di ripristinare il principio di eguaglianza sostanziale, dalla «clemenza come strumento di adattamento del diritto», laddove il sistema «prende atto che la ‘qualità’ di intere classi di reato fonda una valutazione in chiave di affievolita ‘meritevolezza di pena’» (cfr. MAIELLO, op. cit., 431).

¹² Una fonte interna al Ministero della Giustizia ha confermato che l’amnistia si applica anche a Oscar Wilde, nonostante la questione sia dibattuta, visto che alcuni dei rapporti intrattenuti dallo stesso con minorenni potrebbero oggi essere comunque penalmente rilevanti, in quanto intrattenuti con minori di anni sedici. V. [questa pagina web](#) e [questa pagina web](#).

¹³ Cfr. K. MARXEN, op. cit., 9.

¹⁴ *Ibidem*. In senso critico verso questo concetto e l’uso dell’amnistia in tal senso, si veda A. SCHLUNCK, *Amnesty versus accountability: third party intervention dealing with gross human rights violations in internal and international conflicts*, Berlin, 2000, 13.

3. La riabilitazione tedesca nel contesto.

Il § 175 StGB è stato introdotto nel 1871 sotto la rubrica “Fornicazione contro natura” per punire la fornicazione tra persone di sesso maschile ovvero tra esseri umani ed animali. Tuttavia nel 1935 il regime nazista trasformò il reato da delitto a crimine, estendendo la punibilità agli atti non penetrativi. La giurisprudenza ritenne che il reato fosse sufficientemente integrato anche da una condotta che offendesse oggettivamente il generale senso del pudore, ovvero che rendesse evidente la corrotta intenzione di eccitare il desiderio sessuale in altri uomini. Ciò portò ad un totale di circa 8.000 condanne annue, con possibilità di carcerazione preventiva da parte della Gestapo, nonché (anche a pena eseguita) di “rieducazione aggiuntiva dei campi di concentramento”. I numeri del c.d. Omocausto non sono univocamente stabiliti; le vittime stimate variano dalle 10.000 alle 600.000¹⁵.

La Repubblica Democratica Tedesca (DDR) emendò la disposizione nazista nel 1950, limitandola ai casi di rapporti omosessuali con minori ed abolendola nel 1968. Tuttavia, già dopo la guerra, la giurisprudenza aveva stabilito la non procedibilità nel caso in cui l’atto non costituisse una minaccia per la società socialista, di fatto portando alla disapplicazione della norma. La Repubblica Federale di Germania (BRD) emendò la disposizione nel 1969, limitandola ai casi di rapporti omosessuali fra un maggiorenne e un minorenne e successivamente, nel 1973, riportando l’ambito di applicazione ai soli rapporti penetrativi. L’abrogazione definitiva avvenne nel 1994.

La Germania, come è noto, ha intrapreso un processo di elaborazione del proprio passato nazionalsocialista, che non ha eguali in altri Paesi¹⁶. Esso si avviò con il c.d. Processo di Francoforte ed è segnato da momenti di confronto sociale, politico e culturale, come il c.d. *Warschauer Kniefall* di Willy Brandt nel 1970, la messa in onda della serie tv *Holocaust*¹⁷ nel 1979¹⁸, il confronto, nel 1986, tra Jürgen Habermas ed Ernst Nolte, la partecipazione di Schröder alle celebrazioni per il 60° anniversario del D-Day nel 2004, l’inaugurazione di diversi monumenti commemorativi a Berlino, in particolare il

¹⁵ In generale sulla criminalizzazione dell’omosessualità nella storia, si veda M. WINKLER – G. STRAZIO, *L’abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, Il Saggiatore 2011; E. DOLCINI, *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L’abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori, 2011*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 14 maggio 2012, 1-10.

¹⁶ Nella vasta letteratura sul processo di riflessioni critica sul nazionalsocialismo in Germania (c.d. *Vergangenheitsbewältigung*), da diverse prospettive scientifiche: W. KANSTEINER, *In pursuit of German Memory: History, Television and Politics after Auschwitz*, Athens, 2006; G. ANDERS, *Dopo Holocaust*, 1979, Torino, 2014; A. WEINKE, *Gewalt, Geschichte, Gerechtigkeit: Transnationale Debatten über deutsche Staatsverbrechen im 20. Jahrhundert*, Göttingen, 2016. Al riguardo si vedano anche le osservazioni di D. RIEFF, *In praise of forgetting: Historical Memory and Its Ironies*, New Haven, 2016, 38.

¹⁷ *Holocaust (Olocausto)* di Marvin J. CHOMSKY, USA 1978.

¹⁸ Il fenomeno alimenta la riflessione del filosofo Günther ANDERS (G. ANDERS, op. cit.). Per un’analisi dell’impatto (molto limitato) della stessa serie in Italia (dove è andata in onda nel 1979 su Rai 1), D. BIDUSSA, *Prefazione*, ivi, 1 - 21, 13; E. PERRA, *Narratives of Innocence and Victimhood. The Reception of the Miniseries «Holocaust» in Italy*, in *Holocaust and Genocide Studies*, XXII, 2008, 411 - 440.

Denkmal für die ermordeten Juden Europas in memoria delle vittime ebree, ideato da Peter Eisenman ed inaugurato nel 2005 dopo un dibattito decennale¹⁹.

Tuttavia, fatti salvi gli anni più recenti, tale percorso di elaborazione è stato segnato anche da «negazione e indifferenze, soprattutto con riferimento alle c.d. vittime dimenticate [...] deliberatamente escluse dai risarcimenti»²⁰. In particolare, la Legge federale sui risarcimenti del 1953 (*Bundesentschädigungsgesetz*, BEG) «ha stabilito in maniera chiara e definitiva chi dovesse essere considerato una vittima della persecuzione nazista, ossia i perseguitati “per motivi razziali, religiosi e politici o sulla base della visione del mondo della vittima” (BEG, Art.1(1))»²¹. Il legislatore tedesco riprendeva dunque la c.d. Formula della Conferenza delle Bermuda del 1943 (che si riferiva alla persecuzione di minoranze nazionali, etniche e religiose) e vi aggiungeva la persecuzione politica. È stato affermato che questo «è rimasto l’assetto dominante nelle misure riparative della Germania Occidentale sino ad oggi [...]. Altre forme di linee di potere e di dominazione come il genere, l’orientamento sessuale, la classe o il concetto di normalità e di forma fisica, raramente sono l’oggetto della giustizia di transizione»²². Da notare, per esempio, che la negazione della sterilizzazione forzata o delle politiche di “eutanasia” nei confronti dei disabili, non rientra fra quelle punibili dalla norma del Codice penale tedesco che sanziona il negazionismo²³.

Il tema delle “vittime dimenticate” iniziò a emergere solo negli anni ’90 e fra queste predominante è stata la questione delle vittime omosessuali. Una spiegazione può rinvenirsi non solo nella mutata considerazione dell’omosessualità all’interno della società, ma anche nel fatto che, mentre «nel caso della “eutanasia”, della sterilizzazione forzata e della persecuzione delle persone qualificate come “asociali”, non vi era alle spalle un’identità collettiva condivisa fra le vittime, quantomeno prima della persecuzione»²⁴ e quindi un gruppo che potesse poi portare avanti le istanze di riparazione, discorso diverso è per gli omosessuali. Essi non solo rappresentavano una comunità già prima delle persecuzioni, ma hanno poi consolidato ed organizzato la propria identità collettiva nelle decadi successive, in particolare nella fase dei movimenti LGBT “post-Stonewall”²⁵.

Nel 2002²⁶ il legislatore tedesco ha emendato la legge del 1998 di annullamento delle sentenze ingiuste del nazionalsocialismo, estendendola anche alle sentenze di

¹⁹ Con riferimento all’assoluta peculiarità di tale monumento, che non a caso si trova su una via chiamata *Hannah Arendt Straße*, E. TRAVERSO, *Il passato: istruzioni per l’uso. Storia, memoria, politica*, Verona, 2006, 57; E. HEINZE, *Historical memory is not about victims - it’s about us*, in *Open democracy. Free thinking of the world*, 27 gennaio 2016, disponibile in [questa pagina web](#). In senso più critico Tony JUDT, nel passaggio riportato in D. RIEFF, op. cit., 80.

²⁰ C.f. K. BRAUN, *Transitional Justice, Political Temporality and the Injuries of Normality*, Wien, 2017, 16.

²¹ *Ivi*, 17.

²² *Ibidem*.

²³ Così espressamente E. FRONZA, *Memory and Punishment. Historical denialism, free speech and the limits of criminal law*, The Hague, Asser 2018, in pubblicazione.

²⁴ Cf. K. BRAUN, op. cit., 28.

²⁵ Espressione di G. MINDA, *Postmodern Legal Movements. Jurisprudence at Century’s End*, New York, 1995, 196.

²⁶ *Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege*, disponibile in [questa pagina web](#).

condanna sulla base del § 175 StGB nel periodo dal 1935 al 1945 e accompagnando il provvedimento con delle scuse ufficiali del Parlamento per aver mantenuto in vigore la norma nazista anche in epoca repubblicana. Nel 2008 è stato inaugurato a Berlino un monumento ufficiale per le vittime omosessuali, seguito, fra molte polemiche, da quello per i Sinti e i Rom nel 2012 e per le vittime dell'Eutanasia nazista nel 2014. Di recente la Germania ha anche inaugurato una nuova fase giudiziaria contro gli addetti ai campi di sterminio ancora in vita²⁷. Mentre si reclamano iniziative per gli altri gruppi, la riabilitazione del 2017, che prevede anche dei risarcimenti, può essere vista come un completamento delle misure riparative nei confronti degli omosessuali.

4. Dal diritto che autentica un'interpretazione del passato al diritto che lo modifica.

I provvedimenti qui analizzati possono essere letti alla luce della prospettiva della giustizia di transizione²⁸. È vero che essi non si riferiscono direttamente al passaggio da un regime dittatoriale a una democrazia (pur essendo la disposizione tedesca un retaggio del Nazionalsocialismo), ma è pur vero che oggi si ritiene superata la concezione che vuole la giustizia di transizione limitata alle situazioni post-conflitto o post-dittatoriali. Si considera invece più corretto affermare che, nel XXI secolo, la giustizia di transizione non è più uno strumento eccezionale, bensì essa fornisce una serie di meccanismi che si incaricano di affrontare problemi strutturali di stampo economico, ambientale etc., diventando così una «caratteristica duratura della

²⁷ In particolare per il commento a uno dei processi più significativi, il caso di Ivan (John) Demjanjuk, in rapporto alla giurisprudenza precedente, G. WERLE - B. BURGHARDT, *La punibilità del complice nelle uccisioni di massa nei campi di sterminio nazisti - Il caso Demjanjuk nel contesto della giurisprudenza federale tedesca*, in *Ius17@unibo.it*, 2015.

²⁸ Nelle scienze politiche, l'espressione "transizione alla democrazia" è in uso a partire dagli anni '80; tuttavia è solo dagli anni '90 che il termine "giustizia di transizione" è stato coniato ed utilizzato in ambito giuridico. A partire dal 2000, la giustizia di transizione diventa un vero campo disciplinare, che negli anni più recenti include la prospettiva penalistica. In prospettiva storica, per tutti J. ELSTER, *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, Bologna, 2008. In ambito giuridico: N.J. KRITZ (a cura di), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Washington, 1995; K. AMBOS, *The legal framework of of transitional justice: a systematic study with a special focus on the role of the ICC*, in K. AMBOS - J. LARGE - M. WIERDA (a cura di), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Berlin - Heidelberg, 2009, 19 - 104; R.G. TEITEL, *Globalizing transitional justice*, Oxford, 2014; N. ROHT-ARRIAZA - J. MARIEZCURRENA (a cura di), *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, Cambridge 2006; P. GREARY, *The era of transitional justice. The aftermath of the Truth and Reconciliation Commission in South Africa and beyond*, Abingdon - New York, 2011; L. HUYSE, "Justice after Transition: On the Choices Successor Elites Make in Dealing with the Past", in *Law & Social Inquiry*, 1995, 51 - 78; C. BELL, *The «New Law» of Transitional Justice*, in K. AMBOS - J. LARGE - M. WIERDA (a cura di), op. cit., 105 - 126; G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, 2013; ID., *Justicia de transición: una visión de conjunto con la lente del penalista*, in *Teorder*, 2017, n. 21, 154 - 185; R. BARTOLI, *La «giustizia di transizione»: amnistia, giurisdizione, riconciliazione*, in F. PALAZZO - R. BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, 2011, 57 - 96; per un'analisi critica della giustizia di transizione come disciplina autonoma: C. BELL, *Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the 'Field' or 'Non-Field'*, in *International Journal of Transitional Justice* 3, 2009, 5 - 27.

liberalizzazione politica»²⁹. Modelli olistici, come ad esempio il “modello ecologico di ricostruzione sociale”³⁰, includono nello spettro d’intervento l’educazione alla democrazia, politiche di sviluppo economico, riforme del Codice penale, interventi sui manuali scolastici, inaugurazione di monumenti, meccanismi ufficiali *top-down*, ma anche iniziative locali e spontanee di interrelazione. Proprio il proliferare, in anni recenti, di scuse pubbliche per crimini anche molto lontani nel tempo ed altre misure riparative e commemorative, hanno fatto parlare di “politiche del rimpianto”³¹ o “età delle scuse”³². Come è stato evidenziato, «la giustizia di transizione è diventata un progetto politico egemonico»³³.

Non è quindi scorretto ritenere che le misure in esame si inseriscano in quest’ottica, da parte di due democrazie europee che fanno i conti con il proprio passato e forniscono alle vittime un riconoscimento simbolico; il riconoscimento include soprattutto lo status di vittime di una persecuzione penale “sbagliata”, pur essendo essa, all’epoca dei fatti, giuridicamente vigente e legittima. Lo stesso ministro della giustizia tedesco promotore della legge, Heiko Mass, ha parlato di «atto di giustizia tardiva»³⁴ – e del fatto che – uno Stato di diritto dovrebbe avere anche la forza di correggere i propri errori³⁵.

Proprio queste parole ci mostrano, tuttavia, che i provvedimenti in esame possono essere letti anche da un’altra prospettiva, ricollegandoli ad una tendenza particolarmente attuale nell’eliminare i segni del passato, laddove questi portino traccia di comportamenti giudicati scorretti sulla base dei valori dell’oggi, dal colonialismo, al sessismo, all’omofobia. Si pensi, per citare solo qualche caso di cronaca, al dibattito negli Stati Uniti in merito alle statue sudiste e ai relativi atti di vandalismo³⁶, fino ad episodi paradossali, come la petizione per rimuovere un quadro di Balthus del 1938 dal Metropolitan Museum di New York, poiché ritrae una bambina che lo sguardo del pittore ci mostra come provocante, tradendo una supposta inclinazione dell’artista per la pedofilia³⁷. Si potrebbe anche andare oltre e pensare alla scelta di “cancellare” l’attore Kevin Spacey dall’ultimo film di Ridley Scott *Tutti i soldi del mondo* sulla base della nuova

²⁹ Cfr. R.G. TEITEL, op. cit., 111. Per una definizione della giustizia di transizione in una prospettiva molto ampia, si veda N. ROHT-ARRIAZA, *Chapter 1*, in N. ROHT-ARRIAZA - J. MARIEZCURRENA (a cura di), op. cit., 2.

³⁰ L. FLETCHER - H. WEINSTEIN, *Violence and Social Repair: Rethinking the Contribution of Justice to Reconciliation*, in *Human Rights Quarterly*, 2002, 573 - 639.

³¹ Cf. J.K. OLICK, *The Politics of Regret: On Collective Memory and Historical Responsibility*, Abingdon, 2013.

³² R.L. BROOKS, *The Age of Apology* in ID. (ed.), *When Sorry Isn’t Enough. The Controversy over Apologies and Reparations for Human Injustices*, New York, 1999.

³³ C.f. K. BRAUN, op. cit., 7.

³⁴ V. [questa pagina web](#).

³⁵ V. [questa pagina web](#). Per una presentazione e giustificazione del provvedimento in una prospettiva giuridica da parte dello stesso ministro proponente, si veda H. MASS, *Starker Rechtsstaat korrigiert seine Fehler Gesetzliche Aufhebung der Verurteilungen nach früherem § 175 StGB*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2017, 14 – 1 e ID. *Moderne Rechtspolitik ist Gesellschaftspolitik*, in *Recht und Politik* 53/ 3, 2017, 261-269.

³⁶ V. [questa pagina web](#) e [questa pagina web](#).

³⁷ V. [questa pagina web](#).

sensibilità verso le molestie sessuali nello show business³⁸, rigirando tutte le sue scene con Christopher Plummer, a pochi giorni dall'uscita del film nelle sale, come se l'interpretazione di Spacey non fosse mai esistita. Così come il "caso Spacey" negli Usa, la scelta, in Italia, di eliminare il nome del regista Fausto Brizzi dal suo ultimo film in sala³⁹, dopo le accuse di molestie, parrebbe voler emendare un passato (entrambi i film erano già terminati all'esplosione dello scandalo) fino a ieri "normale" e oggi ritenuto non più accettabile. Ancora, si potrebbe estendere il discorso ad altri fenomeni, come la scelta, da parte del Teatro Maggio di Firenze, di emendare il finale della *Carmen* di Bizet, in quanto far morire la protagonista sarebbe contrario alla moderna sensibilità sul femminicidio⁴⁰, o ancora il dibattito, a Berlino, circa il murale della Alice Salomon Hochschule, che riporta una poesia scritta nel 1951 dal poeta svizzero-boliviano Eugen Gomringer e oggi è accusata di essere sessista, in quanto vede le donne come oggetto di desiderio e ammirazione, al pari dei fiori.⁴¹

Si tratta evidentemente di fenomeni molto diversi, che non devono essere confusi, ma che sono rivelatori della nuova tendenza presente nella società civile. Se tali atteggiamenti arrivassero fino al piano legislativo, rappresenterebbero una nuova evoluzione della c.d. "legislazione memoriale", che ha caratterizzato in particolare lo scenario europeo a cavallo del Millennio. In tale periodo, da un lato si sono avute le politiche europee relative alla *Shoah*; dall'altro, si è registrata un'esplosione del tema della memoria. Si è parlato di una vera e propria «*malaise de la mémoire*» o «ossessione commemorativa»⁴²; altre espressioni utilizzate sono state «*memory boom*»⁴³, «industria

³⁸ V. [questa pagina web](#). Si pensi, ancora, alla scelta della tv tedesca (seguita poi da quella italiana) di bandire ufficialmente le repliche de *L'ispettore Derrick* alla luce delle implicazioni giovanili con le Waffen-SS del protagonista Horst Tappert: v. [questa pagina web](#). Ciò potrebbe rievocare altre pratiche di *damnatio memoriae*. Un esempio può essere rinvenuto in Unione Sovietica con il film *La caduta di Berlino* (di Mikheil CHIAURELI, URSS 1950), che vedeva una breve comparsa di Lavrentiy Beria, capo della NKVD. Dopo l'arresto di quest'ultimo e la sua esecuzione subito dopo la morte di Stalin, Beria divenne una "non-persona" and la sua scena venne tagliata da tutte le copie del film (cfr. R. TAYLOR *Film propaganda: Soviet Russia and Nazi Germany*, London 1999, 99; si veda anche il commento di S. ZIKEZ in *A pervert's guide to ideology*, di Sophie FIENNES, Regno Unito 2012).

³⁹ V. [questa pagina web](#).

⁴⁰ V. [questa pagina web](#).

⁴¹ Tradotta in italiano, la poesia recita :«Viali / viali e fiori / fiori e donne / viali / viali e donne / vili e fiori e donne e / un ammiratore». V. [questa pagina web](#).

⁴² Espressioni rispettivamente di Henry ROUSSO e Enzo TRAVERSO, citate in E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012, 1.

⁴³ Cfr. M. PAKIER - B. STRATH, *A European Memory?*, in ID. (a cura di), *A European Memory? Contested Histories and Politics of Remembrance*, Oxford - New York, 2010, 1- 20, 9.

della memoria»⁴⁴, «ossessione per il culto della memoria»⁴⁵, «ipertimesia»⁴⁶. Tale fenomeno ha comportato anche un'enorme diffusione dell'uso del diritto al fine di intervenire sulla memoria storica⁴⁷, sia sul piano legislativo (dalle leggi istitutive di giornate della memoria a quelle che criminalizzano il fenomeno negazionista), ma anche per il tramite del processo penale (si pensi *juicios por la verdad* argentini⁴⁸ o all'affermazione del diritto alla verità giustiziabile⁴⁹) e civile (ad esempio nella *Holocaust litigation*⁵⁰). Questa fase è caratterizzata da una tendenza ad un uso politico, commemorativo e vittimocentrico della memoria, una memoria sacralizzata, fortemente politica nella sua fondazione e al tempo stesso depoliticizzante per la società.

Ciò ha portato gli storici a voler distinguere il concetto di "memoria" dalla storia: «La memoria perpetua il passato nel presente, mentre la storia lo fissa in un ordine temporale chiuso, ordinato e organizzato in base a procedimenti razionali che si collocano agli antipodi della sensibilità del vissuto [...] la memoria si declina sempre al presente, il quale ne determina le modalità: la selezione degli eventi di cui bisogna conservare il ricordo, la loro interpretazione, le loro "lezioni", ecc. Essa si trasforma in una sfida politica e assume la forma di un imperativo etico»;⁵¹ «in breve la memoria, sia individuale che collettiva, è sempre una visione del passato filtrata attraverso il presente»⁵².

⁴⁴ Cfr. J. CERCAS, *L'impostore*, Modena, 2014, 265; L'espressione è usata anche da Kerwin Lee KLEIN (K.L. KLEIN "On the Emergence of Memory in Historical Discourse", in *Representations, Special Issue: Grounds for Remembering*, 127 - 150) e da Pierra NORA (citato in D. RIEFF, op. cit., 108).

⁴⁵ Espressione di Tzvetan TODOROV, citata in D. RIEFF, op. cit., 119. Molto clamore ha suscitato l'espressione «industria dell'Olocausto», che dà il titolo a un libro dello storico Norman FINKELSTEIN (cfr. N.G. FINKELSTEIN, *L'industria dell'Olocausto: lo sfruttamento della sofferenza degli ebrei*, Milano, 2002).

⁴⁶ Espressione di David RIEFF (op. cit., 120). In ambito medico, l'ipertimesia è una sindrome in cui gli individui posseggono una memoria autobiografica superiore alla media. L'Autore utilizza il termine medico per indicare come il culto della memoria sia diventato una sorta di *fetish* (*ibidem*).

⁴⁷ Sul tema M. PAKIER - B. STRATH, op. cit., 9.

⁴⁸ Fra i molti lavori, si rimanda a E. MACULAN - D. PASTOR, *El derecho a la verdad y su realización por medio del proceso penal*, Hammurabi 2013.

⁴⁹ La letteratura sull'argomento è troppo vasta per essere citata; per un quadro introduttivo, si veda Y. NAQVI, *The right to truth in international law: fact or fiction?*, in *International Review of Red Cross*, 2006, 245-273.

⁵⁰ Si fa riferimento ad un fenomeno degli anni '90, quando negli Stati Uniti ha luogo la privatizzazione dei pregiudizi derivanti da accadimenti storici; nello stesso periodo anche in Europa si avvia la *Holocaust-Era Restitution Campaign*. Si veda N. VARDI, *Privatizzazione dei contenziosi e risarcimento per gli illeciti storici. Il caso della Holocaust Litigation*, in G. RESTA - V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, 115 - 138; L. BILSKY, *Transnational Holocaust Litigation in The European Journal of International Law* 23/2, 349 - 375.

⁵¹ E. TRAVERSO, op. cit., 15.

⁵² *Ivi*, 19. Secondo altro Autore, «la memoria è la vita [...], vulnerabile a tutti gli usi e a tutte le manipolazioni, suscettibile di latenze e rianimazioni [...] è affettiva e magica, porta a sacralizzare i ricordi, mentre la storia è una visione laica del passato, la quale costruisce un discorso critico» (cfr. *ivi*, 26, citazione da P. NORA, *Entre histoire et mémoire. La problématique des lieux*, in P. NORA (a cura di), *Les lieux et la mémoire. I. La République*, Paris, 1984, XIX). Ormai celebre è la necessaria separazione dei registri evocata da uno storico francese, per motivare il suo rifiuto di testimoniare al processo a carico di Maurice Papon: «La giustizia si pone la questione di sapere se un individuo è colpevole o innocente; la memoria nazionale è la risultante di una tensione esistente tra ricordi memorabili e commemorabili e oblii che permettono la sopravvivenza della comunità e la sua proiezione nel futuro; la storia è un'impresa di conoscenza e di delucidazione. Questi tre

In Europa, tale sviluppo era funzionale al processo di integrazione comunitaria; la Shoah consentiva «di legare il presente al passato, tentava di fungere da monito per il futuro, si proponeva di legittimare le istituzioni europee più che quelle nazionali - e conosceva il suo apogeo nella - Giornata della Memoria quale simbolo legittimante della costruzione unitaria europea⁵³». La Shoah diventa dunque una forma di *storytelling* dell'Unione Europea (all'epoca) in formazione, una narrazione dell'Europa *ex negativo*, un «mito fondante negativo»⁵⁴. Si tratta di un processo realizzato attraverso molte tappe, che qui non possono essere elencate⁵⁵. Al riguardo basti menzionare, fra queste, il Forum Internazionale di Stoccolma sull'Olocausto del 2000 e la relativa dichiarazione, le celebrazioni per il 60° anniversario dell'apertura dei cancelli di Auschwitz nel 2005⁵⁶, la proclamazione nel 2008, da parte del Parlamento europeo, del 23 agosto quale *Giornata europea delle vittime dei crimini stalinisti e nazisti*⁵⁷ e la Decisione Quadro del Consiglio 28 novembre 2008, n. 2008/913/GAI, «sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale»⁵⁸.

Come ultima conseguenza di tale processo nel nostro Paese, va menzionata, in ambito strettamente penalistico, la legge 16 luglio 2016, n. 115, con cui si introduce anche in Italia una disposizione che penalizza il fenomeno del negazionismo, a titolo di circostanza aggravante della discriminazione razziale⁵⁹. Proprio l'esempio del

registri possono sovrapporsi, ed è ciò che è accaduto nei processi per crimini contro l'umanità. Ma in questo modo sono gravati da un onere insopportabile: essi non possono rispondere in egual misura alle sfide della giustizia, della memoria e della storia» (cfr. *ivi* 72, citazione da H. ROUSSO, *La hantise du passé*, Paris, 1998, 97; per una riflessione più recente dello stesso autore, H. ROUSSO, *Face au passé. Essais sur la mémoire contemporaine*, Paris, 2016).

⁵³ Cfr. M. BRESCIANI, *La Giornata della Memoria è ormai storia*, in *Ricerche di Storia Politica*, 26 gennaio 2016, disponibile in [questa pagina web](#).

⁵⁴ *Ivi*, 36. Si aggiunge tuttavia che ciò «può facilmente trasformarsi in un'impresa di sentimentalizzazione del passato, arrivando, in maniera perversa, a trarne consolazione, rimanendo al tempo stesso politicamente passivi nel presente» (*ibidem*). Sul tema dell'Olocausto come mito fondante negativo anche C.F. STOKOHLM BANKE, *Remembering Europe's Heart of Darkness. Legacies of the Holocaust in Post-war European Societies*, in M. PAKIER - B. STRATH (a cura di), op. cit., 160 - 173, 169.

⁵⁵ Per un'elencazione, L. BALDISSARA, *Politiche della memoria e spazio del ricordo in Europa*, in *il Mulino*, 2016, n. 1, 6 - 20, 15.

⁵⁶ Per un'importante dichiarazione nello stesso anno da parte della presidenza dell'Unione Europea, K.G. KARLSSON, *The Uses of History And the Third Wave of Europeanisation*, in M. PAKIER - B. STRATH (a cura di), op. cit., 38 - 55, 41. L'Autore in particolare ritiene che le politiche del ricordo costituiscano una "terza ondata" del processo di integrazione europea, dopo l'integrazione economica e quella politica; si tratta dell'integrazione culturale, che include un «amalgama di conoscenza, attitudini valori» (*ivi*, 38). In quest'ottica, la Shoah costituisce «il miglior esempio di canonizzazione della storia nel nome della dimensione europea» (*ivi*, 40).

⁵⁷ Nel 2012 è stata istituita anche la *Giornata europea dei Giusti*, fissata il 6 marzo.

⁵⁸ Si veda E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., 69.

⁵⁹ Adottata in attuazione della Decisione Quadro dell'UE del 28 novembre 2008 riguardante la "lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale"; è entrata in vigore il 13 luglio 2016, cfr. n. 149 della Gazzetta Ufficiale del 28 giugno 2016. Per il dossier parlamentare, v. [questa pagina web](#). Per un commento e per ulteriori richiami, cfr. E. FRONZA, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo. Note a margine della l. 115 del 16 giugno 2016*, in *Diritto Penale e Processo* 2, 2017, 155 - 167; si vedano inoltre le riflessioni di D. BRUNELLI - A. CAVALIERE - E. FRONZA in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2016, 978 ss., nonché G. PUGLISI, [A margine della c.d. 'aggravante di negazionismo': tra occasioni sprecate e legislazione penale](#)

negazionismo ci aiuta a comprendere la fase dei primi anni 2000. Si consideri quella dottrina, secondo cui la criminalizzazione del negazionismo si giustificerebbe sulla base della necessaria difesa di valori fondanti un ordinamento da un punto di vista storico e costituzionale⁶⁰. Il negazionismo, dunque, proteggerebbe quelle esperienze storiche che fondano i valori condivisi che sono costitutivi di una determinata società e che non possono venire attaccati. Se si accogliesse questa ricostruzione, ci troveremmo di fronte a un reato di opinione *sui generis*, rispetto alla concezione tradizionale degli stessi. Il negazionismo sarebbe «un grande diverso nel più ampio *genus* dei reati di opinione. Con esso non si criminalizza un dissenso (delineato, come detto, nello scenario di una democrazia pluralista), ma si va ad irrobustire non il consenso democratico comunemente inteso, ma quel consenso intorno ad una verità riguardante dei fatti storici di grande significato [...] Il negazionismo, come reato originario, punisce l'attacco al patrimonio storico comune, l'aggressione al "patto etico", riconoscendo un ruolo centrale alla Shoah nella coscienza contemporanea»⁶¹.

Questo era dunque il significato legato alla fase avviata nei primi anni 2000, alla luce del processo europeo allora in essere. In questo senso, la legge adottata in questi giorni dal Parlamento polacco⁶² può essere letta proprio come attacco deliberato a quel progetto di integrazione europea. La legge polacca, infatti, usa uno stesso meccanismo (il diritto penale in funzione di tutela di un'interpretazione del passato), ma con un contenuto di segno opposto.

La vera novità metodologica parrebbe invece risiedere nella tendenza espressa dai provvedimenti tedesco e inglese del 2017, i quali operano in senso inverso: non si selezionano alcuni elementi del passato per porli alla base del patto etico del presente, bensì si emenda il passato, lo si modifica, lo si "purifica" sulla base dei valori del presente, al tempo stesso riaffermando questi ultimi ufficialmente e simbolicamente di fronte alla collettività. Ciò che i due fenomeni, quello degli anni 2000 e quello nascente

simbolica, in questa Rivista, 15 luglio 2016; G. DELLA MORTE, *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in SIDI Blog, 2016; S. DE FLAMMINEIS, *Riflessioni sull'aggravante del "negazionismo: offensività della condotta e valori in campo"*, in questa Rivista, 17 ottobre 2016; L. DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione. Dalla sentenza Perinçek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano*, in questa Rivista, fasc. 10/2017, pp. 79 – 104.

⁶⁰ In questo senso M. MATUSCHECK, *Erinnerungsstrafrecht*, Berlin, 2012. L'Autore usa concetti quali "diritto penale memoriale" e "diritto penale identitario", da intendersi, in tali ipotesi, come "diritto costituzionale applicato". Si tratta di una ricostruzione già prospettata da LAGODNY, DURKHEIM e JAKOBS, ma in una versione moderna ed ibrida, perché tutela subordinatamente anche interessi individuali (*ivi*, 144 e ss.). Parlano del negazionismo rispetto alla tutela dell'identità europea, C. SOTIS, *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 95 ss.; A. BURATTI, *L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei 'miti fondatori' del regime democratico*, in Giur. it., 12, 2005, 2243 – 2247; A. GAMBERINI, *Tutela della memoria e diritto penale: una riflessione sistematica e comparativa a partire dal reato di negazionismo*, in questa Rivista, 19 dicembre 2013. Parla invece di negazionismo come "tutela penale del consenso" E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2016, 1016 – 1033.

⁶¹ *Ivi*, 1025.

⁶² V. [questa pagina web](#). Per un primo commento giuridico, si veda A. GLISZCZYNSKA-GRABIAS – W. KOZŁOWSKI, *Calling murders by their names as criminal offence. A risk of statutory negationism in Poland*, in *Verfassungsblog* 01 febbraio 2018, disponibile in [questa pagina web](#).

nel 2017, hanno in comune è il presentismo, la negazione della storia, intesa come negazione della storicizzazione del passato; in entrambi i casi, infatti, gli eventi passati sono assolutizzati e proiettati in un eterno presente, in funzione di questo.

5. Conclusioni.

Le leggi adottate nel 2017 nel Regno Unito e in Germania non sono qui messe in discussione quanto alle motivazioni che ne hanno portato all'adozione. Il fatto che non solo l'omosessualità non costituisca più un reato, ma che i governi prendano le distanze dalle tristi e terribili politiche del passato, omaggiando le vittime, è sicuramente un'iniziativa più che lodevole. Tuttavia, ci si chiede come interpretare la scelta di farlo intervenendo su processi penali eseguiti in base ad una legge penale all'epoca vigente. Se oggi tale legge appare oggettivamente ingiusta, alla società di allora quelle condotte dovevano invece verosimilmente apparire come meritevoli di disvalore sociale sanzionabile penalmente. Ed è ovviamente questo che rende quelle condanne ancora più tragiche: in quel contesto esse non erano solo legittime, ma anche (ahimè) considerate giuste; erano il prodotto di una società per cui vi era un solo orientamento sessuale considerato "normale", mentre gli altri erano devianze non meritevoli di rispetto e cittadinanza. Si pensi, ad esempio, che lo stesso Tribunale costituzionale tedesco, aveva ritenuto costituzionalmente legittima l'incriminazione dell'omosessualità nel 1957⁶³.

Affermare che una siffatta considerazione dell'omosessualità oggi sia disdicevole, è più che giusto, anzi è doveroso; parimenti lo è affermare che lo fosse il trattamento subito dagli omosessuali in passato⁶⁴. Ad essi va sicuramente non solo il nostro rispetto, ma anche tutta la nostra empatia e solidarietà. Tuttavia, leggere il passato e le sentenze che ne sono il prodotto alla luce della sensibilità e del rispetto per l'identità di genere, oggi tanto faticosamente acquisiti dopo decenni di battaglie civili e processi culturali, significa peccare di miopia storica e di mancanza di prospettiva. Negare retroattivamente delle condanne passate è un'operazione sterile, da un lato, e pericolosa, dall'altro, perché crea un precedente per un intervento sul passato a mezzo del diritto in chiave puramente simbolico-valoriale.

La domanda metodologica sull'uso di tale misure si pone, ovviamente, non con riferimento ai pochi condannati ancora in vita, quanto ai moltissimi ormai da anni defunti. Certo, va detto che le critiche che possono essere mosse ad un uso simbolico e identitario del diritto penale, come nel caso del reato di negazionismo, sono quasi azzerate in questo caso dove la punibilità non viene estesa, bensì fatta venire meno *ex*

⁶³ BVerfGE 6, 389 ff. Per un commento si veda D. WOLFF, op. cit.; LAUTMANN afferma che quel giudizio fu erroneo e ne conseguì una «ingiustizia strutturale» (cfr. R. LAUTMANN, op. cit., 12).

⁶⁴ Interessante il titolo dato dalla *Süddeutsche Zeitung* a un articolo del 2016 che annunciava la (allora) proposta di legge: parafrasando un celebre film del regista e attivista gay Rosa von Praunheim (*Non è l'omosessuale ad essere perverso, ma la situazione in cui vive* di Rosa VON PRAUNHEIM, Germania 1970) il quotidiano titolava: «Non è l'omosessuale ad essere perverso, ma lo era la società in cui viveva», v. [questa pagina web](#).

post. E tuttavia questa operazione, pur se mossa dalle migliori intenzioni, quale strada apre, che potrà poi anche essere percorsa con cattive intenzioni? Qual è il senso di intervenire oggi sul diritto penale che pur ieri c'è stato ed è stato applicato, con le castrazioni chimiche, le deportazioni, le carcerazioni e le morti, che certo oggi non si possono cancellare?

Il pericolo è quello di aprire la strada a una nuova lottizzazione della memoria, a lotte fra lobby che segnano una nuova fase delle (già esistenti) lotte per il riconoscimento ciascuno delle proprie ferite. Sarebbe una nuova evoluzione di quanto già avviene oggi, dove il passato viene usato come «palazzo della memoria morale: una Camera degli Orrori Storica di valore pedagogico [...] incoraggiamo i cittadini e gli studenti a vedere il passato - e i suoi insegnamenti - attraverso il particolare vettore delle loro sofferenze personali (o dei loro antenati). Oggi l'interpretazione "comune" del passato è dunque composta da tanti frammenti di passati distinti, ognuno dei quali (ebreo, polacco, serbo, tedesco, asiatico-americano, palestinese, irlandese, omosessuale ...) è caratterizzato da una condizione asseritiva e distintiva di vittima. Il mosaico conseguente non ci lega a un passato comune, ce ne allontana»⁶⁵.

E di nuovo, forse, più che annullare ex post le sentenze oggi ritenute ingiuste, sarebbe il caso di comprenderne le cause e gli effetti per cercare di individuare collegamenti con l'oggi, poiché gli orrori possono ripetersi, ma verosimilmente non con le stesse forme e verso gli stessi gruppi di vittime delle aberrazioni di ieri. Provvedimenti come quello tedesco e inglese possono certo dare un contributo pedagogico positivo in questo senso, purché esso non sia diretto solo verso una rappresentazione e una commemorazione della propria sofferenza, bensì verso un'analisi laica e razionale, verso lo sviluppo del pensiero critico, in poche parole verso una società che non si accontenta della memoria, ma che studia la storia.

⁶⁵ Cfr. T. JUDT, *L'età dell'oblio*, Bari, 2009, 6.

IL REO FOLLE E LE MODIFICHE DELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO

di Mario Iannucci e Gemma Brandi

Abstract. *Il Governo, dopo che le Commissioni Giustizia e Bilancio delle Camere hanno espresso il loro parere favorevole, potrebbe approvare nei prossimi giorni lo schema di decreto legislativo attuativo della legge 103 del 2017, recante “modifiche all’ordinamento penitenziario”. Non si intende qui prendere in esame lo schema nel suo complesso, ma precipuamente le norme previste al Capo I: “Disposizioni per la riforma dell’assistenza sanitaria in ambito penitenziario”. Cercheremo di comprendere la strada attraverso la quale si è giunti a proporre un simile schema e di capire se, percorrendo detta strada, sia possibile rintracciare taluni fattori fra quelli che hanno influenzato la sostanza delle modifiche normative proposte. Passeremo poi a esaminare questa sostanza, nel tentativo di valutare la reale attuabilità delle disposizioni e gli effetti che sarebbero destinate a produrre, qualora fossero approvate dal governo.*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La normativa – 2.1. Le norme dello schema di DL – 2.2. L. 103 del 2017 – 2.3. Le leggi sul “superamento degli OPG” e altri recenti documenti che riguardano la materia – 3. Breve storia del “doppio binario” e delle proposte della sua abolizione: verso la cancellazione del concetto di “internamento” – 4. Informazione e disinformazione sui malati di mente in ambito penitenziario. – 5. L’ipocrita e contraddittoria utopia della “responsabilizzazione” dei folli-rei – 6. Le camaleontiche trasformazioni della “malattia trasgressiva” e la granitica resistenza delle istanze punitive della società – 7. La cattiva coscienza degli psichiatri: il conformismo o il silenzio – 7.1. La bisbigliante arrendevolezza della cosiddetta “psichiatria forense” – 8. Considerazioni finali sulle norme dello schema e sulle possibili conseguenze della loro applicazione.

1. Introduzione.

Lo schema di DL che ci apprestiamo a esaminare è stato elaborato in ottemperanza a quanto previsto dall’art. 1, punto 16, della L. 103 del 2017. Per le questioni che riguardano la presente trattazione, la L. 103/2017 ha indicato i principi e criteri che avrebbero dovuto guidare l’elaborazione del DL, delegando il Governo ad adottarlo “nel termine di un anno”. La L. 103/2017 conteneva peraltro talune indicazioni sulla materia, che cercheremo di capire se siano confermate o smentite nello schema di DL.

Potremmo indicare tale materia, per comodità e senza ipocrisie, come quella che riguarda il trattamento penitenziario del reo folle o del folle detenuto¹. Le norme contenute nell'articolato dello schema dovranno quindi essere confrontate con tutta la legislazione degli ultimi due decenni in materia di "sanità penitenziaria" e, in particolare, con quella relativa alle leggi sul "superamento degli OPG".

Si tratta, come si capisce, di una materia "delicata", che solo in apparenza è "specialistica", ma che ha invece una relazione molto profonda con i "fondamenti del diritto penale", poiché è correlativa al tema della "responsabilità"². È, questo, un terreno sul quale è facile rinvenire orientamenti ideologici quasi diametralmente opposti, da cui originano divergenti strategie trattamentali. Non sarà difficile constatare come, nella elaborazione delle recenti norme, vi sia stato un orientamento ideologico che ha prevalso. Cercheremo di rintracciare tale orientamento, andando peraltro a verificare se le norme che ha espresso, insieme alle strategie trattamentali che ne derivano, siano coerenti, univoche e, soprattutto, utili al raggiungimento dei fini dichiarati.

La questione della "irresponsabilità" d'altronde, come capisce persino un profano, implica inevitabilmente l'esame di taluni dati epidemiologici recenti relativi alla follia reclusa. Ammesso che a questa categoria, che mantiene per noi un valore euristico perché "clinico", abbia ancora un senso continuare a riferirsi.

Se è vero che gli autori del presente articolo, che sono psichiatri psicoanalisti, ritengono che abbia un valore – clinico e trattamentale – la categoria della follia reclusa, occorre però capire se tale valore essa lo abbia anche per la psichiatria accademica e istituzionale del nostro Paese. Infatti, nel caso in cui quest'ultima psichiatria misconoscesse ampiamente dignità e valore a tale categoria, *nulla questio*. I giochi sarebbero fatti: l'orientamento ideologico prevalente, che rintracceremo alla base delle recenti disposizioni di legge, si troverebbe infatti a essere consonante con le posizioni della psichiatria "ufficiale". Tanto più se un simile orientamento, attraverso una sorta di capriola suicida, fosse condiviso anche dalla cosiddetta psichiatria forense.

C'è peraltro da considerare che la prevalenza delle posizioni ideologiche che hanno sostenuto e che sostengono l'adozione di molte recenti norme, surrettiziamente tese a restituire al reo folle il "diritto alla pena", colludono, in maniera nemmeno troppo sotterranea, con le istanze vendicative che restano alla base dell'azione penale e dei trattamenti penitenziari. Anche perché le recenti norme (uno degli Autori del presente articolo le ha definite "leggi Alcina"), dietro l'apparenza di una lodevole innovazione tesa alla "cura", appaiono non solo lacunose, contraddittorie e scritte in maniera tale da generare interpretazioni incerte ed equivoche, ma anche e soprattutto inapplicabili.

¹Vedremo più avanti perché alla malattia mentale reclusa vada restituita la dignità di un riconoscimento chiaro per riuscire a trattarla. Ci piace parlare di "folle reo" con chiaro riferimento alla rivista *"Il reo e il folle"*, fondata dagli Autori di questo articolo nel 1996 e che fino al 2008 ha ospitato contributi rilevanti e anticipatori sui temi a cavallo tra Psichiatria e Giustizia.

Gli Autori di lingua anglosassone, un po' più asettici di noi ma non ipocriti, designano i soggetti ai quali ci riferiamo come *mentally ill offenders*.

² Per qualche chiarimento su questi rapporti si vedano, ad esempio, le interessanti riflessioni di LUCA SANTA MARIA, [*Diritto penale sospeso tra neuroscienze ancor giovani e una metafisica troppo antica*](#), in *questa Rivista*, 19 dicembre 2017.

Coloro che si occupano direttamente della cura dei folli rei in ambito detentivo, coloro quindi che affrontano direttamente il problema e non misconoscono le difficoltà di una ineludibile conciliazione della cura con la pena, dovrebbero prendere la parola in maniera autorevole, esigendo la partecipazione ai tavoli nei quali si stabilisce se la cura dei folli rei debba avvenire, come debba avvenire e dove debba avvenire. Se questo non accadrà, dilagheranno le norme inapplicabili, la cura della malattia reclusa diverrà impossibile e la società continuerà a mostrare una grande afflizione per lo straripare, in carcere, dell'autolesionismo e del suicidio, al di là e al di qua delle sbarre.

2. La normativa.

L'esame della normativa prende l'avvio dalle norme dello schema di DL e, subito dopo, della L. 103/2017 che prevedeva l'adozione di tale DL. Citeremo per esteso le disposizioni che ci appaiono maggiormente rilevanti.

Esamineremo quindi le leggi e i decreti che, a partire dal 1999, hanno disciplinato la materia, con particolare attenzione, com'è ovvio, alle disposizioni relative al "superamento degli OPG".

2.1. Le norme dello schema di DL

La parte normativa dello schema che maggiormente interessa ai nostri fini è la seguente³:

CAPO I DISPOSIZIONI PER LA RIFORMA DELL'ASSISTENZA SANITARIA IN AMBITO PENITENZIARIO

Articolo 1

(Modifiche al codice penale in tema di infermità psichica dei condannati)

1. Al codice penale, approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 147 [Rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena], primo comma, numero

2), sono aggiunte in fine le seguenti parole: «o psichica»;

b) l'articolo 148 [Infermità psichica sopravvenuta al condannato] **è abrogato;**

Articolo 2

(Modifiche alle norme sull'ordinamento penitenziario in tema di assistenza sanitaria)

1. Alla legge 26 luglio 1975, n. 354, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) l'articolo 11 è sostituito dal seguente articolo:

«Art. 11. Servizio sanitario.

[...]

4. Ove siano necessarie cure o accertamenti sanitari che non possono essere apprestati dai servizi sanitari degli istituti, gli imputati sono trasferiti in strutture sanitarie esterne di diagnosi o di cura [...]

³Il grassetto, nel testo dello schema è aggiunto dagli Autori del presente articolo.

5. Quando non vi è pericolo di fuga i detenuti e gli internati trasferiti in strutture sanitarie esterne di diagnosi o di cura non sono sottoposti a piantonamento durante la degenza, salvo che sia necessario per la tutela della loro incolumità personale.

[...]

7. All'atto dell'ingresso nell'istituto il detenuto e l'internato sono sottoposti a visita medica generale e ricevono dal medico informazioni complete sul proprio stato di salute. **Nella cartella clinica del detenuto o internato il medico annota immediatamente, anche mediante comunicazione fotografica, ogni informazione relativa a segni o indicazioni che facciano apparire che la persona possa aver subito violenze o maltrattamenti** e, fermo l'obbligo di referto, dà comunicazione al direttore dell'istituto e al magistrato di sorveglianza. I detenuti e gli internati hanno diritto altresì di ricevere informazioni complete sul proprio stato di salute durante il periodo di detenzione e all'atto della remissione in libertà. **L'assistenza sanitaria è prestata, durante la permanenza nell'istituto, con periodici e frequenti riscontri, indipendentemente dalle richieste degli interessati, e si uniforma ai principi di globalità dell'intervento sulle cause di pregiudizio della salute, di unitarietà dei servizi e delle prestazioni, d'integrazione dell'assistenza sociale e sanitaria e di garanzia della continuità terapeutica.**

[...]

b) dopo l'articolo 11 è aggiunto il seguente articolo:

«**Art. 11-bis. Accertamento delle infermità psichiche.** - 1. **L'accertamento delle condizioni psichiche degli imputati, dei condannati e degli internati**, ai fini dell'adozione dei provvedimenti previsti dagli articoli 147, primo comma, numero 2), 206, 212, secondo comma, del codice penale, dagli articoli 70, 71 e 72 del codice di procedura penale, è disposto, anche d'ufficio, nei confronti degli imputati, dal giudice che procede e, nei confronti dei condannati e degli internati, dal magistrato di sorveglianza. **L'accertamento è espletato presso le sezioni di cui all'articolo 65.** Il giudice può, altresì, disporre che l'accertamento sia svolto presso idonea struttura indicata dal competente dipartimento di salute mentale.

2. Il soggetto non può comunque permanere in osservazione per un periodo superiore a trenta giorni.

3. All'esito dell'accertamento il giudice che procede o il magistrato di sorveglianza, quando non adotta uno dei provvedimenti previsti dagli articoli 147, primo comma, numero 2), 206 e 212, secondo comma, del codice penale, e sempre che non debba essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, dispone il rientro nell'istituto di provenienza.»;

c) l'articolo 65 è sostituito dal seguente articolo:

«**Art. 65. Sezioni per detenuti con infermità.** - 1. Quando non sia applicabile una misura alternativa alla detenzione che consenta un adeguato trattamento terapeutico-riabilitativo, nei confronti dei condannati a pena diminuita ai sensi degli articoli 89 e 95 del codice penale e nei confronti dei soggetti affetti da infermità psichiche sopravvenute o per i quali non sia stato possibile disporre il rinvio dell'esecuzione ai sensi dell'articolo 147, quarto comma, del codice penale, **le pene detentive sono eseguite in sezioni speciali finalizzate a favorire il trattamento terapeutico e il superamento delle suddette condizioni.**

2. **Le sezioni speciali sono ad esclusiva gestione sanitaria.**

3. Alle sezioni di cui al presente articolo sono assegnati altresì i soggetti per i quali si procede all'accertamento di cui all'articolo 11-bis.

4. I soggetti di cui al presente articolo sono assegnati alle sezioni ordinarie, previo eventuale periodo di prova, quando siano venute meno le condizioni di infermità psichica o di disabilità fisica.»;

[...]

4. L'articolo 112 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, è abrogato.

[...]

CAPO IV MODIFICA DELLE NORME DELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO IN
TEMA DI MISURE ALTERNATIVE

Articolo 14

(Modifiche in tema di affidamento in prova al servizio sociale)

1. Alla legge 26 luglio 1975, n. 354, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 47:

1) al comma 1 le parole «inflitta non supera tre anni» sono sostituite dalle seguenti parole: «da eseguire non supera quattro anni»;

[...]

b) dopo l'articolo 41-sexies è aggiunto il seguente articolo: «**Art. 41-septies. Affidamento in prova di condannati con infermità psichica.**

1. Se la pena detentiva deve essere eseguita nei confronti di persona condannata a pena diminuita ai sensi degli articoli 89 e 95 del codice penale o nei casi di grave infermità psichica, ai sensi dell'articolo 147, comma 1, numero 2, del codice penale, l'interessato può chiedere in ogni momento di essere affidato in prova ai sensi delle disposizioni di questo articolo per proseguire o intraprendere un programma terapeutico e di assistenza psichiatrica in libertà concordato con il dipartimento di salute mentale dell'azienda unità sanitaria locale o con una struttura privata accreditata. **L'affidamento in prova può essere concesso solo quando deve essere espiata una pena detentiva**, anche residua e congiunta a pena pecuniaria, **non superiore a sei anni** o a quattro anni se relativa a reato di cui all'articolo 4-bis, comma 1. [...]

2. All'istanza è allegata, a pena di inammissibilità, **certificazione rilasciata dal dipartimento di salute mentale attestante le condizioni di salute del soggetto e il programma terapeutico e di assistenza psichiatrica.**

[...]

8. Qualora nel corso dell'affidamento disposto ai sensi del presente articolo l'interessato abbia positivamente terminato la parte terapeutica del programma, il magistrato di sorveglianza, previa rideterminazione delle prescrizioni, può disporre la prosecuzione ai fini del reinserimento sociale anche qualora la pena residua superi quella prevista per l'affidamento ordinario di cui all'articolo 47.

[...]

Articolo 15

(Modifiche in tema di detenzione domiciliare)

1. Alla legge 26 luglio 1975, n. 354, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 41-ter:

[...]

5) il comma 1-ter è sostituito dal seguente comma: «1-ter. Quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 del codice penale, **il tribunale di sorveglianza**, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1 e sempre che non ricorrano i presupposti per l'affidamento in prova ai sensi dell'articolo 47-septies, **può disporre l'applicazione della detenzione domiciliare**, stabilendo un termine di durata che può essere prorogato. L'esecuzione della pena prosegue durante l'esecuzione della detenzione domiciliare.»;

[...]

Articolo 26

(Clausola di invarianza finanziaria)

1. Dall'attuazione delle disposizioni di cui al presente decreto non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.
2. Le amministrazioni interessate provvedono agli adempimenti previsti dal presente decreto con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente.

Esprimeremo soltanto nelle considerazioni finali una critica ragionata delle norme dello schema del DL, dopo averle raffrontate con le disposizioni di legge che esse andrebbero a modificare, se fossero approvate. Ne valuteremo la praticabilità e l'efficacia. Qui ci preme soprattutto elencare, in sintesi, gli aspetti apparentemente "innovativi" di tali norme:

- 1) viene abrogato l'art. 148 c.p. [*Infermità psichica sopravvenuta al condannato*]; tuttavia i «soggetti affetti da infermità psichiche sopravvenute» sono comunque previsti nelle norme del nuovo schema, non più per essere "ricoverati" ex art. 148 c.p. nelle REMS, strutture sanitarie, ma per espiare le pene detentive nelle «Sezioni per detenuti con infermità» di cui al modificato art. 65, peraltro «ad esclusiva gestione sanitaria», seppure inserite all'interno delle carceri;
- 2) viene abrogato l'art. 112 DPR 230/2000, che però risulta ampiamente assorbito nell'art. 11-bis dello schema;
- 3) nell'art. 147 c.p. viene prevista la concessione del *Rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena* anche ai casi di «infermità psichica»;
- 4) viene previsto uno specifico «*Affidamento in prova di condannati con infermità psichica*»;
- 5) anche se non in modo non specifico, si può desumere che le nuove norme estendano anche ai condannati con infermità psichica la possibilità di ricorrere alla *detenzione domiciliare*;
- 6) sono istituite, modificando l'art. 65 della legge 26 luglio 1975, n. 354, «Sezioni per detenuti con infermità [...] ad esclusiva gestione sanitaria».

Un particolare, assolutamente rilevante ai fini dell'esame che ci proponiamo: le "commissioni ministeriali di studio per la riforma dell'ordinamento penitenziario e del sistema delle misure di sicurezza persona", quelle che hanno messo a punto lo schema di DL, erano stracolme di esperti del diritto (universitari, magistrati e avvocati), ma in esse non compariva nemmeno un medico o un esperto sanitario in psichiatria penitenziaria (fra parentesi noteremo che non c'è nemmeno un direttore di carcere)⁴.

⁴La Commissione che aveva il compito di redigere lo schema di decreto legislativo sulle modifiche alla disciplina delle misure di sicurezza e di assistenza sanitaria, era così composta:

Presidente: Marco Pelissero – ordinario di Diritto penale, Università di Torino;

Componenti: Roberto Bartoli – ordinario di Diritto penale, Università di Firenze; Daniele Caprara – avvocato; Giuseppe Cherubino – avvocato; Francesco Paolo De Simone Policarpo – avvocato; Giovanna Di Rosa – presidente del Tribunale di sorveglianza di Milano; Benedetta Galgani – associato di Diritto processuale penale, Università di Pisa; Gian Luigi Gatta – ordinario di Diritto penale, Università di Milano; Oliviero Mazza – ordinario di Diritto processuale penale, Università Milano-Bicocca; Nicola Mazzamuto – presidente del Tribunale di sorveglianza di Messina; Michele Giacomo Carlo Passione – avvocato; Francesco Patrone – giudice di Tribunale, Roma; Giovanni Maria Pavarin – presidente del Tribunale di sorveglianza

2.2. Le norme della L. 103/2017

Sappiamo che lo schema di DL è stato elaborato in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 1, punto 16, della L. 103 del 2017. Vediamo dunque, nella L. 103, quali sono i punti che rilevano per quanto concerne il nostro tema⁵.

16. Il Governo è delegato ad adottare, nel termine di un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, decreti legislativi per la modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati e delle misure di sicurezza personali e per il riordino di alcuni settori del codice penale, secondo i seguenti principi e criteri direttivi:

[...]

c) **revisione della disciplina delle misure di sicurezza personali** ai fini della espressa indicazione del divieto di sottoporre a misure di sicurezza personali per fatti non preveduti come reato dalla legge del tempo in cui furono commessi; **rivisitazione, con riferimento ai soggetti imputabili, del regime del cosiddetto «doppio binario»**, prevedendo l'applicazione congiunta di pena e misure di sicurezza personali, nella prospettiva del minor sacrificio possibile della libertà personale, soltanto per i delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale e prevedendo comunque la durata massima delle misure di sicurezza personali, l'accertamento periodico della persistenza della pericolosità sociale e la revoca delle misure di sicurezza personali quando la pericolosità sia venuta meno; **revisione del modello definitorio dell'infermità, mediante la previsione di clausole in grado di attribuire rilevanza, in conformità a consolidate posizioni scientifiche, ai disturbi della personalità**; previsione, nei casi di non imputabilità al momento del fatto, di misure terapeutiche e di controllo, determinate nel massimo e da applicare tenendo conto della necessità della cura, e prevedendo l'accertamento periodico della persistenza della pericolosità sociale e della necessità della cura e la revoca delle misure quando la necessità della cura o la pericolosità sociale siano venute meno; **previsione, in caso di capacità diminuita, dell'abolizione del sistema del doppio binario e previsione di un trattamento sanzionatorio finalizzato al superamento delle condizioni che hanno diminuito la capacità dell'agente, anche mediante il ricorso a trattamenti terapeutici o riabilitativi e l'accesso a misure alternative, fatte salve le esigenze di prevenzione a tutela della collettività**;

d) tenuto conto dell'effettivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e dell'assetto delle nuove residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), **previsione della destinazione alle REMS** prioritariamente dei soggetti per i quali sia stato accertato in via definitiva lo stato di infermità al momento della commissione del fatto, da cui derivi il giudizio di pericolosità sociale, nonché **dei soggetti per i quali l'infermità di mente sia sopravvenuta durante l'esecuzione della pena, degli imputati sottoposti a misure di sicurezza provvisorie e di tutti coloro per i quali occorra accertare le relative condizioni psichiche, qualora le sezioni degli istituti penitenziari alle quali sono destinati non siano idonee, di fatto, a garantire i trattamenti terapeutico-riabilitativi**,

di Venezia; Giorgio Pighi – associato di Diritto penale, Università di Modena e Reggio Emilia; Giovanna Spinelli – magistrato del Tribunale di sorveglianza di Avellino.

Anche nella Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso non era presente alcun medico. V. Redazionale, [*Istituite le commissioni di studio per la riforma dell'ordinamento penitenziario e del sistema delle misure di sicurezza personali*](#), in *Giur. pen.*, 19 luglio 2017.

⁵Anche in questo caso il grassetto è degli Autori del presente articolo.

con riferimento alle peculiari esigenze di trattamento dei soggetti e nel pieno rispetto dell'articolo 32 della Costituzione.”

85. [...] i decreti legislativi recanti modifiche all'ordinamento penitenziario, per i profili di seguito indicati, sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

[...]

l) revisione delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario alla luce del riordino della medicina penitenziaria disposto dal decreto legislativo 22 giugno 1999, n. 230, tenendo conto della **necessità di potenziare l'assistenza psichiatrica negli istituti di pena;**

[...]

Come si vede chiaramente, le norme dello schema di DL non ottemperano che molto parzialmente ai principi e criteri direttivi della L. 103/2017. Senza dubbio, nello schema, si procede a una “rivisitazione” del sistema del *doppio binario*, prevedendo in apparenza percorsi di maggiore garanzia terapeutica e trattamentale per i *seminfermi di mente*, anche se non si procede, per i casi di diminuita capacità per vizio parziale di mente, alla “abolizione del doppio binario”, poiché per farlo, come si capisce, occorrerebbe abrogare, nel codice penale, l'art. 89 c.p., modificando contestualmente l'art. 95 lì dove prevede il ricorso all'art. 89.

La L. 103/2017 aveva accolto appieno l'emendamento della senatrice Maria Mussini lì dove, fra i principi e criteri direttivi, indicava la «previsione della destinazione alle REMS [...] dei soggetti per i quali l'infermità di mente sia sopravvenuta durante l'esecuzione della pena, degli imputati sottoposti a misure di sicurezza provvisorie e di tutti coloro per i quali occorra accertare le relative condizioni psichiche, qualora le sezioni degli istituti penitenziari alle quali sono destinati non siano idonee, di fatto, a garantire i trattamenti terapeutico-riabilitativi»⁶. Lo schema di DL al contrario, facendo proprie le indicazioni contenute nel contro-emendamento della senatrice Emilia Grazia De Biasi, non solo abroga l'art. 148 c.p. stabilendo che i condannati colpiti da infermità sopravvenuta restino in carcere (anche se in «sezioni a completa gestione sanitaria»), ma stabilisce inoltre che nelle REMS non vengano più ricoverati i soggetti da sottoporre a osservazione psichiatrica qualora le deputate sezioni penitenziarie non siano idonee. Di fatto, quindi, si prevede che nelle REMS non vengano più “ricoverati” gli ex 148 c.p. e gli osservandi, procedendo surrettiziamente a una “rivisitazione del doppio binario”, visto che fino a pochi anni addietro, nelle strutture di internamento a direzione sanitaria (Ospedali Psichiatrici Giudiziari, Case di Cura e Custodia e Reparti per Minorati Psichici), ben più di un terzo della popolazione “internata” era costituita da seminfermi

⁶ Contro l'introduzione di tali principi e criteri direttivi della L. 103 si era schierato apertamente in *questa Rivista* F. SCHIAFFO, [Psicopatologia della legislazione per il superamento degli OPG: un raccapricciante acting out nella c.d. “Riforma Orlando”](#), in *questa Rivista*, 21 agosto 2017.

Le argomentazioni di Francesco Schiaffo, per quanto da noi non condivise, sono tutt'altro che irrilevanti. In ogni caso viene sottolineato il lapalissiano contrasto (definito “schizofrenico”) fra quelle indicazioni della L. 103 e tutta la “ideologia” che era stata alla base, dal 2011 in poi, delle disposizioni legislative sul “superamento degli OPG”.

di mente (artt. 219 e 89 c.p.), condannati con sopravvenuta infermità (art. 148 c.p.), osservandi (art. 112 DPR 230/2000) e minorati psichici (art. 111 DPR 230/2000).

Non si capisce, infine, come i decreti legislativi attuativi possano ottemperare alla disposizione di “potenziare l’assistenza psichiatrica negli istituti di pena” quando si prevede, nello schema di DL, una “*Clausola di invarianza finanziaria*”: si pensa forse di stornare, sul capitolo dell’assistenza psichiatrica in capo al Ministero della Salute, fondi di altri capitoli, del Ministero della Salute stesso o di quello della Giustizia?

2.3. Le leggi sul “superamento degli OPG” e altri recenti documenti che riguardano la materia

Le norme dello schema di DL dovrebbero integrarsi con quelle relative al cosiddetto “superamento” degli OPG e con le altre disposizioni correlate. Diamo per scontato che tutti conoscano, almeno sommariamente, le disposizioni di legge che hanno portato al superamento degli OPG e della CCC, istituti che il Presidente Giorgio Napolitano, dopo aver visto le immagini girate in quei luoghi dalla “Commissione Marino”, definì degli “orrori indegni di un Paese appena civile”. Riassumiamo brevemente gli elementi innovativi delle leggi 9/2012 e 81/2014.

- 1) In primo luogo i soggetti che, giudicati totalmente o parzialmente infermi di mente e socialmente pericolosi, debbono essere sottoposti a una misura di sicurezza detentiva, vanno “ricoverati” in una REMS (Residenza per le Misure di Sicurezza [detentive]) e non più “internati” in un OPG o in una CCC.
- 2) La misura di sicurezza detentiva del ricovero in una REMS deve rappresentare, per i soggetti totalmente o parzialmente infermi di mente e socialmente pericolosi, l’*extrema ratio*, vale a dire la misura da adottare solo quando ogni altra soluzione trattamentale e terapeutica (comprese le misure di sicurezza non detentive) non possa essere adottata per la cura del soggetto e per il controllo della sua pericolosità sociale⁷.
- 3) L’adozione della misura di sicurezza detentiva del ricovero in una REMS non può e non deve dipendere dal fatto che un programma terapeutico/trattamentale non detentivo, ove opportuno per il paziente autore di reato, sia effettivamente elaborato e messo a disposizione dai Servizi Sanitari (in particolare di Salute Mentale) competenti⁸.
- 4) “L’accertamento [della pericolosità sociale del reo folle] è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui

⁷ L. 81/2014: “Il giudice dispone nei confronti dell’infermo di mente e del seminfermo di mente l’applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale”.

⁸ L. 81/2014: “Non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali”

all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale"⁹, vale a dire "delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo".

- 5) "Le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima"¹⁰.

Le disposizioni di legge sul "superamento degli OPG" prevedevano che, di pari passo con la realizzazione delle REMS si andassero organizzando anche le "sezioni psichiatriche penitenziarie". Segneremo qui di seguito solo talune di queste disposizioni¹¹.

DPCM 1 Aprile 2008 . (GU n. 126 del 30-5-2008)

ALLEGATO C

Ministero della Salute

Ministero della Giustizia

Linee di indirizzo per gli interventi negli ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) e nelle case di cura e custodia

"[...]

"[Comma 3] È da sottolineare che il successo del programma specifico per gli OPG è strettamente connesso con la realizzazione di tutte le misure e azioni indicate per la tutela della salute mentale negli istituti pena, con particolare riferimento **all'attivazione, all'interno degli istituti, di sezioni organizzate o reparti, destinati agli imputati e condannati, con infermità psichica sopravvenuta nel corso della misura detentiva che non comporti l'applicazione provvisoria della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o l'ordine di ricovero in O.P.G. o in case di cura o custodia**³; presso le stesse sezioni potrebbero essere assegnati, per l'esecuzione della pena, anche i soggetti condannati a pena diminuita per vizio parziale di mente."

La **Conferenza Unificata Stato-Regioni raggiungeva, in data 13/10/2011, un Accordo**¹² nel quale forniva ulteriori indicazioni per la realizzazione di dette "sezioni psichiatriche".

(Implementazioni per la tutela della salute mentale negli istituti penitenziari ordinari)

- Ogni Regione e Provincia autonoma, attraverso i propri DDSSMM, programmi, in accordo con all'Amministrazione Penitenziaria, ed attivi entro il 30 giugno 2012, in almeno uno degli Istituti Penitenziari del proprio territorio, o, preferibilmente, in quello di ognuna delle Aziende Sanitarie, in una specifica **sezione**, ai fini dell'implementazione della tutela intramuraria della salute mentale delle persone ristrette negli Istituti del territorio di competenza (regionale o aziendale), **un'idonea articolazione del servizio sanitario**.

⁹ L. 81/2014

¹⁰ L. 81/2014

¹¹ Anche in questo caso il grassetto è degli Autori del presente articolo.

¹² [Accordo ai sensi dell'art. 9 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281](#), sul documento recante "Integrazioni agli indirizzi di carattere prioritario sugli interventi negli Ospedali Psichiatrici Giudiziari (OPG) e nelle Case di cura e Custodia (CCC) di cui all'Allegato C al DPCM 1 aprile 2008". (Comitato Paritetico Interistituzionale), in GU n. 256 del 3/11/2011

- La suddetta articolazione, con riferimento alle pertinenti azioni ed obiettivi di cui all'Allegato C ai D.P.C.M. 01.04.2008, dovrà operativamente concorrere al superamento dell'OPG garantendo almeno le seguenti due funzioni:
 - con riferimento alle persone detenute negli Istituti del territorio della Regione o Provincia autonoma, assicurando l'espletamento negli Istituti ordinari delle osservazioni per l'accertamento delle infermità psichiche di cui all'art. 112 del DPR 230/2000 e prevenendo l'invio in OPG o in CCC nei casi di persone con infermità psichica sopravvenuta nel corso della misura detentiva o condannate a pena diminuita per vizio parziale di mente (art. 111, comma 5 e 7 del DPR 230/2000);
 - con esclusivo riferimento alle persone di competenza presenti in uno degli Istituti-OPG, anche se diverso da quello del bacino macroregionale di riferimento, rispondendo ai loro bisogni di salute mentale e accogliendole e prendendole in carico - sì da determinarne sia la dimissione dall'OPG che il ritorno in un Istituto ordinario della Regione o Provincia autonoma.
- L'Amministrazione Penitenziaria, contestualmente all'avvio dell'operatività delle suddette sezioni, ed a seguito di formale comunicazione da parte della Regione o della Provincia Autonoma, non disporrà più invii di detenuti negli Ospedali Psichiatrici Giudiziari per osservazione psichiatrica, ai sensi dell'art. 112 DPR 230/00 e concorrerà, per quanto di competenza, a garantire e facilitare l'utilizzo delle stesse sezioni per le restanti funzioni di cui ai commi precedenti.
- Anche nel caso di Regioni e P.A. di piccole dimensioni, ove l'attivazione di una vera e propria sezione risulti eccedente il bisogno, le suddette funzioni dovranno comunque essere assicurate all'interno di un Istituto Penitenziario ordinario.

In molteplici occasioni, nell'arco degli ultimi anni, la **Commissione Interministeriale (Salute e Giustizia)** riferiva al Parlamento sugli stati di avanzamento del Programma di superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari. Per comodità riporteremo soltanto quanto si trova scritto nella **Relazione del 1/10/2014**¹³. Le successive Relazioni non aggiungono granché al sommario riferimento che, nella suddetta Relazione, troviamo alle sezioni psichiatriche penitenziarie.

“Interventi per garantire il funzionamento delle sezioni psichiatriche interne agli istituti penitenziari”.

I soggetti destinatari sono detenuti con disturbo mentale, con particolare riferimento alle fattispecie disciplinate dagli articoli 111 e 112 del DPR 230/2000 e ai soggetti di cui all'articolo 148 del Codice Penale, che in passato potevano essere assegnati agli OPG, e che in futuro saranno assegnati alle sezioni psichiatriche dedicate negli istituti penitenziari.

Franco Corleone, come Commissario unico governativo per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari, fra il 2016 e l'inizio del 2017, si è ovviamente occupato molto della chiusura degli OPG e della CCC e, contestualmente, dell'apertura e del consolidamento delle REMS. Com'era inevitabile ha anche trattato il tema delle “articolazioni penitenziarie per la tutela della salute mentale”. Noi esamineremo brevemente l'analisi che Franco Corleone fa di dette articolazioni nella **Seconda Relazione Semestrale sulle attività da lui svolte, quella relativa al semestre compreso**

¹³ [Relazione al Parlamento sul Programma di superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari](#), ai sensi del decreto-legge 31 marzo 2014, n.52, convertito dalla legge 30 maggio 2014 n. 81. Trasmessa alla Camera dei Deputati il 1/10/2014.

fra il 19 agosto 2016 e 19 febbraio 2017¹⁴. I dati di Franco Corleone sulle “Articolazioni psichiatriche” penitenziarie sono per sua stessa ammissione molto lacunosi, ancorché “forniti dal DAP al 31 gennaio 2017” e integrati “con quelli inviati da alcuni Provveditorati regionali”.

Apprendiamo, dalla Seconda Relazione semestrale del Commissario, che negli Istituti Penitenziari italiani vi sarebbero 34 Articolazioni psichiatriche, fra quelle “funzionanti”, quelle “in attesa di affettiva attuazione” e quelle “non confermate”. I posti letto totali delle 34 Articolazioni sarebbero 192.

Franco Corleone ci indica le categorie di detenuti che sono ospitati o che dovrebbero essere ospitati nelle Articolazioni: soggetti cui è stato applicato l’art. 148 c.p. (al 31/12/2017 erano 35 uomini e 7 donne); soggetti in Osservazione Psichiatrica ex art. 112 DPR 230/2000 (inevitabilmente, come dispone il comma 1 di detto articolo, molti soggetti in Osservazione non sono ospiti delle “Articolazioni psichiatriche”, ma restano nelle Sezioni ordinarie degli Istituti); soggetti sottoposti alla “minorazione psichica” di cui all’art. 111 DPR 230/2000. Si capisce, nella Relazione di Franco Corleone, che il Commissario manifesta un atteggiamento critico non solo nei confronti della permanenza nelle Articolazioni dei soggetti appartenenti alle suddette categorie, ma anche e soprattutto nei confronti del mantenimento stesso di tali categorie giuridiche. Questo non meraviglia conoscendo le posizioni che Franco Corleone ha espresso chiaramente da molti lustri a questa parte e che esprime peraltro in modo esplicito nel proseguo della Relazione quando tratta, al **punto 6, la “necessaria riforma” del Codice penale**.

È interessante leggere quali sono, sulla riforma del codice penale, le posizioni del Commissario governativo Franco Corleone. Le citeremo riassumendole.

“Sarebbe necessario intraprendere un lavoro di “pulizia” del Codice penale, per far sì che la Riforma compiuta con la Legge 81/2014, abbia anche il sostegno di un linguaggio che la esprima adeguatamente. [...]

Si tratta di dare sistemazione a delle reliquie e accettare che siano veramente parte del passato. Un lavoro di questo tipo non è stato fatto perché non si è mai proceduto, nonostante i vari progetti, a una riforma organica di quella parte del Codice che riguarda le misure di sicurezza, **la loro impostazione su doppio binario con la pena** e il loro modo di gestione.

[...] La questione degli articoli 88 e 89 riguardanti l’incapacità d’intendere e di volere, tocca l’impostazione di fondo del Codice in tema di misure di sicurezza, ovvero il sistema del doppio binario: tali articoli potrebbero essere modificati solo nell’ambito di un ripensamento complessivo del sistema delle misure di sicurezza. Più nell’immediato si può pensare d’intervenire sui seguenti articoli:

Art. 148. [...] Sarebbe piuttosto necessario riconoscere alla malattia mentale pari dignità e necessità di cure rispetto a quella fisica e prevedere una disciplina uguale per entrambe le situazioni. **Si suggerisce di abolire la parte dell’art. 148** (le parole dopo “differita o sospesa”) **che delinea un trattamento differente rispetto a quello previsto nell’art. 147** [...]

¹⁴ Per il testo della Relazione rinviamo al [sito di Franco Corleone](#). Le posizioni ideologiche della Relazione sono le stesse del Comitato “Stop OPG”.

Art. 206. [...] Come si è suggerito nelle precedenti relazioni **l'art. 206 dovrebbe essere abrogato e sostituito con la custodia cautelare, con affidamento al SPDC.** [...]

Artt. 215-219-222. [...] Alla luce dell'elaborazione effettuata dal Tavolo 11 degli Stati generali dell'esecuzione penale **si propone di sostituire le misure di sicurezza destinate attualmente dal Codice penale agli incapaci d'intendere e volere con misure giudiziarie terapeutiche**, da applicare ai "pazienti psichiatrici giudiziari", modificando così anche il termine "internati". Come indicato dal Tavolo 11 **tali misure, di natura terapeutica, dovrebbero essere distinte in tre tipologie, differenziate a seconda della gravità del fatto commesso, alla quale seguono trattamenti differenti.** [...]"

Se ci siamo soffermati un poco sulle posizioni espresse dal Commissario Corleone, è perché queste posizioni sono le stesse che sono rappresentate nello schema di DL che stiamo esaminando e che sono emerse con chiarezza come prevalenti nei documenti conclusivi dei Tavoli degli Stati generali dell'Esecuzione Penale convocati fra il 2015 e il 2016 dal Ministro Orlando. Non è per caso che le conclusioni del Tavolo 11 vengano citate dal Commissario Corleone a sostegno del progetto della riforma del Codice penale da lui preconizzata.

È di grande interesse esaminare i lavori dei Tavoli 10 e 11 degli "Stati generali". Lo faremo brevemente, cominciando dalla loro composizione per finire a una sintetica panoramica delle loro conclusioni.

Occorre premettere che entrambi i tavoli, curiosamente, si occupavano (non a caso, come vedremo) di una materia affine. Il primo Tavolo si sarebbe dovuto occupare della "salute in carcere" in generale, ma guarda caso aveva il titolo di "Salute e disagio psichico" e di quest'ultimo aspetto si è molto occupato. Il Tavolo 11 era relativo alle "Misure di sicurezza" in generale, ma ha finito per occuparsi prevalentemente, "in coordinamento con il Tavolo 10", di misure di sicurezza psichiatriche.

Argomenti psichiatrici prevalenti, dunque, per entrambi i Tavoli, in nessuno dei quali, però, ci sembra fossero presenti psichiatri con specifiche competenze ed esperienze cliniche di salute mentale in carcere (c'era un direttore di OPG, ma l'OPG non è certo il carcere).

Diamo uno sguardo sommario alle proposte di modifica normativa avanzate dai due Tavoli.

Cominceremo con le conclusioni raggiunte dal Tav. 10, così come sintetizzate nel **"Documento finale" degli Stati Generali**¹⁵.

"[...]

Parte seconda - Dignità e diritti: una reciproca implicazione

[...]

5. Il diritti inerenti al bene salute

[...]

5.4 La tutela dei soggetti con disagio psichico

Un'attenzione maggiore deve essere riservata alle esigenze di cura e tutela della salute delle persone detenute portatrici di problematiche psichiatriche. **La considerevole**

¹⁵ Il Testo integrale e definitivo degli "Stati Generali sull'Esecuzione Penale è consultabile [qui](#).

Solo alcune delle evidenziazioni in grassetto, di questa citazione e delle successive, sono degli autori dell'articolo.

presenza di soggetti con varie tipologie di disagio psichico è stata più volte segnalata come elemento di criticità nella gestione della vita detentiva, nonché di stress per il personale che opera a diretto contatto quotidiano con essi, peraltro senza una specifica formazione. Per questo si ritiene opportuno prevedere interventi normativi che consentano per le persone affette da tali patologie l'espiazione della pena in forme alternative, compatibilmente con le esigenze di sicurezza. Tali forme dovranno armonizzarsi con le esigenze di cura, **equiparando la posizione di chi è affetto da grave patologia psichiatrica a quella di chi è affetto da grave patologia fisica**. Considerato che il ricorso a misure alternative potrebbe non essere sempre possibile, si sottolinea l'esigenza di **adeguare agli standard fissati dai Rapporti di visita del CPT l'organizzazione e le caratteristiche dei reparti specializzati degli istituti penitenziari (le c.d. articolazioni per la salute mentale) per i detenuti con infermità psichica sopravvenuta durante l'esecuzione della pena e per i condannati seminfermi di mente.**"

Se poi andiamo a vedere la **Versione Integrale della Relazione Finale del Tav. 10**¹⁶, ci accorgiamo che le norme dello schema di DL si sovrappongono alle trasformazioni preconizzate in tale Relazione.

Già nell'Abstract della Relazione si avanza:

"[...] la previsione di nuove **misure alternative alla detenzione per i portatori di problematiche psichiatriche** [...] e inoltre la] previsione di un **intervento sugli articoli 147 e 148 codice penale al fine di armonizzare la tutela prevista per i portatori di patologie fisiche e per i portatori di problematiche psichiatriche.**"

Il Tavolo 10 avanza quindi delle Proposte di modifiche normative. La Proposta 3 è quella che ci riguarda.

"PROPOSTA 3.

"Previsione di alternative alla detenzione più aperte e flessibili per i condannati con patologie psichiatriche."

"[Ci riferiremo direttamente, per brevità, a] "l'articolato normativo di riferimento con le modifiche proposte":

"Art. 147. Rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena

L'esecuzione di una pena può essere differita (684 c.p.p.):

2) se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita contro chi si trova in condizioni di grave infermità fisica **o di grave infermità psichica tale da comportare una compromissione del funzionamento psichico e dell'adattamento;**

[...]

Art. 148. Infermità psichica sopravvenuta al condannato. *Abrogato*

Art. 47 quater. Misure alternative alla detenzione nei confronti dei [...] soggetti affetti da disturbo psichiatrico con compromissione del funzionamento psichico e dell'adattamento.

[...]

1. bis Le misure previste dagli articoli 47 e 47-ter possono essere applicate [...] nei confronti di coloro che sono affetti da disturbi psichiatrici con compromissione del

¹⁶ La Relazione Finale del Tavolo 10, è consultabile [qui](#).

funzionamento psichico e dell'adattamento che hanno in corso o intendono intraprendere un programma terapeutico riabilitativo.

[...]

2 bis Le istanze di cui al comma 1 bis devono essere corredate da certificazione del servizio sanitario pubblico competente o del servizio sanitario penitenziario che attesti la sussistenza della patologia psichiatrica e devono essere accompagnate da idoneo programma terapeutico riabilitativo individuale redatto dai servizi sanitari del territorio.

[...]

Le modifiche sopra indicate imporrebbero interventi sugli artt. 111 e 112 DPR n. 230/2000 nella misura in cui contengono riferimenti all'art. 148 c.p.

I riferimenti che sarebbero da espungere sono quelli contenuti nelle seguenti previsioni: art. 111 comma 3; art. 111 comma 4, art. 111 comma 6; art. 112 comma 1; art. 112, comma 3."

Passiamo quindi alle conclusioni raggiunte dal Tav. 11, così come sintetizzate nel **"Documento finale" degli Stati Generali**¹⁷.

"[...]

Parte quarta - L'esecuzione penitenziaria: responsabilizzazione e nuova vita detentiva

[...]

7. L'ineludibile riconfigurazione delle misure di sicurezza

Anche se fin qui si è fatto esclusivo riferimento alla sanzione detentiva in senso stretto, sarebbe ingiustificato escludere dalle tematiche trattate in questa sede l'argomento delle misure di sicurezza. Ciò è tanto più vero se si riflette sulla progressiva osmosi tra le componenti del c.d. doppio binario, un'osmosi in seguito alla quale le misure di sicurezza hanno assunto nel corso del tempo funzioni tipiche delle pene. [...]

[...]

7.2 I "pazienti psichiatrici giudiziari"

Occorre anzitutto segnalare il **carattere anacronistico ed etichettante della parola «internato»** che, soprattutto per quanto riguarda i soggetti con patologie psichiatriche, andrebbe sostituito, ricorrendo ad una terminologia che sottolinei la situazione di deficitaria salute psichica (potrebbe risultare adeguata, ad esempio, la locuzione «**pazienti psichiatrici giudiziari**»). Tale cambiamento sarebbe coerente con l'idea che **bisogna finalmente abbandonare il concetto di pericolosità sociale**, mettendo in primo piano i bisogni terapeutici del "paziente".

Muovendo da tale premessa, si tratterebbe di rendere davvero effettivo il principio [...] secondo cui la misura custodiale interviene come *extrema ratio* [...]. Esplicitando quanto appena detto, si auspica la creazione di due misure: la prima – da prevedere come **prioritaria – a carattere non custodiale** (si tratterebbe, come già accennato, di una particolare tipologia della libertà vigilata attentamente calibrata sulle esigenze terapeutiche del soggetto sulla base del programma di presa in carico formulato dal presidio sanitario); la seconda, da riservare ai soggetti con un più intenso "bisogno di cure", consistente nel ricovero in una struttura contenitiva a vocazione esclusivamente terapeutica.

7.3 L'esigenza di una disciplina uniforme nelle REMS

Si è appena parlato di **strutture contenitive «a vocazione esclusivamente terapeutica»**. Tale formula, se è idonea a fornire una prima connotazione dei luoghi in cui dovrebbero essere ospitati i pazienti psichiatrici giudiziari per i quali è più intenso il "bisogno di cure", non può tuttavia essere ritenuta sufficiente. [...]

¹⁷ Ancora, per il Testo integrale e definitivo degli "Stati Generali sull'Esecuzione Penale, v. [qui](#). Solo alcune delle evidenziazioni in grassetto sono degli autori dell'articolo.

Nella Versione Integrale della Relazione Finale del Tav. 11¹⁸ vengono precisati i criteri ispiratori della “ineludibile riconfigurazione delle misure di sicurezza” e puntualizzate le modifiche proposte.

Nell'**Abstract**, intanto, si precisa che:

[...]

b) Per quanto riguarda le **misure giudiziarie di cura e controllo per i “pazienti psichiatrici giudiziali”**, la proposta muove dalla **necessità di un più attento accertamento peritale sull'imputabili**, dalla **crisi del concetto di “pericolosità sociale”**, dall'**esigenza di disegnare misure che provvedano anzitutto ai bisogni terapeutici del paziente psichiatrico giudiziario** e dalla necessità di rendere effettivo il principio di *extrema ratio* delle misure coercitive. Si prevedono in tale ottica tre aree distinte il trattamento del paziente psichiatrico giudiziario, differenziate per gravità del reato commesso, da cui discendono risposte trattamentali differenti, tutte improntate alle esigenze terapeutiche del paziente, denominate “misure giudiziarie di cura e controllo” (distinguibili tra il “**ricovero in S.P.P.G. –Servizio Psichiatrico per Paziente Giudiziario** e misure obbligatorie di cura e controllo). La proposta avanza soluzioni anche in materia di misure cautelari psichiatriche e di misure provvisorie di cura e controllo e propone una dettagliata riforma delle principali norme in materia (in particolare art.206 e 222 c.p. e 286 c.p.p.)

c) Strettamente connessa con la proposta riguardante le **misure giudiziarie di cura e controllo per i “pazienti psichiatrici giudiziali”**, vi è quella di proporre un nuovo “**ordinamento per S.P.P.G.**”, che non si limiti ad una mera riproposizione o rinvio all'Ordinamento penitenziario, ma che abbia una sua autonomia, che ne esalti la funzione sanitaria.

d) Per quanto riguarda i c.d. **gravi disturbi della personalità**, si ritiene di doversi uniformare alla guideline secondo cui **essi non rilevano ai fini dell'applicabilità degli artt. 88 e 89 c.p., fermo restando tuttavia che i medesimi devono assumere la connotazione di infermità giuridicamente rilevante allorché abbiano inciso in maniera significativa sul funzionamento dei meccanismi intellettivi o volitivi dell'autore di reato e il reato sia in connessione psicopatologica e funzionale con il disturbo grave**. Deve essere attribuito al perito il compito di pronunciarsi in punto necessità di cura a elevata o attenuata intensità terapeutica.

Con questi presupposti il Tavolo 11 ha formulato precise **Proposte**:

[...]

“PROPOSTA 2

PROPOSTA UNANIME SU “SOGGETTI NON IMPUTABILI” (E BREVI CENNI SU NUOVA CONFIGURAZIONE DEI SERVIZI PSICHIATRICI PER PAZIENTI GIUDIZIARI – S.P.P.G. E MISURE OBBLIGATORIE DI CURA E CONTROLLO)

Si propongono le seguenti modifiche all'impianto normativo vigente:

A - Misure giudiziarie di cura e controllo distinte sulla base di tre aree e diversi presupposti di intervento. [... A proposito delle] attuali misure di sicurezza per il non imputabile, [si sottolinea che] l'alterazione deve essere collegata in modo diretto ed evidente al disturbo psichiatrico e alla consumazione del fatto delittuoso [e che] solo in

¹⁸ La Relazione Finale del Tavolo 11, è consultabile [qui](#).

quel caso conduce alla non imputabilità, al proscioglimento ed alla eventuale comminazione di una “Misura giudiziaria di cura e controllo”.

Di qui il riparto in tre distinte aree di trattamento.

a) Per i reati puniti con la pena detentiva non superiore, nel massimo, a tre anni, **il magistrato della cognizione si limita a segnalare al Dipartimento di salute mentale competente il soggetto** cui va materialmente ricondotto il fatto reato, **invitando** i servizi sanitari a predisporre un progetto terapeutico individualizzato e a prendere in carico la persona.

b) Per i reati puniti con la pena della reclusione superiore, nel massimo, a tre anni, **il giudice può statuire che il Dipartimento di salute mentale competente si prenda cura del soggetto, predisponendo un progetto terapeutico individualizzato e stabilisce le limitazioni delle libertà che ritiene necessarie [...].** Il nome dell’istituto è quello di “misura obbligatoria di cura e controllo”, proprio al fine di evidenziarne la natura non coercitiva.

c) Per i soli delitti contro l’incolumità pubblica di cui al Titolo VI del Libro II o contro la persona di cui al Titolo XII del medesimo Libro II, purché puniti con la pena non inferiore nel minimo a quattro anni nonché per il reato di cui all’articolo 612-bis c.p. e se, oltre al reato presupposto, sussista il fondato motivo di ritenere probabile il tentativo o la consumazione di altro reato della medesima indole e di almeno pari gravità, il giudice, dopo che i sanitari competenti hanno predisposto un progetto terapeutico individualizzato, **può disporre che la cura e il trattamento abbiano contenuto coercitivo** e si possano protrarre per un minimo di tre mesi fino ad un massimo di tre anni.

B - Misure provvisorie di cura e controllo

[...] La riforma dell’articolo 286 del codice di procedura penale dovrebbe facilitare l’ipotesi di eseguire alternativamente la custodia cautelare dell’infermo di mente di cui si ipotizza il possibile proscioglimento in sezioni specializzate del carcere, oppure presso idonea struttura del servizio psichiatrico ospedaliero. Quest’ultima evenienza, tuttavia, può avere luogo solo al fine di procedere con l’accertamento peritale e per le cure indifferibili di disturbi tali da richiedere urgenti interventi terapeutici [...]. Il Tavolo assegna notevole rilievo all’ampliata latitudine applicativa dell’articolo 286 c.p.p. come rivisto, poiché il nuovo tenore della norma potrebbe scongiurare l’eccessivo e disinvolto ricovero coercitivo provvisorio nei Servizi per pazienti psichiatrici giudiziari. I servizi psichiatrici per pazienti giudiziari rimangono strutture esclusivamente sanitarie con sorveglianza perimetrale esterna. Vi possono essere ricoverati soltanto i soggetti dichiarati non imputabili per infermità mentale in via definitiva o con sentenza di primo grado ovvero ritenuti tali ai sensi dell’articolo 206 come modificato dalla proposta. Ciò dovrebbe ridurre ulteriormente l’afflusso di soggetti infermi di mente nelle Residenze, rinforzandone il ruolo di extrema ratio trattamentale.

C – Seminfermità e di relativo trattamento

In punto di seminfermità e di relativo trattamento, si propone comunque **l’abrogazione dell’art. 219 c.p.** e il tavolo, all’unanimità, si dichiara favorevole a prevedere un trattamento simile a quello dell’affidamento terapeutico per i soggetti tossicodipendenti, con una misura di carattere comunque non coercitivo ed evitando per costoro ogni forma di “internamento speciale” e cioè autonomo e diverso rispetto al trattamento carcerario.

PROPOSTA 3

PROPOSTA SU “ORDINAMENTO PER SERVIZI PSICHIATRICI PER PAZIENTI GIUDIZIARI”

È quanto mai necessario addivenire ad una **completa regolamentazione con fonte primaria dell’organizzazione delle R.E.M.S. [...].**”

I suddetti principi e le proposte del Tav. 11 si traducono in precisi progetti di modifica di alcuni articoli del codice penale e di quello di procedura, progetti contenuti nell'**Allegato 1 della Relazione Finale del Tav. 11**¹⁹ (per quanto concerne l'**art. 222 c.p.**, vengono proposte le **“Misure giudiziarie di cura e controllo distinte sulla base di tre aree”** di cui abbiamo già detto).

“Si propone la **sostituzione dell'articolo 206 c.p.** con il seguente:

Nel corso delle indagini preliminari o del giudizio, **il giudice può disporre che alla persona sottoposta alle indagini o all'imputato sia applicata una delle misure di cui all'articolo 222 soltanto nel caso in cui sussistano gravi indizi di commissione del fatto, nonché vi sia fondato motivo di ritenere che il soggetto possa essere assolto ai sensi dell'articolo 88. [...]**

Si propone l'**abrogazione dell'articolo 219 c.p.**

[...]

Si propone la **sostituzione dell'articolo 286 c.p.p.** con il seguente:

Art. 286.

Custodia cautelare in luogo di cura.

1. Se la persona da sottoporre a custodia cautelare si trova in stato di infermità di mente che ne esclude o ne diminuisce grandemente la capacità di intendere o di volere, **il giudice, in luogo della custodia in carcere, può disporre il ricovero provvisorio in idonea struttura del servizio psichiatrico ospedaliero [...]**

2. Nello stesso modo può procedere il giudice se ritiene di **sottoporre con urgenza a perizia psichiatrica la persona indagata** e qualora ricorrano i presupposti per l'applicazione della custodia cautelare in carcere.

3. **Una volta effettuati gli accertamenti peritali, il ricovero in regime di degenza ospedaliera si può protrarre soltanto per fare fronte a gravi alterazioni tali da richiedere indifferibili interventi terapeutici.**

4. Qualora sia accertata la capacità di intendere e di volere e sussistano i presupposti per disporre la custodia cautelare in carcere, questa **è eseguita in apposite sezioni presso gli istituti di pena idonee a garantire la cura del soggetto.**

[...] 6. Nel caso previsto dal primo comma, qualora sia cessato il ricovero provvisorio in idonea struttura del servizio psichiatrico ospedaliero o sia stato disposto l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, l'obbligo di dimora o gli arresti domiciliari, **il giudice dispone che il Dipartimento di salute mentale competente prenda in carico il soggetto.**

3. Breve storia del “doppio binario” e delle proposte della sua abolizione: verso la cancellazione del concetto di “internamento”.

Abbiamo analizzato abbastanza dettagliatamente le norme e i documenti che hanno condotto alla elaborazione dello schema di DL che ci proponiamo di commentare. Questa analisi dettagliata l'abbiamo ritenuta necessaria per illustrare il percorso, giurisdizionale e ideologico, attraverso il quale le norme dello schema hanno preso forma. Si tratta in verità, come si può facilmente vedere, dell'introduzione, surrettizia ma non troppo, dei principi che, da oltre trentacinque anni, hanno sostenuto le varie proposte di legge intese ad abolire il “doppio binario”, restituendo il “diritto alla pena”

¹⁹ Per l'Allegato 1 alla Relazione Finale del Tavolo 11, clicca [qui](#).

al malato di mente autore di reato. Tutte le argomentazioni sulle quali si sono basate negli anni le diverse proposte di abolizione del “doppio binario”, non si discostano granché da quelle che il senatore Vinci Grossi, primario radiologo eletto con il PCI, illustrò nel lontano 1982²⁰, a sostegno della prima proposta di legge in questo senso. Come ha riassunto efficacemente Giulia Melani, nel suo scritto del 2014²¹, la proposta di riforma Vinci Grossi era fondata sui seguenti presupposti:

1. “la legislazione psichiatrica del 1978 disconosce la pericolosità del malato di mente e ne vieta l’emarginazione, Quindi la misura di sicurezza è in contrasto con i principi della nuova legislazione psichiatrica;
2. “è necessario trovare misure idonee a garantire il controllo sulla devianza penale in una sede diversa dall’ospedale psichiatrico giudiziario;
3. “la devianza penale del malato di mente non è un aspetto della sua malattia ed è entità autonoma di controllo.

“Inoltre, l’obiezione secondo la quale l’abrogazione dell’imputabilità si sostanzia in una ingiustizia in quanto si sottopone alla pena un soggetto incapace di intendere e volere rappresenterebbe un falso problema, infatti prosciogliere il malato di mente per applicargli una misura di sicurezza detentiva a tempo indeterminato non rappresenta certo un trattamento più umano della pena detentiva carceraria.”

Negli anni successivi Franco Corleone, che sarebbe poi diventato nel 2015 e 2016 “Commissario governativo per il superamento degli OPG”, presentò per due volte, al Senato, delle proposte di legge per l’abolizione del doppio binario. Vediamo come ne parla lui stesso nel 2012²².

«Così nel 1991 presentai in Senato un disegno di legge (A.S. 2894) dal titolo: “Imputabilità del malato di mente autore di reato e trattamento penitenziario del medesimo” che riprendeva una proposta del senatore Vinci Grossi del 1983 depositata nella nona legislatura (A.S. 177). La relazione, ricollegandosi ad alcuni recenti indirizzi della psichiatria volti a considerare il malato di mente come soggetto autore della propria condotta, riteneva l’infermità psichica “uno stato patologico transitorio, come tale curabile ed in molti casi anche sanabile... La transitorietà riconosciuta dalla psichiatria moderna al disturbo psichico, la variabilità e la mutabilità di forme e di intensità che questo conosce nel corso del tempo, impediscono oggi di attribuire validità alla (e quindi di conservare la) soluzione adottata dai codici penale e di procedura penale e dalla legislazione penitenziaria oggi vigenti in Italia, che catalogano gli infermi di mente che hanno commesso un reato in una categoria a sé, contrassegnata da caratteri stabili ed immanenti e come tale destinataria di una normativa penale speciale”».

Nel frattempo diverse altre proposte di legge, intese a modificare la legislazione sul tema dell’imputabilità del reo folle e delle misure di sicurezza, erano state

²⁰ V. GROSSI, *Per l’abolizione dei manicomi giudiziari*, in *Fogli di informazione*, 85-85, 1982, pp. 263-264.

²¹ G. MELANI, *Le proposte di riforma e il ‘definitivo superamento’ degli OPG*, in *L’altro diritto*, 2014.

²² F. CORLEONE, *La rimozione dell’ospedale psichiatrico giudiziario*, in *StopOPG*, agosto 2012.

presentate²³. Tra i progetti riformatori appare degno di una particolare attenzione il disegno di legge di iniziativa del Consiglio Regionale della Toscana e dell'Emilia Romagna²⁴. Vediamo perché, persino secondo Michele Miravalle che è stato uno dei partecipanti al Tav. 11 degli Stati Generali, il Progetto merita questa attenzione²⁵. L'innovazione riguarda il metodo e il merito. Il metodo: alla elaborazione del Progetto - all'interno del gruppo di lavoro riunito alla Fondazione Michelucci dal Presidente Alessandro Margara - parteciparono diversi giuristi, psichiatri (e fra questi gli Autori del presente articolo), psicologi e operatori dell'OPG. Il Progetto venne dunque elaborato attraverso la discussione approfondita e il confronto fra professionisti che avevano tutti una documentata competenza "clinica" nel settore e che, per via di tale attività, erano riguardati dalle misure che andavano a proporre. Ma soprattutto, per entrare nel merito delle soluzioni proposte, il Progetto proponeva soluzioni praticabili a legislazione pressoché invariata, davvero utili ai gravi pazienti psichiatrici internati negli OPG e nelle CCC, nonché detenuti nelle carceri ordinarie. È vero che veniva proposta l'eliminazione delle norme relative alla *seminfermità mentale*, ma contemporaneamente si introducevano, per il paziente psichiatrico autore di reato, diverse e graduate misure di cura e di controllo²⁶. Proprio perché realistiche e competenti, le modifiche normative proposte hanno costituito un terreno fertile sul quale sono cresciute, negli anni, molte delle innovazioni legislative che hanno modificato sensibilmente, migliorandola, l'assistenza dei rei folli. Ci riferiamo, per citarne solo talune, alle seguenti innovazioni legislative:

- DL 230/1999, con il quale -nella breve ma fertile stagione durante la quale, miracolosamente, Alessandro Margara fu Direttore Generale del DAP- l'assistenza sanitaria all'interno degli Istituti di pena cominciò a transitare dal Ministero di Grazia e Giustizia a quello della Sanità;
- il DPR 230/2000, il *Regolamento di esecuzione* dell'OP, che cominciò ad esempio a spostare sugli Istituti di pena ordinari le operazioni di Osservazione Psichiatrica che, prima, venivano compiute solo negli OPG;

²³ Si veda, in proposito, il già citato scritto di G. MELANI.

²⁴ D.D.L. 8 agosto 1997, n. 2746, Senato della Repubblica, Disposizioni per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari.

²⁵ M. MIRAVALLE, [La riforma della sanità penitenziaria: il caso ospedali psichiatrici giudiziari](#), Tesi di laurea, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Torino, a.a. 2010-2011, pp. 185-188, pubblicata in Ristretti Orizzonti. È interessante leggere l'analisi di Miravalle, poiché sottolinea non pochi degli aspetti innovativi nel DL che, non dimentichiamolo, è del 1997.

²⁶ La bozza originaria della proposta di Legge conteneva, fra le altre innovazioni che consideriamo essenziali (la territorializzazione dell'internamento; la totale gestione sanitaria dello stesso con la custodia collocata all'esterno; la gradualità delle misure detentive e di controllo, con la possibilità di ricorrere all'affidamento al servizio socio-sanitario; l'osmosi tra il carcere, le strutture di internamento e i servizi territoriali di salute mentale) anche interessanti indicazioni relative al coinvolgimento dei Servizi di Salute Mentale nelle Consulenze Tecniche di Ufficio. Si veda A. Margara, *Nuova disciplina della imputabilità, del difetto della stessa, della sentenza di assoluzione per tale causa e delle misure conseguenti, della perizia psichiatrica e della ammissibilità della revisione delle sentenze sul capo della imputabilità. Superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e delle case di cura e custodia.*, in *Il reo e il folle*, 1997, 3-4:318-331.

- le Sentenze 235/2003 e 364/2004 della Corte Costituzionale, con le quali vennero ammessi alla misura non detentiva della libertà vigilata i pazienti che, prima, erano destinati alle misure detentive dell'OPG e della CCC anche se la loro pericolosità sociale non era così elevata da richiedere tali misure così contenitive e restrittive;
- la sentenza delle Sezioni Unite Penali della Cassazione n.9163 del 22/1/2005 (Raso), la cui motivazione illustra con chiarezza le ragioni che possono condurre i disturbi di personalità a trascendere il livello di mera anomalia caratteriale o di disarmonia della personalità e possono, invece, avere consistenza, intensità e gravità tali da incidere sulla capacità di intendere e di volere e da scemare o, addirittura, escludere la condizione di imputabilità della persona²⁷; le motivazioni della sentenza della Cassazione, ormai risalente, andrebbero lette con attenzione, poiché appaiono molto più "cliniche" di tanti ragionamenti di certi clinici che hanno fermamente contestato le conclusioni di quella sentenza;
- il DPCM del 1/04/2008, che trasferiva ogni competenza sanitaria all'interno dei penitenziari in capo ai Servizi Sanitari regionali. Tutto il personale sanitario degli Istituti di pena (escluse talune figure psicologiche) transitò alle Aziende Sanitarie; transitò anche il personale sanitario degli OPG e delle CCC. Non solo: il DPCM tracciò anche, nell'Allegato C, le "Linee di indirizzo per gli interventi negli ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) e nelle case di cura e custodia". È ben vero che, anche nell'Allegato C, c'erano alcune norme che hanno consentito di "ridurre l'internamento" giudiziario ("superando l'OPG") senza garantire una adeguata terapia ai pazienti psichiatrici autori di reato (come quelle che prevedevano di spostare negli Istituti ordinari di pena tutti gli osservandi e tutti i soggetti con sopravvenuta infermità ex art. 148 c.p.²⁸; spostamenti che sono stati effettuati senza che a tutt'oggi, in molte Regioni italiane, siano state istituite le previste "sezioni di cura e riabilitazione" o "articolazioni [penitenziarie] di salute mentale" che dir si voglia), ma il DPCM disegnava in ogni caso un percorso ancora sufficientemente praticabile;
- talune norme e disposizioni regionali che hanno consentito di allestire in anticipo delle soluzioni trattamentali (specie di tipo residenziale) alternative all'internamento giudiziario e alla carcerazione del reo folle. In Toscana, ad esempio, fino dal 1999 prese avvio il 'Progetto Eracle' per pazienti psichiatrici

²⁷ Cfr. A. MARGARA, *cit*, a proposito della non imputabilità per vizio totale di mente: "Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, ivi compresa quella derivante da cronica intossicazione da sostanze psicotrope o psicoattive, o per grave anomalia psichica o per grave menomazione sensoriale, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere".

²⁸ All C del [DPCM 1 Aprile 2008](#):

"[...]

- riportare nelle carceri di provenienza i ricoverati in OPG per disturbi psichici sopravvenuti durante l'esecuzione della pena. Questa azione è resa possibile solo dopo l'attivazione delle sezioni di cura e riabilitazione, all'interno delle carceri.
- assicurare che le osservazioni per l'accertamento delle infermità psichiche di cui all'art. 112 D.P.R. 230/2000 siano espletate negli istituti ordinari."

autori di reato, al cui interno, dal 2001, ha cominciato l'attività clinica della 'Residenza Le Querce', nella quale, fino ad oggi, hanno fatto ingresso un centinaio di pazienti, ottenendo nella quasi totalità dei casi risultati straordinari, sotto il profilo della cura e della sicurezza. L'esperienza de 'Le Querce' ha costituito il modello, non solo in Toscana, per la costruzione di Strutture Intermedie che hanno contribuito in maniera sostanziale alla "decostruzione perseverante"²⁹ dell'OPG;

- anche le norme sul "superamento dell'OPG", benché ideate e redatte in maniera tale da renderle difficilmente praticabili e potenzialmente dannose, nascevano comunque dallo spirito che, oltre venti anni or sono, portò diverse persone competenti a riunirsi attorno ad Alessandro Margara per ideare un Progetto non solo avveniristico ma davvero realizzabile e, soprattutto, utile ai pazienti e alla società.

Il nostro atteggiamento, relativo alla gestione del reo folle, si colloca dunque nella linea che abbiamo definito di "decostruzione perseverante" dell'internamento giudiziario. Una linea molto distante da quella "trasgressione speculativa" che ha sostenuto le proposte di "abolizione del doppio binario", avanzate negli ultimi decenni da Vinci Grossi (1983) in poi e, attualmente, sostenute dal "Comitato StopOPG". Vediamo come ne parla Michele Miravalle³⁰, che citiamo volentieri visto che fa parte di talune Associazioni (Antigone e Abele) che hanno costituito il Comitato Promotore di StopOPG.

"Tutte queste proposte, politicamente trasversali all'arco costituzionale e che attraversano temporalmente oltre venti anni di storia politica italiana sono accomunate dalla volontà di abolizione delle differenze giuridiche tra soggetti imputabili e non imputabili (45), in nome delle c.d. quote di responsabilità del malato psichiatrico, principio cardine della antipsichiatria, favorevole a riconoscere la capacità di porre in essere scelte valide, da cui, inevitabilmente, consegue una piena responsabilità, anche sul piano penale.

"Per alcuni la proposta è derubricabile a semplice «utopia» (46), volta a rivendicare pari dignità sociale e porre fine alla politica dell'esclusione, che ha storicamente influenzato il rapporto tra società e malato psichiatrico.

"Tuttavia, benché utopiche, tali proposte non si sono spinte fino alla misura limite dell'«abolizionismo custodiale» (47), che teorizza l'abolizione di qualsiasi intervento privativo della libertà personale, ma si sono limitate a proporre un «modello abolizionista carcerizzante» (48).

²⁹ L'espressione "decostruzione perseverante", ideata da Gemma Brandi, venne usata per la prima volta una decina di anni or sono, per indicare l'atteggiamento di chi, in maniera realistica e costruttiva, adotta strategie efficaci di uscita da situazioni insostenibili e vergognose, come erano ad esempio gli OPG. Per comprendere il senso dell'espressione si veda ad esempio: BRANDI G. e IANNUCCI M., *Psichiatria penitenziaria oggi, salute mentale in carcere domani*, in *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, V. Volterra (a cura di), Elsevier 2010, p. 512-521.

In quel capitolo del Trattato curato da V. Volterra, la "decostruzione perseverante" veniva confrontata con la "trasgressione speculativa" (cfr. p. 514).

³⁰ M. MIRAVALLE, *cit.*, pagg. 179-181. Le note di chiusura dello scritto di Miravalle sono consultabili attraverso i link contenuti nel nostro testo.

“Paradossalmente infatti l’idea di un controllo custodiale non è stata soppressa, ma rafforzata, poiché il folle-reo sarebbe dovuto rientrare all’interno del paradigma della pena, con la conseguente abolizione *tout court* del sistema del doppio binario, in favore di un rinnovato regime monistico, in cui tutti i rei sono sottoposti al medesimo regime sanzionatorio.

“È proprio questa il profilo di maggior criticità di tali proposte, limpidamente riassunto dalla dottrina maggioritaria: «In nome dell’uguaglianza dei diritti del malato di mente, non si dovrebbe giungere a sostituire un’istituzione totalizzante con un’altra, com’è il carcere, pur sempre improntata sull’idea della segregazione» (49).

“Il rischio di peggiorare le condizioni degli internati in O.P.G. scaricando le loro problematiche su un sistema carcerario già in forte affanno, è concreto, soprattutto se si “dimentica” di prevedere, come fanno alcuni dei disegni di legge, una diversificazione dei percorsi carcerari, con l’istituzione, ad esempio, di sezioni speciali per i folli-rei e di servizi psichiatrici penitenziari”.

4. Informazione e disinformazione sui malati di mente in ambito penitenziario.

Qualcuno, negli ultimi anni, si è accorto che la questione dei rei folli è davvero rilevante all’interno del sistema penitenziario. Se ne è accorto di recente Mauro Palma, nell’intervista pubblicata il 9 dicembre 2017 su *Left* e ripresa da *Ristretti Orizzonti*³¹. In sintesi si è accorto che, per dirla con le parole di Ian McEwan, “il divario fra una buona e una cattiva assistenza è pressoché infinito”³²: persino nelle diverse REMS e nei diversi Servizi Territoriali di Salute Mentale si registrano abissali difformità nella capacità di cura. Si è accorto forse, Mauro Palma, di come una buona terapia possa e debba persino giovare di una “coazione benigna”. Ma si è accorto, soprattutto, della rilevanza del problema della “follia reclusa” e della estrema difficoltà che si riscontra, all’interno dei penitenziari, nel garantire il diritto alla cura per questi pazienti.

Siamo quindi contenti che alcuni dei problemi del reo folle siano stati opportunamente sollevati da Mauro Palma. Così, magari, qualcun altro si accorgerà di quanto siano rilevanti tali problemi. Noi ne stiamo parlando da decenni, ancora adesso largamente inascoltati. In Italia ne abbiamo diffusamente parlato ne “*Il reo e il folle*” fino dal 1996³³. Ma persino la grande stampa internazionale ha da decenni sollevato il problema. *The New York Times* ne parlò una prima volta il 5 marzo 1998³⁴, quando mise in evidenza che le prigioni, in America, avevano soppiantato gli ospedali per i malati di mente della nazione. Ma la medesima testata, attraverso la penna autorevole di Nicholas Kristof, in una review dell’8 febbraio 2014³⁵, si addentrava “nell’ospedale psichiatrico

³¹ D. COCCOLI, *Intervista a Mauro Palma: “terapia psichiatrica in carcere, un diritto negato”*, 9 dicembre 2017, in *Left* e ripresa da [Ristretti Orizzonti](#).

³² MCEWAN IAN, *Saturday*, London, Jonathan Cape, 2005; trad. it. *Sabato*, Einaudi 2005, p. 288.

³³ Si vedano, ad esempio, i risultati di una delle più estese ricerche europee di epidemiologia psichiatrica, quella che effettuammo proprio nel carcere fiorentino di Sollicciano fra il 2001 e il 2002 e che è stata pubblicata ne *Il reo e il folle* n° 30/31 del 2008, numero monografico su *La Grande Ricerca*.

³⁴ FOX BUTTERFIELD, [Asylums Behind Bars: A special report.; Prisons Replace Hospitals for the Nation's Mentally Ill](#), *The New York Times*, March 5, 1998.

³⁵ NICHOLAS KRISTOF, [Inside a Mental Hospital Called Jail](#), *The New York Times*, February 8, 2014.

chiamato carcere". Si consiglia a tutti gli operatori penitenziari di leggere questo articolo, nel quale si fa peraltro riferimento ad alcuni studi molto seri, uno pubblicato nel 2006 dal Dipartimento della Giustizia degli US³⁶, l'altro nel 2010 dalla National Sheriff's Association e dal Treatment Advocacy Center³⁷, nei quali si documenta come più della metà dei detenuti nelle carceri americane soffra di rilevanti turbe psichiche.

Lavorando in carcere non distrattamente, ci si accorge ben presto che il luogo altro non è che un grande e misconosciuto ospedale psichiatrico. Una delle ricerche più estese e dettagliate compiute in Europa sulla presenza di disturbi mentali in ambito penitenziario, l'abbiamo fatta proprio a Sollicciano e a Montelupo, tra il 2001 e il 2002, in collaborazione con l'Università di Firenze³⁸. I dati della ricerca comprovano il punto di vista statunitense e anticipano il divenire della clinica psicopatologica, annunciando una inclinazione autolesiva elevatissima, oggi diventata il problema più vistoso degli istituti di pena. Questa ricerca, già nel 2002, ha mostrato, intanto, il preoccupante elevarsi dei disturbi di Asse I del DSM all'interno dei penitenziari (con una prevalenza del 46,7% sui soggetti nuovi-giunti), quindi la notevolissima incidenza, fra i disturbi di Asse I, di Episodi Depressivi Maggiori (soggetti nuovi-giunti 24,8%), infine la fortissima incidenza dei gravi Disturbi di Personalità (non solo del Disturbo Antisociale di Personalità, ma anche degli altri Disturbi, del Borderline e del Paranoide in particolare). I dati diffusi dalla Agenzia Regionale di Sanità della Toscana³⁹ nel 2013, relativi allo stato di salute dei detenuti nella Regione per l'anno 2012, confermano quelli della *Grande Ricerca* di Sollicciano e di tutta la letteratura internazionale: "Il 71,8% dei detenuti nelle carceri toscane è affetto da almeno una patologia. La più diffusa è il **disturbo mentale**, che interessa il **41% [dei detenuti]**".

I dati diffusi dalla Agenzia Regionale di Sanità della Toscana nel 2015⁴⁰, relativi allo stato di salute di 16.000 detenuti ospiti di 57 carceri italiane, confermano quelli della *Grande Ricerca* di Sollicciano e di tutta letteratura internazionale: "Oltre il 70% dei detenuti è affetto da almeno una patologia [...]. La prima patologia, che coinvolge il 24% dei detenuti dell'indagine, è la dipendenza da sostanze [...] Oltre il 40% dei detenuti arruolati è affetto da almeno una patologia psichiatrica [...]".

Questi dati epidemiologici, ovviamente, non riguardano soltanto la popolazione detenuta in Italia. I dati internazionali che provengono da molti altri Paesi occidentali sono sovrapponibili a quelli italiani. Uno degli ultimi articoli, pubblicato poche settimane or sono su *The Lancet*⁴¹, sottolinea la "*crisi della Salute Mentale nelle prigioni del Regno Unito*": "*Si stima che due terzi dei prigionieri soffra di disturbi di personalità, all'incirca la metà soffre di depressione e ansia, e uno su dodici soffre di psicosi. La situazione si sta deteriorando. [...] 120 suicidi in Inghilterra e Galles nel 2016, quasi il doppio*

³⁶ DORIS J. JAMES, LAUREN E. GLAZE, [Mental Health Problems of Prison and Jail Inmates](#), Bureau of Justice Statistics Special Report, U.S. Department of Justice, September 2006.

³⁷ [More Mentally Ill Persons Are in Jails and Prisons Than Hospitals: A Survey of the States](#), May 2010, in Treatment Advocacy Center (online).

³⁸ *Ne Il reo e il folle* n° 30/31 del 2008, numero monografico su *La Grande Ricerca*.

³⁹ Dati tratti dal [sito dell'Agenzia Regionale di Sanità della Toscana](#), settembre 2015.

⁴⁰ V. [sito dell'Agenzia Regionale di Sanità della Toscana](#), 13 aprile 2015.

⁴¹ BURKI T., *Crisis in UK Prison Mental Health*, in *The Lancet*, Vol. 4, No. 12, p. 904, Dec. 2017, v. [abstract](#).

rispetto al 2012". Seena Fazel e altri, in una review comparsa un anno prima sempre su *The Lancet*⁴², avevano fornito dati lievemente inferiori sulla prevalenza di malattie psichiche nelle carceri, basando i loro risultati su una revisione sistematica di tutta una serie di studi sulla salute mentale dei detenuti compiuti fra il 2003 e il 2015.

	Men	Women
Psychotic illness	4% (3–4)	4% (3–5)
Major depression	10% (9–12)	14% (10–18)
Alcohol misuse	18–30%	10–24%
Drug misuse	10–48%	30–60%

Table 1: Prevalence of different psychiatric diagnoses in adult prisoners based on systematic reviews

Ci sono indubbiamente molti uomini d'onore, psichiatri e giuristi, che come abbiamo visto sostengono con convinzione che gli psichiatri debbano uscire dalle aule dei tribunali. Almeno fra gli psichiatri si tratta, in genere, di professionisti che non hanno mai lavorato all'interno degli istituti di pena. A sostegno delle loro argomentazioni, costoro usano invariabilmente questa considerazione⁴³: i pazienti psichiatrici non delinquono più degli altri, semmai commettono più reati bagatellari, come hanno sostenuto taluni psichiatri forensi⁴⁴. I dati epidemiologici del carcere, di cui abbiamo parlato poc'anzi, smentiscono però clamorosamente tale leggenda metropolitana. Così come l'hanno smentita gli studi epidemiologici compiuti qualche anno addietro in taluni OPG italiani (ci riferiamo in particolare allo studio Mo,Di.OPG⁴⁵), che hanno anche precisato qualcosa relativamente alle diagnosi psichiatriche, che frequentemente, secondo taluni, non sarebbero gravi:

- il 70,1% della popolazione internata aveva una diagnosi di schizofrenia o di disturbo delirante
- il 42,4% era internato per omicidio
- il 32,2% per altri gravi reati contro la persona.

Un punto resta assodato incontrovertibilmente: negli Istituti ordinari di pena si va affollando un numero impressionante di persone affette da gravi o gravissime patologie psichiatriche. Se solo ci tenessimo alle stime fatte negli UK da Talha Burki su *The Lancet*⁴⁶, fra i 60.029 detenuti/e delle carceri italiane al 31/12/2017, ben 5.000 sarebbero affetti da psicosi e circa 30.000 soffrirebbe di depressione e ansia. Senza contare le

⁴² FAZEL S. ET AL., [Mental health of prisoners: prevalence, adverse outcomes, and interventions](#), in *Lancet Psychiatry* 2016, July 14, 2016.

⁴³ Cfr., per tutti, COLLICA M.T., [La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"](#), in questa Rivista, 19 novembre 2012, p. 14, apparentemente con ampia e autorevole bibliografia.

⁴⁴ Si veda ad esempio FORNARI U. (a cura di), *Trattato di psichiatria forense*, V ed., Torino, 2013, p. 215.

⁴⁵ FIORITTI A, MELEGA V, ET AL. *Violenza e malattia mentale: uno studio sulla popolazione di tre Ospedali Psichiatrici Giudiziari. Il reo e il folle* 1999; 9-10: 137-48

⁴⁶ BURKI T., *Crisis in UK Prison Mental Health*, in *The Lancet Psychiatry*, Vol. 4, No. 12, p. 904, v. [abstract](#).

tossicodipendenze (malattie psichiatriche a tutti gli effetti, secondo il DSM e l'ICD) e i disturbi di personalità.

5. L'ipocrita e contraddittoria utopia della "responsabilizzazione" dei rei folli.

Se le presenze nelle prigioni ordinarie di pazienti affetti da gravi patologie psichiche sono quelle che abbiamo qui riportato (e sono quelle!), usando un ragionamento inferenziale potremmo ammettere che con uno sforzo modesto potremmo provvedere senza gravi problemi, nelle carceri, al trattamento di 5.569 persone invece che di 5.000. Anzi, oltre ai 569 che erano "ricoverati" nelle REMS al 19 febbraio 2017 (data dell'ultimo rapporto semestrale del Commissario Corleone) potremmo aggiungere senza grandi imbarazzi anche i 235 prosciolti in lista di attesa, visto che non pochi di questi ultimi sono già nelle carceri. Avremmo così detto addio al "doppio binario", alla presenza nei tribunali di "esperti" che decidono sulla infermità di mente di una persona lanciando in aria una monetina, al vituperato concetto di pericolosità sociale, malattia infantile della criminologia e ambiguità di fondo della pratica penale.

Ci saremmo sbarazzati della psichiatria forense e magari della psichiatria nel suo complesso, poiché, come sappiamo, il trattamento della "folie à l'âge classique" nasce nel carcere e nasce lì dove, con Santa Dorotea de' Pazzereelli a Firenze ancora prima che con la Salpêtrière di Pinel, si tenta di garantire una cura e non una punizione ai rei folli. Ci saremmo anche incamminati, velocemente e senza tanti fardelli, lungo la strada per "liberarsi dalla necessità del carcere".

Non è questa la sede per affrontare il tema, assolutamente centrale peraltro ai fini che qui ci riguardano, della centralità della follia nella comprensione dell'essenza dell'uomo e di questioni che toccano da vicino tale essenza, come la questione della verità e della libertà. Sarebbe sufficiente rileggere con un minimo di attenzione ciò che scrisse Lacques Lacan⁴⁷, nel lontano settembre 1946, confutando "l'organodinamismo" di Henry Ey che tanto ci ricorda, *mutatis mutandis*, l'odierna neuropsicoanalisi.

"Lungi dall'essere per le libertà un «insulto», [la follia] ne è la più fedele compagna, ne segue i movimenti come un'ombra.

"E l'essere dell'uomo non solo non può essere compreso senza la follia, ma non sarebbe l'essere dell'uomo se non portasse in sé la follia come limite della sua libertà.

"E per rompere questa severa affermazione con l'humour della nostra giovinezza, è proprio vero che, come avevamo scritto in una formula lapidaria sul muro della nostra sala [...di guardia]: «Non diventa pazzo chi vuole»."

Non sarà d'altronde col solo richiamare il folle al salvifico effetto dell'esercizio di un "forte volere" che ne otterremo la guarigione.

Non è nostra intenzione, come abbiamo detto, approfondire qui la centralità della questione della follia per chiunque voglia saperne un po' di più sull'essenza dell'uomo. Sull'essenza dell'uomo, ma anche sull'addivenire del soggetto a quella dimensione

⁴⁷ J. LACAN, *Discorso sulla causalità psichica*, in *Scritti*, Torino 1974, p. 170.

fraterna che, mentre lo lega a una dimensione sociale, non lo priva certo degli effetti patogeni dei rimproveri del Super Io ai cedimenti del suo desiderio. Ecco dunque che, nel momento in cui ritenessimo di avere eliminato la follia dall'orizzonte di quella sfera morale cui resta legata l'origine del diritto, ci saremmo preclusi la strada per "giustificare" ciò che legittima, almeno secondo il "buon senso" se non secondo la logica, ogni azione collettiva dell'uomo contro l'uomo. La follia è una moneta illusoria e insieme concreta, che su di un lato ha inscritta la *colpevolezza* e sull'altro la *responsabilità*.

Se ci illudessimo di trascurare o di ignorare, in maniera stolido e irresponsabile, quel limite della libertà che è riconoscibile dove la follia fa la sua comparsa, gli effetti di questa dissennatezza ci ricondurrebbero ben presto a un diverso e più congruo esame di realtà. Misconoscimenti simili rischierebbero di farci cadere nel tranello disegnato così bene da Poe in "The System of Doctor Tarr and Professor Fether", con quel leggerissimo ma panioso scarto linguistico che ha una doppia significazione, considerando che ci stiamo riferendo a un Autore che con la ricerca della verità e col paradigma indiziario, a partire da *La lettera rubata*, ha uno stretto legame.

Comunque, poiché siamo chiamati a esprimerci su un tema che, seppure da tutti ritenuto centrale per il diritto, rappresenta in ogni caso una ineludibile frontiera, è decisivo che si dichiari, *apertis verbis* e in maniera inequivocabile, da quale parte della frontiera intendiamo disporre le nostre truppe. Ci fa piacere che almeno taluni di coloro che si battono per abrogare il sistema del "doppio binario", abolendo nel diritto e nei codici la figura dell'irresponsabile per infermità di mente, dichiarino senza tema le ragioni della loro esplicita proposta⁴⁸:

"[Questa] nuova legislazione, da considerare assolutamente auspicabile perché solo essa può porre definitivamente fine all'OPG [...] dovrebbe fondarsi sulla consapevolezza sempre più diffusa tra gli psichiatri e gli operatori del diritto che la incapacità totale di intendere e volere è evento talmente eccezionale da non giustificare affatto la esistenza di una istituzione da essa fattispecie motivata, essendo di norma il disturbo mentale, anche grave e gravissimo, non in grado di spegnere completamente la capacità della persona di aver coscienza di star commettendo un reato".

È curioso: in quarant'anni di attività clinica, dentro le istituzioni detentive e fuori da esse, ci è capitato frequentissimamente di riscontrare, nei gravi pazienti ai quali siamo stati chiamati a dare una cura, una "totale incapacità di intendere e di volere", una impossibilità di conformare le loro azioni a un corretto esame di realtà e/o a sottrarsi alla costrizione di elementi pulsionali ai quali non erano assolutamente in grado di resistere e che sfuggivano totalmente al controllo di una volontà *sufficientemente libera*. Torneremo dopo sull'argomento, ben sapendo, comunque, che non è questa la sede per affrontarlo in maniera compiuta.

6. Le camaleontiche trasformazioni della "malattia trasgressiva" e la granitica resistenza delle istanze punitive della società.

⁴⁸ Il testo che segue è tratto da [La Piattaforma](#) del Comitato StopOPG.

Per proseguire nel nostro ragionamento, dovremmo basarci su un assioma di partenza che la nostra lunga esperienza clinica ci consente di dare come assodato e irrinunciabile, confortati come siamo dal saperci in ottima compagnia: Freud, Ferenczi e Lacan non ci abbandonano. L'assioma è questo: coloro che soffrono di gravi turbe psichiche, così come molti di coloro che delinquono, sono dominati da un costante e forte senso di colpa inconscio. Un senso di colpa improprio che, proprio perché inconscio e originato dal "misconoscimento" radicale insito in ogni "delirio" (con la molteplice significazione che questo termine ha), non cesserà di generare, nel soggetto che ne sperimenta gli effetti senza saperlo, la coazione a ricercare le conseguenze esterne dei rimproveri del Super Io. Che si tratti della prigione della follia o della prigione vera e propria ha un rilievo secondario. Per sottolineare una tendenza seclusiva che è anche quella di Alceste⁴⁹, abbiamo spesso fatto riferimento alla *"Conversazione con l'uomo nell'armadio"*, racconto di esordio di Ian McEwan⁵⁰.

Il fatto di porre questo assioma a fondamento del nostro argomentare, sembra esporci alla critiche di coloro che qui antagonizziamo. Costoro, infatti, potrebbero criticarci su due fronti. Il primo fronte è quello di una malcelata logica dei dentisti. Si potrebbero appellare a Lacan, il quale per primo sottolinea che il termine "misconoscimento" contiene una "essenziale antinomia". "Misconoscere infatti suppone un riconoscimento, com'è manifestato dal misconoscimento sistematico, in cui si deve ammettere che ciò che è negato sia in qualche modo riconosciuto"⁵¹. Col che i nostri antagonisti potrebbero ritenere soddisfatta la loro pretesa del mantenimento, nel folle che delinque, almeno di un minimo di coscienza e di volontà, col che saremmo legittimati a chiamarlo a rispondere (*respondere*, da cui *responsabilis*) del reato compiuto. Il secondo fronte è quello operativo. Se tutti (o quasi tutti) i delinquenti, come Freud ci ha per primo segnalato⁵², si rendessero protagonisti dei loro reati per un senso di colpa improprio, in preda dunque a una insopprimibile e incontrollabile coazione e ripetere, perché distinguerli dai folli che semplicemente raddoppiano con delle azioni illecite la loro egualmente incontrollabile tendenza seclusiva? Non trascureremo il valore di queste eventuali obiezioni semplicemente appellandoci alla loro consistenza paradossale. Osserveremo soltanto, per esaltarne tale consistenza, che nulla ci impedisce di pensare che per non *trascurare* il senso di una ineludibile analogia, occorrerà magari in futuro cimentarsi con la cura della *malattia trasgressiva* nel suo insieme, estendendo la categoria della *follia reclusa*.

Una sfida, quest'ultima, che non sarà certo di poco conto, considerando che, le istanze autopunitive che sostengono ogni movimento seclusivo, fanno sì che il soggetto manifesti una speciale abilità mimetica e, quindi, una camaleontica abilità nello sfuggire

⁴⁹ "Et chercher sur la terre, un endroit écarté, Où d'être homme d'honneur, on ait la liberté". Sono i versi del protagonista con cui si chiude l'opera di Molière. Il nostro debito nei confronti di Lacan è evidente: cfr. *Op. Cit.* p. 169.

⁵⁰ IAN MCEWAN, in *First Love, Last Rites*, Londra 1975; *Primo amore, ultimi riti*, Torino 1979.

⁵¹ J. LACAN, *Op. cit.*, p. 159.

⁵² S. FREUD, *I delinquenti per senso di colpa*, in *Alcuni tipi di carattere tratti dal lavoro psicoanalitico* (1916).

agli sforzi di una cura che pensi di fare a meno del peso di una cattura. Il gesto di Pinel alla Salpêtrière trova quindi la sua piena efficacia solo lì dove si sostituiranno, nella direzione di una comprensione che -persino nell'etimo- non rifugge dalla funzione di controllo, alle catene in cui si concretizzano il biasimo e la punizione, quelle metaforiche della significazione fraterna, a un soggetto riluttante, di ciò che in lui rende *necessario* il transito attraverso la pena e la rinuncia. Se trascureremo gli effetti di dissimulazione epifenomenica sostenuti dalla pressione autopunitiva, saremo sempre costretti a rincorrere, affannati e in ritardo, le continue trasformazioni della follia e della malattia trasgressiva. Se l'uso delle droghe e dell'alcool rimane a segnalare tutta la antica forza di abitudini rituali nelle quali si apprezza l'intreccio originario del tabù violato, della soddisfazione immaginaria e dell'autopunizione, ci saranno altri "usi" egualmente anancastici e autopunitivi, come il *gaming* e il *gambling*, attraverso i quali l'ombra della follia si estenderà con tutto il suo potenziale suicidario.

È bene non trascurare altri fattori. Se è vero che un piacere dissimulato si manifesta nella ricerca di una punizione e di una gogna da parte di chi tradisce in questo modo la presenza di una malattia trasgressiva, è altrettanto vero che un piacere niente affatto dissimulato e molto più "presentabile" compare sulla scena quando prendono la parola le istanze aggressive e vendicative, del singolo e della società, nei confronti di coloro che hanno trasgredito, poco importa che si tratti di mafiosi, di pedofili o di folli⁵³.

Perché -sarà bene non dimenticarlo mai- le funzioni "rieducative" della pena, cui ci richiama il mandato costituzionale, nulla tolgono alle preminenti funzioni retributive -e restitutive perché afflittive- che in ogni caso il carcere mantiene. Possiamo girarci attorno finché vogliamo, ma il cerchio si chiuderà davvero solo quando saremo in grado di evitare -asintoticamente, come chiunque capirebbe- di assecondare le pulsioni seclusive dei rei (specie dei rei folli) con l'invocare nei loro confronti una risposta aggressiva contraria ed eguale alla loro.

Ecco perché, in quella ricerca del movimento della verità che dovrebbe connotare almeno il percorso dello psicoanalista se non del terapeuta, occorrerebbe uscire fuori da ogni ipocrisia e cominciare ad affermare che, *rebus sic stantibus*, chiunque sostenga che ai rei folli va restituito il "diritto alla pena", altro non fa che sottolineare la legittimità della richiesta, da loro stessi avanzata senza saperlo, di un "diritto alla punizione". Così tutti i Pierre Rivière e tutti i Moosbrugger, ascoltati nelle loro richieste, potranno rimanere in carcere, dove, senza che alcuno si scandalizzi, continueranno a dare conto della "struttura fondamentale della follia", dove è riconoscibile il "sacrificio primitivo come essenzialmente suicidario"⁵⁴.

⁵³ Due sole "vignette cliniche" per illustrare come sia labile il confine fra "sete di giustizia" e "sete di vendetta".

La prima: il padre delle ragazzine ginnaste abusate che si lancia contro il pedofilo al processo. La seconda: i parenti delle vittime di Adam Kabobo, il ghanese che nel 2013 uccise tre persone a Milano a colpi di piccone, chiedono che vada in carcere e non in un luogo di cura. Con Matteo Salvini che afferma apertamente: "Kabobo deve marcire in galera".

⁵⁴ J. LACAN, *Op. cit.*, p. 181.

È decisivo non dimenticare che, nonostante la "perizia" di Esquirol, Pierre Rivière, rimasto in carcere, finì col darsi da solo quella morte che reclamava.

7. La cattiva coscienza degli psichiatri: il conformismo o il silenzio

Poiché -come capisce anche lo stolto- la questione del trattamento del reo folle riguarda da vicino non solo la nascita della psichiatria, ma anche la sussistenza del suo diritto a occuparsi della follia senza essere costantemente denigrata o irrisa, ci saremmo aspettati che molti psichiatri prendessero la parola per presidiare il campo della loro "impossibile professione". Noi lo abbiamo fatto in un certo modo⁵⁵, venendo subito additati -era peraltro inevitabile che così fosse- come degli Alceste. Ciò nonostante continuiamo a farlo, consapevoli del fatto che è più facile essere delle pecore che dei Leoni⁵⁶. Quando ci siamo pronunciati, abbiamo anche delineato delle strade per la soluzione dei complessi problemi, di cura/controllo e per questo multidisciplinari e interistituzionali, che la materia pone.

Diversi altri psichiatri, oltre a noi, hanno espresso delle opinioni sull'argomento. Prenderemo in esame le posizioni più significative.

Cominceremo da chi ha sostenuto le posizioni (che intendono abrogare il "doppio binario") di StopOPG. Fra costoro citeremo soltanto Pietro Pellegrini, che ha scritto addirittura un libro sull'argomento. Non ci rifaremo al libro, ma piuttosto a quanto Pellegrini ha recentissimamente sostenuto, sul sito di StopOPG⁵⁷, in risposta all'articolo pubblicato su DPC da un magistrato, Paola Di Nicola, il 13 dicembre 2017⁵⁸. L'appartenenza di Pellegrini alla schiera "abolizionista" è non solo documentata, ma dichiarata da lui medesimo nell'articolo quando, con una sorta di *excusatio non petita*, ci fa sapere che (il grassetto è nostro):

"[...] a rigore di logica e **in modo che può sembrare ideologico**, il concetto di residualità fa pensare che la dotazione [di posti letto nelle REMS] debba essere la più bassa possibile, tendenzialmente a zero e che le REMS restino comunque sempre temporanee sia per i pazienti ma anche come strutture. In altre parole, secondo questo orientamento, chiusi gli OPG attraverso le REMS, l'ulteriore fase potrebbe essere quella

⁵⁵ Segnaliamo soltanto, a mo' di esempio:

IANNUCCI M. - BRANDI G., [Carcere, REMS detentive, REMS non detentive](#), Relazione al Convegno "Fragilità, storie, diritti ...", Zugliano, 12 Giugno 2015, pubblicato su *Persona e Danno*.

IANNUCCI M., [Le liste d'attesa per le Rems e il pericoloso gioco al rimbalzo fra le istituzioni deputate alla cura/controllo](#), in *Quotidiano sanità*.

IANNUCCI M. - BRANDI G., [Quanti rinvii, ancora, per il superamento degli OPG?](#), in *L'Altro Diritto* on line, 2014,

⁵⁶ Il debito riferimento è a quel Leone Ginzburg che proprio il 5 febbraio (giorno in cui scriviamo questa nota) del 1994 moriva in carcere torturato dai nazisti. Ginzburg fu uno dei pochissimi universitari a non sottoscrivere il "Giuramento di fedeltà al regime fascista". Norberto Bobbio ci ricorda che Ginzburg, suo coetaneo e compagno di classe, in "ciò che diceva portava l'impronta di una personalità ormai formata che non si lasciava guidare dall'opinione corrente".

⁵⁷ PELLEGRINO P., [Contributo al tentativo di risoluzione del problema della \(supposta\) carenza dei posti in REMS: il punto di vista dello psichiatra](#), su StopOPG online.

⁵⁸ DI NICOLA P., [Vademecum per tentare di affrontare \(e risolvere\) il problema dell'assenza di posti nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza \(REMS\)](#), in *questa Rivista*, 13 dicembre 2017.

Prenderemo dopo in esame qualcosa di questo interessante articolo.

di superare anche le stesse REMS in favore di percorsi personalizzati da attuarsi nell'ambito dei DSM."

Affrontiamo dunque questa materia delicata e specialistica. Pellegrini sostiene, intanto, che è indispensabile che magistratura e salute mentale entrino in una dialettica costante. Anche qui siamo tutti d'accordo, specie noi che una interlocuzione col mondo della giustizia l'abbiamo sempre ricercata e spesso trovata. All'esito di questo incontro, però, Pellegrini invita i giudici a seguirlo su un terreno scivoloso, quello dell'adeguamento dei loro tempi e dei loro modi di giudizio ai criteri invalsi nel sistema salute. Secondo Pellegrini -che opportunamente si rifà almeno in parte a talune delle valutazioni contenute nella Delibera del Consiglio Superiore della Magistratura adottata il 19/04/2017⁵⁹- i giudici, specie quelli di merito, per decretare o sentenziare l'adozione di una misura di sicurezza, specie se detentiva, sarebbe opportuno che adottassero le strategie della "salute mentale, la quale da molto tempo ha superato l'idea che la cura possa dipendere dal luogo [...] ma [che] deve essere funzionale alla realizzazione del programma terapeutico". I giudici, insomma, non dovrebbero tenere conto della disponibilità (insufficiente) di "posti" letto nelle REMS, ma dovrebbero piuttosto attenersi ai "percorsi" disegnati, con criteri sanitari, dai responsabili territoriali della salute mentale. E questi ultimi dovrebbero in ogni caso, secondo Pellegrini, interessarsi tempestivamente della presa in cura dei folli di loro competenza sottoposti a procedimento penale, elaborando contestualmente i PTRI previsti dalla legge e i PDTA previsti dal sistema salute. Benissimo, verrebbe da dire. Solo che, almeno dalle nostre parti (e la Toscana non sembra essere fra le Regioni più arretrate), i PTRI, per i folli sottoposti a procedimento penale, non vengono davvero redatti tempestivamente (nemmeno per i pazienti che hanno commesso dei reati mentre erano già in cura presso i SSM) e l'elaborazione dei PDTA è quantomeno carente persino per i pazienti esterni. Secondo Pellegrini poi, per rendere davvero residuale il ricorso alle misure di sicurezza detentive, è indispensabile implementare quelle non detentive, qualora il livello di pericolosità sociale lo consenta. Andrebbe quindi potenziata la dotazione (immaginiamo di spazi e di personale) dei servizi di salute mentale penitenziari, in modo da provvedere adeguatamente, nelle carceri, all'assistenza dei "minorati psichici" (il cui numero calerebbe vertiginosamente con l'abrogazione dell'art. 89 c.p.), dei detenuti cui viene applicata la misura di sicurezza detentiva provvisoria e di coloro che vengono colpiti da una "sopraggiunta infermità psichica" durante l'esecuzione della pena. Tutti obiettivi davvero lodevoli quelli indicati da Pellegrini, che sembra voler fare da apripista alle norme contenute nello schema di DL che stiamo esaminando. Solo che tutte le indicazioni "ideologiche" che Pellegrini fornisce sono destinate a risuonare vuote nel panorama di fronte al quale coloro che operano nella realtà, vale a dire i giudici e gli operatori penitenziari (in particolare gli psichiatri), costantemente si trovano. La situazione è infatti, inequivocabilmente, quella messa in rilievo anche dal CSM oltre che

⁵⁹ CSM, Seduta del 19/04/2017, Delibera relativa a "Disposizioni urgenti in materia di superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) e di istituzione delle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), di cui alla legge n. 81 del 2014. Questioni interpretative e problemi applicativi" del 19 aprile 2017. Consultabile [in Quotidiano Sanità](#).

da Paola Di Nicola. Una situazione che noi, da dentro il carcere, possiamo tranquillamente descrivere in questi termini:

- i posti letto per l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive (detentive!) sono largamente insufficienti;
- il sistema giustizia allora, per ovviare a questo difetto, da un lato ricorre con decrescente frequenza ad accertamenti peritali, dall'altro lato prescrive sempre meno le misure detentive;
- quando vengono prescritte misure di sicurezza detentive e non ci sono posti nelle REMS, i giudici, siccome spesso hanno ritenuto necessario applicare al reo folle la misura della custodia cautelare in carcere, di fronte alla comunicazione del DAP della mancanza di posto nelle REMS, lasciano il reo folle nelle carceri ordinarie (in tal modo la responsabilità, insostenibile, del trattamento, che dovrebbe essere sanitario, ricade sugli operatori, sanitari e non, del sistema penitenziario);
- se fortunatamente i giudici, prima di prescrivere la misura di sicurezza detentiva, durante la custodia cautelare in carcere del reo folle avevano ritenuto di doverlo ricoverare in un SPDC a norma dell'art. 286 c.p.p., non possono che lasciarlo in un luogo di cura, visto che il ricovero in REMS è una misura sanitaria e il giudice cadrebbe in una palese contraddizione logico/giuridica se consentisse il rientro del reo folle nel carcere;
- sempre i giudici, quando prescrivono le misure di sicurezza non detentive, magari su indicazione del perito, attenendosi alle indicazioni della L. 81/2014 e quindi anche in assenza di un programma terapeutico/trattamentale concordato con i SSM, affidano il reo folle a questi ultimi che chiamano (implicitamente o esplicitamente) nella posizione di garanzia;
- anche quando, su indicazione del perito o degli psichiatri penitenziari che hanno magari effettuato una osservazione psichiatrica, è decretato il ricorso all'art. 111 DRP 230/2000 (minorazione psichica) o all'art. 148 CP (infermità sopravvenuta nel condannato), il sistema giustizia non sembra preoccuparsi del fatto che non ci sia alcuna "sezione psichiatrica penitenziaria" che abbia posto per accogliere il detenuto sofferente e da curare: saranno gli operatori penitenziari, in particolare gli psichiatri, a doversela cavare, chiamati come sono, di fatto e di diritto, nella posizione di garanzia.

Un bagno di realtà è opportuno per tutti, ma è assolutamente indispensabile per coloro (pensiamo ai magistrati e agli operatori penitenziari) che quotidianamente devono affrontare, nell'emergenza "clinica", tali situazioni. Se fossimo nei panni di un magistrato, ad esempio di Paola Di Nicola, a Pietro Pellegrini noi chiederemmo, nella direzione di quella reciprocità tra salute e giustizia che lui stesso invoca, di spostare sul versante dei doveri e non delle opportunità, il reperimento (anche in termini di disponibilità di posti letto) di soluzioni trattamentali (sanitarie e penitenziarie insieme) che rispondano ai bisogni (alle necessità cliniche e giuridiche). Oppure potremmo chiedere ai magistrati di estendere il fronte di quell'adeguamento del mondo giudiziario ai criteri della salute mentale che Pellegrini invoca, evitando nel prossimo futuro, in

particolare se verrà approvato lo schema di DL, di decretare o sentenziare per il reo folle la custodia cautelare quando fossero piene e non più ricettive (come accadrà in breve dopo la loro istituzione) le sezioni psichiatriche penitenziarie. E infine -perché non potremmo chiedere ai pubblici ministeri e ai giudici di non ricorrere più alla custodia cautelare in carcere ove i nostri istituti penitenziari avessero superato (come accade da sempre) la capienza regolamentare. Eviteremmo fra l'altro, in questo modo, persino le sanzioni della CEDU.

Poiché condividiamo non poche delle considerazioni di Paola Di Nicola, vorremmo però porre, relativamente alle sue proposte, talune domande. Se è vero come è vero che le funzioni dello psichiatra CTU dovrebbero evolvere nella direzione che lei indica (compiti e quesiti molto più articolati e complessi, operazioni più accurate e clinicamente orientate, collaborazione con i SSM cui richiedere tempestivi pareri, elaborazione di una gamma di soluzioni nelle quali il giudice possa orientarsi e fra cui possa scegliere), come si pensa di "indurre" i periti e i servizi ad assumere queste nuove funzioni, che sono fortunatamente e ineludibilmente cliniche? Noi auspichiamo da anni tale assunzione, ma siamo preparati ad essere delusi. Come si pensa di farlo, visto che anche in Italia abbiamo negato per legge che tali funzioni abbiano un valore clinico e terapeutico, sottoponendole anche nella fatturazione al versamento IVA? Magari i giudici riuscissero a indurre i periti a sobbarcarsi tale oneri clinici lasciando invariati i compensi, davvero vergognosamente irrisori, previsti dalla legge⁶⁰ per le perizie psichiatriche!

Torniamo comunque agli psichiatri che hanno trattato questa materia. Alle indicazioni che la L. 103/2017 aveva dato accogliendo l'emendamento Mussini, si è opposta fermamente anche la Società Italiana di Psichiatria⁶¹, dichiarando di "sposare appieno" le posizioni della senatrice De Biasi⁶², posizioni che sono quindi state trasferite nello schema di DL che stiamo esaminando. In buona sostanza gli argomenti usati dalla SIP sono i seguenti. Nelle REMS devono essere ricoverati solo i rei folli con sentenza definitiva per i quali sia indicato un trattamento residenziale. Anche i periti dovrebbero orientare i loro pareri in questa direzione. Fin quando il giudice non abbia deciso in via definitiva che il ricovero nella REMS è la misura adatta per il reo folle, ogni terapia/trattamento a quest'ultimo deve essere garantito lì dove il soggetto si trova. Se si trova in carcere, ebbene egli va curato in carcere, a meno che non abbia incontrovertibile necessità di indifferibili cure da effettuare in un SPDC. Per il resto, a meno che la situazione non sia iperacuta, se il giudice stabilisce che il reo folle debba rimanere detenuto, è in carcere che va curato. Certo, "l'assistenza psichiatrica" in carcere

⁶⁰ È bene ricordare che il DM 30/05/2002, per le CTU psichiatriche, prevede la liquidazione di € 387,86, raddoppiati a € 775,72, ai sensi dell'Art. 5 L. 319/80, per i casi di particolare difficoltà. Per le perizie collegiali o eccezionalmente complesse, può essere richiesta la liquidazione per vacanze, ma c'è da tenere presente che i compensi, sempre molto contenuti, vengono in genere pesantemente decurtati nei decreti di liquidazione.

⁶¹ MENCACCI C., CARPINIELLO B. e ZANALDA E. per la SIP, [Ecco perché l'emendamento Mussini sulle REMS è sbagliato](#), in *Quotidiano Sanità*, 5 Aprile 2017.

⁶² DE BIASI E. G., [Ecco perché le Rems non possono accogliere tutti. Non torniamo indietro di 20 anni](#), in *Quotidiano Sanità*, 17 Marzo 2017.

(nemmeno si parla di assistenza di salute mentale) andrebbe “potenziata [...] sia in termini di adeguamento strutturale che funzionale”, ma il reo folle, proprio perché lo si vuole far “divenire artefice del cambiamento che può sperimentare collaborando alla terapia”, in carcere è bene che rimanga. “In tale ottica la SIP auspica il superamento definitivo de cosiddetto ‘doppio binario’ (giuridico e sanitario) previsto dal vigente codice penale”. Quindi, per non “scaricare alle REMS” l’assistenza dei folli autori di reato, con grandissima nonchalance e con artifici logici che ci lasciano interdetti, la si scarica quasi interamente sul carcere. La SIP siciliana⁶³, così come Enrico Zanalda in un intervento congressuale del 2016 poi diffuso in rete⁶⁴, ritengono persino che (cosa cui peraltro noi non siamo “ideologicamente” contrari, ma che non è per ora ammessa dalla legge) “si dovrebbe poter prevedere anche il ritorno o il ricorso a situazioni di detenzione, nei casi di cessazione della collaborazione alle cure o violazioni delle disposizioni giuridiche” per il soggetto con vizio totale di mente al quale fosse stata già applicata una misura della REMS o altra misura non detentiva. I rei folli potrebbero dunque tranquillamente, al bisogno, “ritornare in carcere” dopo essere stati prosciolti, ovviamente solo se fossero molto cattivi e riluttanti alle cure.

Nelle dichiarazioni della psichiatria ufficiale italiana -di quella territoriale e clinica, intendiamo- non c’è chi non lodi la bontà delle leggi sul superamento dell’OPG. Poi, però, si manifesta una resistenza diffusa e malcelata, da parte della salute mentale territoriale, a condividere con il sistema giudiziario/penitenziario quelle funzioni di controllo che inevitabilmente sono connesse con la cura del reo folle. Una resistenza che viene peraltro talora apertamente espressa. Leggiamo, ad esempio, come si esprime in proposito il “Coordinamento Psichiatri Toscani” in un documento diffuso nel novembre 2015:

“Entriamo così nella grande questione della deriva manicomiale causata dalla crescente delega ai servizi di tutta la gestione della devianza comportamentale, inclusa quella che conduce al reato ed alla pericolosità sociale. Stiamo assistendo ad un fatto macroscopico. La legge 9 del 2012 di fatto restituisce la funzione di custodia al Servizio Sanitario e non riguarda solo il passaggio dall’OPG alle REMS: stiamo assistendo all’aumento dell’immissione forzata nella rete ordinaria dei presidi (soprattutto SPDC e strutture residenziali) di pazienti che hanno commesso reati, da parte del sistema giudiziario. Tale fenomeno è il portato pratico della legge che assegna i pazienti psichiatrici autori di reato ad una struttura “forte”, ma nella sostanza sanitaria, facendo sì che i pazienti in attesa di giudizio o autori di reati minori siano destinati dal sistema giudiziario ad altre strutture meno forti, ma sempre sanitarie. Non ci vogliono grandi sforzi di immaginazione per figurarsi il mutamento del clima interno degli SPDC e del loro funzionamento. È altresì totale la delega ai DSM del reinserimento del paziente autore di reato nel tessuto sociale: il risultato è il forte rischio di proseguimento *ad vitam* di una carriera residenziale, non senza costi umani ed economici”.

A quanto ci risulta l’atteggiamento espresso a chiare lettere dal Coordinamento Psichiatri Toscani è largamente condiviso da non poca parte della cosiddetta “psichiatria

⁶³ Il documento è inserito sempre da E. Zanalda nel [sito della SIP Sicilia](#), sezione comunicati, verosimilmente nel 2016.

⁶⁴ ZANALDA E., [Il punto di vista dei servizi sanitari](#), Giornata di studio [...] “Non solo REMS: psichiatria, giustizia e servizi dialogano” - Torino, 16 maggio 2017.

democratica”, con un atteggiamento che, come spiegheremo meglio dopo, manifesta aspetti contraddittori e, almeno per noi, difficilmente comprensibili.

7.1. La bisbigliante arrendevolezza della cosiddetta “psichiatria forense”

Le leggi sul superamento degli OPG hanno avviato un percorso che sta procedendo attraverso lo schema di DL. Un percorso che, a detta di molti come abbiamo visto, si dirige spedito verso la revisione radicale o l’abrogazione del “doppio binario”. Di fronte a queste norme ci saremmo attesi che la psichiatria forense italiana prendesse la parola con una certa autorevolezza. Magari ci è sfuggito qualcosa, ma non ci risulta che l’abbia fatto. C’è da osservare che questo dipende soprattutto dalla particolare posizione nella quale, in Italia, la psichiatria forense si trova. Tale disciplina, infatti, non si occupa assolutamente della terapia del reo folle, ma solo della valutazione, su delega del giudice, della imputabilità, della pericolosità sociale e della capacità di stare in giudizio. È però palese che, con le leggi 9/2012 e 81/2014 molte cose sono cambiate. Come ha sottolineato con precisione Paola Di Nicola, le indicazioni che i periti devono dare, secondo le nuove previsioni di legge, sono molto più complessi e articolate.

- Devono intanto pronunciarsi sulle “capacità di intendere e di volere” e sull’eventuale presenza di alterazioni mentali (malattie o disturbi) che le precludano o le riducano (l’art. 89 c.p. è ancora vigente).
- Devono quindi indicare se sia presente la pericolosità sociale e in quale misura lo sia, poiché dal livello di imputabilità e di pericolosità sociale dipenderà l’individuazione delle soluzioni trattamentali maggiormente idonee.
- Per fare questo i periti non solo devono conoscere approfonditamente il soggetto, ma anche le opzioni trattamentali offerte dai SSM o comunque dal territorio.
- Diventa quindi inevitabile, per i periti, ricercare immediatamente e ottenere la collaborazione e il parere dei SSM, nella valutazione della gravità della eventuale psicopatologia, della sua incidenza sulla imputabilità e sulla pericolosità sociale. Questa collaborazione e questi pareri dei SSM sono ineludibili in caso di *vizio totale di mente*, poiché i SSM dovrebbero allora redigere i PTRI e i PDTA. Ma si tratta di collaborazione e pareri ineludibili anche allorquando ci si orienti per un *vizio parziale* (con eventuale successivo ricorso alla *minorazione psichica*) o di altre turbe psichiche che, magari influenti ai fini dell’imputabilità, necessitino comunque di cure specifiche di salute mentale.

Guardiamo allora come si pronuncia la psichiatria forense italiana sulla materia e, in particolare, il punto di vista del perito. Lo faremo scorrendo brevemente quanto ha detto Rolando Paterniti ad Alghero nel maggio 2017⁶⁵. Segnala intanto il collega come sia difficile comprendere bene “la portata della L. 81/2014 e quello che produrrà sui

⁶⁵ R. PATERNITI, [Legge 81 REMS. Il ruolo del perito](#), Relaz. al XX Congresso Nazionale di Psichiatria Forense, Alghero, 26 Maggio 2017.

Servizi di Salute Mentale". Secondo lui è "una situazione gravosa, che però dobbiamo comunque affrontare". Proviamo a seguire il filo del discorso di Rolando Paterniti. Egli per esempio, si dichiara d'accordo con le posizioni della SIP, anche se ritiene che la L. 81 sia stata "subita" dagli psichiatri. È dell'avviso che l'art. 89 c.p. (vizio parziale) vada "eliminato". Immagina che, quando si applica l'art. 206 c.p. (misura di sicurezza provvisoria), il soggetto non vada inviato nelle REMS, a meno che ciò non avvenga su parere del perito; non deve nemmeno essere ricoverato nei SPDC: deve andare "magari in carcere" o altrimenti in qualche "struttura intermedia, di quelle attenuate". Ammette, Paterniti, che il perito, dopo la L. 81, non può esimersi dall'interloquire e dal confrontarsi con i colleghi del Dipartimento di Salute Mentale, anche se "percepisce nei servizi psichiatrici un atteggiamento un po' rinunciatario, di rimpallo di queste situazioni". Il perito comunque, che pure deve avere "una grande esperienza clinica e un'ottima conoscenza dei SSM", è indispensabile che sia "qualcuno che non ha alcuna responsabilità terapeutica e riabilitativa". Il confronto con gli psichiatri dei SSM risulta dunque inevitabile, ma gli "psichiatri del carcere, che si sentono un corpo a parte, non possono e non devono esprimere giudizi sulla imputabilità e sulla pericolosità sociale" del loro paziente.

Dimentica, il Dr. Paterniti, che gli psichiatri del carcere sono psichiatri dei SSM e che non soltanto è un loro diritto, ma addirittura un loro dovere fornire a tutti, specie al giudice, precise indicazioni terapeutiche e trattamentali. Si pensa dunque che non sia una precisa necessità terapeutica comunicare al giudice come e dove quel paziente possa ottenere la cura adatta alle sue gravi condizioni psicopatologiche? Si pensa forse che gli psichiatri del carcere, chiamati ogni giorno ad occuparsi della difficile cura dei loro pazienti, chiamati ogni giorno dai giudici, anche attraverso la osservazione psichiatrica, a pronunciarsi sulla compatibilità dello stato di salute dei loro pazienti con la detenzione in carcere, sulla opportunità di ricorrere alla minorazione psichica, all'art. 148 c.p. o all'art. 286 c.p.p. (ricovero in luogo esterno di cura), conoscano meno bene il loro paziente di quanto lo conosca un perito che, quando va bene, lo visita un paio di volte? Sarebbe bene non ci fosse più spazio per "questa" psichiatria forense, per questo "*angelo della medicina*" tanto incline, nelle aule dei tribunali, a "ripiegare le sue ali fruscianti di fronte all'*angelo della giustizia*". Dimostrando così, come lo stesso Paterniti sostiene, che qualità indispensabile del buon perito è quella di sapersi "mettere nei panni del giudice".

Vorremmo che il tempo fosse scaduto per questa psichiatria forense italiana, a tal punto distante dalla clinica. Si potrebbe pensare che in fondo, con il progressivo e surrettizio avvicinarsi non della abrogazione, non della "eliminazione", ma della surrettizia elisione del doppio binario, anche le funzioni dello psichiatra forense si ridurrebbero al lumicino. Ma c'è qualcuno che ci richiama alla realtà, alla insopprimibile necessità della psichiatria forense. Sono due psichiatri forensi e un direttore di un DSM di Roma (quest'ultimo è anche "Direttore ad interim" di alcune REMS laziali)⁶⁶. Secondo costoro gli psichiatri forensi sono gli unici titolati a esprimere pareri che orientino i

⁶⁶ POMPILI P., NICOLÒ G. e FERRACUTI S., [Dagli Opg alle Rems. Ma i medici non possono fare i poliziotti](#), su *Quotidiano Sanità* del 2 Novembre 2016.

giudici, poiché ad esempio non possono e non debbono farlo gli psichiatri che hanno compiti clinici e terapeutici nelle REMS. Le argomentazioni dei colleghi sono troppo profonde ed erudite, per noi che abbiamo un rapporto diuturno con i nostri pazienti da un lato, con i giudici che ci chiedono dei pareri dall'altro. Fornendo queste informazioni, nell'interesse primario del paziente (che è informato delle richieste del giudice e dei nostri pareri, che sono terapeutici e trattamentali), siamo certi di non violare alcun codice deontologico e di non tradire il rapporto fiduciario col paziente. Chi non sa fare questo, forse, non sa fare il terapeuta e allora è bene che lo faccia fare a qualcun altro. Anche perché, i criminologi/psichiatri forensi, qualcosa bisognerà pure che facciano. Se scompare il doppio binario e insieme a lui le REMS, rimarrà sempre il carcere per andare a esprimervi pareri scollati dalla diagnosi, dalla terapia, dalla prognosi cliniche.

8. Considerazioni finali sulle norme dello schema e sulle possibili conseguenze della loro applicazione.

L'analisi di buona parte della normativa degli ultimi anni sul tema del reo folle, magari un po' lunga e noiosa, ci è servita soprattutto a dimostrare che tutte le nuove norme, comprese quelle che vengono proposte nello schema di DL (che quasi certamente verrà approvato dal Parlamento), nascono da lontano e sono tutte sottese dalla medesima finalità, che ha una evidente impronta ideologica: l'abolizione del "doppio binario" e la "restituzione del diritto alla pena" al reo folle. Si tratta di un progetto che ha un evidente presupposto assiomatico: quanto a condizioni mentali, non c'è poi una gran differenza fra un uomo e un altro, con lo sconfinamento asintotico verso l'inesistenza o l'insussistenza giuridica della malattia mentale. Non avendo la forza o l'opportunità di abrogare semplicemente le norme del codice penale e di quello di procedura relative alla *incapacità di intendere e di volere* e alla *pericolosità sociale*, con il trattamento specifico che queste norme garantiscono al folle autore di reato, una molteplicità di provvedimenti radicali è intervenuta a mutare la griglia regolamentare attraverso la quale si garantisce al momento l'assistenza al paziente autore di reato. Molti di questi provvedimenti sono estremamente positivi, altri appaiono di dubbia utilità. Sono stati estremamente positivi:

- Il DL 230/1999, che cominciò a far transitare la gestione della salute in carcere verso i vari SSR, obbligando il mondo giudiziario/penitenziario a una interlocuzione (che auspichiamo divenga adulta) con il mondo della salute, anche ai fini trattamentali. Sfortunatamente questo passaggio non solo è stato lungamente messo in *standby*, ciò che ha consentito un progressivo ritiro di risorse finanziarie da parte del Ministero della Giustizia in vista del passaggio definitivo, ma non è stato sufficientemente accompagnato verso le fasi successive.
- Il DPR 230/2000 (Regolamento di esecuzione), con il quale, ai fini che qui ci riguardano, si predisponavano migliori strumenti per la gestione della salute in carcere. In particolare, con l'art. 112, si disponeva che le osservazioni psichiatriche fossero effettuate in prima battuta nelle sezioni ordinarie del

carcere, comprese quelle di OP; solo come *extrema ratio* si sarebbero dovute effettuare in ambito specialistico (allora c'era l'OPG).

- Le sentenze 253/2003 e 367/2004 della Consulta, che hanno esteso agli art. 222, 219 e 206 c.p. quanto era già previsto all'art. 219 per i reati di minore gravità, vale a dire la possibilità di applicare misure di sicurezza non detentive al posto di quelle detentive, allorquando lo consente il livello di pericolosità.
- La sentenza "Raso" delle Sezioni Penali unite della Cassazione, che nel 2005 ha indicato come anche per i gravi disturbi di personalità vada valutata l'imputabilità del soggetto che delinque.
- Il DPCM 1/04/2008, che fortunatamente, seppure con quasi dieci anni di ritardo, ha completato il passaggio della gestione sanitaria nei penitenziari dal Ministero della Giustizia a quello della Salute, prefigurando anche il "superamento degli OPG", passandone completamente la gestione sanitaria ai SSR, ma mantenendo all'interno di quegli Istituti di Internamento la presenza di una direzione amministrativa e della polizia penitenziaria, che facevano ancora capo al Ministero della Giustizia. Il carattere piuttosto approssimativo delle norme attuative del DPCM ha reso ancora più disomogenei, a livello nazionale, i tempi e i modi della sua attuazione.
- Le leggi sul "superamento degli OPG", apparentemente sorte sull'onda di un inevitabile sdegno per quell'orrore di cui tutti sapevano, ma che nessuno voleva vedere finché non è stato disvelato brutalmente, hanno certo introdotto lodevoli novità. Intanto la gestione "quasi completamente" sanitaria delle misure di sicurezza detentive, sollecitando il sistema di salute mentale a sussumere gli oneri e gli onori di una cura che non può prescindere dal controllo. Hanno poi sollecitato una maggiore e migliore interlocuzione dei sistemi di salute mentale "detentivi" (non dimentichiamo che le REMS sono e restano Residenze sanitarie "detentive") con quelli "esterni", inducendo questi ultimi a impegnarsi maggiormente anche nella gestione della salute mentale degli istituti ordinari di pena. Istituti dove -tutte le indagini epidemiologiche lo certificano inequivocabilmente- si va sempre più ammassando una quantità straordinaria di patologie mentali gravi. I servizi di salute mentale "esterni" lo hanno fatto, ma molto *obtorto collo*, adducendo a loro discarico la penuria di risorse e di investimenti specifici. Ciò che è testimoniato anche dal fatto che, dal 2011 al 2018 (vale a dire in sette anni), solo pochissime delle "Sezioni Psichiatriche" (o "Articolazioni penitenziarie di Salute Mentale" che dir si voglia) sono state realizzate e, soprattutto, dotate di spazi e di personale in misura adeguata. Le leggi sul superamento dell'OPG, inoltre, dando conto di come al loro fondo vi fosse soprattutto l'impulso ideologico della "eliminazione del doppio binario", hanno apportato due modifiche che destano qualche perplessità. Poco importa che una di queste modifiche sia stata "garantita" persino dalla Consulta. La prima riguarda la previsione che "non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali". Il Giudice, pertanto, allorché qualche esperto gli segnala che il livello di pericolosità del reo folle non è tale da indicare la necessità di un ricovero

in REMS o magari nemmeno di una libertà vigilata con obblighi di cura, pur in assenza di uno specifico programma terapeutico/trattamentale formulato dai SSM, affida a questi ultimi il paziente, magari ricoverandolo (se in custodia cautelare in carcere) in un SPDC ex art. 286 c.p.p.. Possiamo dire che il giudice agisca male? Agisce in ogni caso a norma di legge e, forse, nemmeno nel peggiore dei modi. La seconda modifica avviene lì dove la L. 81 prescrive che “l’accertamento [della pericolosità sociale del reo folle sia] effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all’articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale”, vale a dire “delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo”. Siccome capita mediamente che i giudici non siano dissennati -e che talora non lo siano nemmeno gli psichiatri che devono formulare pareri diagnostici, prognostici e terapeutico/trattamentali tenendo conto delle determinanti bio-psico-sociali della malattia- di quest’ultima prescrizione, fortunatamente, si è tenuto conto in misura modesta.

Le leggi sul superamento degli OPG e le disposizioni normative correlate hanno anche dato l’indicazione di non più inviare in OPG gli osservandi (art. 112) e i condannati con sopravvenuta infermità psichica (art. 148). Questi ultimi, insieme ai minorati psichici (art. 111) li si sarebbe dovuti ospitare nelle “sezioni psichiatriche” penitenziarie (assenti almeno dalle nostre parti). Si è disputato molto, nel frattempo, sul destino di coloro cui fosse stata applicata la MdS provvisoria (ex art 206): i più, com’era inevitabile, si sono dichiarati contrari all’inizio nelle REMS.

Poi, nel 2017, è stata approvata la L. 103, nella quale era stato accolto l’emendamento Mussini, che prevedeva “la destinazione alle REMS prioritariamente dei soggetti per i quali sia stato accertato in via definitiva lo stato di infermità al momento della commissione del fatto [...], nonché dei soggetti per i quali l’infermità di mente sia sopravvenuta durante l’esecuzione della pena [art148], degli imputati sottoposti a misure di sicurezza provvisorie [art 206] e di tutti coloro per i quali occorra accertare le relative condizioni psichiche [art 112], qualora le sezioni degli istituti penitenziari alle quali sono destinati non siano idonee, di fatto, a garantire i trattamenti terapeutico-riabilitativi”. L’approvazione della L. 103/2017 ha determinato una immediata levata di scudi da parte di molti, come abbiamo visto, e questa reazione si è tradotta nello schema di DL le cui **indicazioni** ci apprestiamo a commentare.

Partiamo da quelle **positive**.

Per quanto riguarda le modifiche del codice penale, come non rallegrarsi che sia estesa ai disturbi psichici, nell’art. 147, la previsione del *rinvio facoltativo dell’esecuzione della pena*? Non si capisce, però, come questo possa essere messo in diretta correlazione con l’abrogazione dell’art. 148 (ne parleremo dopo).

Passando alle modifiche dell’Ordinamento Penitenziario, non potremmo che giudicare molto positivamente le norme che estendono alle patologie psichiche precise modalità di “detenzione domiciliare” e di “affidamento in prova”. Con Alessandro Margara avevamo avanzato tale proposta fino dal 1997 e ci fa piacere che si arrivi infine a questa previsione, poco importa se con venti anni di ritardo.

Bene anche la sottolineatura dell'importanza del Servizio Sanitario all'interno dei penitenziari, che assume sempre più autonomi compiti di garanzia nel momento in cui assume quelli di cura. Degli aspetti negativi parleremo dopo.

Abbastanza neutra appare la previsione di "travasare" nell'art. 11-bis dell'OP le norme dell'art. 112 del RE, articolo che viene quindi abrogato. Con alcuni aspetti negativi di cui parleremo dopo.

Ottimo anche l'intento di realizzare, col nuovo Art. 65 dell'OP, le sezioni psichiatriche penitenziarie, che si dovrebbero infine chiamare "Sezioni per detenuti con infermità". Diversi aspetti negativi e/o irrealizzabili li stiamo per dire.

Passiamo dunque alle indicazioni dello schema che riteniamo **negative**.

Per quanto riguarda il CP, a meno che non si ragioni nell'ottica della "eliminazione del doppio binario", non si capisce la ratio della abrogazione dell'art. 148. Nella nostra esperienza i soggetti per i quali viene proposta e disposta l'applicazione dell'art. 148 c.p. sono quasi sempre soggetti ai quali non è stato riconosciuto una grave malattia mentale prima della condanna. Questo accade in genere per diversi motivi: a) perché il giudice non riconosce tale malattia; b) perché ritiene che la malattia sia influente ai fini dell'imputabilità; c) perché, pur essendo stata disposta una CTU, la malattia non viene riconosciuta; d) perché il CTU giudica tale malattia influente ai fini dell'imputabilità. È "il perito" stesso -in apparenza in maniera del tutto paradossale- a suggerire agli avvocati che, in certi casi, è meglio che i rei folli vengano giudicati come sani di mente⁶⁷. L'infermità psichica "sopravvenuta" in ogni caso esiste. Lo dice a chiare lettere lo stesso schema, quando prevede che siano eseguite le pene detentive nelle "Sezioni [penitenziarie] per detenuti con infermità" per i "soggetti affetti da infermità psichiche sopravvenute". Fra l'altro, mancando una specifica disposizione di legge che identifichi tale categoria, non si comprende come la si possa proporre al giudice (che ci pare inevitabile sia il giudice dell'esecuzione, trattandosi di detenuti condannati in via definitiva; altrimenti la previsione sarebbe quella dell'art. 206 c.p.) e come il giudice possa disporre il "ricovero" delle suddette "sezioni".

Passiamo agli aspetti negativi delle modifiche dell'OP. C'è da chiedersi, intanto, a cosa miri la norma secondo la quale, quando non vi sia pericolo di fuga, non deve essere "disposto il piantonamento durante la degenza [in luogo esterno di cura] salvo che sia necessario per la tutela della [...] incolumità personale [dei detenuti ricoverati]". Stentiamo francamente a comprendere la *ratio* della norma. Si ricovera all'estero (supponiamo in un SPDC) un detenuto in grave stato di alterazione psichica e lo si pianta solo lì dove vada tutelata la sua incolumità personale? Tutelata da cosa? Immaginiamo unicamente da aggressioni esterne, ma in questo caso sarebbe bene specificarlo! Talvolta è necessario ricoverare in luogo esterno di cura detenuti molto ammalati ma molto pericolosi: senza il piantonamento il ricovero in luogo esterno di cura sarebbe improponibile! A meno che non avvenga in idonee e deputate sezioni penitenziarie ospedaliere, dove la presenza delle forze di polizia è già prevista. Noi,

⁶⁷ Cfr. R. PATERNITI, *Relaz., cit.*

però, consigliamo di valutare molto attentamente e con grande prudenza l'opportunità di ricoverare in un ambiente ospedaliero non specialistico un grave malato mentale che si trovi in una fase critica.

Le prescrizioni secondo le quali tutti medici che operano nel penitenziario debbano quindi dare "comunicazione fotografica" delle lesioni eventualmente riscontrate, ci pare francamente eccessiva. Non lo si fa nemmeno all'esterno per le lesioni che impongono l'obbligo del referto, ma dovrebbe essere fatto in carcere. Abbiamo l'impressione che ci si muova, con questa disposizione, sull'onda di reazioni negative a fatti di cronaca, più o meno recenti, nei quali è magari da stigmatizzare l'atteggiamento omissivo, nello stilare una certificazione o un referto, da parte di sanitari, più o meno conniventi, che sono in ogni caso molto esposti a palesi pressioni ambientali.

Per quanto concerne l'aspetto negativo del proposto art. 11-bis 1. (L'accertamento delle condizioni psichiche degli imputati, dei condannati e degli internati), sottolineiamo soltanto come rappresenti un elemento regressivo il fatto di prevedere che le Osservazioni Psichiatriche debbano essere tutte compiute (all'infuori di quelle effettuate all'esterno) nelle Sezioni di cui all'art. 65. Questo non solo riempirebbe ben presto tali sezioni, ma deresponsabilizzerebbe gli operatori dei singoli istituti del territorio dall'effettuare, in loco e autonomamente, valutazioni diagnostico/prognostico/terapeutiche. È assolutamente indispensabile lasciare la vecchia prescrizione dell'art. 112: in prima battuta le OP devono essere effettuate nell'istituto dove il soggetto è recluso.

Passiamo, *last but not least*, al nuovo art. 65 dell'OP. Si prevede, con ogni evidenza anche se non è scritto da nessuna parte, che le "sezioni per detenuti con infermità" siano collocate *all'interno* degli istituti ordinari di pena. Dipendono quindi da un direttore del carcere. Nello schema non si prevede che non debba operarvi la polizia penitenziaria e, tuttavia, si scrive che tali **"sezioni speciali sono ad esclusiva gestione sanitaria"**. Francamente, lavorando in carcere da molti anni, non comprendiamo cosa questo voglia dire. La polizia penitenziaria sarà ben lieta di delegare completamente al personale sanitario la gestione dei casi di patologia mentale più severi, che sono spesso anche quelli più disturbanti per il carcere. I sanitari dovranno attrezzarsi per fare fronte agli atteggiamenti pericolosi e aggressivi dei loro pazienti. Una indicazione, quello dello schema, a nostro parere completamente inapplicabile, specie considerando che non viene prescritta alcuna vincolante indicazione sugli spazi e sul personale di cui le sezioni dovrebbero essere dotate. Una vera "norma Alcina"⁶⁸, che ricadrebbe totalmente sulle deboli spalle degli operatori penitenziari di salute mentale. Questa debolezza delle norme dello schema è stata opportunamente segnalata, nei giorni scorsi, in un Comunicato della Conferenza Stato-Regioni⁶⁹, nel quale si evidenzia il "disaccordo a creare strutture all'interno degli istituti penitenziari ad esclusiva gestione sanitaria, perché [...tale progetto] risulterebbe troppo complesso, rischioso ed oneroso".

⁶⁸ Così Gemma Brandi definisce tutti i provvedimenti che ci si affanna a presentare bene ma che, sia nella sostanza che nella forma, si dimostrano inapplicabili o inefficaci, quindi potenzialmente molto dannosi.

⁶⁹ [Comunicato del 2 febbraio 2018](#) della Conferenza Stato-Regioni.

Un ultimo rilievo infine, avanzato non solo da noi, ma anche da altri⁷⁰. Le modifiche dell'ordinamento penitenziario che abbiamo preso in esame, quelle che potrebbero introdurre degli effettivi miglioramenti per i rei folli e per il sistema complessivo (introduzione di un affidamento in prova "terapeutico", maggiore coinvolgimento dei Servizi di Salute Mentale per le misure non detentive, effettivo allestimento delle "sezioni per detenuti con infermità"), come è possibile attuarli se non è previsto alcun "nuovo o maggiore onere a carico della finanza pubblica", dovendo "le amministrazioni interessate provvedere agli adempimenti previsti dal presente decreto con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente"?

L'unica certezza, qualora le norme dello schema fossero approvate, specie se fossero approvate a costo zero, è che il prezzo delle modifiche sarebbe precipuamente pagato dai rei folli *in primis* e dagli operatori penitenziari poi. Non è difficile prevedere, infatti, che i SSM esterni, già gravati da compiti che non riescono a sostenere, finiranno per scaricare sul carcere il peso dell'assistenza ai rei folli che in numero crescente vi trovano il loro ultimo rifugio. I SSM esterni, già molto insofferenti per quel controllo sociale delegato che si trovano a dover esercitare insieme alle funzioni terapeutiche, non ci pare probabile che mettano a punto tempestivamente le "certificazioni [...] attestanti le condizioni di salute del soggetto e il programma terapeutico e di assistenza psichiatrica" per i molti pazienti che potrebbero accedere alle "nuove" misure non detentive. I "seminfermi di mente" durante l'esecuzione della pena detentiva ordinaria, i detenuti con sopravvenuta infermità, i soggetti con misura di sicurezza provvisoria, affolleranno il carcere in maniera crescente. Nel carcere gli operatori della polizia penitenziaria, che già ora stentano a provvedere a compiti di assistenza per i quali non sono preparati, accoglieranno di buon grado la delega del compito di trattare i reclusi più problematici alle "sezioni per detenuti con infermità", "ad esclusiva gestione sanitaria". Anche tutti gli operatori degli istituti di pena dove tali sezioni non verranno attivate chiederanno che i rei folli dal problematico trattamento vi siano tempestivamente trasferiti. Il cerino acceso rimarrà in mano al carcere e, in particolare, agli operatori, solo sanitari, delle suddette sezioni. Questo non preoccupa nessuno: dell'inclinazione seclusiva/autodistruttiva, che abbiamo visto essere un paradigma pressoché irrinunciabile per coloro che fanno ingresso in carcere, si possono facilmente rilevare gli indizi sia al di là che al di qua delle sbarre.

È giustificato il timore che i suicidi, in carcere, non diminuiranno. C'è anzi da pensare che aumentino, come è successo in Inghilterra e nel Galles, dove sono raddoppiati fra il 2012 e il 2016⁷¹. Noi pensiamo che debba far riflettere quanto hanno messo in evidenza Seena Fazel e altri⁷², i quali hanno trovato, analizzando i dati amministrativi di 24 Paesi europei, che l'unico valore con cui correla il dato della prevalenza del suicidio in carcere è il tasso di prisonizzazione. Ma non, come qualcuno si sarebbe atteso, che all'aumento del tasso di prisonizzazione corrisponda un aumento

⁷⁰ Cfr il Comunicato di cui sopra.

⁷¹ T. BURKI, *cit.*

⁷² S. FAZEL ET AL, *Suicide in prisons: an international study of prevalence and contributory factors*, The Lancet Psychiatry, Vol. 4, No. 12, p. 946-52.

della prevalenza dei suicidi, ma proprio il contrario. Quello che vogliamo dire è che occorre stare attenti a non peggiorare le cose facendosi guidare dal pregiudizio che, in automatico, maggiore liberazione (che è molto diverso da maggiore libertà) voglia dire, per certuni, maggiore benessere.

Noi coltiviamo da sempre e per sempre -poco importa se delusi con costanza- una fantasia di desiderio: che le norme per il trattamento del reo folle siano semplici, non contraddittorie, elaborate da persone competenti, intelligenti e appassionate in un confronto aperto, efficaci e sottoposte a costante verifica. Abbiamo già indicato diverse volte la strada per convertire in realtà questa fantasia di desiderio⁷³ e, quando ascoltati, abbiamo realizzato non poche cose: il primo Servizio Psichiatrico in carcere nel 1990, la Proposta di Legge delle Regioni per la evoluzione dell'internamento giudiziario e delle perizie nel 1997, il Decreto di attuazione del DL 230/1999 in quello stesso anno, il Progetto Eracle e la Residenza Le Querce nel 2000, una attività di Osservazione Psichiatrica degna di questo nome negli ultimi due anni nella AUSL Toscana Centro, solo per fermarci agli aspetti penali della coazione benigna. Se ci attendessimo di essere esauditi saremmo di certo un po' folli, fors'anche un po' rei, se non altro di ingenuità.

⁷³ Si veda, ad esempio, IANNUCCI M. e BRANDI G., [*Quanti rinvii, ancora, per il superamento degli OPG?*](#), cit.

**LA CORTE COSTITUZIONALE SULLA RAGIONEVOLEZZA
DELLA CONFISCA ALLARGATA.
VERSO UNA RIVALUTAZIONE DEL CONCETTO DI SPROPORZIONE?**

Nota a [Corte cost., sent. 21 febbraio 2018, n. 33, Pres. Grossi, Est. Modugno](#)

di Stefano Finocchiaro

Abstract. *Il contributo rappresenta un commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 33/2018, con cui è stata dichiarata ragionevole, al metro dell'art. 3 Cost., l'inclusione del delitto di ricettazione nel catalogo dei reati-presupposto della confisca allargata di cui all'art. 12-sexies d.l. 306/1992. Viene illustrato il percorso motivazionale della pronuncia, mettendosi in luce come la Corte dimostri di condividere gli orientamenti più garantistici della recente giurisprudenza di legittimità, e lasci trasparire una sempre più vistosa equiparazione tra tale misura e la confisca di prevenzione di cui al c.d. codice antimafia. Il contributo si sofferma, in particolare, sull'inedita valutazione in concreto circa la rispondenza del reato alla ratio dell'art. 12-sexies, che la Corte demanda al giudice. Vi si scorge un passo verso il riconoscimento della valenza processuale del concetto di "sproporzione", non più quale presupposto oggettivo autonomo della confisca, bensì quale indizio sul quale si regge l'accertamento presuntivo circa l'origine illecita dell'arricchimento.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I termini della questione. – 3. La pronuncia della Corte. – 4. Alcune riflessioni a prima lettura. – 4.1. Il giudizio in concreto demandato al giudice e il volto 'processuale' della sproporzione. – 4.2. La qualificazione del concetto di 'sproporzione'. – 4.3. Conclusione: verso uno statuto garantistico unitario per la confisca allargata e la confisca di prevenzione?.

1. Premessa.

Con la sentenza n. 33, depositata lo scorso 21 febbraio 2018, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12-sexies d.l. 306/1992 nella parte in cui include il delitto di *ricettazione* tra i reati per i quali è prevista l'applicazione della confisca c.d. allargata, o per sproporzione, disciplinata dalla norma stessa.

La sentenza presenta profili di grande interesse, e di parziale novità per l'attuale dibattito che circonda gli strumenti di contrasto patrimoniale della criminalità

economica. Prima di svolgere alcune riflessioni al riguardo, inquadrriamo però meglio la questione in esame e ripercorriamo l'*iter* decisionale della Consulta.

2. I termini della questione.

La questione di legittimità dell'art. 12-*sexies* era stata sollevata dalla Corte d'appello di Reggio Calabria che, in veste di giudice dell'esecuzione, si trovava a dover applicare tale misura ablatoria nei confronti di vari cespiti mobiliari (pari, nel complesso, ad oltre 170.000 euro), riconducibili a una persona condannata con sentenza irrevocabile per il delitto di ricettazione. Cespiti il cui valore risultava ingiustificatamente sproporzionato rispetto alla capacità reddituale del condannato e del suo nucleo familiare, che si attestava attorno a una media di 12.000 euro lordi annui.

I giudici rimettenti non dubitavano della legittimità costituzionale (già in passato affermata dalla Consulta¹) del modello di confisca previsto dalla norma, ossia del meccanismo attraverso il quale si permette l'ablazione del patrimonio nella disponibilità del condannato che risulti sproporzionato al suo reddito o all'attività economica svolta, e che questi non sia in grado di giustificare.

Ritenevano, tuttavia, che tale meccanismo presuntivo fosse legittimo solamente in relazione a delitti usualmente perpetrati "in forma quasi professionale" e che si pongono come fonte ordinaria di un illecito accumulo di ricchezza.

Tale circostanza sarebbe ravvisabile in riferimento a fattispecie criminose quali l'associazione di tipo mafioso, il traffico di stupefacenti, l'estorsione, il sequestro di persona a scopo di estorsione, l'usura, la corruzione, il riciclaggio, etc., che parimenti rappresentano reati presupposto della confisca di cui all'art. 12-*sexies*.

Lo stesso non potrebbe dirsi, invece, in rapporto al delitto di *ricettazione*, che risulta non solo ampiamente diffuso, ma presenta, altresì, una casistica estremamente varia, "sia sul piano della criminogenesi che sul piano del modello di agente tipo". Alla luce dell'esperienza giudiziaria, infatti, gli autori di ricettazione si presentano spesso come persone che hanno commesso il reato "estemporaneamente", procurandosi cose di origine delittuosa sul mercato nero solo per realizzare un risparmio di spesa o per acquisire beni fuori dalla loro portata economica o legale, o per altre innumerevoli ragioni.

Il reato di ricettazione, insomma, si paleserebbe altamente eterogeneo rispetto al novero di reati per i quali l'art. 12-*sexies* consente la confisca. Da ciò il dubbio di legittimità della norma rispetto all'art. 3 Cost. per l'irragionevole assimilazione, ed equiparazione sul piano del trattamento, del predetto reato agli altri gravi delitti indicati dalla norma censurata, rispetto ai quali la presunzione di cui si avvale la disposizione apparirebbe invece razionalmente giustificata alla luce delle caratteristiche della condotta incriminata.

¹ Cfr. Corte cost., ord. 29 gennaio 1996, n. 18, Pres. Ferri, Est. Vassalli.

3. La pronuncia della Corte.

La Corte costituzionale dichiara *non fondata* la questione sulla scorta di vari argomenti, che possiamo sintetizzare nel modo seguente.

i) In primo luogo si osserva che la ricettazione, in quanto reato contro il patrimonio, resta per sua natura un delitto idoneo a determinare un'*illecita accumulazione di ricchezza* e suscettibile, sul piano sociologico, di essere perpetrato (anche) in forma "professionale", o comunque "continuativa", in modo simile al reato di riciclaggio.

ii) Inoltre la Corte rammenta che non è la mera condanna per quel reato a far scattare la confisca, essendo invece necessario un ulteriore importante requisito, vale a dire la *sproporzione* tra i beni che s'intende confiscare e il reddito dichiarato o le attività economiche del condannato stesso. Tale requisito, che è l'accusa a dover provare, non consiste in una qualsiasi discrepanza tra guadagni e possidenze, ma in uno *squilibrio incongruo e significativo*, da verificare con riferimento al momento dell'acquisizione dei singoli beni, in linea con i più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità. È solo questa discrepanza, osserva la Corte, a integrare la condizione in presenza della quale si presume "che il condannato abbia commesso non solo il delitto che ha dato luogo alla condanna, ma anche altri reati, non accertati giudizialmente, dai quali deriverebbero i beni di cui egli dispone". Una presunzione che si è resa necessaria per superare i limiti di efficacia della confisca penale "classica", consistenti nella dimostrazione dell'esistenza di un nesso di pertinenzialità tra i beni da confiscare e il singolo reato per cui è pronunciata condanna.

iii) D'altronde, si aggiunge, tale presunzione è solo *relativa*, rimanendo al condannato la facoltà di superarla tramite la giustificazione della provenienza dei cespiti. Facoltà, peraltro, che può essere esercitata mediante una mera *allegazione* di elementi che rendano credibile la provenienza lecita dei beni, con ciò evitandosi anche un'inversione dell'onere della prova².

iv) Ancora, a circoscrivere l'estensione di tale presunzione relativa interviene l'accorgimento, di matrice giurisprudenziale, della c.d. "*ragionevolezza temporale*". Invero, fa notare la Corte, i più recenti orientamenti della Cassazione tendono a ritenere che il momento di acquisizione del bene non dovrebbe risultare eccessivamente lontano dall'epoca di realizzazione del reato per cui è intervenuta condanna, risultando altrimenti illegittima la presunzione di origine del bene stesso da una attività illecita, sia pure diversa e complementare rispetto a quella per cui è intervenuta condanna³.

A questa tesi interpretativa farebbe da *pendant*, in materia di confisca di prevenzione di cui al d.lgs. 159/2011, quella della "*correlazione temporale*" tra acquisto del

² Cfr. Cass. n. 920 del 2004. Per osservazioni simili della Corte costituzionale in tema di onere di allegazione e inversione dell'onere della prova cfr. anche Corte cost. n. 225 del 2008, in cui è stata esclusa l'illegittimità dell'art. 707 c.p. che punisce il possesso ingiustificato di chiavi alterate e grimaldelli.

³ Così, testualmente, la sentenza in commento, al § 11. Nella giurisprudenza di legittimità: Cass. pen., sez. I, 16 aprile 2014, n. 41100; Cass. pen., sez. IV, 7 maggio 2013, n. 35707; Cass. pen., sez. I, 11 dicembre 2012, n. 2634; Cass. pen., sez. I, 5 febbraio 2001, n. 11049; Cass. pen., sez. V, 23 aprile 1998, n. 2469.

bene e manifestazione della pericolosità sociale, di recente affermata dalle Sezioni Unite Spinelli⁴.

In ambo i casi l'accorgimento servirebbe a evitare una abnorme dilatazione del raggio d'azione della confisca, che altrimenti coinvolgerebbe l'intera vita della persona, pregiudicandone altresì le prerogative difensive, essendo per chiunque assai arduo giustificare gli acquisti di un'intera esistenza.

Inoltre – soggiunge la Consulta – tale “fascia di ragionevolezza temporale”, entro cui può operare la presunzione insita nella norma, andrebbe determinata tenendo conto anche delle “*diverse caratteristiche della singola vicenda concreta*” e, dunque, del “*grado di pericolosità sociale che il fatto rivela*” nella specifica fattispecie all'esame del giudice.

v) Infine la Corte svolge una precisazione che – come metteremo in luce di seguito – risulta di particolare importanza. Si afferma che – almeno quando si tratti di reati, come la ricettazione, che non implicano un programma criminoso dilatato nel tempo e purché non risultino commessi in forma organizzata – il giudice conserva “*la possibilità di verificare se, in relazione alle circostanze del caso concreto e alla personalità del suo autore – le quali valgano, in particolare, a connotare la vicenda criminosa come del tutto episodica ed occasionale e produttiva di modesto arricchimento – il fatto per cui è intervenuta condanna esuli in modo manifesto dal ‘modello’ che vale a fondare la presunzione di illecita accumulazione di ricchezza da parte del condannato*” (§ 11, ultimo capoverso).

Motivate in questi termini le ragioni per le quali non è dato scorgere alcun profilo di irragionevolezza nella norma censurata, la Corte non si esime dal formulare – infine – un auspicio dal sapore ammonitorio nei confronti del legislatore. Si invita infatti quest'ultimo a selezionare i delitti-presupposto della confisca in esame secondo *criteri restrittivi*, in modo da evitare tensioni sul piano delle garanzie. In particolare, si raccomanda che il catalogo di reati resti saldamente ancorato a “*tipologie e modalità di fatti in sé sintomatiche di un illecito arricchimento del loro autore, che trascenda la singola vicenda giudizialmente accertata, così da poter veramente annettere il patrimonio ‘sproporzionato’ e ‘ingiustificato’ di cui l'agente dispone ad una ulteriore attività criminosa rimasta ‘sommersa’*”.

4. Alcune riflessioni a prima lettura.

Con la sentenza in commento la Corte costituzionale prende posizione circa la legittimità del modello di confisca per sproporzione, nel cui paradigma sono riconducibili sia la confisca allargata di cui all'art. 12-*sexies*, sia la confisca di prevenzione di cui al d.lgs. 159/2011. Lo fa – tuttavia – adottando una lettura della norma che presenta *profili innovativi* di grande interesse, come cercheremo di evidenziare di seguito. Lo fa – inoltre – lasciando trasparire un'evidente preoccupazione circa il *pericolo di abusi* cui l'attuale assetto legislativo rischia di condurre, e che ha imposto alla giurisprudenza di inoltrarsi in una campagna di costante esegesi correttiva, strenuamente volta a frenare

⁴ Il riferimento è a Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880.

l'entusiasmo del legislatore verso tali strumenti di contrasto patrimoniale della criminalità.

Basti pensare che negli ultimi cinque mesi il legislatore ha messo mano ben due volte al disposto dell'art. 12-*sexies*, prima con una incisiva riforma operata dal d.lgs. 17 ottobre 2017, n. 161, e poi con la l. 4 dicembre 2017, n. 172, che ha convertito in legge con modifiche il d.l. n. 16 ottobre 2017, n. 148⁵. In entrambi i casi, peraltro, l'intervento è andato nel senso dell'intensificazione e dell'estensione dell'ambito operativo della confisca allargata ivi disciplinata⁶.

Di questa tendenza prende atto la Consulta, auspicando – nelle ultime battute della sentenza, sopra riportate – un atteggiamento di maggiore *self restraint* da parte del legislatore nella selezione delle fattispecie “spia” di illeciti arricchimenti del loro autore.

4.1. Il giudizio in concreto demandato al giudice e il volto ‘processuale’ della sproporzione.

Venendo al cuore della sentenza, un primo profilo di rilevanza attiene al giudizio di uguaglianza-ragionevolezza che la Corte svolge per vagliare, e infine escludere, l'eterogeneità del “tipo”-ricettazione rispetto alle altre figure delittuose contemplate dalla norma, tra cui da sempre compaiono reati non del tutto in sintonia con l'ipotesi paradigmatica dell'associazione mafiosa, e in cui oggi sono inclusi reati di riciclaggio, di estorsione, di usura, reati contro la pubblica amministrazione; ma anche altri reati, gravi ma apparentemente ben più distonici rispetto alla *ratio* della norma, quali il disastro ambientale, la prostituzione e la pornografia minorile⁷.

A parere della Corte, volendo la norma colpire la ricchezza accumulata illecitamente, appare ragionevole che essa sia rivolta a un reato come la *ricettazione*, che offende il patrimonio e che è in astratto suscettibile di essere perpetrato (non solo, ma anche) in forma continuativa o professionale, in modo simile soprattutto al reato di riciclaggio. La ricettazione, dunque, non risulta eccentrica rispetto alla *ratio* della norma,

⁵ L'art. 13-*ter* del d.l. 148/2017, introdotto in sede di conversione, ha reinserito nella lista dei reati-presupposto le figure criminose che erano state aggiunte dall'art. 5 del d.lgs. n. 202 del 2016 in attuazione della normativa UE, ma che erano state espunte in sede di riscrittura della disposizione ad opera dell'art. 31 della legge n. 161 del 2017. La versione dell'art. 12-*sexies* inserita dall'art. 13-*ter*, peraltro, aggiunge un inciso dopo la previsione dell'impossibilità di giustificare la provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale, statuendo: “salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge”.

⁶ Sul punto si tornerà meglio *infra*. Per una più completa rassegna delle novità contenute nella riforma operata con la l. 161/2017, si consenta il rinvio a FINOCCHIARO S., [La riforma del codice antimafia \(e non solo\): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte](#), in questa Rivista, fasc. 10/2017, p. 251 ss.

⁷ Continuano a rimanere invece inspiegabilmente esclusi i reati tributari, parimenti non compresi nel novero delle fattispecie indicate dall'art. 4 d.lgs. 159/2011 (sebbene all'evasore “seriale” la confisca di prevenzione venga comunque applicata ai sensi dell'art. 1 del medesimo decreto), e nel catalogo di reati-presupposto della responsabilità degli enti *ex* d.lgs. 231/2001, con le conseguenti ricadute problematiche in tema di applicazione della confisca, come attesta l'esperienza della sentenza *Gubert* (Cass. pen., Sez. Un., 30 gennaio 2014, n. 10561).

che è proprio quella di colpire patrimoni di origine illecita, accumulati mediante la presunta commissione di reati *lato sensu* economici.

Eppure, a questa netta affermazione – che conduce diritto al rigetto della questione di costituzionalità – fa da contrappeso l'ulteriore osservazione della Corte (*supra* menzionata *sub v*), in base alla quale il giudice manterrebbe sempre la possibilità di verificare in concreto se il reato commesso, a causa delle sue caratteristiche oggettive o della personalità dell'autore, “*esuli in modo manifesto dal 'modello' che vale a fondare la presunzione di illecita accumulazione di ricchezza da parte del condannato*”; ciò soprattutto quando si tratti di reati che non presuppongano un'innata dilatazione temporale, e che non siano commessi in forma organizzata (sent. § 11).

La Corte sembra così suggerire ai giudici remittenti la possibilità di una diversa *via d'uscita* nel caso di specie, proponendo un'interpretazione orientata della norma, in base alla quale essa non andrebbe applicata laddove il reato per cui è intervenuta condanna presenti *in concreto* delle caratteristiche tali da far ritenere palese che la sproporzione patrimoniale non sia dovuta a ulteriori attività delittuose commesse dal condannato.

L'interpretazione, per quanto coerente con la *ratio* della norma, potrebbe di primo acchito apparire incompatibile con il tenore letterale dell'art. 12-*sexies* il quale, prevedendo che la confisca “è sempre disposta”, configura un'ipotesi di confisca *obbligatoria*, che non lascia spazio a simili verifiche in concreto da parte del giudice. Potrebbe cioè affermarsi che, in questo modo, si trasformerebbe una misura obbligatoria in una confisca facoltativa, operazione senz'altro preclusa in virtù del principio di legalità e di riserva di legge.

A ben vedere, questa impressione è il frutto della diffusa convinzione che l'art. 12-*sexies*, in caso di condanna e mancata giustificazione, obblighi a confiscare *tutti i beni di valore sproporzionato* rispetto al reddito o all'attività svolta. Si è soliti affermare, infatti, che la sproporzione patrimoniale rappresenta un *presupposto oggettivo* della confisca, o – ma è lo stesso – che i “beni di valore sproporzionato” rappresentano l'*oggetto* della confisca in esame⁸. È quindi opinione corrente, in dottrina e in giurisprudenza, che il *quid* confiscabile (o il *quantum*, in caso di confisca per equivalente) sia tutto ciò di cui il condannato risulta disporre per un valore ingiustificatamente sproporzionato al reddito o all'attività economica svolta. In questo modo si legge nella “sproporzione” un elemento *sostanziale* dell'istituto.

Ragionando in questi termini, ogni volta che si accerti la sproporzione patrimoniale in capo al soggetto condannato per uno dei reati-presupposto (e questi non ne giustifichi la provenienza), il giudice dovrebbe senz'altro applicare la confisca, non residuando margini per quell'accertamento in concreto suggerito dalla Consulta.

La conclusione cambia però radicalmente – e l'interpretazione della Corte diviene percorribile – laddove si adotti una diversa concezione di “sproporzione”, a nostro parere molto più convincente.

⁸ La qualificazione della sproporzione in termini di “presupposto oggettivo” della confisca si rinviene, ad esempio, in MENDITTO F., *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca ex art. 12-*sexies* l. n. 356/92*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 652 s. e 661 ss.

L'art. 12-*sexies* potrebbe cioè essere letto come una norma che *obbliga* a confiscare non già *tutti i beni di valore sproporzionato* rispetto al reddito o all'attività svolta, come parrebbe suggerito dal suo tenore letterale, ma piuttosto *il denaro o i beni che costituiscono il profitto di reati*, e che dunque hanno origine delittuosa (e il soggetto non ha titolo di possedere). Rispetto a questo implicito *thema probandum*, la sproporzione costituirebbe un *indizio*: un fatto noto da cui desumere il fatto ignoto rappresentato dall'origine delittuosa del patrimonio.

Che l'oggetto della confisca *non* sia il "bene di valore sproporzionato", bensì il "bene di origine delittuosa" lo si evince in particolare dalla *ratio* della norma che, come conferma in vari punti la Corte, è quella di aggredire la ricchezza accumulata illecitamente, non già quella di sanzionare situazioni di oggettiva sproporzione⁹.

Il concetto di sproporzione andrebbe cioè inteso non già in termini di presupposto oggettivo *sostanziale* dell'istituto (e cioè come oggetto della confisca), bensì quale serio *indizio* richiesto dalla norma per accertare, sul piano *processuale*, la provenienza illecita dei proventi.

È proprio quest'ultima, innovativa impostazione che ci sembra essere accolta dalla Corte costituzionale.

In primo luogo, essa rappresenta l'unica interpretazione che – per le ragioni appena esaminate – è in grado di conciliare l'attribuzione della verifica in concreto del giudice con il tenore letterale dell'art. 12-*sexies*.

Inoltre, proprio là dove si afferma la facoltà per il giudice di soppesare le circostanze concrete e la personalità dell'autore, la Corte fa riferimento alla possibilità che tali elementi valgano a delineare un fatto che non sia in grado di "*fondare la presunzione di illecita accumulazione*" (§ 11).

Ancora, in un precedente passaggio della sentenza, si afferma che "*la norma denunciata riconnette, dunque, a due elementi – la qualità di condannato per determinati reati e la sproporzione del patrimonio di cui il condannato dispone, anche indirettamente, rispetto al suo reddito o alla sua attività economica – la presunzione che il patrimonio stesso derivi da attività criminose che non è stato possibile accertare*" (§ 7).

La qualità di condannato e la sproporzione sono quindi definiti espressamente dalla Corte come elementi a cui è riconnessa la *presunzione* che il bene abbia origine delittuosa, e non già quali presupposti oggettivi autonomi in presenza dei quali diviene obbligatoria la confisca.

Un'ulteriore conferma si rinviene laddove la Corte ribadisce che la norma prevede una *presunzione relativa di illecito arricchimento*, con cui s'intende superare i

⁹ Tra i vari passaggi della sentenza che si potrebbero richiamare, si può citare quello in cui la Corte individua il fondamento storico della confisca allargata nei termini seguenti: "*La formulazione della norma fu motivata con la necessità di creare un nuovo strumento che fosse in grado, per un verso, di realizzare le medesime finalità che si volevano raggiungere con la disposizione dichiarata illegittima [l'art. 12-*quinquies*] (permettere, cioè, dinanzi ad una situazione di evidente sproporzione tra beni e reddito, di aggredire, nel corso del processo penale per reati di criminalità organizzata o a questi collegati, i patrimoni illecitamente costituiti)*". L'inciso è perspicuo: la confisca vuole permettere di aggredire i "patrimoni illecitamente costituiti" (oggetto dell'ablazione) quando si sia dinanzi a una "situazione di evidente sproporzione" (circostanza da cui dedurre l'illecita costituzione del patrimonio).

problemi di prova *diretta* del nesso di pertinenzialità, che sono invece insiti nell'accertamento volto all'applicazione della confisca prevista dal codice penale (§ 6 e 11).

Meccanismo presuntivo, quest'ultimo, in linea con gli standard previsti dalla direttiva 42/2014/UE che, all'art. 5, nel prevedere in capo agli Stati poteri estesi di confisca, qualifica espressamente il fatto della sproporzione come uno degli "*elementi di prova*" di cui il giudice può disporre per convincersi che i beni derivino da condotte criminose.

Sul punto, peraltro, potrebbe destare perplessità l'affermazione della Corte per cui la confisca italiana si caratterizza per un "*diverso e più ridotto standard probatorio*" rispetto a quello previsto dalla direttiva (§ 7). In realtà, la Corte sembra in questo caso semplicemente rilevare che, nel nostro ordinamento, la "sproporzione" è considerata non già come *uno dei* 'fatti specifici' e degli 'elementi di prova' dai quali il giudice può trarre la convinzione che i beni da confiscare derivino da condotte criminose, bensì come *l'unico* su cui si fondare quel convincimento. Sembra sottolinearsi quindi una differenza, per così dire, 'quantitativa' dello standard, senza affatto negare la qualità *processuale* del concetto di sproporzione, che rimane appunto "elemento di prova" e che, proprio in quanto *unico* elemento, va sottoposto a un rigoroso accertamento in concreto circa la sua pregnanza nel caso di specie.

Infine, può osservarsi che la tesi della natura processuale del concetto di sproporzione può trovare applicazione anche nella previsione dell'omologa forma confisca *misura di prevenzione*, modello sul quale è stata forgiata storicamente la confisca allargata¹⁰. In relazione alla confisca di prevenzione, peraltro, la conclusione è resa ancor più agevole dal fatto che l'art. 24 cod. antimafia individua *espressamente* l'oggetto della confisca nel "frutto" e nel "reimpiego" di attività illecite. Anche in tale confisca, dunque, il *thema probandum* è rappresentato dall'origine delittuosa dei proventi, mentre la sproporzione costituisce il meccanismo di prova *indiretta* di quella provenienza illecita, utilizzabile in alternativa alla prova *diretta* che il bene "risulti" essere il frutto o il reimpiego di attività criminose¹¹.

¹⁰ Sulla sostanziale analogia funzionale di queste due forme di confisca si tornerà *infra*, § 4.3.

¹¹ Duplice, infatti, non ci sembra essere l'oggetto della confisca di prevenzione (che è solamente la ricchezza di origine illecita, sotto forma di frutto o reimpiego), bensì il *meccanismo probatorio* con il quale si permette di dimostrare quell'oggetto: prova *indiretta-presuntiva* della sproporzione, oppure prova *diretta* che i beni "risultino" di origine illecita. Quanto all'espressione "risultino", utilizzata nell'art. 24 c.a., va peraltro considerato che essa è oggi intesa nel senso di richiedere un elevato standard di prova indiziaria *ex art.* 192 c.p.p. (indizi gravi, precisi e concordanti). In questo senso si sono espresse da ultimo le Sezioni Unite *Spinelli* (Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014, n. 4880, su cui v. anche *infra*), recependo su questo punto un indirizzo della dottrina. Ci riferiamo in particolare alla posizione da tempo sostenuta da MAUGERI A. M., *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un'actio in rem?*, in AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica* (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125), Torino, 2008 e ID., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001. Nello stesso senso, ASTARITA S., *Presupposti e tipologia delle misure applicabili*, in Furfaro S., *Misure di prevenzione*, 2013 in *Diritto e procedura penale*, collana diretta da Gaito A., Romano B., Ronco M., Spangher G., p. 392; e MANGIONE A., *Le misure di*

4.2. La qualificazione del concetto di 'sproporzione'.

Nello stesso senso depone la condivisione da parte della Consulta di quegli accorgimenti, forgiati dalla giurisprudenza, volti a specificare le modalità di accertamento della "sproporzione", prevedendo limiti che possano rendere giustificabile, e quindi anche ragionevole al metro dell'art. 3 Cost., la deroga legislativa alle normali regole di accertamento del nesso di pertinenzialità tra il bene e il reato da cui deriva.

Infatti, la principale critica che viene mossa in dottrina all'utilizzo di tale meccanismo presuntivo attiene al carattere "*neutro*" del concetto di sproporzione: si osserva cioè che questo elemento sarebbe inidoneo, di per sé, a dimostrare l'origine delittuosa del bene, perché esso è muto circa la derivazione del patrimonio da attività criminali¹². In questo modo la confisca finirebbe per estendersi a beni di origine lecita, acquistando di conseguenza connotati punitivi, in attrito con gli standard garantistici richiesti dalla CEDU e dalla Costituzione¹³.

La Consulta, dunque, dà atto di come la giurisprudenza – tanto in tema di confisca allargata, quanto di confisca di prevenzione – si sia progressivamente sforzata di "*qualificare*" il concetto di sproporzione, colorandone il contenuto in modo tale da superare l'apparente carattere neutro che lo contraddistingue, in un'ottica ultima di tutela del diritto di difesa.

La prima via per la quale si è indirizzata tale opera di qualificazione – consolidatasi soprattutto a seguito della pronuncia delle Sezioni Unite *Montella* del 2003¹⁴ – è quella di richiedere un accertamento della sproporzione in relazione all'acquisto di *ogni singolo bene* di cui quel patrimonio si compone, anziché in riferimento al patrimonio come complesso unitario. Il giudice, oggi, nell'operare il raffronto con il reddito e le attività economiche svolte, non si limita infatti a una valutazione globale e omnicomprensiva del patrimonio della persona, ma fa riferimento al momento dei

prevenzione, in Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte generale – III. La punibilità e le conseguenze del reato*, Torino, Utet, 2014, p. 470 s.

¹² Cfr. BALSAMO A., CONTRAFATTO V., NICASTRO G., *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 2010; nonché MANGIONE A., *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001.

¹³ Cfr. BALSAMO A., *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla qualificazione delle misure di prevenzione patrimoniali*, all'interno di Balsamo A., Contrafatto V., Nicastro G., "*Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*", Milano, 2010, p. 280 ss. Cfr. anche D'ASCOLA V. N., *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità*, in *La giustizia patrimoniale penale* a cura di BARGI A., CISTERNA A., all'interno di *Diritto e procedura penale*, collana diretta Gaito A., Romano B., Ronco M., Spangher G., I, p. 173 ss.; MAZZA O., *La decisione di confisca dei beni sequestrati*, in di FURFARO S., *Misure di prevenzione*, in *Diritto e procedura penale*, collana diretta da Gaito A., Romano B., Ronco M., Spangher G., 2013, p. 480 ss.

¹⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 17 dicembre 2003 (dep. 19 gennaio 2004), n. 920, *Montella*. In dottrina, cfr., *ex pluribus*, ASTARITA S., *Presupposti e tipologia delle misure applicabili*, cit., p. 394.

singoli acquisti e al valore dei beni di volta in volta entrati a far parte del patrimonio del soggetto.

L'ulteriore strada percorsa da una parte della giurisprudenza di legittimità, e sposata oggi dalla Corte costituzionale, è quella della c.d. "*ragionevolezza temporale*": si esclude cioè la confiscabilità di beni acquistati dal condannato in un momento (anteriore o successivo) molto distante dal reato accertato giudizialmente¹⁵.

Come si è sopra accennato, tale delimitazione temporale sarebbe "*corrispondente, mutatis mutandis, a quella che le stesse Sezioni unite hanno ritenuto operante con riferimento alla misura affine della confisca di prevenzione antimafia*" di cui all'attuale art. 24 d.lgs. 159/2011.

Il riferimento è alla pronuncia delle Sezioni Unite *Spinelli* del 2015¹⁶, con cui è stato ricomposto un annoso dibattito giurisprudenziale circa la necessità, o meno, di accertare che l'acquisto del bene da confiscare sia avvenuto in un periodo corrispondente a quello di pericolosità sociale del soggetto, e cioè quando questi risultava dedito all'attività delittuosa indiziata¹⁷.

La tesi della ragionevolezza temporale sembra saldarsi coerentemente con la valorizzazione operata dalla Consulta della *funzione connotativa del reato-presupposto*, quale *spia* di un ulteriore arricchimento illecito del soggetto. Così, pur non essendo richiesto l'accertamento di un nesso di *pertinenzialità* tra il bene e uno specifico reato di cui si abbia la prova, la misura ablatoria in esame si giustifica proprio per la necessità di sottrarre al reo la ricchezza che questi ha accumulato grazie alle condotte illecite che si

¹⁵ Cfr. nella sentenza § 11. I riferimenti nella giurisprudenza di legittimità sono quelli già sopra citati: Cass. pen., sez. I, 16 aprile 2014, n. 41100; sez. IV, 7 maggio 2013, n. 35707; sez. I, 11 dicembre 2012, n. 2634; sez. I, 5 febbraio 2001, n. 11049; sez. V, 23 aprile 1998, n. 2469.

¹⁶ Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880, Pres. Santacroce, Rel. Bruno, Ric. *Spinelli*, con nota – tra gli altri – di MAIELLO V., *La confisca di prevenzione dinanzi alle Sezioni Unite: natura e garanzie*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 722 ss.; e di CISTERNA A., *La confisca emessa nell'ambito del procedimento di prevenzione continua a essere assimilata alle misure di sicurezza*, in *Guida dir.*, n. 18/2015, p. 76; e di MAUGERI A. M., *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitizde della Corte EDU sul civil forfeiture (in relazione alla confisca di prevenzione)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 945; e di MAZZACUVA FR., *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 4/2015; nonché di DI LELLO FINUOLI M., *«Tutto cambia per restare infine uguale». Le Sezioni Unite confermano la natura preventiva della confisca ante delictum*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3520 ss.

¹⁷ Per l'orientamento che richiedeva tale accertamento, cfr. ad esempio Cass. pen., sez. I, 4 luglio 2007, n. 33479; Cass. pen., sez. V, 23 marzo 2007, n. 18822. Per l'orientamento opposto, cfr. Cass. pen., 21 aprile 2011, n. 27228; Cass. pen., 9 febbraio 2011, n. 6977; Cass. pen., sez. I, 29 maggio 2009, n. 34456; Cass., sez. II, 22 aprile 2009, n. 20906; Cass. pen., 15 dicembre 2009, n. 2269; Cass. 29 maggio 2009, n. 35466; Cass. pen., sez. I, 4 giugno 2009, n. 35175; Cass., sez. I, 11 dicembre 2008, n. 47798; Cass. pen., 8 aprile 2008, n. 21717; Cass. pen., 23 gennaio 2007, n. 5248; Cass. pen., sez. I, 5 ottobre 2006, n. 35481. In dottrina, sul tema, cfr.: MAUGERI A. M., *Profili di legittimità costituzionale delle sanzioni patrimoniali (prima e dopo la riforma introdotta dal decr. N. 92/2008): la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema Corte*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, a cura di Cassano, Bari, 1999, 39 ss.; MAUGERI A. M., *Dalla riforma delle misure di prevenzione alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in *Il "Pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, a cura di Mazza-Viganò, Torino, 2009, 425; nonché PIVA D., [La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale](#), in questa Rivista, 13 novembre 2012.

presume abbia commesso in un contesto temporale simultaneo alla commissione del reato-spia.

Tuttavia, ci sembra di poter rilevare come non sia in realtà possibile una piena equiparazione tra l'operazione di delimitazione temporale ammessa in sede di prevenzione, da ultimo dalla sentenza *Spinelli*, e in sede di confisca allargata *ex art. 12-sexies*, qui in esame. Non a caso diverse sono le locuzioni utilizzate nei rispettivi settori: "correlazione" temporale, nel primo caso, "ragionevolezza" temporale, nel secondo.

Invero, in sede di *prevenzione* l'attività delittuosa generatrice del provento confiscabile, seppur non provata con standard penalistici, è nondimeno individuata attraverso un *accertamento indiziario* (indizi di c.d. pericolosità generica o qualificata di cui agli artt. 1 e 4 del d.lgs. 159/2011). Ciò consente una *collocazione cronologica* di quell'attività, e quindi la verifica da parte del giudice che l'acquisto del bene da confiscare sia avvenuto in *quel* medesimo contesto temporale, e sia sproporzionato rispetto al reddito dichiarato, o all'attività svolta, in *quel* periodo. Per questo ha senso di parlare di "correlazione" tra tempo dell'acquisto e pericolosità sociale del soggetto, nei termini espressi dalla sentenza *Spinelli*.

Al contrario, in sede di *confisca allargata*, una volta intervenuta la condanna per il reato-spia, l'attività delittuosa lucrativa ulteriore, che si presume essere stata commessa dal reo, rimane del tutto sommersa nell'oscurità: essa non rientra nell'oggetto del processo penale sulla responsabilità dell'imputato, né deve essere in alcun modo accertata dal giudice dell'esecuzione che applica la confisca, neppure nella debole forma indiziaria richiesta dal codice antimafia. Ne discende l'impossibilità di *correlare* il momento dell'acquisto con il momento in cui si presume essere stato commessa l'attività delittuosa da cui il bene deriverebbe. Non resta così che richiedere che non si vada a scavare troppo lontano dal momento di commissione del reato presupposto (unico fatto illecito noto), secondo canoni di "ragionevolezza".

Sotto questo profilo dunque, si palesa il minor standard garantistico offerto dalla confisca allargata rispetto alla confisca di prevenzione. Una minore garanzia per compensare la quale la Corte costituzionale si trova costretta a operare la sopra richiamata valorizzazione del carattere effettivamente significativo del reato-spia accertato giudizialmente, che il giudice viene oggi chiamato a vagliare *in concreto*, con riferimento al tipo di fattispecie delittuosa per cui è intervenuta la condanna e al tipo di pericolosità sociale che il fatto e il reo esprimono.

4.3. Conclusione: verso uno statuto garantistico unitario per la confisca allargata e la confisca di prevenzione?

Un ultimo cenno, a questo punto, va rivolto alla ormai innegabile analogia di *ratio* e di schema applicativo che lega le due forme di confisca, allargata e di prevenzione.

Fuorviante ci sembra infatti l'assunto in base al quale la demarcazione tra i due istituti sarebbe segnata dal fatto che la confisca c.d. allargata, a differenza di quella di prevenzione, consegue a una *condanna penale* per il reato. Tale condanna, infatti, nel giudizio sull'applicazione della confisca, rappresenta un mero fatto (noto) che, unito al

dato della sproporzione, rende azionabile un meccanismo presuntivo con cui si giunge a ritenere sussistente il fatto (ignoto), rappresentato dalla commissione di altri reati generatori di proventi illeciti.

La misura allargata colpisce così proventi di reati mai dimostrati, neppure in via indiziaria.

È la stessa Corte d'altronde a riconoscere – oggi con una trasparenza che non ci risulta avere precedenti – che ai fini della confisca allargata si presume “che il condannato abbia commesso non solo il delitto che ha dato luogo alla condanna, ma anche altri reati, non accertati giudizialmente, dai quali deriverebbero i beni di cui egli dispone” (§ 6). Una presunzione che sappiamo essere relativa, poiché è sempre superabile mediante una giustificazione dell'origine dei beni. Ma una presunzione che nondimeno rende possibile un'ablazione svincolata da qualsivoglia dimostrazione dell'esistenza della condotta lucro-genetica¹⁸. La qualificazione come confisca *praeter probationem delicti*, tradizionalmente affibbiata alla misura di prevenzione, si attaglia in questo senso perfettamente anche alla confisca allargata di cui all'art. 12-*sexies*.

L'assimilazione funzionale delle due confische appare ancor più evidente alla luce dei più recenti sviluppi giurisprudenziali e legislativi.

Da un lato occorre infatti considerare come la categoria della c.d. pericolosità generica di cui all'art. 1 del codice antimafia sembri destinata a un'imminente espunzione dai presupposti applicativi della confisca di prevenzione, quale indiretta ricaduta della sentenza *de Tommaso*¹⁹, lasciando residuare quella di c.d. pericolosità qualificata di cui all'art. 4 d.lgs. 159/2011, il cui catalogo presenta spiccate assonanze con quello dell'art. 12-*sexies*.

Dall'altro, è difficile ignorare come il legislatore stia indirizzando la propria spinta riformatrice delle due misure lungo un unico binario. A seguito dell'intervento operato con la legge n. 161/2017, ad esempio, si è individuata quale sede naturale di applicazione della confisca allargata il procedimento di esecuzione (comma 4-*sexies* dell'art. 12-*sexies*), alla cui disciplina rinvia il codice antimafia, quale regola di *default* (art. 7, comma 9 d.lgs. 159/2011). Per entrambe le misure, la stessa riforma ha previsto una medesima trattazione prioritaria (art. 132-*bis* disp. att. c.p.p. e art. 34-*ter* d.lgs. 159/2011). Si potrebbe poi menzionare l'analogia di disciplina in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati, di tutela dei terzi e di esecuzione del sequestro (comma 4-*bis* dell'art. 12-*sexies*), o la possibilità di procedere anche in caso di

¹⁸ Oggetto di ablazione non è (solo) ciò che deriva dal reato per cui è intervenuta la condanna, bensì (anche) ciò che si presume provenire da ulteriori reati non provati in alcun processo e, rispetto ai quali, la pubblica accusa non ha alcun onere probatorio, neppure generico.

¹⁹ C.edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, *de Tommaso c. Italia*, su cui cfr. MAUGERI A. M., [Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera](#), in questa Rivista, fasc. 3/2017, p. 15 ss.; MENDITTO F., [La sentenza de Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione](#), in questa Rivista, fasc. 4/2017, p. 127 ss.; VIGANÒ F., [La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali](#), in questa Rivista, fasc. 3/2017, p. 160 ss.; FINOCCHIARO S., *Le misure di prevenzione italiane, sul banco degli imputati a Strasburgo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017/2, p. 881 ss.

morte della persona (comma 4-*octies* dell'art. 12-*sexies*). Nonché, da ultimo, la previsione della possibilità di applicare la confisca allargata in assenza di una formale condanna, ossia in sede di proscioglimento per prescrizione o amnistia (comma 4-*septies* dell'art. 12-*sexies*)²⁰.

Il ritratto del diritto vivente appena tracciato mette in luce, allora, l'opportunità di giungere a una soluzione *unitaria* in termini di qualificazione della *natura giuridica* degli istituti, e quindi di garanzie costituzionali e convenzionali conseguentemente applicabili.

Si potrebbe così meglio valutare l'effettiva opportunità di mantenere la convivenza di entrambe le forme di confisca, o piuttosto trasfonderle in un unico modello di "confisca per sproporzione". Laddove si ritenga di mantenere distinti gli istituti, sarebbe comunque opportuno potenziare i meccanismi di coordinamento tra gli stessi, al fine di evitare duplicazioni nell'apprensione dei proventi, le quali connoterebbero in senso sproporzionatamente *punitivo* la misura, permettendo ad essa di colpire il patrimonio della persona per un ammontare superiore al valore *netto* del suo *effettivo arricchimento*. L'acquisto di tale carattere punitivo striderebbe con la *ratio* della confisca ed esporrebbe la stessa a seri dubbi di legittimità rispetto a parametri costituzionali e convenzionali, primo fra tutti quello di presunzione di non colpevolezza, che risulta *ictu oculi* inconciliabile con una "pena" applicata in assenza di prova piena del reato.

Una qualificazione unitaria delle confische in esame potrebbe allora svincolarsi anche dalla rigida dicotomia tra *misura di sicurezza* (natura che la giurisprudenza ad oggi prevalente attribuisce alla confisca allargata e, nella sostanza, anche alla confisca di prevenzione)²¹, e *pena* (natura che la dottrina maggioritaria sembra rinvenire in questi istituti)²², nella direzione di una considerazione di entrambe le misure come *forme legittime di estinzione del diritto di proprietà*.

²⁰ Questa confisca viene applicata all'interno di una sentenza che proscioglie l'imputato, sebbene la norma richieda l'esistenza di una precedente condanna in uno dei gradi di giudizio e il previo accertamento della responsabilità dell'imputato: responsabilità che è, ad ogni modo, riferita a quell'unico reato provato, e non a tutti gli altri che si presumono commessi e che non sono nemmeno menzionati nel provvedimento.

²¹ La confisca allargata viene infatti qualificata dalla giurisprudenza prevalente come "*misura di sicurezza atipica*": cfr. Cass. pen., Sez. Un., 30 maggio 2001 (dep. 17 luglio 2001), n. 29022, *Derouach*; Cass. pen., sez. IV, 10 gennaio 2002 (dep. 15 febbraio 2002), n. 6301, *Amelio*; Cass. pen., sez. I, 13 maggio 2008 (dep. 28 maggio 2008), n. 21357, *Esposito*. Anche alla confisca di prevenzione di cui al codice antimafia è stata da ultimo riconosciuta *natura assimilabile alle misure di sicurezza*, affermandone l'applicabilità retroattiva secondo le regole di cui all'art. 200 c.p.: cfr. Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880, *Spinelli*, già sopra citata, nonché precedentemente, Cass. pen., Sez. Un., 3 luglio 1996, n. 18, *Simonelli*, seguita dalla successiva giurisprudenza prevalente, con l'eccezione della sentenza *Occhipinti*: Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012 (dep. 25 marzo 2013), n. 14044 con nota – *ex multis* – di MAUGERI A. M., *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza "storica"?*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2013, p. 353 ss.; di CORTESI M. F., *La Cassazione riconosce alle misure di prevenzione patrimoniali una natura "oggettivamente sanzionatoria"*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 37 ss.

²² Cfr., tra i molti, ALESSANDRI A., *Confisca*, in *Dig. disc. pen.*, III, 1994, 46; FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007, p. 191; FORNARI L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997, p. 70 ss.; MAIELLO V., *Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, fasc. 3-4/2012, 54; MANES V., *L'ultimo imperativo della politica criminale*:

Si tratterebbe, insomma, di strumenti specificamente volti a decurtare dal patrimonio della persona quella parte di ricchezza accumulata illecitamente, rispetto alla quale il privato non può vantare alcun titolo di acquisto lecito²³.

nullum crimen sine confiscatione, in AA.VV., *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, 2016, 144 (e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1277); MANGIONE A., *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, p. 390 ss.; MAUGERI A. M., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 525 ss. Nonché COMUCCI P., *Il sequestro e la confisca nella legge antimafia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 85; MANGANO P., *La confisca nella legge 13 settembre 1982 n. 646 ed i diritti dei terzi*, in *Indice pen.*, 1987, p. 653.

²³ In quest'ottica lo statuto garantistico di riferimento potrebbe essere individuato non nelle disposizioni tipicamente attinenti alla *matière pénale*, bensì negli artt. 41 e 42 Cost. e nell'art. 1 Prot. add. Cedu, nonché, a livello processuale, negli artt. 111 Cost. e 6 § 1 Cedu. Il tema della natura giuridica di queste confische merita una analisi approfondita che non è possibile svolgere in questa sede. Possiamo però limitarci a segnalare come un ragionamento sulla funzione della confisca quale strumento *lato sensu* civilistico-ripristinatorio, volto a far cessare il diritto di proprietà su beni che non abbiano un valido titolo di acquisto, in quanto presuntivamente derivanti da attività delittuose, è da tempo condotto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e inizia ormai a emergere anche in dottrina. In questo senso, cfr. le riflessioni svolte nella propria tesi dottorale da TRINCHERA T., *Lo statuto costituzionale e convenzionale della confisca della ricchezza illecita*, 2016. Una simile impostazione è stata inoltre prospettata da FIANDACA G., *Le misure patrimoniali nelle fonti internazionali ed europee e il sistema penale italiano*, in AA.VV., *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Giuffrè, Milano, 2016, p. 16. L'assunto per cui il reato non può essere considerato un valido titolo di acquisto della proprietà si rinviene peraltro anche in MAUGERI A. M., *Confisca*, in *Enc. dir. – Annali*, VIII, 2015, 203 s., e viene preso in considerazione, seppur in termini parzialmente critici, da MAZZACUVA FR., *Il recupero dei capitali illeciti: un vero 'terzo binario'?*, in *Ricchezza illecita ed evasione fiscale. Le nuove misure penali nella prospettiva europea*, a cura di A. Gullo-Fr. Mazzacuva, ed. Cacucci, 2016, p. 61; nonché ID., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2017.

IMPRESA MAFIOSA ED IMPRESA VITTIMA: SEGMENTI DI INTERSECAZIONE E LA FIGURA DEL CONCORRENTE ESTERNO ESTORTO

di Siro De Flammineis

SOMMARIO: 0. Premessa. – 1. La realtà e l'interpretazione, analisi di un dialogo costante. – 2. Imprenditore vittima ed imprenditore concorrente esterno: differenze. – 3. Il concorrente esterno estorto.

0. Premessa.

La figura geometrica di due cerchi affiancati che si intersecano, evidenziando così uno spazio – segmento di perfetta sovrapposizione, in alcune situazioni può attagliarsi perfettamente alle fattispecie dell'impresa mafiosa e dell'impresa vittima.

Il segmento che si crea dall'interscambio tra le due sfere contiene delle rette congiungenti, che mettono in contatto le sfere stesse: impresa mafiosa ed impresa vittima come due sfere autonome possono infatti nella realtà giuridica affiancarsi fino ad intersecarsi, lasciando emergere un piano appartenente ad entrambe in cui è possibile tracciare numerose rette e linee di congiunzione.

La raffigurazione geometrica descritta, invero, aiuta a comprendere quanto risulta dalle esperienze investigative e dalle vicende giudiziarie che negli ultimi anni hanno riguardano ed analizzato i rapporti tra imprenditoria e criminalità organizzata. La realtà di questi rapporti si è tradotta nei più variopinti esiti applicativi della fattispecie di reato, che hanno miscolato con diverse interpretazioni e rese motivazionali soprattutto le figure del concorso esterno (e della partecipazione) nel reato di cui all'art. 416bis c.p. e dell'estorsione ex art. 629 c.p.

Ebbene, l'interpretazione di situazioni spesso molto difficili da decifrare dal punto di vista tecnico-giuridico quali quelle, per l'appunto, della vicinanza tra imprenditori e consorterie mafiose ricade inevitabilmente oggi sotto la lente di ingrandimento della giurisprudenza europea, la stessa giurisprudenza che ha affrontato da ultimo il caso Contrada¹ e che in generale verifica con attenzione la tenuta di alcune

¹ Si tratta della pronuncia *Affaire Contrada c. Italia* (N. 3), *Requête* n. 66655/13, *arrêt* del 14 aprile 2015. Per un commento si vedano, tra gli altri, CIVELLO CONIGLIARO, [La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso](#), in *questa Rivista*, 4 maggio 2015; DI GIOVINE, [Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, p. 11 ss.; GIORDANO S., *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte EDU: prime riflessioni sulla sentenza Contrada c. Italia*, in *Arch. pen.*, 2015, 1 ss.; MAIELLO, *La Consulta e la Corte EDU attestano la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1019; MARINO, [La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un](#)

interpretazioni della giurisprudenza penale italiana con i principi dell'ordinamento (italiano ed) europeo.

È il caso quindi di comprendere per un verso come poter correttamente differenziare alla luce dell'attuale interpretazione giurisprudenziale il comportamento dell'imprenditore colluso con le associazioni mafiose e quello dell'imprenditore mero succube del medesimo sodalizio; accertare poi se vi siano, ed eventualmente come tradurre giuridicamente, segmenti di intersecazione tra le due figure; e, dunque, per altro verso, capire come lo strumentario interpretativo che viene fuori sia in grado di tenere al cospetto delle garanzie dell'ordinamento europeo.

Non si tratta più, o non soltanto, di confrontare il singolo istituto giuridico e la sua interpretazione corrente con i dettami dell'ordinamento sovranazionale ma di approfondire le differenziazioni e distinzioni effettuate dalla giurisprudenza tra gli istituti sulla base della realtà criminale e se tali differenziazioni siano sufficientemente chiare, in grado di coprire ogni possibile dinamica delinquenziale e quindi, per questo, prevedibili dall'uomo comune.

1. La realtà e l'interpretazione, analisi di un dialogo costante.

Le numerose indagini, operazioni di polizia e condanne subite negli ultimi decenni dalle associazioni criminali di tipo mafioso (in uno con la crisi economica generalizzata), hanno sicuramente inciso sulle modalità con cui i sodalizi continuano a manifestare il loro metodo e ad imporsi sul territorio. Se, infatti, le intimidazioni, l'esercizio della violenza ed i danneggiamenti possono essere, e sono, ancora utilizzati per affermare e rafforzare il proprio controllo, mantenere lo stato di soggezione collettivo ed ottenere i profitti illeciti, i sodalizi hanno anche portato avanti sempre più nel tempo diverse strategie di raggiungimento dei medesimi risultati. Più nello specifico, è stato accertato nelle recenti vicende giudiziarie come le richieste estorsive e, quindi, l'avvicinamento agli imprenditori, vengono portate avanti con forme più attenuate: cercando l'intermediazione di persone vicine all'imprenditore stesso; ovvero ancora richiedendo all'impresa estorta prestazioni di ridotto rilievo economico (manodopera, piccole forniture ed altro) più facilmente "accettabili" anche in termini di costi dalla medesima impresa.

Appare difficile ritenere che il racket sia tornato ad esprimersi "*con un certo pudore, sotto mentite spoglie, quasi cercando possibili giustificazioni...*" come studiato per il

discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?, in questa Rivista, 3 luglio 2015; PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, p. 46 ss.; MANNA, *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in questa Rivista, 4 ottobre 2016; VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, in questa Rivista, 26 aprile 2016; ID., *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in questa Rivista, 5 aprile 2017; DONINI, *Il Caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016.

passato², ma le indagini hanno di certo riconosciuto una maggiore correlazione oggi tra le illecite richieste di denaro o lavoro (necessari per la sopravvivenza del sodalizio) e la corresponsione di un reciproco vantaggio: la pratica dell'estorsione quindi come mezzo non solo di mera raccolta di denaro per affermare un potere ma come controprestazione dell'offerta di garanzie di protezione come avveniva un tempo.

Detto altrimenti, le "nuove"³ strategie delle associazioni criminali di tipo mafioso prevedono che le richieste di denaro siano più direttamente collegate ad un offerta di servizi, nella specie (ma non solo) quello storico di protezione dell'impresa; questa correlazione manifestata all'imprenditore, diversamente da una richiesta di denaro (o di lavoro) scollegata da qualunque controprestazione e volta esclusivamente all'affermazione del potere criminale del gruppo, riduce nella prassi anche i rischi di denuncia.

In effetti, anche le diverse denunce delle vittime delle estorsioni e, quindi, il timore per gli associati mafiosi di incappare nelle maglie della giustizia, hanno indotto le organizzazioni criminali a modulare diversamente il proprio approccio all'obiettivo da estorcere; accontentarsi anche di un profitto (in senso lato) minore consente di sostenere gli strati più bassi del sodalizio e di conseguenza di mantenere in vita il sodalizio stesso. L'approccio arrogante, per non dire quello violento – manifestamente o non – se è servito in passato per affermare con più decisione la presenza dell'organizzazione criminale nel territorio, con il tempo ci si è resi conto che può comportare eccessivi rischi, non previene la reazione della persona offesa e dunque potrebbe non rendere in positivo nel rapporto costi-benefici.

Questo scenario attuale della realtà criminale organizzata⁴ è stato convalidato per alcune situazioni dall'interpretazione giurisprudenziale prevalente; si ritiene in effetti che per l'integrazione della fattispecie di associazione di tipo mafioso sia necessaria l'esistenza di un sodalizio in grado di realizzare una capacità di intimidazione attuale ed effettiva e riscontrabile nei fatti benché, trattandosi di reato di pericolo, il condizionamento della libertà dei terzi (e della collettività) non derivi necessariamente da specifici atti intimidatori. Questo principio comunemente condiviso dalla giurisprudenza in diverse pronunce ha portato a ritenere che, in presenza di situazioni di delocalizzazione del fenomeno mafioso, ove si accerti l'attuale dipendenza della struttura delocalizzata dalla "casa madre", il requisito dell'esteriorizzazione del metodo mafioso, pur sempre necessario per il riconoscimento della sussistenza del reato *ex art.*

² Così testualmente G. FALCONE, *Cose di Cosa Nostra*, Milano, 1991, 126 ss.; per un commento allo scritto si veda FIANDACA, *Una rilettura degli scritti di Giovanni Falcone nel decennale della strage di Capaci*, *Foro it.*, 2002, V, 201.

³ Si tratta, in effetti, di modalità di relazione già ampiamente sperimentate nelle vicende giudiziarie; sul punto si veda anche G. PIGNATONE, [*La fine di un'epoca, Introduzione a S. Palazzolo, S. Prestipino, Il codice Provenzano, 2017, Laterza*](#), in questa *Rivista*, 20 luglio 2017, 7 ss., secondo cui "La relazione tra mafiosi e non mafiosi di regola non trae origine dalla paura indotta dall'uso del «metodo mafioso», ma è il frutto di un patto di convenienza che le parti contraggono per la realizzazione di reciproche utilità, altrimenti non conseguibili."

⁴ Occorre prendere atto delle recenti scarcerazioni di "illustri" esponenti della criminalità organizzata, specie quella siciliana, che potrebbero invertire o modificare anche in parte le dinamiche operative dell'associazione propendendo per una strategia di maggior uso della violenza.

416bis c.p., si possa declinare diversamente, senza dover pretendere la penetrazione globale della forza di intimidazione nel territorio e quindi una validazione collettiva del metodo mafioso tradizionalmente operato dalla “casa madre” con concreti atti di intimidazione⁵.

Si è parlato allora in queste ipotesi di “mafia silente”⁶ ovvero ancora di “fama mafiosa” quale argomento probatorio idoneo a documentare l’esistenza di un sodalizio con le caratteristiche richieste dall’art. 416bis c.p.: il collegamento del gruppo criminale delocalizzato con la “casa madre” consentirebbe una sorta di presunzione di prova (piuttosto che una presunzione di sussistenza di un requisito della fattispecie incriminatrice che non sarebbe accettabile) dell’elemento costitutivo del reato relativo all’esercizio concreto del metodo mafioso⁷.

Ancor più spinta per certi versi l’opzione giurisprudenziale adottata nella nota vicenda di “mafia capitale”. In questo caso il percorso interpretativo ha avuto ad oggetto la contestazione circa l’esistenza di un’organizzazione di tipo mafioso “nuova”, ovvero non collegata in alcun modo con le mafie tradizionali: si è ritenuta la sussistenza del reato di cui all’art. 416bis c.p. sulla base dell’accertamento circa l’intenzionalità del sodalizio di avvalersi del metodo mafioso; ciò che rileverebbe non sarebbe cioè la concreta utilizzazione del metodo ma il timore suscitato dall’associazione, ovvero la “fama criminale” creatasi nel tempo sulla base di pregressi atti di violenza compiuti da alcuni dei sodali⁸.

Nella vicenda di “mafia capitale” per come decisa nella fase cautelare dalla giurisprudenza di legittimità si è riconosciuta la possibilità di applicare massime di esperienza diverse per la qualificazione di ciascun fenomeno associativo⁹; sono state cioè valorizzate regole di giudizio differenti quindi a seconda della diversa tipologia del fenomeno associativo, ritenendo di non dover necessariamente trasferire al caso specifico le regole di esperienza relative ai sodalizi di matrice storica. Di più, la connotazione di mafiosità del sodalizio è stata riconosciuta sulla base dell’accertamento delle tecniche di avvicinamento verso la classe imprenditoriale, che hanno consentito l’instaurazione di rapporti di reciproco scambio tra imprenditori e associati con reciproci

⁵ Si fa riferimento al concetto di capacità di intimidazione potenziale nelle pronunce, *ex multis*, di Cass., sez. V, 25 giugno 2003, n. 38412, rv. 227361; Cass., sez. I[^], 10/01/2012, n. 5888, rv. 252418 e Cass., sez. II[^], 11 gennaio 2012, n. 4304, rv. 252205.

⁶ Si esprime in questi termini Cass., sez. V[^], 03/03/2015, n. 31666, rv. 264471.

⁷ Queste pronunce, dunque, non pongono in dubbio il profilo del necessario accertamento dell’esteriorizzazione del metodo mafioso per la ricorrenza del reato, ma spostano il piano di analisi sul collegamento del gruppo dislocato con il gruppo criminale originario. Cfr. Cass., sez. I[^], 16/05/2011, n. 25242, rv. 250704; Cass., sez. I[^], 28 marzo 2012, n. 13635, rv. 252358 ed ancora, ribadendo la necessità di accertamento della potenzialità concreta (e non astratta) della capacità di intimidazione, cfr. Cass., sez. II[^], sentenza n. 34147 del 30/04/2015, Rv. 264623 con nota di ROSSI, *La differenza tra partecipazione e concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Cass. pen.*, Milano, 2016, fasc.4, sez.4, 1518 ss. Da ultimo si veda Cass., Sez. I[^], sentenza n. 55359 del 17/06/2016 Ud., Rv. 269043.

⁸ Sul tema TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, III[^] ed., 2015, Milano.

⁹ Cfr. Cass. sez. VI[^], sent. 10/04/2015 n. 24535 e 24536, rv. 264124, 264125, 264126; sul punto, VISCONTI, [A Roma una mafia c’è. E si vede...](#), in questa Rivista, 15 giugno 2015, e FORNARI, [Il metodo mafioso: dall’effettività dei requisiti al “pericolo d’intimidazione” derivante da un contesto criminale?](#), in questa Rivista, 9 giugno 2016.

vantaggi (il rafforzamento della posizione sul mercato per gli uni e risorse ed utilità per estendere il proprio controllo per il sodalizio)¹⁰.

La sentenza di primo grado relativa al medesimo procedimento, ribaltando la decisione cautelare della Suprema Corte di legittimità, ha escluso la sussistenza del reato di cui all'art. 416bis c.p. nel caso specifico, riqualificando l'associazione in sodalizio "comune" ex art. 416 c.p.¹¹; ciò in ragione dell'assenza nel caso concreto di un uso effettivo della violenza, in presenza di una mafia non tradizionale, rispetto alla quale, invece, l'accertamento probatorio dei requisiti del reato potrebbe fondarsi anche sul riscontro di una "riserva di violenza"¹².

Il Tribunale di merito, pertanto, ha escluso che possa essere un criterio di giudizio – per le sole mafie non tradizionali – quello della "riserva di violenza" ovvero del "sentire comune di mafiosità" di un certo sistema di potere: il ricorso sistematico alla corruzione non si identifica, specie in questi casi, nell'utilizzo in concreto del metodo mafioso (pena un'inammissibile estensione interpretativa *contra legem* del reato di cui all'art. 416bis c.p.).

Ragionando per converso, questa decisione di primo grado si inserisce pienamente nell'orientamento giurisprudenziale sopra descritto; si convalidano cioè, con riferimento alle mafie tradizionali ovvero alle mafie c.d. "derivate", quei criteri di giudizio che valorizzano il "sentire comune" ovvero le "riserve" per il riconoscimento della prova della sussistenza del metodo mafioso.

Ancora più di recente si è affermato, con riferimento ad un'organizzazione criminale di tipo mafioso, da considerarsi autonoma rispetto ad una non provata riferibilità ad un'organizzazione di matrice estera, che il reato di cui all'art. 416bis c.p. è configurabile *"anche con riguardo ad organizzazioni che, pur senza controllare indistintamente quanti vivono o lavorano in un determinato territorio, circoscrivono le proprie illecite attenzioni a danno dei componenti di una specifica collettività....[posto che, n.d.r.]...il numero effettivo dei soggetti che risultano coinvolti come vittime non assurge a criterio decisivo"*¹³.

¹⁰ Per un commento si veda G. PIGNATONE, *La fine di un'epoca*, cit., 11 ss.

¹¹ Per un commento si veda ZUFFADA, *Per il Tribunale di Roma "mafia capitale" non è mafia: ovvero, della controversa applicabilità dell'art. 416-bis c.p. ad associazioni criminali diverse dalle mafie "storiche"*, in questa Rivista, fasc. 11/2017, p. 271 ss.

¹² Sul punto di veda Cass., sez. VI[^], sentenza n. 27094 del 01/03/2017, Rv. 270736 secondo cui in caso di costituzione di una nuova ed autonoma consorteeria occorre individuare degli indici che denotino la sussistenza delle caratteristiche di stabilità e di organizzazione e che dimostrino la reale capacità di intimidazione del vincolo associativo e la condizione di omertà e di assoggettamento che ne deriva; l'accertamento sul radicamento del gruppo criminale nei luoghi in cui avrebbe operato e, soprattutto, la effettiva ed attuale capacità di intimidazione, cui dovrebbe fare riscontro la condizione di assoggettamento e di omertà da parte di chi entra in contatto con tale organizzazione, con i conseguenti condizionamenti anche economici. Ciò che caratterizza l'associazione di stampo mafioso è, infatti, l'avvalersi della forza di intimidazione del vincolo associativo, cui consegue la condizione di assoggettamento ed omertà, in vista del programma finale dal contenuto eterogeneo, la cui realizzazione è possibile in forza di una presenza organizzativa di persone e di mezzi.

¹³ Così Cass., sez. II[^], sent. n. 2158 del 10/10/2017, 50949, inedita; si veda anche Cassazione Penale, Sez. VI, 28 dicembre 2017 (ud. 26 ottobre 2017), n. 57896, secondo cui «*ai fini della configurabilità del reato di associazione di tipo mafioso, la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo può essere diretta a minacciare tanto la vita o l'incolumità personale, quanto, anche o soltanto, le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di*

Aldilà della condivisibilità o meno delle scelte interpretative sinteticamente enucleate, questo filone giurisprudenziale maggioritario senza dubbio fotografa una realtà criminale in evoluzione; nei territori non tradizionali dove le organizzazioni mafiose si sono infiltrate, queste hanno optato spesso per una strategia di aggancio dell'obiettivo-impresa apparentemente più moderata, in guisa da vestirsi come una società di servizi piuttosto che un gruppo che intende esclusivamente imporre il proprio controllo ed i propri interessi. Questa realtà segnala senza dubbio – e gli accertamenti giudiziari lo confermano – il rafforzamento delle “zone grigie”, ovvero delle dimensioni e dei segmenti in cui si intersecano interessi mafiosi ed interessi imprenditoriali con la logica della reciprocità di vantaggi¹⁴. A ben vedere e per quanto sopra detto, questa realtà nei tempi più recenti e per come emerge dalle più recenti vicende giudiziarie, non è del tutto dissimile dalle forme di manifestazione del metodo mafioso e dalle forme di interscambio con il mondo economico anche nei territori originari e di provenienza storica delle organizzazioni mafiose.

Ed allora, occorre oggi calibrare con maggiore adesione al dato reale l'utilizzo interpretativo dei criteri di esperienza e delle regole di giudizio che si fondano sulle analisi storico-sociologiche dei meccanismi delinquenziali di tipo mafioso; in altri termini, oggi ci si trova forse davanti ad un nuovo processo di generalizzazione empirica di ripetuti dati fattuali, in grado di generare nuove massime di esperienza autonome dai casi concreti. Questo percorso induttivo dall'esperienza comune e dalla realtà criminale attuale dovrebbe quindi consentire di formare regole di giudizio generali ed astratte in

specifiche categorie di soggetti, ed il suo riflesso esterno in termini di assoggettamento non deve tradursi necessariamente nel controllo di una determinata area territoriale» ed ancora «nello schema normativo previsto dall'art. 416-bis c.p. non rientrano solo grandi associazioni di mafia ad alto numero di appartenenti, dotate di mezzi finanziari imponenti, e in grado di assicurare l'assoggettamento e l'omertà attraverso il terrore e la continua messa in pericolo della vita delle persone, ma vi rientrano anche le piccole “mafie” con un basso numero di appartenenti (bastano tre persone), non necessariamente armate (l'essere armati e usare materiale esplodente non è infatti un elemento costitutivo dell'associazione ex art. 416-bis, ma realizza solo un'ulteriore modalità di azione che aggrava responsabilità degli appartenenti), che assoggettano un limitato territorio o un determinato settore di attività avvalendosi, però, del metodo dell'intimidazione da cui derivano assoggettamento ed omertà».

¹⁴ Sull'argomento si faccia riferimento al recente studio a cura di A. ALESSANDRI, *Espansione della criminalità organizzata nell'attività d'impresa al nord*, Torino, Giappichelli, 2017. [Prefazione e presentazione del volume](#) sono state pubblicate in *questa Rivista*, 26 settembre 2017. Nella prefazione di G. FIANDACA, l'autore prende atto della presenza al Nord di un fenomeno di vero e proprio radicamento delle organizzazioni mafiose secondo forme di manifestazione complesse. Richiamando poi una ricerca sociologica, l'autore chiarisce l'esistenza di una contrapposizione tra gli imprenditori che cercando ancora di competere lecitamente sul mercato e imprenditori che ricercano rendite con l'ausilio della politica o della criminalità dando vita, in questo secondo caso, ad un capitalismo “politico-criminale”. Nella Presentazione al volume di A. ALESSANDRI, invece, si prende atto di come sono sempre più evidenti le connessioni tra la criminalità organizzata di stampo mafioso e l'attività imprenditoriale ed economica al Nord: l'organizzazione mafiosa si propone per, o impone di, svolgere servizi a favore delle imprese che a loro volta si prestano a riciclare e reinvestire il denaro di provenienza illecita procurato dall'organizzazione.

grado di facilitare l'interpretazione giuridica delle condotte dell'imprenditore che entra in contatto con il sodalizio mafioso nei casi concreti¹⁵.

L'accostamento più morbido dei mafiosi agli imprenditori, infatti, rischia di generare – come in un ritorno al passato – delle forme di complicità, dei rapporti, delle frequentazioni più difficilmente inquadrabili nell'alveo delle categorie criminologiche di vittima e carnefice e di conseguenza nelle fattispecie penalistiche tradizionali¹⁶. Le dinamiche melliflue di contiguità tra imprenditoria e gruppi criminali mafiosi confondono le categorie classiche di punizione e richiedono, senza dubbio, uno sforzo maggiore di analisi, approfondimento e motivazione come peraltro oggi richiesto dalla giurisprudenza sovranazionale in conformità ai principi dell'ordinamento europeo, sia con riguardo ai canoni della C.E.D.U. che della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Lo sguardo sempre più presente dei giudici europei, quindi, impone una chiarezza interpretativa nell'utilizzo degli strumenti di incriminazione che rischia di scontrarsi frontalmente con una realtà nebbiosa e multiforme, forse anche riflettente di una modernità liquida della società attuale¹⁷; per piccoli passi ci si può però provare ad incamminare.

Innanzitutto resta sempre valido un insegnamento dei giudici di legittimità, secondo cui: *“in tema di rilevanza dei risultati di indagini storico-sociologiche, ai fini della valutazione in sede giudiziaria dei fatti di criminalità di stampo mafioso, il giudice deve tenere conto, con la dovuta cautela, anche di tali dati come utili strumenti di interpretazione dei risultati probatori, dopo averne vagliato, caso per caso, l'effettiva idoneità ad essere assunti ad attendibili massime di esperienza e, principalmente, dopo averne ricostruito, sulla base dei mezzi di prova a sua disposizione, gli specifici e concreti fatti che formano oggetto del processo»*¹⁸. Occorre dunque fare il corretto uso delle massime di esperienza elaborate dalle discipline socio-criminologiche poiché esse possono condurre l'interprete ad una inammissibile presunzione probatoria degli elementi costitutivi del reato; anche tali massime, pertanto,

¹⁵ Per un riferimento sul tema Cass., sez. II^a, sent. n. 39985 del 16/09/2003, Rv. 227200 e per la dottrina G. BORRELLI, *Massime di esperienza e stereotipi socio-culturali nei processi di mafia: la rilevanza penale della “contiguità mafiosa”*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1074 ss.

¹⁶ Basti pensare, come rilevano G. FIANDACA e A. ALESSANDRI nella [Prefazione nella Presentazione al volume Espansione della criminalità organizzata nell'attività d'impresa al nord](#), cit., come nell'esperienza giudiziaria esaminata della magistratura milanese si è fatto poco uso della categoria del concorso esterno ed un maggiore uso della categoria tipica della partecipazione al delitto di associazione di stampo mafioso.

¹⁷ Sul tema, tra tutti, BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

¹⁸ Cfr. Cass., sez. II^a, sent. n. 21102 del 09/06/2006, Sessa, Rv. 234665; in precedenza anche Cass., sez. I^a, sent. n. 84 del 05/01/1999, Cabib, Rv. 212579; quest'ultima pronuncia riguarda una fattispecie relativa alla vicenda di un imprenditore che, nell'attivarsi per l'acquisizione dell'appalto di un'opera pubblica di rilevantissimo valore, aveva contemporaneamente instaurato rapporti col ceto politico-amministrativo e con organizzazioni camorristiche, rispettivamente per assicurarsi l'aggiudicazione del contratto e per rimuovere preventivamente gli ostacoli all'esecuzione dei lavori. In relazione ad essa, la S.C. ha censurato per vizio di motivazione il provvedimento del giudice di merito che aveva ritenuto fatto notorio la circostanza che in certe zone dell'Italia meridionale gli imprenditori, per poter operare, sono costretti a venire a patti con la criminalità organizzata, soggiacendo a richieste di tipo estorsivo; e ha affermato la necessità, una volta esclusa, in base a un rinnovato giudizio di merito, la configurabilità del delitto di cui all'art. 416-bis cod. pen. a carico dell'imprenditore, di una più attenta verifica circa la sussumibilità della sua condotta nella partecipazione all'associazione per delinquere o nel concorso esterno.

devono corrispondere pienamente alle specifiche e peculiari risultanze probatorie del caso concreto.

2. Imprenditore vittima ed imprenditore concorrente esterno: differenze.

In una scala immaginaria di rapporti tra imprenditori e gruppi criminali mafiosi si può ipotizzare al vertice inferiore “bianco” una situazione di mera soggezione dell’impresa vittima ed al vertice maggiore “nero” una piena condivisione e compartecipazione nelle condotte illecite; nella gradazione di grigi tra i due poli opposti si annidano le reali difficoltà interpretative.

Si è correttamente affermato che *“non è ammissibile sostenere che versare una percentuale da parte dell’imprenditore al mafioso sia un atto innocente: implica nella migliore delle ipotesi, il riconoscimento dell’autorità mafiosa”*¹⁹. Pur tuttavia, se moralmente il pagamento del pizzo può ritenersi una deprecabile accettazione del potere mafioso, giuridicamente resta di per sé una forma di soggezione non punibile, una condotta che racchiude l’esigenza della vittima di non entrare in conflitto con l’organizzazione mafiosa in una logica, si direbbe civilisticamente, *de damno vitando*.

Il lucro cessante nell’ipotesi assoluta di semplice pagamento della richiesta estorsiva viene accettato a fronte del primario “servizio” di protezione ovvero ancor più semplicemente di astensione dal conflitto da parte del sodalizio mafioso; si tratta della antica garanzia di cui si è storicamente nutrita la mafia.

La realtà criminale però risulta molto più variegata di quella che inquadra l’imprenditore come semplice pagatore del pizzo; al versamento del *quantum* illecitamente estorto, in effetti, possono accompagnarsi diverse e molteplici altre condotte dell’imprenditore che spostano lo sguardo d’analisi un poco più oltre – e via via sempre più lontano nella scala immaginaria – dalla facile interpretazione della categoria della vittima di reato.

L’imprenditore vittima infatti non può definirsi solo in positivo come colui che paga il pizzo ma è necessario, a fronte di una tipizzazione normativa e soprattutto giurisprudenziale di alcune condotte realizzate dagli imprenditori dense di disvalore penale, definirlo in negativo come colui che non compie atti di favoreggiamento personale ovvero non pone in essere condotte di contributo esterno all’associazione (ovvero, peggio, ancora colui che non prende parte dell’associazione stessa).

Nell’escludere da questa analisi l’ipotesi del favoreggiamento personale rivolto ad uno o più associati, appare però il caso di ribadire la correttezza dell’interpretazione giurisprudenziale che ritiene sussistente la scriminante dello stato di necessità di cui all’art. 54, co.3, c.p. nella condotta dell’imprenditore che nega di aver subito richieste estorsive da esponenti mafiosi a fronte di una minaccia subita; la semplice mancata

¹⁹ G. FALCONE, *Cose di Cosa Nostra*, cit. 93 ss.

denuncia di estorsione, quindi, non può costituire di per sé un'ipotesi di favoreggiamento ove ricorrono i requisiti della causa di giustificazione.²⁰

Ed allora, venendo alla differenziazione tra imprenditore mera vittima ed imprenditore concorrente esterno, secondo la costante giurisprudenza di legittimità deve ritenersi "imprenditore colluso" ovvero concorrente esterno colui che, senza essere inserito nella struttura organizzativa del sodalizio criminale e privo della *affectio societatis*, è entrato in rapporto sinallagmatico con l'associazione, tale da produrre vantaggi per entrambi i contraenti, consistenti per l'imprenditore nell'imporsi nel territorio in posizione dominante e per il sodalizio criminoso nell'ottenere risorse, servizi o utilità; "imprenditore vittima" è, invece, quello che, soggiogato dall'intimidazione, non tenta di venire a patti con il sodalizio, ma cede all'imposizione e subisce il relativo danno ingiusto, limitandosi a perseguire un'intesa volta a limitare tale danno²¹.

In verità, la giurisprudenza riferisce la nozione di imprenditore "colluso" anche a colui che risulta a tutti gli effetti partecipe del sodalizio anziché mero concorrente esterno; ed al fine di ritenere se l'imprenditore colluso sia partecipe ovvero concorrente esterno dell'associazione mafiosa si richiede al giudice di merito un'attenta valutazione caso per caso utilizzando anche risultati di indagini storico-sociologiche come strumenti interpretativi degli elementi probatori raccolti nel corso del processo²².

Questi strumenti interpretativi possono ritenersi dal giudice di merito alla stregua di massime di esperienza che coadiuvano l'interprete nella comprensione dei fatti oggetto del processo che, in ogni caso, devono essere provati attraverso i mezzi normativi previsti. Le prove, dunque, possono – e devono – leggersi attraverso criteri criminologici che studiano la realtà criminale e la sua evoluzione, questi riferimenti vengono in ausilio nell'analisi concreta dei singoli casi e delle singole fattispecie in esame consentendo quindi al giudice di qualificare le condotte nelle diverse tipologie normative.

Ecco che, quindi, lo studio della realtà criminale può permeare di significato l'analisi di quella discesa a patti che l'imprenditore può fare con l'organizzazione criminale; perché questa condotta si presta ad una lettura quantomeno tripla: intesa *de*

²⁰ Sul tema, Cass., sez. 6, sent. n. 42928 del 10/11/2010, Rv. 248810; si veda anche Trib. Palermo, sent. 18 marzo 2004, in *Foro it.*, 2004, II, 379 ss., con nota redazionale di VISCONTI; VIGANÒ, *Il commento* (alla medesima sentenza del Tribunale di Palermo), in *Dir. Pen. proc.*, 2004, 1258 ss.; A. CINCOTTA, *Estorsione e concorso esterno. Il dilemma dell'imprenditore vittima-compartecipe tra stato di necessità e necessità di "status"*, in *La Giustizia Penale*, 2010, 118 ss.

²¹ Cfr. Cass., sez. V[^], sent. n. 39042 del 01/10/2008, Rv. 242318; Cass., sez. I[^], sent. n. 30534 del 30/06/2010, Rv. 248321; Cass., sez. VI[^], sent. n. 30346 del 18/04/2013, Rv. 256740. Per la dottrina si vedano, da ultimo, DONINI, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, 2017, altresì pubblicato in *questa Rivista*, 13 gennaio 2017; CENTONZE, *Il concorso eventuale nei reati associativi fra vecchi dubbi e nuove conferme giurisprudenziali*, in *questa Rivista*, 12 dicembre 2016; MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, 2014, p. 24, 63, 121. Ed ancora, CANESTRARI-IACOVIELLO-INSOLERA, *Il concorso esterno in associazione mafiosa*, Pisa, 2008 (p. 261 e ss. sui rapporti tra vittima e concorrente esterno); C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003.

²² Cfr. sentenza Cabib, cit. confermata da ultimo in Cass., sez. V[^], sent. n. 47574 del 07/10/2016, Rv. 268403.

damno vitando, intesa di supporto esterno, intesa di ingresso ed effettiva partecipazione al gruppo.

A questo punto vi è da chiedersi come la attuale realtà criminale, che in precedenza si è sinteticamente ritenuto come maggiormente rappresentativa delle situazioni di ambiguità, di confusa complicità ed impalpabile vicinanza, può influire nel giudizio concreto dell'interprete sul rapporto tra imprenditore e associazione mafiosa, anche alla luce della necessità di un severo rispetto dei canoni di legalità e tipicità derivanti dall'ordinamento costituzionale interno e dall'ordinamento europeo a più livelli²³.

In altri termini, in questo caso viene in gioco non un problema di tipizzazione per via giurisprudenziale di un istituto giuridico come è avvenuto per il concorso esterno ma di tipizzazione, con conseguente ricerca di parametri sufficientemente certi e determinati, di una *regola di giudizio*. La regola secondo cui lo scambio vicendevole di utilità tra imprenditore e organizzazione mafiosa può nel caso concreto sussumersi in diverse tipologie di condotte, alcune delle quali penalmente rilevanti altre no.

La ricerca di una chiara regola di giudizio è pertanto quello che la giurisprudenza italiana deve fare perché il giudizio sul rapporto tra impresa e organizzazione criminale mafiosa resista alle garanzie fissate dai principi generali dell'ordinamento, anche sovranazionale; e di conseguenza perché anche le differenziazioni tra le figure di imprenditore vittima, imprenditore colluso concorrente esterno ed imprenditore colluso partecipe si inseriscano in un perimetro interpretativo sufficientemente delimitato.

Nella realtà attuale questa ricerca può risultare di maggiore complessità.

Ad esempio, potrebbe accadere che nel corso del procedimento si accerti che un imprenditore con le sue condotte si debba definire contemporaneamente imprenditore vittima ed imprenditore colluso.

3. Il concorrente esterno estorto.

Potrebbe essere una complessa sfida interpretativa quella di conciliare in un'operazione di *reductio ad unum* la duplice veste dell'imprenditore persona offesa ed imprenditore concorrente esterno in capo ad un unico soggetto e nel medesimo procedimento penale. Le circostanze del caso concreto, infatti, potrebbero consentire di accertare che l'imprenditore nell'ambito dei propri rapporti particolarmente ambigui con l'organizzazione mafiosa da un lato sia richiesto di versare le somme a titolo di estorsione, dall'altro accetti (o peggio richieda) dall'associazione favori e vantaggi che vanno aldilà della mera astensione dal provocare danni all'impresa o limitarne in qualunque modo l'operato.

²³ Basti pensare che, a differenza di quanto avvenuto in altre esperienze giudiziarie, una recente ricerca ha evidenziato come nella maggior parte dei casi giudicati dal Tribunale di Milano è stata contestata la partecipazione dell'imprenditore all'associazione di tipo mafioso anziché il concorso esterno nella stessa; ciò nonostante le accertate notevoli influenze della criminalità organizzata nel tessuto economico settentrionale, cfr. A. ALESSANDRI, *Espansione della criminalità organizzata nell'attività d'impresa al nord*, cit.

È evidente che intendendosi all'interno di un medesimo procedimento penale delineare la figura di un imprenditore da un lato contestando allo stesso la fattispecie di cui agli artt. 110 e 416bis del codice penale e dall'altro inserendolo quale parte offesa di un episodio di estorsione, i criteri interpretativi e le regole di giudizio utilizzate devono essere particolarmente rigorose e rigide.

Senza dubbio l'imprenditore colluso con la mafia nel senso di concorrente esterno entra in un rapporto sinallagmatico con la cosca tale da produrre vantaggi per entrambi, in questo caso il vantaggio per l'imprenditore non è meramente negativo (limitare i danni) ma positivo nel senso di poter favorire con l'apparato strumentale mafioso l'espansione dei suoi affari in cambio di disponibilità a fornire risorse, servizi, o comunque utilità al sodalizio medesimo.

Nel caso in esame ci si trova di fronte ad una vera impresa mafiosa; tale è infatti quell'attività imprenditoriale che viene condotta con i mezzi illeciti del supporto concreto dell'associazione mafiosa per l'ottenimento di vantaggi imprenditoriali ed a fronte del sostentamento economico della stessa associazione mafiosa (oltre che di rafforzamento del suo controllo del territorio e dei lavori edili che ivi si svolgono) ²⁴.

Resta da comprendere quindi come poter qualificare la condotta dell'imprenditore di pagamento del denaro richiesto dall'associazione mafiosa per l'ottenimento dei servizi; perché per un verso il medesimo imprenditore risulta disposto a contribuire, per i vantaggi che ne derivano all'attività imprenditoriale, alla perpetrazione dei metodi mafiosi dell'organizzazione mafiosa ed al raggiungimento dei suoi scopi, per un altro viene comunque costretto a rendere una controprestazione in denaro o in natura (attività lavorativa, commesse o altro).

Benché questa prestazione realizzata dall'imprenditore si inneschi in uno scambio "contrattuale" con il sodalizio, essa mantiene comunque il suo disvalore nel senso di richiesta illecita qualificabile *ex art. 629 c.p.*

In effetti, sono le condotte concrete che colorano la volontà dell'imprenditore che in questo caso è un contraente che esercita la propria libertà di autodeterminazione. Se dal punto di vista del valore-patrimonio la libertà di scelta dell'imprenditore è inficiata dalla richiesta estorsiva, dal punto di vista invece della tutela dell'ordine pubblico, quest'ultimo valore collettivo viene leso dalla scelta dell'imprenditore di portare benefici alla propria impresa avvalendosi dell'organizzazione criminale. Non appare una contraddizione, quindi, quella di ritenere per un verso lesa la libertà di autodeterminazione del soggetto sotto il profilo patrimoniale e per altro pienamente operante tale libertà sotto il profilo dell'offesa all'ordine pubblico; trattasi, per l'appunto, di beni giuridici ben distinti quelli in gioco, rispetto ai quali la condotta del singolo può operare in modo opposto ed apparentemente discordante. In verità, nel caso di cui all'art. 110, 416bis c.p. la volontà dell'imprenditore non solo non è coartata ma si innesca in un contesto più complesso di azioni che configurano l'associazione per delinquere e, quindi, è in quest'ottica che sprigiona il proprio disvalore. La perdita patrimoniale,

²⁴ Per la giurisprudenza sui concetti di impresa mafiosa e sulla sua confiscabilità vds. Cass., sez. 2, sent. n. 9774 del 11/02/2015, Rv. 262622; Cass., sez. 6, sent. n. 6766 del 24/01/2014, Rv. 259073.

benché derivante da una richiesta illecita, diventa anch'essa parte di un più organico ordito criminale e quindi ha un duplice significato in termini di qualificazione giuridico-penale della condotta²⁵.

A fronte del ricevimento dei “servizi” da parte del sodalizio, infatti, l'imprenditore è disposto al pagamento del pizzo, ovvero delle quote estorsive richieste per la protezione e l'aiuto richiesti, contribuendo in questo modo anche al sostentamento economico degli stessi membri dell'associazione mafiosa. In questo caso pertanto il ruolo di vittima delle richieste estorsive subito dall'imprenditore, rappresenta solo una parte dell'intero complesso di condotte poste in essere da quest'ultimo; l'essere destinatario delle richieste estorsive cioè, in questi casi, costituisce solo il contraltare della scelta di usufruire dell'organizzazione mafiosa per favorire e garantire la protezione della propria azienda.

Il “sistema mafia”, nell'ipotesi che ci occupa, non assume la veste di corpo estraneo all'attività imprenditoriale che ne è costretta passivamente a subire il peso e la pressione per proseguire onestamente e serenamente nei propri affari, ma, al contrario, viene accettato ed attivamente assunto a strumento per la risoluzione di problemi connessi all'attività, la rimozione di ostacoli o in generale per ricevere protezione.

Tutti questi “servizi” ricevuti dall'impresa altro non fanno che rafforzare la sua posizione all'interno del mercato imprenditoriale; tra l'altro, i risparmi conseguenti alle protezioni ed ai servizi ricevuti di certo influiscono positivamente nella gestione dell'azienda favorendola rispetto alle dirette concorrenti²⁶.

In definitiva, l'imprenditore colluso ed estorto partecipa della metodologia mafiosa dell'associazione nel momento in cui ne richiede i servizi ma ne è anche contemporaneamente vittima – in un meccanismo di doppia illiceità del dare e dell'avere dove il disvalore di una condotta refluisce anche sulla seconda e viceversa – quando riceve le richieste estorsive.

Queste realtà risultano tutt'altro che rare e frammentarie; le strategie delle associazioni mafiose di ammorbidire i rapporti con gli imprenditori per occultare più efficacemente le proprie iniziative ed affari illeciti possono generare sempre più queste forme di ibridazione criminale comprensive del ruolo di vittima e carnefice in un unico soggetto. Alla complessità di questa fattispecie non deve corrispondere però una farraginosità ed una confusione delle regole di giudizio chiamate a districare i nodi interpretativi ed a spiegare compiutamente, e nel rispetto dei principi generali del diritto penale, in che termini e sulla base di quali elementi di prova lo stesso titolare di

²⁵ Si può pensare, per dare un esempio noto del ragionamento seguito, alla vicenda giudiziaria che ha riguardato Dell'Utri-Berlusconi circa la difficile motivazione dei rapporti tra condotta di concorso esterno nell'associazione mafiosa Cosa Nostra e pagamento delle somme di denaro a titolo di estorsione ma “finalizzato alla realizzazione di evidenti risultati di arricchimento [...] in una trattativa che, all'origine, appariva concepita ‘alla pari’”; si veda in proposito A. BELL, [La sentenza della Cassazione sul caso Dell'Utri: una prima guida alla lettura](#), in questa Rivista, 7 maggio 2012; ID., [Qualche breve nota critica sulla sentenza Dell'Utri](#), in questa Rivista, 15 giugno 2012, e [La Corte di Cassazione scrive la parola fine sul processo Dell'Utri](#), in questa Rivista, 13 luglio 2014.

²⁶ Cfr. sul punto Cass., sez. VI[^], sent. n. 30346 del 18/04/2013, Rv. 256740.

un'impresa può, nel contesto del medesimo procedimento, assumere la veste di concorrente esterno e vittima dell'associazione mafiosa.

Gli esiti di più attuali indagini storico-sociologiche, dunque, possono far entrare nel processo penale come strumento interpretativo degli elementi probatori raccolti il dato esperienziale della possibile (specie nel passato ma con il rischio di un rinvigorimento nell'attualità per le ragioni suddette) vischiosità nei rapporti tra imprenditoria ed associazioni criminali mafiose. Questo dato potrebbe nel caso concreto consentire al giudice di merito di convalidare l'ipotesi investigativa della presenza in capo al medesimo soggetto imprenditore del ruolo di concorrente esterno del sodalizio e di vittima di estorsione. In questa operazione interpretativa occorre una descrizione precisa dell'intesa "contrattuale" raggiunta tra le parti, dei termini dell'una e dell'altra prestazione concordata e di come, quindi, alla pretesa estorsiva si sia agganciata una pretesa di concreti servizi per l'azienda da parte dell'imprenditore.

Per tale via si può giungere a rendere nella motivazione di una sentenza quello che in premessa si è provato a descrivere geometricamente: è possibile definire un piano di sovrapposizione tra impresa collusa ed impresa vittima nella realtà criminale attuale.

PRIME RIFLESSIONI SUL “NUOVO” GIUDIZIO D’APPELLO

di Antonia Antonella Marandola

SOMMARIO: 1. Il d.lgs. n. 11 del 2018: la riforma della disciplina delle impugnazioni. – 2. I nuovi profili della legittimazione soggettiva e oggettiva. – 3. Le impugnazioni delle decisioni relative ai reati di competenza del giudice di pace. – 4. L’agevolazione della progressione processuale. – 5. Le disposizioni introdotte dalla l. n. 103 del 2017: primi dubbi interpretativi. – 6. (*Segue*) Il concordato in appello. – 7. (*Segue*) Le diversificate ricostruzioni sulla disciplina della rinnovazione dibattimentale. – 8. Alcune specificazioni sui motivi del ricorso in Cassazione. – 9. Conclusioni.

1. Il d.lgs. n. 11 del 2018: la riforma della disciplina delle impugnazioni.

Con l’approvazione del d.lgs. n. 11 del 2018, pubblicato nella G. U. 19 febbraio 2018, n. 41, è stata completata la riforma del giudizio di appello sul quale era già intervenuta la l. n. 103 del 2017.

Non sono del tutto chiare le ragioni che hanno condotto alla scansione temporale della modifica, anche considerando che i lavori Commissione ministeriale presieduta dal Cons. Carcano, chiamata ad elaborare lo schema di legge delega, era stata completata con largo anticipo.

Invero, come si è già avuto modo d’indicare, i due provvedimenti affrontavano ed affrontano tematiche diverse¹. La legge n. 103 del 2017 ha regolato i profili legati ai poteri di cognizione e di decisione; nonché le questioni collegate sia alla proposizione dell’impugnazione, ancorché in un quadro più ampio, e i temi legati al successivo ricorso in cassazione delle sentenze emesse in secondo grado; il d. gs. n. 11 del 2018 si occupa, specificatamente, del tema della legittimazione soggettiva ed oggettiva.

Considerata in qualche modo la compenetrazione dei vari aspetti indicati non appare inopportuno – a questo punto – considerare il quadro complessivo che emerge dall’intervento di riforma, anche perché – a differenza di altre (recenti) previsioni – con la loro pubblicazione tante norme troveranno immediata operatività, salve le inevitabili – spesso controverse – questioni di diritto transitorio.

Del resto, sui profili toccati dalla l. n. 103 del 2017 si segnalano già le prime prese di posizione della dottrina², alcune pronunce della giurisprudenza anche a sezioni unite, nonché prassi e protocolli operativi.

¹ V., volendo, A. MARANDOLA, [La riforma Orlando si completa: approvato il decreto legislativo sulle impugnazioni](#), in questa Rivista, fasc. 10/2017, p. 260 ss.

² Cfr., AA.VV., *La riforma della giustizia penale*, a cura di A. Marandola – T. Bene, Milano, 2017; AA.VV., *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2017;

2. I nuovi profili della legittimazione soggettiva e oggettiva.

Fermo restando quanto previsto in punto di appello delle sentenze emesse all'esito del rito abbreviato, dell'applicazione della pena su richiesta, della sentenza predibattimentale, nonché in tema d'impugnazione delle sentenze relativamente alle misure di sicurezza, si prevede che l'imputato possa appellare tutte le sentenze di condanna, mentre l'appello del pubblico ministero sarà limitato ai casi in cui queste decisioni abbiano modificato il titolo del reato, escluso una circostanza aggravante ad effetto speciale o stabilito una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato (art. 593, comma 1, c.p.p.).

Pertanto, con riferimento alla "quantità" della pena, il pubblico ministero potrà soltanto ricorrere in cassazione.

Il pubblico ministero potrà, invece, appellare tutte le sentenze di proscioglimento, mentre l'imputato, salvo che si tratti di decisioni di assoluzione perché il fatto non sussiste o perché non l'ha commesso, potrà appellare le altre sentenze di proscioglimento emesse al termine del dibattimento (art. 593, comma 2, c.p.p.).

Con riferimento all'imputato, considerato il tema dell'interesse ad impugnare, legato al possibile pregiudizio della decisione, nonostante la riforma, residua la questione degli effetti in sede civile della sentenza di assoluzione pronunciata ai sensi dell'art. 530 cpv.

Sotto tale aspetto non è stata condivisa, evidentemente, la proposta – suggerita dalla Commissione Carcano – di intervenire sugli artt. 652 e 653 c.p.p. Si è preferito mantenere il diritto d'appello per le sole sentenze di proscioglimento, ampiamente liberatorie che escludono la responsabilità penale dell'imputato; ma è pacifico, che esse, qualora siano pronunciate ai sensi dell'art. 530 comma 2 c.p.p., possono provocare all'imputato un pregiudizio derivante dal mancato dispiegamento di effetti extrapenalici. Pertanto, come si è già avuto modo d'indicare, sarebbe stato certamente opportuno affiancare alla riforma normativa la modifica degli artt. 652 e 653 c.p.p., al fine di eliminare alla radice l'interesse dell'imputato ad appellare le sentenze di proscioglimento emesse perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso.

Tra l'altro, la suggerita proposta di riforma sarebbe apprezzabile anche per porre fine alla "ipertutela" oggi accordata al soggetto danneggiato dal reato, che può costituirsi parte civile nel processo penale e che, in caso di assoluzione emessa ai sensi dell'art. 530 comma 2 c.p.p., perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso, gode di

AA.VV., *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2017; AA.VV., *Riforma Orlando: tutte le novità*, a cura di C. Parodi, Milano, 2017; AA.VV., *Speciale-Riforma Orlando (I)*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1274 ss.; M. GIALUZ, *Le impugnazioni*, in M. GIALUZ - A. CABIALE - J. DELLA TORRE, [Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2017, p. 173 ss.; A. MARANDOLA, *Riforma Orlando. I profili processuali: prime considerazioni*, in *Studium iuris*, 2017, 1109 ss.; E. MARZADURI, *Un intervento dal contenuto ampio ma non sistematico*, in *Guida dir.*, 2017, n. 31, p. 84 ss.; nonché, D. FERRANTI, *Riflessioni sulle linee guida della riforma del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2631 ss.

un'altra *chance* per dimostrare la commissione del fatto dannoso da parte dell'imputato nell'ambito del giudizio civile, potendo contare sulla mancanza di effetti extrapenalici di tale forma di proscioglimento e sul più elastico criterio decisorio del "più probabile che non" previsto in sede civile.

Tuttavia, ora, non essendo possibile, stante le diverse regole di giudizio, sollevare una questione di legittimità costituzionale in sede civile, dovrebbe riconoscersi la legittimazione ad appellare queste decisioni, ovvero a proporre una questione di legittimità costituzionale dei riferiti artt. 652 e 553 c.p.p.

Con una soluzione (compromissoria) si è, poi, previsto che il pubblico ministero possa proporre ricorso per cassazione con effetti favorevoli all'imputato. Si è, conseguentemente, inserito, dopo la previsione in tema di interesse ad impugnare, un nuovo comma 4 *bis* dell'art. 568 c.p.p.

La previsione che, sicuramente coagulerà attorno a sé l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, al di là di interpretazioni forzate sulle finalità legate a rilevi ordinamentali sul ruolo del p.m., configura il riconoscimento del pubblico ministero come soggetto orientato ad assicurare la legalità del processo, superando il mero compito di soggetto titolare del potere di accusa, già evidenziato dagli artt. 358 c.p.p., dal dovere di richiedere l'archiviazione, dalla legittimazione a proporre la domanda di revisione.

È verosimile che proprio in ragione del mezzo individuato (solo ricorso per cassazione) e dei motivi di ricorribilità, l'atto sarà limitato alla deduzione della sola violazione della legge³. Appare difficile, benché non possa essere del tutto escluso, che l'organo d'accusa devolva il controllo sulla motivazione della sentenza o sulla mancata assunzione di una prova decisiva.

L'esclusione dell'appellabilità della sentenza di condanna alla sola ammenda è stata estesa "in ogni caso" (dunque anche per la sentenza emessa a seguito di abbreviato)⁴ alla sentenza di proscioglimento relativa alle contravvenzioni punite con una pena dell'ammenda o con una pena alternativa (art. 593, comma 3, c.p.p.). L'intervento, si legge nella Relazione di accompagnamento, si giustifica ed appare del tutto ragionevole, anche in considerazione della limitata gravità delle fattispecie contravvenzionali, punite con sanzione non detentiva e dello scarso allarme sociale che da esse deriva.

Sotto tale profilo, la previsione è stata coordinata con la modifica introdotta dalla l. n. 103 del 2017 che ha ripristinato l'appello nei confronti della sentenza di non luogo a procedere (art. 428 c.p.p.), attraverso l'inserimento di un comma 3 *quater*, ove si prevede

³ Nel senso che il pubblico ministero abbia la facoltà di impugnare a favore dell'imputato non solo in presenza di una violazione di legge ma anche «laddove la decisione presenti dei profili di ingiustizia cagionati da un *error facti*» v. M. GIALUZ, *Il ricorso straordinario per cassazione*, Giuffrè, 2005, p. 309; diversamente, nel passato, M. MASSA, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, Giuffrè, 1969, p. 92. Quanto alla giurisprudenza che pare richiedere solo la concretezza e l'attualità: cfr., per tutte, Cass., Sez. Un., 25 giugno 2009, p.m. in c. D.M.E., in CED 244110; Cass., Sez. Un., 24 marzo 1995, p.m. in c. Boido, in CED 202018.

⁴ Trattasi dell'innesto operato in accoglimento delle osservazioni formulate dalla Commissione giustizia del Senato.

che sono inappellabili le sentenze di non luogo a procedere relative a contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda o con pena alternativa.

Per quanto attiene alla legittimazione soggettiva ad appellare il legislatore per un verso introduce un nuovo art. 593 *bis* c.p.p., per un altro, interpola la previsione all'interno del comma 1 dell'art. 570 c.p.p.

Così, con riferimento all'appello, si precisa che, nei casi consentiti, la legittimazione ad appellare contro le sentenze del giudice per le indagini preliminari, della corte d'assise e del tribunale spetta al procuratore della repubblica e che il procuratore generale presso la Corte d'appello può proporre appello soltanto nei casi di avocazione o nel caso in cui il procuratore abbia prestato acquiescenza al provvedimento. Anche in questo caso la previsione è stata raccordata con l'appello delle sentenze di non luogo, attraverso il richiamo dell'art. 593 *bis*, comma 2, c.p.p. da parte dell'art. 428, comma 1, lett. a), c.p.p.

Dovrà conseguentemente ritenersi che la previsione troverà operatività anche nel caso del ricorso *per saltum* (art. 569 c.p.p.) e che nel caso di decisione inappellabile la legittimazione spetterà solo al procuratore generale, unico legittimato al ricorso per cassazione nei confronti delle sentenze pronunciate in grado di appello.

Assegnata l'appellabilità al Procuratore Generale solo nel caso d'inerzia del procuratore della Repubblica, al fine di rendere funzionale il rapporto tra le due procure, per un verso, viene abrogato l'art. 166 disp. att. c.p.p. ove si prevedeva che "Qualora non sia stata proposta impugnazione da parte del procuratore generale, l'appello dell'imputato è comunicato anche al procuratore generale agli effetti dell'articolo 595 del codice", per altro verso, si è inserito l'art. 166 *bis* disp. att. c.p.p., prevedendo la promozione di intese o di altre forme di coordinamento tra i due uffici di procura. La previsione dovrebbe servire, soprattutto, a coordinare i due uffici in caso di diverse opinioni sui contenuti dell'appello.

Sempre al tema della legittimazione soggettiva va ricondotta la disciplina dell'appello incidentale. In attuazione della delega, interpretata in questi termini, si prevede che l'appello incidentale sia proponibile soltanto dall'imputato entro quindici giorni da quello in cui ha avuto notizia dell'appello principale del p.m. ai sensi dell'art. 584 c.p.p. Viene così esclusa la possibilità per il pubblico ministero di presentare l'appello incidentale. Naturalmente, la rinuncia dell'imputato all'appello incidentale non farà venir meno l'appello principale del p.m., con conseguente inoperatività del divieto della *reformatio in peius*, veicolando, quindi, i due gravami verso il rimedio del concordato, se ne ricorrono le condizioni (artt. 599 *bis* e 602 c.p.p.).

Altre possibili letture della delega in materia, pur prospettabili, sono state, dunque, escluse, ed è stata affidata al riformato art. 595, comma 3 c.p.p. la possibilità per l'imputato, non appellante, perché non legittimato, di presentare al giudice, con il deposito in cancelleria, entro quindici giorni dalla notificazione dell'impugnazione, presentata dalle altre parti, memorie e richieste scritte.

Si tratta indubbiamente di una previsione diversa da quella prevista all'art 121 c.p.p., come conferma la stessa Relazione al testo, che rende evidente l'intento teso al rafforzamento della dialettica processuale rispetto all'impugnazione delle altre parti, ed il conseguente dovere del giudice di fornire adeguate risposte alle richieste e

osservazioni prospettate, così da aprire la strada all'eventuale ricorso in cassazione, secondo quanto già consentito da Cass. Sez. Un., 30 ottobre 2003, n. 45276, Andreotti.

3. Le impugnazioni delle decisioni relative ai reati di competenza del giudice di pace.

Prendendo spunto dal comma 84, lett. f), della legge delega, il testo normativo interviene anche in materia di impugnazioni delle sentenze del giudice di pace, sia delle sentenze del giudice ordinario che si pronuncia su reati di competenza del giudice di pace, giudicati per connessione.

Segnatamente, è pacifico che il p.m. possa appellare le sentenze di condanna solo quando sia applicata una pena di specie diversa da quella pecuniaria (art. 36 d.lgs. 274/2000).

Fermo restando quanto stabilito dalle Sezioni Unite, in tema di legittimazione del procuratore generale⁵, troverà operatività la nuova disciplina dei rapporti tra i due uffici di cui all'art. 593 *bis* c.p.p.

Resta ferma anche l'inappellabilità da parte del p.m. della sentenza di proscioglimento (art. 36 d.lgs. n. 274/2000).

In caso di sentenza pronunciata in grado d'appello dal tribunale in composizione monocratica, il ricorso sarà proponibile solo per violazione di legge (art. 39 *bis* d.lgs. n. 274/2000). Per le decisioni pronunciate in sede ordinaria per reati di competenza del giudice di pace si prevede che la sentenza d'appello sia ricorribile solo per violazione di legge (art. 606 comma 2 *bis*, c.p.p.).

4. L'agevolazione della progressione processuale.

In linea con la filosofia che, ispirata al superamento della separazione delle fasi processuali, tende a garantire la loro interconnessione, il nuovo provvedimento inserisce tra le disposizioni di attuazione del codice di rito l'art. 165 *bis* in cui si prevede che il giudice *a quo* trasmetta al giudice *ad quem* un distinto allegato formato a seguito della presentazione dell'atto di impugnazione contenente: i nominativi dei difensori di fiducia o d'ufficio, con l'indicazione della data di nomina, le dichiarazioni o le elezioni o le determinazioni dei difensori domiciliari con l'indicazione della relativa data, i termini di prescrizione relativi a nuovi reati, con indicazioni degli atti interruttivi, delle cause di sospensione, di eventuali dichiarazioni e di rinuncia alla prescrizione, i termini di scadenza delle misure cautelari in atto, con indicazione del momento iniziale, di eventuali sospensioni o proroghe.

Come si comprende, si tratta di informazioni che unite agli atti di cui all'art. 590 c.p.p., sono finalizzate ad assicurare la razionalizzazione, le sinergie e l'efficienza nelle fasi preparatorie dei giudizi, evitando il rischio di invalidità degli atti, di perdita di

⁵ Cass. Sez. Un., 31.5.20015, n. 22531, P.G. c./C.L.

efficacia dei provvedimenti, di ritardi o stasi processuali agevolmente superabili con un'ordinata organizzazione.

Con specifico riferimento al ricorso per cassazione, la cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, trasmetterà – se già non contenuti negli atti trasmessi – anche copia di quelli indicati dal ricorrente *ex art.* 606, comma 1, c.p.p., ovvero la loro mancanza.

Come anticipato, si tratta di un elemento che trova precisi riscontri nella stessa l. n. 103 del 2017 e che si sta rafforzando di ulteriori indicazioni.

Il riferimento, qui solo anticipato, va alle modifiche di cui agli artt. 546 e 581 c.p.p. in relazione alla struttura della sentenza ed alla forma che deve – correlativamente – assumere l'atto di impugnazione. È di tutta evidenza la saldatura dei due atti: nato, il primo, per definire la fase di cognizione, dando contezza di tutti gli elementi connessi al suo sviluppo, ai presupposti ed ai contenuti decisori, il secondo è teso a definire l'oggetto delle critiche alla pronuncia e le conseguenti richieste, così da aprire l'ambito e l'oggetto della successiva fase di controllo⁶.

Non casualmente, ancorché non sia stata formalizzata nel testo definitivo della l. n. 103 del 2017 va segnalata la proposta di far dichiarare l'inammissibilità del gravame nei casi definiti oggettivi da parte del giudice *a quo*. Del dato resta, tuttavia, traccia nell'art. 591, comma 5-bis c.p.p. che, per gli stessi casi prevede, per il ricorso in cassazione, un *iter* caratterizzato dalla mancanza di formalità di procedura (art. 610, comma 5-bis c.p.p.).

Ancor più significativo risulta quanto deciso dalle Sez. un. 17 febbraio 2107, Amato ove la Cassazione ha affermato che nel fascicolo per il dibattimento formato ai sensi dell'art. 431 c.p.p. devono essere inseriti gli atti relativi alla notifica all'imputato dell'avviso per l'udienza preliminare al fine di agevolare i poteri di ufficio del giudice di rilevare nullità insanabili e garantire, in tal modo, la durata ragionevole del processo, anche perché la tassatività dell'art. 431 c.p.p. attiene soltanto agli atti di indagine con valenza probatoria.

Il valore di questa indicazione non è infatti inquadrabile tra gli *obiter dicta*, ove si consideri che il punto è stato oggetto di puntuale massimazione, ancorché la questione di diritto rimessa alle Sezioni Unite fosse quella relativa alla tipologia della nullità derivante dall'invalida notificazione all'imputato dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare.

⁶ Sul punto, v., fra i molti, G. DI PAOLO, *L'art. 546 comma 1 lett. e: verso un nuovo modello normativo di motivazione "in fatto" della sentenza penale*, in AA.VV., *Le recenti riforme in materia penale*, cit., 241 ss.; P. MAGGIO, *Le modifiche alle forme dell'impugnazione*, in AA.VV., *Le recenti riforme in materia penale*, cit., 241 ss.; R. MAGI, *Il nuovo modello legale della sentenza di primo grado*, in AA.VV., *La riforma della giustizia penale*, cit., 205 ss.; A. MARANDOLA, *Il mutato (aggravato) contenuto dell'atto d'impugnazione e la sua inammissibilità*, in *Giur. it.*, 2017, 2284; C. VALENTINI, *Nuove forme dell'impugnazione*, in AA.VV., *La riforma della giustizia penale*, cit., 216 ss.

5. Le disposizioni introdotte dalla l. n. 103 del 2017: primi dubbi interpretativi.

Come premesso, una parte – anche significativa – della riforma è contenuta nella l. n. 103 del 2017 ed è applicata dal 3 agosto 2017⁷.

Il primo profilo, come anticipato, riguarda le implicazioni della riforma degli artt. 546 e 581 c.p.p.

Con la prima previsione, si è disciplinata la struttura della sentenza, in modo da fornire una lettura articolata e completa delle questioni affrontate nel giudizio. Così, oltre agli elementi tradizionali dell'interazione dell'autorità procedente, delle generalità dell'imputato e delle parti private, dell'imputazione, delle conclusioni delle parti, del dispositivo con l'indicazione delle norme applicate, della data e della sottoscrizione del giudice, la decisione si struttura attraverso l'esposizione dei motivi di fatto e di diritto posti a supporto della decisione, con l'indicazione dei risultati raggiunti, dei criteri adottati nella valutazione delle prove, delle ragioni per le quali non sono state ritenute attendibili le prove contrarie. Ma, al di là di tali aspetti, la vera novità è data dalla configurazione dei punti della decisione. Questi ultimi riguardano l'accertamento dei fatti e delle circostanze di cui all'imputazione e la loro qualificazione giuridica, la punibilità e la quantificazione della pena; la responsabilità civile, l'accertamento dei fatti dai quali dipende l'applicazione delle norme processuali.

Si tratta delle stesse questioni sulle quali ai sensi dell'art. 527 c.p.p. si articola la deliberazione collegiale.

In altri termini, la riferita struttura rappresenta il terminale delle vicende che si sono evidenziate nella fase dibattimentale, prima, e decisoria, poi, di cui la sentenza costituisce la rappresentazione, in modo da fornire alle parti, ma non solo – considerato che la sentenza è emessa nel “nome del popolo italiano” – una lettura completa dell'*iter* procedimentale e delle premesse della sintesi decisoria.

A questo elemento si raccorda, così da effettuarne una funzionale saldatura, la nuova disciplina della forma che deve assumere l'impugnazione (art. 581 c.p.p.).

Anche in questo caso, a parte i tradizionali elementi della indicazione del provvedimento impugnato, dalla sua data, di quella del giudice che l'ha emesso, devono essere specificamente indicati – pena l'inammissibilità dell'atto – i capi e i punti oggetto del gravame, le prove di cui si sostiene l'inesistenza, l'omessa assunzione, l'omessa o l'erronea valutazione, le richieste anche istruttorie, i motivi, con le argomentazioni in fatto e in diritto a supporto di ogni richiesta.

La legge non si limita, tuttavia, ad affinare e strutturare meglio i tratti essenziali dell'atto d'impugnazione ovvero a configurare meglio la necessaria correlazione fra i capi e punti impugnati, le richieste e i motivi, ma introduce dei temi e regole nuove in materia di ammissibilità dell'impugnazione.

In termini generali, la razionalizzazione e la semplificazione della procedura impugnatoria è perseguita, da un lato, stabilendo direttamente all'art. 581 c.p.p. la

⁷ Cfr., fra i tanti contributi, M. GIALUZ, *Le impugnazioni*, in M. GIALUZ - A. CABIALE - J. DELLA TORRE, [Riforma Orlando](#), cit., 22 ss.

previsione, finora contenuta all'art. 591 c.p.p., dell'inammissibilità dell'atto (trasformando, così, l'inammissibilità per mancanza di motivi, in una inammissibilità per carenza di specificità dei motivi medesimi), dall'altro lato, indicando che la specificità investe tutti i menzionati requisiti formali (*rectius*, sostanziali) dell'atto d'impugnazione. Non solo, quindi, le ragioni di diritto e agli elementi di fatto che sorreggono ciascuna richiesta, ma anche l'individuazione dei capi e dei punti di sentenza, posto che è onere dell'impugnante delimitare con esattezza i confini dell'oggetto del gravame, come pure le richieste, anche istruttorie.

Sicuramente, il *novum* della riforma è rappresentato dal fatto che dovranno essere enunciate (specificamente) pure «le prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione» (lett. b), mentre l'elenco delle richieste dovrà includere (sempre specificamente) anche quelle «istruttorie» (lett. c), che costituiranno un vincolo anche per il pubblico ministero ai sensi dell'art. 603, comma 3-bis c.p.p.⁸

Sotto tale profilo la nuova previsione, retaggio dell'originario progetto volto a configurare l'appello quale mezzo d'impugnazione a critica vincolata⁹, svolge, certamente, quell'essenziale funzione di filtro delle impugnazioni imponendo all'impugnante – a pena d'inammissibilità (e non più a pena di rigetto del motivo) – che adduca un difetto probatorio, l'elencazione della prova e la puntuale indicazione del tipo di vizio denunciato. L'onere, già imposto dal punto di vista logico-strutturale, si fa, dunque, più serrato, ergo, più specifico proprio rispetto alla sentenza di cui si chiede il controllo.

I nuovi motivi d'impugnazione in materia di prova palesano, dunque, neppure troppo velatamente come l'accesso al giudizio di controllo sia divenuto cosa seria e meditata, e, più in generale, lascia emergere come il semplice *maquillage* della forma dell'impugnazione finisce per introdurre, “fra le righe”, ciò a cui, in verità, si è rinunciato.

Ad ogni buon conto, appare evidente il legame con quanto disposto dall'art. 546 c.p.p. appena citato. Invero, la previsione dovrebbe consentire innanzitutto al giudice dell'impugnazione d'individuare agevolmente i capi e i punti della decisione; in secondo luogo, appare agevole indicare le carenze probatorie della decisione e le conseguenti o nuove richieste istruttorie¹⁰.

Il nervo scoperto della previsione è legato alla specificità dei motivi d'impugnazione¹¹ che, per un verso, si configurano nei temi di critica alla sentenza relativamente a quanto deciso ovvero a quanto non deciso con la stessa, per l'altro, in relazione a quanto si richiede al giudice del gravame, con riferimento alle argomentazioni in fatto e in diritto.

⁸ Così, C. VALENTINI, *Nuove forme dell'impugnazione*, in AA.VV., *Le riforma della giustizia penale*, cit., 216.

⁹ Su tale aspetto e l'intero iter del d.d.l., v., per tutti, M. BARGIS, [L'ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel d.d.l. n. 2798 approvato dalla Camera dei Deputati](#), in questa Rivista, 19 ottobre 2015.

¹⁰ V., volendo, già A. MARANDOLA, *Il mutato (aggravato) contenuto dell'atto d'impugnazione*, cit., 2286.

¹¹ Come osserva M. CERESA GASTALDO, [La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2017, p. 169, “la nuova norma lascia immutata la sostanza del problema”.

In altri termini, il concetto di specificità è una nozione alla quale non può non essere sotteso un metro valutativo dotato di non poca elasticità, ma che, comunque, dovrebbe essere messo in relazione, per la parte di critica alla sentenza, con il grado di specificità della sua motivazione.

Com'è noto prima dell'entrata in vigore di questa disciplina, ma facendo riferimento alla futura riforma della motivazione e della forma dell'impugnazione, la questione della "specificità" dei motivi di appello è stata oggetto di una pronuncia delle Sezioni Unite, chiamate a definire un contrasto che si era prospettato in materia.

In seno alla giurisprudenza era presente un contrasto relativamente alle esigenze di specificità dei motivi di appello rispetto a quelli del ricorso per cassazione. Per un verso, si affermava che la specificità che caratterizza i motivi di appello deve essere intesa alla luce del principio del *favor impugnationis*, in virtù del quale, in sede di appello, l'esigenza di specificità del motivo di gravame ben può essere intesa e valutata con minor rigore rispetto al giudizio di legittimità, anche alla luce della differente configurazione strutturale dei due giudizi (artt. 597 e 609 c.p.p.).

Per un altro verso si riteneva che la specificità dei motivi riguardasse anche il giudizio d'appello, pur nella loro diversità, alla stregua di quelli del giudizio di legittimità. Le Sezioni Unite intervenendo sul punto, richiamandosi anche all'analoga disciplina valevole in sede civile, hanno affermato che l'appello (al pari del ricorso per cassazione) è inammissibile per difetto di specificità dei motivi quando non risultano esplicitamente enunciati e argomentati i rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della sentenza impugnata¹². Più di recente, sul punto sono intervenute anche le SS.UU. civili, le quali con la sentenza 16.11.2017, Miccoli, hanno diversamente affermato che l'impugnazione deve contenere una chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati della sentenza impugnata e, con essi delle relative doglianze, affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice. Resta, tuttavia, escluso, in considerazione della permanente natura di *revisio prioris instantiae* del giudizio d'appello, il quale mantiene la sua diversità rispetto alle impugnazioni a critica vincolata, che l'atto di appello debba rivestire forme sacramentali o che debba contenere la redazione di un progetto di decisione alternativo, da contrapporre a quella di primo grado.

Invero, la sentenza Cass., SS.UU., Galtelli, si presta a numerose critiche soprattutto nella misura in cui omologa in relazione ai motivi ed alla loro specificità, il giudizio d'appello con quello di cassazione. Come emerge con chiarezza dall'art. 597 c.p.p., la domanda d'appello, attraverso i motivi devolve al giudice la cognizione ampia della materia relativa al punto oggetto del gravame, mentre ai sensi dell'art. 609 c.p.p. il giudizio di Cassazione coinvolge direttamente il motivo dedotto. Il giudizio d'appello, aperto ad una varietà di possibili motivi, si differenzia da quello di Cassazione, vincolato

¹² Cass., SS.UU., 27.10.2016, Galtelli. Per un commento, v., per tutti, H. BELLUTA, [Inammissibilità dell'appello per genericità dei motivi: le Sezioni unite tra l'ovvio e il rivoluzionario](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, 134 ss.; A. MUSCELLA, *Ammissibilità dell'atto di appello e difetto di specificità dei relativi motivi*, in *Arch. pen.*, 2017, 1, 1 ss.; nonché, volendo, A. MARANDOLA, *A proposito della specificità dei motivi di appello*, in *La difesa penale*, 2016, n.1, 18.

da un numero circoscritto di motivi. Invero, il giudizio d'appello, come evidenziato con chiarezza dalle SS.UU. civili Miccoli non costituisce un preliminare giudizio di ammissibilità del gravame, quanto una domanda suscettibile di aprire una verifica sul merito della decisione.

6. (Segue) Il concordato in appello.

Il secondo profilo toccato dalla l. n. 103 del 2017 ha riguardato la reintroduzione del concordato in appello con rinuncia ai (residuali) motivi. Com'è noto, si tratta di un meccanismo molto controverso, oggetto di forti contrapposizioni teoriche e pratiche.

Ha nuociuto e nuoce, se non correttamente compresa, alla presenza della previsione una sua – sicuramente errata – assimilazione all'applicazione della pena su richiesta, dovendosi, invece, riconoscere che si tratta di percorsi profondamente diversi.

In primo luogo, la Corte d'appello provvede in camera di consiglio qualora le parti, anche in conseguenza di una rinuncia, ne facciano richiesta, dichiarando di concordare sull'accoglimento, in tutto o in parte, dei motivi di appello, con rinuncia agli altri eventuali motivi. Qualora i motivi di cui si chiede l'accoglimento siano suscettibili di determinare una nuova pena, il p.m. e l'imputato e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria, indicano al giudice anche la pena convenuta.

Nell'eventualità in cui il giudice ritenga di non accogliere le richieste delle parti, ordina la citazione a comparire a dibattimento e si avvia la fase pubblica, posto che la richiesta e la rinuncia perdono efficacia, ma non è preclusa la loro riproposizione e, dovrebbe ritenersi, anche una nuova proposta di pena concordata.

Dovrebbe, peraltro, ritenersi che non sia necessario passare per il primo percorso, per poter approdare al secondo, anche se è verosimile un diverso orientamento degli uffici del pubblico ministero.

Il timore di una deriva indulgenziale, favorita dall'autonomia dei pubblici ministeri in udienza, evidenziata da alcuni episodi della prassi, contrapposto alla volontà di reintrodurre un meccanismo non premiale, ma sicuramente deflattivo, ha condotto il legislatore ad una soluzione che reintroducendo il concordato ne ridefinisce il perimetro applicativo. Si è così previsto innanzitutto che il concordato non opera per i reati di cui all'art. 51, comma 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p., nonché per i procedimenti di cui agli artt. 600 *bis*, 600 *ter*, primo, secondo, terzo e quarto comma, 600 *quater*, secondo comma, 600 *quater* 1, relativamente alla condotta di produzione e commercio di materiale pornografico, 600 *quinquies*, 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater* e 609 *octies* c.p., nonché per i procedimenti nei confronti di coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, per professione o per tendenza (art. 599 *bis*, comma 2, c.p.p.).

In secondo luogo, si è stabilito che, ferma l'autonomia del singolo magistrato (art. 53, comma 1, c.p.p.), il procuratore generale presso la Corte d'appello, sentiti i magistrati del suo ufficio e i procuratori della repubblica del distretto, indichi i criteri ai quali i pubblici ministeri debbano orientarsi nella loro valutazione, tenuto conto della tipologia dei reati e della complessità dei procedimenti (art. 599 *bis*, comma 4, c.p.p.).

Non può negarsi che queste previsioni suscitino non poche perplessità¹³. Invero, non si coglie la *ratio* dell'esclusione delle riferite ipotesi delittuose, considerata la non premialità del rito, l'impropria omologazione con l'applicazione della pena a richiesta e la possibilità che per quei reati sia stato celebrato il rito abbreviato, con conseguente abbattimento della pena.

L'equivoco con l'applicazione della pena prosegue anche in fase di ricorso per cassazione ove si prevede una procedura, senza formalità, per la eventuale declaratoria di inammissibilità del ricorso, che se potrebbe giustificarsi per la sentenza per la quale sono specificati i motivi di ricorso, non trova fondamento per la sentenza concordata, per la quale i motivi non sono fissati per legge, anche in considerazione del fatto che a differenza dell'applicazione della pena a richiesta, il concordato non sana le invalidità, almeno quelle rilevabili d'ufficio.

Non appaiono neppure fondate le argomentazioni per le quali si escluderebbe il concordato configurato come patteggiamento tardivo e neppure quelle per le quali si vorrebbe "sanzionare" chi potendo patteggiare o chiedere il giudizio abbreviato non lo ha fatto, ovvero avendo già ottenuto l'abbattimento della pena per il rito contratto, non dovrebbe godere di ulteriori sconti di pena.

Parimenti non si coglie il senso del generico riferimento alla tipologia dei reati ed alla complessità dei procedimenti, con il rischio di richiedere in caso di processi cumulativi la concessione del concordato solo se richiesto da tutti gli imputati. Se con la riferita concertazione si possano evitare singole prese di posizione dei sostituti, suscita perplessità la differenziazione dei protocolli tra le diverse procure generali del Paese, spesso ispirate a regole diversificate.

7. (Segue) Le diversificate ricostruzioni sulla disciplina della rinnovazione dibattimentale.

L'ulteriore profilo sul quale è intervenuta la l. n. 103 del 2017 è stato quello relativo alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale¹⁴: attraverso l'inserimento del comma 3 *bis* nell'art. 603 c.p.p., si è previsto che "nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale".

¹³ V., per tutti, N. PASCUCCI, [Il ritorno del concordato sui motivi di appello tra esigenze processuali e timori di malfunzionamento](#), in questa Rivista, fasc. 11/2017, p. 31 ss.; nonché, A. MACCHIA, [Le novità dell'appello: rinnovazione dell'appello, concordato sui motivi](#), in questa Rivista, 9 novembre 2017.

¹⁴ Al riguardo v., L. LUPÀRIA - H. BELLUTA, [Ragionevole dubbio ed etica del sistema: quando l'immediatezza non serve?](#), in questa Rivista, fasc. 12/2017, p. 89 ss.; H. BELLUTA - L. LUPÀRIA, [La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2017, p. 151 ss.; A. MACCHIA, [Le novità dell'appello: rinnovazione dell'appello, concordato sui motivi](#), cit.; A. MARANDOLA, *Il ritorno del concordato sui motivi di appello*, in AA.VV., *Le recenti riforme in materia penale*, cit., 398 ss.

Non è difficile ricondurre –seppur in parte¹⁵– questa previsione al recepimento delle notissime decisioni Corte EDU Dan c. Moldavia e Manolachi c. Romania, nonché da ultimo Corte EDU Lorefice c. Italia nelle quali si è ravvisata la violazione dell’art. 6, comma 1, Cedu, per avere i giudici di seconde cure condannato un imputato, assolto in prima istanza, attraverso la mera rivalutazione cartolare delle testimonianze raccolte in precedenza, senza passare attraverso l’assunzione dibattimentali delle medesime.

Com’è noto, queste decisioni sono state recepite dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, superando così i contrasti che si erano manifestati davanti alle Sezioni semplici del Supremo Collegio.

Si è così affermato che è affetta da vizio di motivazione *ex art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p.*, per mancato rispetto del canone di giudizio al di là di ogni ragionevole dubbio, di cui all’art. 533, comma 1, c.p.p., la sentenza di appello che, su impugnazione del pubblico ministero, affermi la responsabilità dell’imputato, in riforma di una sentenza assolutoria, operando una diversa valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, delle quali non sia stata disposta la rinnovazione a norma dell’art. 603, comma 3, c.p.p.; ne deriva che, al di fuori dei casi di inammissibilità del ricorso, qualora il ricorrente abbia impugnato la sentenza di appello censurando la mancanza, la contraddittorietà o la manifesta illogicità della motivazione con riguardo alla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, pur senza fare specifico riferimento al principio contenuto nell’art. 6, par. 3, lett. d) CEDU, la Corte di Cassazione deve annullare con rinvio la sentenza impugnata¹⁶.

Con la stessa sentenza si è altresì affermato che la previsione operi in caso di riforma della sentenza anche ai soli fini civili¹⁷ ed in caso di appello di sentenza emessa nel giudizio abbreviato¹⁸; che in caso di irreperibilità, ferma la necessità di accertarne le ragioni preclusive all’audizione, è interdetto il ribaltamento del giudizio assolutorio *ex actis*¹⁹; che prova decisiva è quella che ha determinato o anche contribuito a determinare l’assoluzione o che potrebbe determinare la condanna²⁰; che la garanzia non consente distinzioni tra le figure dei dichiaranti²¹.

L’impostazione è stata ribadita anche con specifico riferimento al giudizio d’appello nei confronti d’una sentenza emessa all’esito del giudizio abbreviato, affermando che in caso di appello del pubblico ministero contro la sentenza di proscioglimento emessa all’esito del giudizio abbreviato per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva, il giudice d’appello che riforma

¹⁵ Cfr., in senso critico sulla portata e formulazione della norma, per tutti, V. AIUTI, *Obbligo di rinnovazione e prova dichiarativa*, in AA.VV., *La riforma della giustizia penale*, cit., 249 ss.

¹⁶ Cass., SS.UU., 28.4.2016, Dasgupta, in CED, 267487.

¹⁷ Cass., SS.UU., 28.4.2016, Dasgupta, in CED, 267489.

¹⁸ Cass., SS.UU., 28.4.2016, Dasgupta, in CED, 267487.

¹⁹ Cass., SS.UU., 28.4.2016, Dasgupta, in CED, 267490.

²⁰ Cass., SS.UU., 28.4.2016, Dasgupta, in CED, 267491.

²¹ Cass., SS.UU., 28.4.2016, Dasgupta, in CED, 267488.

la sentenza impugnata deve disporre l'esame delle persone che hanno reso tali dichiarazioni²².

La nuova formula solleva più di un problema applicativo: oltre al mancato richiamo a soggetti diversi dal pubblico ministero (si pensi alla parte civile), per i quali è dubbio che la norma possa operare, suscita perplessità, dopo l'eliminazione dell'inopportuno richiamo alla decisività della prova (requisito verificabile, peraltro, solo *ex post*), il richiamo all'"attinenza" dei motivi alla valutazione della prova dichiarativa, di cui andrà ricostruito l'esatto significato, visto il carattere eccezionale della norma.

Al di là dei dubbi di costituzionalità sollevati nei confronti del nuovo comma 3 *bis* dell'art. 603 c.p.p.²³, superabili ritenendo, da un lato, che la rinnovazione ai sensi dell'art. 581 c.p.p. riformato debba essere oggetto di uno specifico motivo d'appello del p.m., dall'altro lato, che il giudice possa argomentare la riforma sulla base di altri elementi, nonché ritenere la prova dichiarativa non rilevante, va sottolineato che – come si dirà in relazione al rito abbreviato ed alle situazioni non connesse – l'impostazione delle Sezioni Unite non ha trovato piena condivisione. Sotto questo profilo, da ultimo, Cass., Sez. II, 26.09.2017, n. 55068, ha escluso la violazione dell'art. 603 c.p.p. in quanto le prove dichiarative alla base sia dell'assoluzione che del suo ribaltamento, sono state acquisite nella dimensione cartolare all'esito dell'incidente *ex art.* 500, comma 4, c.p.p.²⁴.

Da ultimo, non condividendo l'impostazione delle Sezioni Unite è stata rimessa al Collegio Riunito la seguente questione: "Se nel processo con rito abbreviato, relativo a delitti aggravati *ex art.* 7 D.L. 152/1991, la condanna in appello di imputati assolti in primo grado, fondata sulla rivalutazione di elementi già presenti agli atti (intercettazioni) e sulla rinnovazione parziale del dibattimento, attraverso l'esame di due collaboratori di giustizia che hanno fornito informazioni su dati di contesto, comporti la necessità di procedere all'esame delle persone offese che hanno fornito informazioni su dati di contesto, comporti la necessità di procedere all'esame delle persone offese che hanno sporto denuncia in ordine ai fatti incriminati, in conformità del principio di diritto espresso dalle SS.UU. Patalano, ovvero se tale principio non risulti superato alla luce del nuovo comma 3 *bis* dell'art. 603 c.p.p., introdotto dalla L. 23.06.2017, n. 103, norma che sembrerebbe escludere l'obbligo di rinnovare le prove cartolari, contemplando soltanto la necessità di far rivivere l'oralità dell'assunzione,

²² Cass., SS.UU., 19.1.2017, Patalano, n. 18620; in precedenza, peraltro, già Cass., SS.UU., 28.04.2016, Dasgupta, cit. Per tutti, H. BELLUTA - L. LUPÀRIA, [Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà?](#), in questa Rivista, 8 maggio 2017; E. LORENZETTO, [Reformatio in peius in appello e processo equo \(art. 6 CEDU\): fisiologia e patologia secondo le Sezioni Unite](#), ivi, 5 ottobre 2016.

²³ Al riguardo, v., soprattutto, V. AIUTI, *Obbligo di rinnovazione e prova dichiarativa*, in AA.VV., *La riforma della giustizia penale*, cit., 255 ss. Sul nuovo contenuto cfr., anche, P. BRONZO, *La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, in AA.VV., *Le recenti riforme in materia penale*, cit., 409 ss.

²⁴ V., da ultimo e per tutti, V. AIUTI, *Rinnovazione del dibattimento e «provata condotta illecita»*, in *Giur. it.*, 2018, in corso di pubblicazione.

tenendo conto anche della recente pronuncia della Corte EDU nel caso Fomataro c/o Italia che ha ribadito la compatibilità del giudizio abbreviato con la CEDU²⁵.

Dovrebbe, invece, escludersi che la stessa regola operi nel caso in cui sia richiesto il proscioglimento a fronte di una sentenza di condanna²⁶: a differenza dell'altra ipotesi, governata dalla regola del "dubbio ragionevole", in questo caso opera la presunzione di innocenza.

Non sono, peraltro, mancate posizioni contrarie²⁷. Va, infatti, affermato che quanto sostenuto dalla sentenza Patalano, nel caso di assoluzione in appello di una sentenza di condanna, il giudice di secondo grado deve rinnovare la prova testimoniale della persona offesa, allorché, costituendo prova decisiva, intenda valutare diversamente l'attendibilità, a meno che tale prova risulti travisata, per omissione, invenzione o falsificazione²⁸.

La questione è stata risolta dalle Sezioni Unite²⁹ affermando che nell'ipotesi di riforma in senso assolutorio di una sentenza di condanna, il giudice d'appello non ha l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale mediante l'esame dei soggetti che hanno reso dichiarazioni ritenute decisive ai fini della condanna in primo grado. Tuttavia, il giudice d'appello (previa, ove occorra, rinnovazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva ai sensi dell'art. 603 c.p.p.) è tenuto ad offrire una motivazione puntuale e adeguata della sentenza assolutoria, dando una razionale giustificazione della difforme conclusione adottata rispetto a quella del giudice di primo grado.

Sullo sfondo rimane, invece, ancora aperta l'analoga questione nel caso in cui il giudizio di primo grado si sia concluso con il rito abbreviato "secco"³⁰, o abbia trovato applicazione l'art. 190-bis c.p.p. o, più in generale, la prova non sia stata (precedentemente) assunta in dibattimento (elemento deducibile, per taluni, dal richiamo al concetto della "rinnovazione").

A queste decisioni, ispirate ad una "lettura" restrittiva del comma 3 bis dell'art. 603 c.p.p., in punto di rinnovazione di prove cartolari acquisite, in prima istanza, deve ritenersi sottesa la finalità di evitare il rischio di un'implosione dei giudizi d'appello, con forte pregiudizio della "tenuta del sistema", non solo del giudizio di secondo grado.

²⁵ Al riguardo, v. G. DUCOLI, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello dopo la riforma Orlando. Verso un "secondo-primo" giudizio di merito?*, in *Legisl. Pen. on line*, 21 dicembre 2017; per un commento v. E. RIZZATO, *Il rito abbreviato sotto la lente della Corte Europea dei diritti dell'uomo. La decisione Fomataro c/o Italia* (19 ottobre 2017), in *Quest. Giust. On line*, 10 novembre 2017.

²⁶ Cass., Sez. III, 7.06.2016, G.P.M., in CED, 267931; Cass., Sez. IV, 20.12.2016, Mangano, in CED, 268948.

²⁷ Cass., Sez. II, 20.6.2017, n. 41571, P. m. in proc. I.F. e altri.

²⁸ *Adde*, Cass., Sez. II, 24.04.2014, Pipino, CED 260071

²⁹ Cass., SS.UU., 21.12.2017, P.m. in proc. Troise.

³⁰ Ancora, per tutti, V. AIUTI, *Obbligo di rinnovazione e prova dichiarativa*, in AA.VV., *La riforma della giustizia penale*, cit., 259 ss. Cfr., da ultimo, anche G. LEO, [*Nuove risposte della giurisprudenza di merito sulla rinnovazione "obbligatoria" dell'istruzione in appello*](#), in questa Rivista, fasc. 2/2018, p. 205 ss.

8. Alcune specificazioni sui motivi del ricorso in Cassazione.

La l. n. 103 del 2017, nel più ampio contesto della ridefinizione dei motivi del ricorso per cassazione, prevede che nel caso della conferma della sentenza di proscioglimento (c.d. doppia conforme) il pubblico ministero possa proporre ricorso solo per violazione di legge [art. 606, lett. a) b) c) e d) c.p.p.]. La previsione è confermata anche da quanto previsto dall'art. 428 c.p.p. Analoghe previsioni operano anche per i ricorsi nei confronti delle sentenze emesse in appello dal tribunale nei confronti delle sentenze del giudice di pace e delle sentenze relative ai reati di competenza del giudice di pace giudicati per concessione dei giudici ordinari.

Come anticipato, si prospetta problematica, forse frutto della permanente omologazione della sentenza emessa a seguito di concordato con quella di applicazione della pena su richiesta, la previsione della declaratoria, senza formalità, della procedura dell'inammissibilità dei ricorsi nei confronti della sentenza emessa all'esito degli artt. 599-*bis* e 602 c.p.p.: non essendo precisati i motivi del ricorso che potranno essere attivati, in presenza delle condizioni, sicuramente non tutte applicabili, previste dall'art. 606 c.p.p.

9. Conclusioni.

Le riflessioni svolte, soprattutto nella parte a regime, evidenziano le prime difficoltà applicative legate a resistenze "culturali" peraltro meno evidenti rispetto ad altre previsioni (art. 124 c.p.p.) ovvero relativamente a norme addirittura del tutto volutamente eluse (art. 412 c.p.p.).

L'appello, almeno, non sconta, a differenza di altre previsioni (dibattimento a distanza; intercettazioni; prescrizione) la nuova tecnica di approvare la legge e differirne gli effetti.

È quindi possibile tentare di sviluppare qualche prima riflessione. Per quanto attiene al tema della legittimazione si lascia apprezzare – se reggerà alle (certe) eccezioni di legittimità costituzionale- la nuova configurazione della titolarità degli uffici del pubblico ministero, impostata – in linea con alcuni passaggi della motivazione di C. cost. n. 85/2016 che ha censurato la legge Pecorella – secondo una visione di effettività delle istanze accusatorie.

Ampia perplessità solleva, come anticipato, l'interpretazione delle Sezioni Unite penali Galtelli sulla specificità dei motivi d'appello, lasciandosi chiaramente preferire l'impostazione delle Sezioni Unite civili Miccoli, ma soprattutto forti riserve sono evidenziate nei confronti delle prassi tese a istituire uffici spoglio dell'ammissibilità degli appelli, nonché finalizzate a sollecitare l'autosufficienza dell'atto d'appello.

Incertezza circondano il tema della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, per le "resistenze" a recepire gli orientamenti delle Sezioni Unite Dasgupta e Patalano, non solo in relazione al rito abbreviato, ma, più in generale, relativamente alle situazioni nella quali sia mancata in primo grado l'assunzione orale della prova dichiarativa, pur non dovendosi negare gli evidenziati rischi di "sistema".

Invero, nonostante la riforma, l'appello resta ancora sospeso alla ricerca di un equilibrio – ragionevole – tra le due istanze che ne hanno sempre caratterizzato il ruolo: la funzione, più o meno stretta, di controllo e quella più o meno ampia, di un nuovo giudizio³¹.

Si tratta di evitare, da un lato, *standards* valutativi di specificità non funzionali alla verifica del merito della questione sollevata, anche in relazione alla qualità argomentativa della sentenza appellata: dall'altro, l'alterazione degli equilibri della rinnovazione della prova orale tra i gradi e le fasi.

³¹ V., già, M. CERESA GASTALDO, [La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative](#), cit., 163 ss.; P. MAGGIO, *Le modifiche alle forme dell'impugnazione*, cit., 388; R. KOSTORIS, *Le impugnazioni penali, travagliato terreno alla ricerca di nuovi equilibri*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 918 ss. In generale, sulla proposta di riforma del giudizio d'appello, M. BARGIS - H. BELLUTA, *Linee guida per una riforma dell'appello*, in M. BARGIS - H. BELLUTA, *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Torino, 2013, 283 ss.

NOVITÀ LEGISLATIVE – PROGETTI E PROPOSTE

La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione

di Emilio Dolcini

1. Il cammino verso la riforma. - A partire dal 2013 svariate leggi di riforma sono intervenute su singoli istituti del diritto penale sostanziale, del diritto penitenziario e del diritto processuale penale (misure alternative alla detenzione, custodia cautelare e altro) e su settori della legislazione complementare (*in primis*, quello degli stupefacenti) in vista di obiettivi diversi, ma in primo luogo perseguendo un doveroso ridimensionamento della popolazione penitenziaria. Al pari di quelle leggi, anche la riforma penitenziaria promossa, con lo strumento della delega al Governo, dalla legge Orlando – la l. n. 103/2017 – affonda le proprie radici nella giurisprudenza della **Corte Europea dei Diritti dell’Uomo**: in particolare nella sentenza Torreggiani, che ha bruscamente richiamato il legislatore italiano non solo a risolvere il problema del sovraffollamento carcerario, ma anche a rimodellare l’intero sistema sanzionatorio penale secondo le istanze del **principio di umanità della pena**.

In effetti, già prima che il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa dichiarasse formalmente la ‘promozione’ dell’Italia e la chiusura del fascicolo aperto con la sentenza Torreggiani – era l’8 marzo 2016 –, gli Stati generali dell’esecuzione penale avevano sostanzialmente avviato i lavori della riforma, coinvolgendo – sotto la guida autorevole di Glauco Giostra – gli esperti più qualificati, secondo una metodologia tanto encomiabile quanto innovativa.

I passaggi successivi sono stati segnati dall’approvazione della legge 103/2017, dai lavori delle commissioni ministeriali incaricate di predisporre gli schemi di decreto legislativo, dall’approvazione degli schemi di decreto da parte del Consiglio dei Ministri, avvenuta, quanto alla riforma penitenziaria (Atto del Governo n. 501), il 15 gennaio 2018, e, da ultimo (il 7 febbraio 2018), dai pareri favorevoli espressi dalle Commissioni Giustizia della Camera e del Senato.

Lungo questo percorso alcune proposte degli Stati generali sono state ridimensionate o addirittura messe da parte: tuttavia, ciò che si attende ora dal Governo è, e rimane, un provvedimento importante, in grado di dare impulso al sistema sanzionatorio penale nella direzione indicata dai principi costituzionali di umanità della pena e della rieducazione del condannato. C’è stato chi, sulle pagine di un quotidiano (*Il dubbio*), a proposito di questa riforma penitenziaria, ha parlato addirittura di un ritorno di Beccaria: mi accontenterei di richiamare Mario Gozzini, primo firmatario di una legge (la legge n. 663 del 1986) a lungo discussa, ma a mio avviso fondamentale nella faticosissima evoluzione del sistema sanzionatorio penale verso standard accettabili di civiltà.

Le pagine che seguono mirano soltanto a fornire una panoramica dello schema di decreto legislativo, limitatamente ai profili di diritto sostanziale. Nulla più che una **prima lettura**, forse non inutile, tuttavia, in considerazione degli equivoci (e talora, forse, delle manipolazioni) che si intrecciano intorno alla riforma nel corso di questa campagna elettorale.

2. Carcere, salute, rinvio dell’esecuzione della pena. - Il d.lgs. dedica il **capo I** alla “*riforma dell’assistenza sanitaria in ambito penitenziario*”.

L'art. 1 estende l'area applicativa del **rinvio dell'esecuzione** ex art. 147 co. 1 n. 2 c.p. alle ipotesi di grave infermità psichica; contemporaneamente abroga l'art. 148 c.p. (che prevede il ricovero del detenuto in OPG o in CCC, ora in REMS): una disposizione che – nonostante un importante intervento correttivo operato da tempo ad opera della Corte costituzionale, che ha imposto lo scomputo dalla pena detentiva del periodo trascorso in OPG o in CCC – non sembra destinata a lasciare rimpianti, in quanto rivolta esclusivamente a salvaguardare la funzionalità dell'esecuzione della pena, e sorda invece alle esigenze terapeutiche del condannato.

Parificata l'infermità psichica all'infermità fisica, anche in caso di infermità psichica potrà ora essere disposta – in alternativa al rinvio dell'esecuzione – la detenzione domiciliare ex art. 47 ter co. 1 ter ord. penit.

Per i condannati affetti da grave infermità psichica il d.lgs., all'art. 14 lett. b, prevede inoltre una nuova forma di affidamento in prova (inserito nell'ord. penit. all'art. 47 septies).

Laddove non risultino applicabili né misure alternative né il rinvio dell'esecuzione ex art. 147 l'espiazione della pena avverrà in apposite "sezioni per detenuti con infermità" (art. 65 ord. penit.), destinate anche ai condannati a pena diminuita per vizio parziale di mente o per cronica intossicazione da alcool, delle quali si precisa che "sono ad esclusiva gestione sanitaria" (art. 2 co. 1 lett. c).

Il d.lgs. riscrive integralmente l'art. 11 ord. penit. La nuova disposizione, nel ribadire la competenza del **servizio sanitario nazionale** all'interno degli istituti penitenziari, mira a garantire la piena attuazione dei principi contenuti nel d.lgs. 230/1999, soprattutto in relazione alla tempestività delle terapie e degli interventi (art. 1 co. 1 lett. a); per il medico che procede alla visita generale all'ingresso in istituto – al di là dell'obbligo di referto – prevede poi l'obbligo di annotare nella cartella clinica ogni informazione relativa a violenze delle quali abbia riscontrato segnali e di darne comunicazione al direttore dell'istituto e al magistrato di sorveglianza (art. 2 co. 1 lett. a): una disposizione, quest'ultima, che esprime quanto meno una doverosa consapevolezza da parte del legislatore degli abusi talora perpetrati nei confronti di chi fa ingresso in carcere.

3. Ergastolo ostativo (e altro in materia di "automatismi e preclusioni nel trattamento penitenziario"). – "Automatismi" e "preclusioni" nel trattamento penitenziario – alla cui eliminazione è dedicato il **capo III** del d.lgs., che si intitola appunto "*Disposizioni in tema di eliminazione di automatismi e preclusioni nel trattamento penitenziario*" – si collocano in antitesi rispetto alle idee di rieducazione e di individualizzazione che dovrebbero improntare il sistema sanzionatorio penale. Di qui l'impegno della riforma Orlando volto a eliminare alcuni di quei meccanismi, sia pure con molte cautele, più o meno condivisibili.

Il luogo per eccellenza delle preclusioni nel quadro del diritto penitenziario vigente è rappresentato dall'**ergastolo ostativo**: la sua eliminazione, reclamata da svariati principi costituzionali, non è stata tuttavia assunta tra gli obiettivi della riforma. Nel momento stesso in cui la l. 103/2017 chiamava il legislatore delegato ad operare una "*revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo*", la legge delega, accanto ai "*casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati*," faceva salve "*le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale*" (art. 1 co. 85 lett. e), che rappresentano il terreno di elezione dell'ergastolo ostativo.

L'art. 7 del d.lgs. conserva pertanto quella forma di ergastolo, e dunque la **preclusione assoluta** all'accesso ai benefici penitenziari e alla liberazione condizionale per i **condannati non collaboranti**, quando la condanna riguardi i reati di cui all'art. 4 bis co. 1 ord. penit.

Il d.lgs. ridefinisce tuttavia la gamma dei reati ostativi, orientandola in modo più netto sui reati associativi, accanto ai quali rimangono taluni **reati formalmente monosoggettivi**, ma

normalmente commessi nell'ambito di gruppi più o meno organizzati (riduzione in schiavitù *ex art. 600 c.p.*, tratta di persone *ex art. 601 c.p.*, prostituzione minorile *ex art. 600 bis co. 1 c.p.*, violenza sessuale di gruppo *ex art. 609 octies c.p.*).

Quanto ai **reati associativi**, si tratta di: a) associazione mafiosa (e in genere reati di mafia e di terrorismo: delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione, scambio elettorale politico-mafioso, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose); b) associazione per delinquere comune finalizzata a riduzione in schiavitù, tratta di persone, prostituzione minorile, sequestro di persone a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), delitti relativi all'immigrazione clandestina (art. 12 t.u. immigrazione); c) associazioni finalizzate al contrabbando doganale (art. 291 *quater* co. 1 t.u. doganale) o al traffico di stupefacenti (art. 74 t.u. stup.).

Alcuni reati monosoggettivi *escono* dalla previsione dell'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit., qualora non siano commessi nel quadro di un'associazione criminale: il sequestro di persona a scopo di estorsione, l'acquisto e l'alienazione di schiavi (art. 602 c.p.) e i delitti di cui all'art. 12 t.u. immigrazione. Tali delitti vengono ora collocati tra quelli che, a norma dell'art. 4 *bis* co. 3, consentono l'accesso ai benefici penitenziari *“salvo che siano stati acquisiti elementi che rivelino la sussistenza di collegamenti con organizzazioni criminali”*.

Le ipotesi di reato associativo alle quali ho fatto riferimento alle lettere *b* e *c* hanno rilevanza ostativa solo per chi abbia rivestito ruoli di particolare rilievo nell'organizzazione criminale: il nuovo testo dell'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit. richiama infatti l'art. 416 limitatamente ai co. 1 e 3, così da coinvolgere promotori e capi, ma non i meri associati; quanto alle materie degli stupefacenti e del contrabbando, la disposizione del 4 *bis* co. 1, richiamando gli artt. 74 e 291 *quater* t.u. doganale limitatamente al primo comma delle due disposizioni, dà rilievo alle condanne pronunciate per aver promosso, costituito, diretto, organizzato o finanziato l'organizzazione e non anche alle condanne per mera partecipazione.

A proposito di stupefacenti e contrabbando, nei pareri espressi dalla Commissione giustizia della Camera e da quella del Senato si chiede però al Governo di dare rilievo ostativo anche alle condanne per mera partecipazione.

Va poi sottolineata la soppressione della disposizione (art. 4 *bis* co. 3 *bis* ord. penit.) per effetto della quale la **comunicazione del procuratore nazionale antimafia** o del **procuratore distrettuale** circa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata preclude l'accesso ai benefici penitenziari. Rimane la necessità di un parere – non vincolante – del procuratore distrettuale da rendersi al magistrato o al tribunale di sorveglianza ai fini della concessione dei benefici (art. 4 *bis* co. 2 ord. penit.).

In definitiva, il ridimensionamento dell'area di applicazione dell'ergastolo ostativo prefigurato dal d.lgs. sembra modesto: i reati esclusi, in effetti, difficilmente prescindono da un'associazione criminale (né sono in grado di valutare il ruolo rivestito nella prassi dalla comunicazione del procuratore antimafia). Significativa poteva risultare la scelta di dare rilievo ai soli ruoli apicali nelle associazioni criminali diverse dall'associazione mafiosa, ma il parere delle Commissioni giustizia sembra destinato a paralizzare questa opzione del legislatore delegato.

Su piani diversi rispetto all'ergastolo ostativo, i **condannati per reati di cui all'art. 4 *bis* ord. penit.** sono poi interessati da alcune modifiche *in bonam partem* di altri istituti, come il lavoro all'esterno (art. 21 ord. penit.), i permessi premio (art. 30 *ter* ord. penit.), la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva inflitta per reati commessi in relazione a uno stato di tossicodipendenza (art. 90 t.u. stup.) e l'affidamento in prova in casi particolari (art. 94 t.u. stup.): una serie di restrizioni nella disciplina di tali istituti attualmente previste per tutti i reati di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. vengono infatti riferite ai **soli reati c.d. di prima fascia**, cioè ai soli reati dell'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit. (artt. 8, 9 e 12 d.lgs.).

Si riferisce ai condannati per reati di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. anche il nuovo art. 4 *ter*, inserito nella legge sull'ordinamento penitenziario dall'art. 7 lett. *b* del d.lgs.: sotto la rubrica "*scioglimento del cumulo*", la disposizione – facendo proprio un orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità – recita che "*la pena o la frazione di pena relativa a uno dei reati di cui all'art. 4 bis si considera separatamente ed espiata per prima, quando ne derivano effetti favorevoli al condannato*". Va sottolineato che fra gli "effetti favorevoli" in questione **non** potranno annoverarsi effetti relativi al regime detentivo di cui all'**art. 41 bis ord. penit.** Rimane ferma infatti, in quanto norma speciale, la disciplina dettata dall'art. 41 *bis* co. 2 ord. penit., nella parte in cui si stabilisce che "in caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare" il 'carcere duro' "può essere disposto anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell'art. 4 *bis*"; si aggiunga che l'art. 1 co. 85 l. 103/2017, prima di procedere all'enunciazione dei principi cui dovranno attenersi i "decreti legislativi recanti modifiche all'ordinamento penitenziario", scolpisce la clausola, perentoria, "*fermo restando quanto previsto dall'articolo 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*".

Il capo III del d.lgs., infine, porta a ulteriori sviluppi la revisione del trattamento del **recidivo reiterato**, da tempo in atto ad opera della Corte costituzionale: per il recidivo reiterato vengono eliminati il divieto di fruire più di una volta di una misura alternativa (art. 58 *quater* co. 7 *bis* ord. penit.) e le restrizioni alla concessione di permessi premio (art. 30 *quater* ord. penit.) (art. 11).

4. Che cosa cambia in materia di misure alternative alla detenzione? - Il limite ordinario per l'applicabilità dell'**affidamento in prova** è portato a **4 anni** di pena **da eseguire** (**capo IV**, art. 14 lett. *a* n. 1): si completa così il percorso che il legislatore aveva intrapreso nel 2013, quando aveva previsto la possibilità di ammettere all'affidamento in prova il condannato alla reclusione fino a 4 anni in presenza delle condizioni di cui all'art. 47 co. 3 *bis* ord. penit., ora soppresso.

Viene inserito nell'art. 47 ord. penit., al co. 5, un catalogo di prescrizioni (art. 14 lett. *a* n. 6), alcune delle quali obbligatorie: tra le nuove prescrizioni, "specifici impegni" diretti ad eliminare o attenuare le conseguenze del reato; lo svolgimento di attività socialmente utili; il coinvolgimento, su disponibilità degli interessati, in percorsi di giustizia riparativa. Con tali previsioni, il d.lgs. valorizza il ruolo delle condotte riparatorie, secondo una linea politico-criminale ben visibile nell'insieme della riforma, muove un passo nella direzione della giustizia riparativa in senso stretto e compie altresì un progresso sul piano della legalità della pena.

Se il condannato non dispone di un'abitazione, la misura può essere eseguita in un luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza (art. 14 lett. *a* n. 4): una scelta ineccepibile sul piano del principio di eguaglianza, ma forse problematica sul terreno applicativo.

Vengono ampliati gli effetti dell'esito positivo della prova (art. 14 lett. *a* n. 9): tale esito produce anche la revoca di eventuali misure di sicurezza e delle dichiarazioni di abitudine, professionalità nel reato e tendenza a delinquere.

Come già accennato, viene introdotto (art. 14 lett. *b*) l'**affidamento in prova di condannati con infermità psichica** modellato sull'art. 94 t.u. stupefacenti e destinato ai condannati a pena diminuita ex art. 89 e 95 c.p., o affetti da grave infermità psichica sopravvenuta: la misura ha per oggetto lo svolgimento di un programma terapeutico e di assistenza psichiatrica in libertà presso una struttura sanitaria pubblica o privata accreditata. La pena da eseguire non deve superare i 6 anni (4 anni per i reati dell'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit.).

Queste le principali novità in materia di **detenzione domiciliare** (art. 15): la detenzione domiciliare ordinaria ex art. 47 *ter* co. 1 lett. *a* e *b* viene estesa alla madre (o al padre, in caso di morte o di assoluto impedimento della madre) di figlio gravemente disabile (senza limiti di età e senza preclusione per il 4 *bis* ord. penit., come stabilito da Corte cost. 76/2017; tale preclusione

viene eliminata anche per i genitori di prole di età inferiore a 10 anni) (art. 15 lett. *a* n. 2); il limite di applicabilità della c.d. detenzione domiciliare generica (alternativa all'affidamento in prova) viene portato a 4 anni (art. 15 lett. *a* n. 4): questa forma di detenzione domiciliare diventa, fra l'altro, accessibile anche al condannato per delitti di cui all'art. 4 *bis*, tuttavia, se si tratta di delitto di cui al 4 *bis* co. 1, rimane quale condizione necessaria la collaborazione con la giustizia; la detenzione domiciliare dell'art. 47 *ter* co. 01 diventa infine applicabile anche al recidivo (art. 15 lett. *a* n. 1).

Si prevede la soppressione – dopo un anno dall'entrata in vigore del d.lgs. – della misura alternativa dell'*esecuzione presso il domicilio di pene detentive brevi* (art. 1 l. 199/2010).

Tra le attività che possono essere svolte all'esterno dell'istituto nell'ambito della **semilibertà** (art. 16), si annoverano ora anche “attività di volontariato, di rilevanza sociale” (lett. *a* n. 1). Sezioni autonome di istituti per la semilibertà possono essere istituite presso edifici di civile abitazione (lett. *a* n. 2). I condannati all'ergastolo possono accedere alla semilibertà dopo 20 anni o anche dopo che abbiano fruito correttamente di permessi premio per 5 anni consecutivi (lett. *b* n. 4) (come è noto, i permessi premio ai condannati all'ergastolo possono essere concessi dopo 10 anni: art. 30 *ter* co. 4 ord. penit.).

L'istituto della **liberazione condizionale** (art. 19) viene inquadrato tra le misure alternative alla detenzione e la relativa disciplina collocata nell'ord. penit. agli artt. 54 *bis* e 54 *ter*. Fermi i limiti di pena eseguita, per il condannato all'ergastolo la liberazione condizionale può essere concessa (oltre che dopo 26 anni) anche dopo che il condannato abbia sperimentato positivamente la semilibertà per almeno 5 anni. Vengono ridefiniti i criteri per l'ammissione alla liberazione condizionale, tra i quali compaiono la “costante disponibilità allo svolgimento di attività a favore della collettività” e “l'avvio di percorsi di giustizia riparativa”. Viene prevista la possibilità di imporre specifiche prescrizioni (mutuate dall'art. 47) e di sospendere l'esecuzione delle pene accessorie. La revoca diventa discrezionale.

La **sospensione obbligatoria dell'esecuzione di pene detentive** ex art. 656 co. 5 c.p.p., funzionale alla presentazione dell'istanza di ammissione a una misura alternativa, viene ancorata al limite generale di 4 anni (restano 6 anni per i reati in materia di stupefacenti) (art. 5).

Nell'insieme, questa componente della riforma non stravolge le misure alternative rispetto alla disciplina previgente. L'ambito applicativo di ciascuna misura viene ampliato, ma si tratta di ampliamenti estremamente contenuti: si consideri, ad es., che la scelta di non precludere l'accesso alla detenzione domiciliare ai condannati per delitti di cui all'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit. quando siano genitori di figli di età inferiore a dieci anni o gravemente disabili non significa affatto ammissione automatica di tali condannati alla misura alternativa, ma rimette la relativa decisione alla magistratura di sorveglianza, che dovrà valutare non solo le esigenze del disabile, ma anche la pericolosità sociale del genitore detenuto. È difficile accreditare di buona fede chi tuona contro la riforma, parlando di un'ennesima legge svuotacarceri!

La maggior parte degli interventi di riforma mira ad un miglior coordinamento tra istituti, sia all'interno dell'ordinamento penitenziario, sia nei rapporti tra ordinamento penitenziario e altri settori della legislazione (dal codice di procedura penale al t.u. stupefacenti). Merita apprezzamento anche la revisione dei contenuti di alcune misure alternative, tra i quali trovano spazio forme di riparazione *post delictum*. In questa stessa prospettiva viene rimodellata anche la liberazione condizionale, il cui inquadramento tra le misure alternative alla detenzione rappresenta la più importante innovazione sul piano sistematico.

5. Disposizioni in tema di vita penitenziaria e di volontariato: passi in avanti e colpi di freno.

- Il **capo VI** della riforma (art. 25) opera innanzitutto una sorta di ammodernamento dell'art. 1 ord. penit. Sotto la rubrica – immutata – “*Trattamento e rieducazione*”, riscrive l'art. 1 ord. penit.

esplicitando, tra l'altro, il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, sull'identità di genere, sull'orientamento sessuale e sulla nazionalità (art. 25 lett. a). A proposito dell'identità di genere e dell'orientamento sessuale, si prevede la creazione di sezioni per detenuti a rischio di aggressioni o sopraffazioni, alle quali il detenuto può essere assegnato previo consenso (lett. e). Quanto agli stranieri, alla loro integrazione sono rivolti l'insegnamento della lingua italiana, l'illustrazione dei principi della nostra Costituzione e la presenza nell'istituto di mediatori culturali e di interpreti (lett. h, i e u).

Il tema della **sorveglianza dinamica**, che veniva proposto dalla legge delega, trova nel d.lgs. una risposta solo parziale, laddove si garantisce a detenuti e internati la possibilità di trascorrere "la maggior parte della giornata fuori delle aree destinate al pernottamento" (art. 25 lett. a). Il tempo da trascorrere all'aria aperta viene portato inoltre a 4 ore giornaliere, temporaneamente riducibile, per motivi eccezionali, a 2 ore (lett. c).

Totalmente irrisolto, invece, a dispetto della legge delega, il problema dell'**affettività in carcere**: il d.lgs. si limita a stabilire che "i locali destinati ai colloqui con i familiari devono favorire una dimensione riservata del colloquio" (art. 25 lett. g). All'esigenza di favorire i **rapporti con la famiglia** risponde l'attribuzione al condannato del "diritto di essere assegnato a un istituto quanto più vicino possibile alla stabile dimora della famiglia" (lett. e). In un'ottica analoga si segnalano alcune indicazioni di principio circa le **comunicazioni via internet**, a proposito delle quali, peraltro, si fanno "salve le cautele previste dal regolamento", clausola presente anche nella previsione relativa all'accesso a siti internet (lett. g).

Quanto ai **permessi** di cui all'art. 30 ord. penit., se ne amplia l'ambito applicativo (art. 25 lett. l): oltre che per "eventi familiari di particolare gravità", i permessi potranno essere concessi – purché il detenuto non sia sottoposto al regime di cui all'art. 41 *bis* ord. penit. – anche per eventi familiari "di particolare rilevanza". Sotto questo profilo, la riforma recepisce dunque l'orientamento di una parte – minoritaria – della giurisprudenza di merito che interpreta in senso estensivo il requisito della gravità dell'evento.

Tra le previsioni contenute nel **capo V**, alcune riguardano il ruolo del **volontariato** in relazione sia a detenuti e internati, sia alle persone in esecuzione penale esterna (art. 23): la competenza a rilasciare la relativa autorizzazione viene attribuita al direttore dell'istituto o dell'ufficio di esecuzione penale esterna, mentre al magistrato di sorveglianza si conserva la facoltà di impartire direttive e di rilasciare l'autorizzazione in caso di inerzia del direttore. Si mira così a semplificare e ad accelerare le procedure di accesso, alleggerendo nel contempo i carichi di lavoro per la magistratura di sorveglianza. All'esigenza di **controlli** più assidui sulle persone in **esecuzione penale esterna** – un'esigenza che attiene ad uno degli aspetti meno appaganti delle misure alternative alla detenzione e in genere delle sanzioni di comunità –, cerca di dare risposta l'art. 24: tale disposizione, intervenendo sul testo della l. 15 dicembre 1990, n. 395, amplia i compiti istituzionali della **polizia penitenziaria**, nei quali ricomprende la verifica del rispetto delle prescrizioni imposte dalla magistratura di sorveglianza.

6. L'incerto destino di una riforma "studiata bene". - È difficile fare previsioni circa il destino di questo decreto legislativo.

Il dibattito sulla riforma si intreccia pesantemente con la campagna elettorale, nella quale diverse forze politiche imbracciano, come fucili a pallettoni, l'equazione "più carcere = più sicurezza per la gente per bene" o slogan del tipo "in carcere tutti i delinquenti: e buttiamo la chiave".

Nulla di nuovo, si dirà: accade da sempre. Né si può pretendere che alla vigilia delle elezioni politiche, in un clima infiammato da drammatici problemi sociali, si aprano pacate riflessioni pubbliche sui principi costituzionali in materia penale e in particolare sull'umanità della pena

come strumento in grado di assicurare al meglio le condizioni per una convivenza ordinata e civile.

Qualche esempio di quanto, viceversa, si legge su alcuni giornali, a proposito della riforma penitenziaria. “Orlando libera i ladri ma condanna i reati d’odio: la riforma del Guardasigilli azzerà le pene inferiori a 4 anni: niente più carcere per truffatori e spacciatori” (*Il Giornale*). “Se la riforma passasse così tanti boss uscirebbero dal regime di 41 bis”; “Non sarebbe assurdo se una legge studiata per concedere ai reclusi (che lo meritano) una serie di benefici su sanità, lavoro e affettività finisse soltanto per allargare le maglie della giustizia indebolendo la sicurezza della collettività?” (*Il Fatto quotidiano*). E Antonio Padellaro, direttore del quotidiano ora citato, non manca di gratificare, *en passant*, la legge Orlando della qualifica di “riforma studiata male”.

Un giudizio, quest’ultimo, ovviamente legittimo, ma almeno sorprendente per chi conosca il percorso attraverso il quale si è approdati al testo oggi nelle mani del Governo. Ancora maggiore la sorpresa nel constatare che alcune tesi quanto meno discutibili, sul piano strettamente giuridico – mi riferisco soprattutto ai riflessi che la riforma produrrebbe sul ‘carcere duro’ per mafiosi e terroristi – siano proposte come verità assolute, anche con l’avallo di esponenti della magistratura. E i motivi di perplessità aumentano se si considera che, come ha sottolineato Luigi Ferrarella sul “*Corriere della Sera*”, si tratta talora di magistrati impegnati in un’altra campagna elettorale, quella che porterà al rinnovo del Consiglio Superiore della Magistratura: una campagna che dovrebbe muoversi su un piano più alto, immune da mistificazioni tese a speculare sulla paura e sull’ignoranza di molti.

Ribadisco che la partita si gioca ora al tavolo della politica. Da parte mia, mi limito a esprimere apprezzamento per una riforma che ritengo ‘studiata bene’, orientata verso doverosi obiettivi di civiltà, cauta nella misura imposta da considerazioni di ordine politico, per nulla eversiva: a meno, come ha scritto di recente Donatella Stasio su “*Questione Giustizia*”, di considerare eversiva la stessa Costituzione.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

La Corte d'Assise di Milano nel caso Cappato: sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.

[Corte d'Assise di Milano, ord. 14 febbraio 2018.](#)
[Pres. Mannucci Pacini, Giud. Simi De Burgis, Imp. Cappato](#)

di Matilde Forconi

1. Con l'ordinanza in esame la Corte d'Assise di Milano solleva *"questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., nella parte in cui:*

- incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o rafforzamento del proposito di suicidio, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13 comma 1 e 117 della Costituzione, in relazione agli artt. 2 e 8 della Convenzione Europea Diritti dell'Uomo;

- prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul processo deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, 25 comma 2 e 27 comma 3 della Costituzione."

I giudici milanesi ritengono infatti che, in forza del combinato disposto degli artt. 3, 13 co. 1 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento agli artt. 2 e 8 CEDU, il suicidio costituisca esercizio di una libertà dell'individuo. Pertanto solo azioni idonee a pregiudicare l'autodeterminazione dello stesso costituirebbero offesa al bene giuridico tutelato dalla norma in esame, e solo queste risultano meritevoli di sanzione penale. Alla luce di tali considerazioni, l'aiuto di Cappato, per come realizzatosi nell'ipotesi di specie, non risulta idoneo a ledere alcun bene giuridico, giacché il proposito suicidiario dell'Antoniani si era già cristallizzato da tempo e il contributo dell'imputato si è concretizzato nel mero trasporto dello stesso nella clinica Dignitas, in Svizzera. Sulla base di tali premesse, le norme che i giudici milanesi assumono violate trovano fondamento costituzionale negli artt. 3, 13 co. 2, 25 co. 2, 27 co. 3 il cui combinato disposto sancisce i principi di ragionevolezza e di proporzionalità della pena in relazione all'offensività del fatto.

2. Pare anzitutto opportuno dare brevemente conto della **disciplina prevista dalla norma in esame**, anche al fine di coglierne la rilevanza nel caso di specie, prestando particolare attenzione alla diversità delle condotte in essa delineate.

Rubricata "istigazione e aiuto al suicidio", la disposizione di cui all'art. 580 c.p. si configura come un reato a fattispecie alternative volto ad incriminare tre diverse condotte, che differiscono le une dalle altre per la diversa incidenza sulla formulazione del proposito suicidiario. Le prime due condotte, che la rubrica colloca entrambe sotto la nozione di istigazione, si distinguono in "determinazione" e "rafforzamento" dell'altrui proposito, indicandosi con la prima qualsiasi condotta idonea a far sorgere in un individuo un proposito prima inesistente, e con la seconda qualsiasi condotta volta al rafforzamento di un'intenzione che, seppur blanda, fosse già presente nell'individuo. Tali condotte incidono ed invadono la sfera deliberativa dell'individuo, viziandone la autonomia e spontaneità, sì da costituire contributo causale alla realizzazione

dell'evento

suicidio.

La terza condotta, identificata nell'aiuto al suicidio, incrimina invece chiunque ne agevoli in qualsiasi modo l'esecuzione.

L'interpretazione dell'art. 580 c.p. secondo il diritto vivente, che oggi orienta le decisioni degli interpreti, risale ad un'unica ed isolata pronuncia del 1998, nella quale la Cassazione ha ritenuto che le tipologie di condotte, così come disciplinate, siano previste in via tra loro alternativa. Proprio in forza di tale alternatività, qualunque azione agevolativa del suicidio, che possa causalmente risultare connessa all'evento, deve considerarsi idonea ad integrare il reato in quanto condotta di "aiuto" al suicidio, ancorché estranea alla formazione del processo deliberativo del soggetto passivo (Cass. pen., sez. I, n. 3147 del 6.2.1998).

La norma assume **rilevanza** nel caso di specie proprio in relazione a questa terza ed ultima ipotesi. Infatti, la condotta dell'imputato, nel dar attuazione alla volontà dell'Antoniani accompagnandolo fisicamente in Svizzera, seppur non possa dirsi in alcun modo rafforzativa del proposito suicida (come invece affermato nel capo di imputazione), rientra nel novero delle condotte riconosciute come idonee ad agevolare il suicidio, e come tali represses dalla disposizione in esame.

3. Una tale lettura si espone tuttavia, secondo la Corte milanese, a fondati dubbi di incompatibilità con la Costituzione.

I giudici osservano innanzitutto che alla base delle norme sull'istigazione e aiuto al suicidio, introdotte dal legislatore del 1930, vi era la considerazione del suicidio come un disvalore: solo per preminenti ragioni di politica criminale era stato ritenuto inutile e dannoso punirne il tentativo. La sanzione prevista dalla norma era pensata a tutela del "diritto alla vita", concepito come valore in sé, indipendentemente dalle deliberazioni del titolare. Leggendo oggi la medesima norma alla luce dei principi costituzionali, appare però evidente la necessità di mutare quei concetti propri dell'epoca pre-costituzionale. In particolare, afferma la Corte milanese, dalla lettura complessiva del testo si apprezza una **nuova e diversa considerazione del diritto alla vita** che, sebbene non trovi espressa definizione nel testo costituzionale, si pone come presupposto degli altri diritti riconosciuti all'individuo e attraverso questi si definisce. Inoltre, introducendo l'innovativo **principio personalistico** enunciato all'art. 2 e l'**inviolabilità della libertà individuale** di cui all'art. 13, la Carta costituzionale ha sancito una vera e propria inversione di rotta: è infatti l'uomo, e non più lo Stato, al centro della vita sociale. Ed è proprio alla luce di tale invertita centralità che la vita umana non può essere concepita in funzione di un fine eteronomo.

Inoltre, ad ogni individuo viene garantita dalla costituzione la **libertà da interferenze arbitrarie dello Stato** (art. 13); e da questo diritto primario derivano sia *"il potere della persona di disporre del proprio corpo"* [1], che l'impossibilità per ogni individuo di essere costretto *"a subire un trattamento sanitario non voluto, in assenza di una norma che esplicitamente lo imponga"* [2]. Principio quest'ultimo che trova massima espressione nell'art. 32 Cost., che, nell'affermare la libertà dell'individuo alla autodeterminazione in termini di rifiuto di cure e corrispondente obbligo per l'ordinamento di rispettarne la decisione, pone anche i limiti oltre i quali non può spingersi il potere/dovere dello Stato di intervenire nella tutela della salute dei cittadini, anche nell'ipotesi in cui da tale scelta potesse derivarne la sua morte.

Svariate le pronunce giurisprudenziali di merito richiamate dall'ordinanza in commento in cui si conferma detta interpretazione [3], che risultano informate al principio personalistico proprio della carta costituzionale concependo l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo, e non viceversa.

In definitiva, affermano i giudici, il fatto che il diritto alla libertà non incontri un limite in funzione di considerazioni eteronome della vita (in funzione di obblighi solidaristici), si evince ad esempio implicitamente dall'assenza di divieti di porre in essere attività pericolose per la propria incolumità e anche dall'assenza di un obbligo di curarsi (come più volte ribadito con riferimento al rifiuto di emotrasfusioni espresso dai testimoni di Geova [4]). L'obbligo di sottoporsi ad una determinata terapia può infatti intervenire solo per legge e solo al fine di evitare pericolo per gli altri [5]. In altri termini, è solo in queste ipotesi specifiche che il diritto alla libertà individuale può essere legittimamente compromesso.

4. L'iter argomentativo dell'ordinanza in esame prosegue analizzando l'**evoluzione della giurisprudenza della Corte Edu** che – valorizzando il diritto alla vita ex art. 2 Cedu e le garanzie della persona di fronte ad arbitrarie ingerenze delle pubbliche autorità ex art. 8 Cedu – **è di recente giunta “ad affermare il ‘diritto di un individuo di decidere con quali mezzi e a che punto la propria vita finirà’ e [che] l'intervento repressivo degli Stati in questo campo può avere solo la finalità di evitare ‘rischi di abuso’, ovvero di ‘indebita influenza’ nei confronti dei soggetti particolarmente valutabili, come sono le persone che hanno perso interesse per la vita”** [6]. La Corte si sofferma segnatamente su tre pronunce emblematiche del processo evolutivo della giurisprudenza europea. Punto di partenza di tale ricostruzione è la pronuncia *Pretty c. Regno Unito* [7], nella quale la Corte Edu ha affermato: (i) che l'art. 2 Cedu non può essere interpretato – in negativo – nel senso di conferire il diritto di morire, e non può neppure far nascere un diritto all'autodeterminazione circa la scelta se vivere o morire; (ii) che le norme nazionali che puniscono l'aiuto al suicidio non violano l'art. 3 Cedu; (iii) che l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso del paziente può costituire una violazione dell'art. 8 Cedu. L'ordinanza in esame sottolinea però che in due più recenti sentenze [8] **la Corte Edu supera i principi espressi in *Pretty*, in particolare riconoscendo espressamente il “diritto di un individuo di decidere il mezzo ed il momento in cui la sua vita debba finire”** sempre che il soggetto sia in grado di assumere una decisione libera e pienamente consapevole.

5. Il giudice rimettente pone poi attenzione alla recentissima **legge sul biotestamento (l. 219/2017)**, ritenendo che i principi fondanti di questa legge possano essere d'aiuto anche ai fini della interpretazione dell'art. 580 c.p. Più precisamente, si osserva che la nuova normativa riconosce la possibilità di ogni individuo di disporre anticipatamente le proprie volontà sul “fine-vita”, fino ad affermare che lo stesso può decidere effettivamente di porvi fine. La Corte sottolinea, dunque, che “nel caso di malattia” il legislatore ha espressamente riconosciuto **“il diritto a decidere di lasciarsi morire a tutti i soggetti capaci”**. Il mancato riconoscimento da parte del legislatore di un diritto al suicidio assistito, peraltro, secondo la Corte implicherebbe l'impossibilità di pretendere dai medici del servizio pubblico la somministrazione o la prescrizione di un farmaco che procuri la morte, ma non può portare a negare la sussistenza della libertà della persona di scegliere quando e come porre fine alla propria vita, posto che una simile libertà troverebbe fondamento nei principi espressi dagli articoli 2 e 13 della Carta costituzionale.

6. Infine la Corte rivolge l'attenzione al profilo sanzionatorio, considerando che, se anche la Corte costituzionale ritenesse di non accogliere la questione di legittimità nei termini finora esaminati, comunque un dubbio fondato di costituzionalità permanerebbe sotto un diverso profilo. Infatti, laddove si ritenessero rilevanti ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 580 c.p. anche le condotte meramente agevolative, comunque non si giustificerebbe, ad avviso del giudice rimettente, la previsione della **medesima cornice edittale** prevista per le condotte di istigazione che appaiono certamente più incisive, anche sotto il profilo causale, rispetto alla condotta di chi

abbia esclusivamente contribuito al realizzarsi dell'altrui autonoma deliberazione. Pertanto la previsione sanzionatoria della reclusione da 5 a 10 anni risulterebbe incostituzionale per violazione dei principi di **ragionevolezza e proporzionalità della pena**. In definitiva i giudici milanesi evidenziano che una tale sanzione, sproporzionata rispetto all'offesa arrecata, impedirebbe inevitabilmente alla pena stessa di ottemperare alla funzione sua propria, costituzionalmente riconosciuta dall'art. 27 co. 3, volta alla rieducazione del reo.

7. I giudici milanesi concludono ritenendo che il procedimento non possa essere definito indipendentemente da una pronuncia della Corte costituzionale in merito ai profili di incostituzionalità dell'art. 580 c.p., nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto e agevolazione in alternativa con quelle di istigazione, prescindendo da una valutazione circa l'effettivo contributo che queste abbiano avuto nella formazione del processo deliberativo del soggetto passivo. La norma del codice, come interpretata dal diritto vivente, considerando il suicidio come un fatto in sé riprovevole e il diritto alla vita tutelabile a prescindere dalla volontà del suo titolare, risulta porsi in contrasto con gli artt. 3, 13 co. 1 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 2 e 8 CEDU in forza dei quali il diritto a porre fine alla propria vita costituisce esercizio di una libertà dell'individuo. Pertanto, conclude l'ordinanza in esame, la condotta che non alteri l'esercizio di questa libertà sotto il profilo deliberativo risulta del tutto inoffensiva e la sua sanzione irragionevole e sproporzionata, in violazione degli artt. 3, 13 co. 2, 25 co. 2, 27 co. 3 Cost.

[1] Cfr sent. Corte cost. n. 471/1990.

[2] Cfr sent. Corte cost. n. 238/1996 in cui la Corte affermava che gli interventi dello stato in materia di salute coinvolgono *“un diritto inviolabile, quello della libertà personale, rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e connesso diritto alla vita e alla integrità fisica, con il quale concorre a creare la matrice prima di ogni altro diritto costituzionalmente protetto dalla persona”*.

[3] Cfr sent. Trib. Di Roma sul **caso Welby**, in cui il GUP aveva rinvenuto il fondamento del diritto a decidere per la propria vita nell'art. 13 Cost e il corrispondente limite dello Stato ad interferire in detto diritto, nell'art. 32 Cost. Il giudice aveva affermato che tale diritto non implica un riconoscimento della libertà di suicidarsi, quanto piuttosto l'inesistenza di un obbligo a curarsi. Cfr. altresì la sent. della Corte di cassazione nel **caso Englaro** nella quale si legge che *“il diritto alla salute come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire”*.

[4] Cfr sent. Corte cass. sez. 3 n. 4211/2007 e sent. Cass. n. 2367/2008 in cui è stato affermato che alla persona è riconosciuto il diritto *“di indubbia rilevanza costituzionale, di non curarsi, anche se tale condizione la esponga al rischio della vita stessa”*.

[5] Cfr sent. Corte cost. n. 307/1990 tra tutte, circa le vaccinazioni obbligatorie.

[6] V. ordinanza in esame, p. 9.

[7] Corte EDU, sez. IV, sent. 29 aprile 2002, ric. n. 2346/02, Pretty c. Regno Unito.

[8] Corte EDU, sez. I, sent. 20 novembre 2011, ric. n. 31322/07, Pres. Rozakis, Haas c. Svizzera.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – SEZIONI UNITE

La nullità per erronea notificazione al difensore non si sana in caso di inerzia probatoria sull'effettiva mancata conoscenza della citazione da parte dell'imputato

Cass., SSUU, sent. 22 giugno 2017 (dep. 29 dicembre 2017), n. 58120.
Pres. Canzio, Rel. Cervadoro, Ric. Tuppi

di Elisa Grisonich

1. Con la sentenza in commento le Sezioni Unite sono tornate a pronunciarsi sull'**art. 157, comma 8 bis, c.p.p.** [1], il quale prevede che le notificazioni successive alla prima siano eseguite al difensore di fiducia: fin dalla sua entrata in vigore, tale disposizione è stata oggetto di **numerosi contrasti interpretativi**, che avevano già reso necessario l'intervento del massimo Consesso della Suprema Corte [2]. La pronuncia in esame assume quindi **un'importanza particolare** perché, riallacciandosi alla precedente, mira a fare chiarezza e, al contempo, ad aggiungere un tassello nell'operatività della norma.

Il caso alla base dell'intervento delle Sezioni Unite riguardava un'ipotesi in cui il decreto di citazione per il giudizio di appello era stato notificato presso il difensore di fiducia *ex art. 157, comma 8 bis, c.p.p.*, nonostante l'imputato avesse dichiarato domicilio ai sensi dell'art. 161 c.p.p. Nell'udienza di trattazione, il difensore aveva eccepito tempestivamente la nullità, la quale però veniva respinta dal Collegio, sulla scorta della considerazione che si trattava di **una nullità a regime intermedio**, sanabile qualora il difensore di fiducia **non avesse provato che, pur in presenza del rapporto fiduciario**, l'imputato non era a conoscenza dell'atto.

A seguito di ricorso della difesa, la quarta sezione penale, ravvisando sul tema un contrasto, aveva investito le Sezioni Unite della risoluzione della questione se «la nullità della citazione a giudizio, che sia stata eseguita mediante consegna al difensore di fiducia anziché presso il domicilio dichiarato o eletto, possa essere sanata qualora il difensore, nel dedurre la nullità, non abbia allegato circostanze impeditive della conoscenza dell'atto da parte dell'imputato» [3].

2. In effetti, sul tema si erano formati **diversi orientamenti** nella giurisprudenza di legittimità.

Un **primo indirizzo** – a cui si era conformata la corte di appello nel caso di specie – poneva a carico della difesa l'onere di provare la sussistenza di un **concreto pregiudizio** con riguardo alla conoscenza dell'atto e all'esercizio dei diritti di difesa, pena la **sanatoria** della nullità per **raggiungimento dello scopo** [4]. In particolare, questo orientamento ricavava **una vera e propria presunzione di conoscenza dell'atto direttamente dal rapporto fiduciario** che lega l'imputato al suo difensore di fiducia: invero, si sosteneva che incomberebbe su quest'ultimo un **dovere di continua informazione** nei confronti del proprio assistito – «che riguarda ovviamente, in primo luogo, la comunicazione degli atti» [5] – e che, pertanto, **ciò basterebbe** per presupporre la conoscenza da parte dell'imputato dell'atto notificato irregolarmente presso lo studio del difensore. In altri termini, la presenza del rapporto fiduciario escluderebbe in astratto la lesione del diritto di difesa onde per cui il vizio risulterebbe di per sé sanato, **a meno che** il difensore non allegghi i motivi che gli hanno impedito di avvisare l'imputato della notificazione

dell'ordinanza presso il suo studio o indichi l'intenzione di quest'ultimo di impugnare personalmente l'atto [6].

A sostegno di tale impostazione si invocava l'esigenza di non sacrificare il **principio della ragionevole durata del processo**, il quale dovrebbe essere **bilanciato con il diritto di difesa**: in quest'ottica, occorrerebbe accertare se dalla nullità sia derivata una **concreta lesione** «di quel diritto di difesa che la norma invalidante aveva lo scopo di tutelare» [7].

Infine, un **ulteriore argomento** era stato rinvenuto nella l. 28 aprile 2014, n. 67, che ha modificato l'art. 420 *bisc.p.p.*, il quale prevede che il giudice può procedere in assenza dell'imputato qualora quest'ultimo abbia nominato un difensore di fiducia; ne consegue che l'esistenza di un rapporto fiduciario dell'imputato con il patrono viene configurata come **indice sintomatico** di effettiva conoscenza del procedimento: ciò, dunque, **confermerebbe** che, anche nel caso di notifica erroneamente effettuata al difensore di fiducia, si dovrebbe presumere l'effettiva conoscenza dell'atto da parte dell'imputato [8].

Un **secondo orientamento** [9] differiva solo parzialmente dal primo: nonostante ponesse a carico del difensore di fiducia un **onere di allegazione** delle circostanze provanti la mancata conoscenza dell'atto da parte dell'imputato, **non riteneva** che si potesse automaticamente configurare una sanatoria della nullità nel caso di inerzia della difesa. Più specificamente, questo indirizzo richiedeva, **per considerare sanato il vizio**, non solo il **rapporto fiduciario** tra difensore e suo assistito, ma anche **ulteriori e concreti elementi** da cui poter desumere che la nullità non aveva arrecato **alcun concreto pregiudizio** [10], come, ad esempio, l'ipotesi di accertata inesistenza del domicilio dichiarato dall'imputato [11].

È da precisare in ogni caso che i due indirizzi appena analizzati, seppure diversi tra loro, **esigevano entrambi** un onere probatorio in capo alla difesa; «il **reale contrasto**» nella giurisprudenza di legittimità si poneva invece – come affermato dalle stesse Sezioni Unite – con un **terzo orientamento** [12] che aveva **escluso fermamente** la sussistenza di un onere di allegazione.

Quest'ultimo indirizzo aveva fondato il proprio ragionamento interpretando quanto detto dalla Suprema Corte nel 2008 proprio sull'art. 157, comma 8 *bis*, c.p.p. [13]: più specificamente, aveva osservato come da questa pronuncia si potesse ricavare che **sussiste effettivamente** l'onere in capo alla parte di indicare gli elementi concreti che dimostrano la mancata conoscenza dell'atto erroneamente notificato, ma solo quando si intende far valere una **nullità assoluta** e, in particolare, affermare «che le non corrette modalità di notifica abbiano comportato una situazione **assimilabile** ad un difetto di *vocatio in jus*». **Al di fuori di questa ipotesi**, la nullità derivante dall'erronea notificazione ai sensi dell'art. 157, comma 8 *bis*, c.p.p. è una **nullità a regime intermedio**, rispetto alla quale **non può configurarsi** alcuna sanatoria in caso di inerzia della difesa [14].

3. Con la pronuncia in esame, le **Sezioni Unite hanno aderito a quest'ultima tesi**, sostenendo che la notificazione della citazione a giudizio effettuata erroneamente al difensore di fiducia, invece che al domicilio dichiarato o eletto, «**produce una nullità a regime intermedio**, che **non è sanata** dalla mancata allegazione da parte del difensore di circostanze impeditive della conoscenza dell'atto da parte dell'imputato».

Per pervenire a tale conclusione, il massimo Collegio ha **ripercorso l'elaborazione giurisprudenziale** attinente all'art. 157, comma 8 *bis*, c.p.p., fissando alcuni **punti fondamentali** della materia.

Innanzitutto, la Suprema Corte ha chiarito il rapporto tra gli artt. 157 e 161 c.p.p., precisando che, nel caso in cui l'imputato abbia dichiarato o eletto domicilio ai sensi dell'art. 161 c.p.p., non può trovare applicazione l'art. 157, comma 8 *bis*, c.p.p. [15].

I giudici hanno altresì ribadito, da un lato, che la nullità derivante dall'erronea notificazione *ex art.* 157, comma 8 *bis*, c.p.p. è di **ordine generale a regime intermedio** [16], proprio perché, **alla luce del rapporto fiduciario con il difensore**, è idonea ad assicurare la **conoscenza dell'atto** [17]; dall'altro, che **solo quando** l'imputato intende far valere la **nullità assoluta** della notifica è tenuto ad allegare **specifici elementi comprovanti la mancata conoscenza dell'atto**, non potendosi limitare a eccepire il vizio [18].

Successivamente, la Corte ha osservato che la notifica al difensore prevista nel codice dal legislatore mira alla **conoscenza legale** dell'atto, evitando appesantimenti procedurali e bilanciando gli interessi contrapposti; ad esempio – ha continuato il massimo Collegio – l'art. 161, comma 4, c.p.p. costituisce una presunzione legale di conoscenza ed è frutto di un **bilanciamento tra il diritto di difesa e la ragionevole durata del processo**.

Al di fuori di queste ipotesi codificate dal legislatore, **non può** ugualmente operare una **presunzione legale di conoscenza** da parte dell'imputato e, di conseguenza, **configurarsi una sanatoria** in caso di omessa allegazione probatoria della difesa.

Va rimarcato che la Suprema Corte adduce a favore del suo assunto l'«**assenza di una sanatoria codificata**» di questo tipo: una tale mancanza impedisce, quindi, che, sulla base di un rapporto fiduciario, si possa pervenire alla conclusione che l'erronea notifica al difensore di fiducia venga sanata in caso di inerzia della difesa. Imporre alla parte un onere probatorio finirebbe per «**“sterilizzare” automaticamente un vizio**» tutte le volte in cui la notificazione avvenga erroneamente presso il difensore di fiducia.

Una volta risolta la questione di diritto a loro devoluta, le Sezioni Unite hanno ritenuto opportuno fare **un'ulteriore precisazione**: hanno affermato che, **in ogni caso**, – fermo restando l'esclusione di un onere di allegazione a carico della parte – «il **parametro dell'esercizio effettivo dei diritti di difesa** come **causa della sanatoria** del vizio **p[uò]** essere impiegato dal giudice al fine di riscontrare limiti di deducibilità già esistenti o cause di sanatoria delle nullità rilevabili da circostanze obiettive di fatto di cui agli atti del processo», come, ad esempio, nel caso in cui l'imputato abbia proposto personalmente l'impugnazione.

4. La pronuncia in commento costituisce **un tassello molto importante** nella definizione dell'operatività dell'art. 157, comma 8 *bis*, c.p.p. e, più in generale, con riferimento **al tema della nullità delle notificazioni**; le Sezioni Unite hanno infatti **ricostruito con chiarezza** l'intera materia, ricollegandosi e, al contempo, riordinando la precedente evoluzione giurisprudenziale [19].

Va detto che il principio di diritto formulato dalla Corte è **pienamente condivisibile**; sembra, infatti, irragionevole imporre alla parte, una volta eccepita tempestivamente una nullità, l'onere di dimostrare la presenza di un pregiudizio effettivo a pena di sanatoria, proprio quando l'erronea notifica è stata conseguenza di un **malfunzionamento del sistema**. Accogliere questa impostazione così radicale finirebbe per porre, nella maggior parte delle ipotesi, una **probatio diabolica** in capo alla difesa e, in ultima analisi, **svuoterebbe di significato** l'art. 161 c.p.p., che configura il diritto dell'imputato di dichiarare o eleggere domicilio, ogni qualvolta egli nomini un difensore di fiducia.

Per concludere, pare utile osservare che, con questa pronuncia, le Sezioni Unite, **pur escludendo** la configurabilità di una presunzione di conoscenza dell'atto nel mero rapporto fiduciario, hanno comunque sostenuto che la nullità **debba ritenersi sanata** se dagli atti risulta che in concreto **non ha causato alcuna lesione ai diritti di difesa**: in tal modo, la Cassazione ha **confermato** quella **tendenza giurisprudenziale** formatasi in materia di invalidità che valorizza il **criterio del pregiudizio effettivo come causa di sanatoria** [20]. Così, però, sembra sussistere il rischio da parte della giurisprudenza di uno **sconfinamento** dall'interpretazione verso la

creazione normativa, in quanto ciò che si afferma non sembra si possa far rientrare né nell'ipotesi di sanatoria generale di cui all'art. 183 c.p.p., né in quella speciale ex art. 184 c.p.p.

[1] Il comma 8 bis dell'art. 157 c.p.p. è stato aggiunto dall'art. 2, comma 1, del d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, convertito, con modificazioni, nella l. 22 aprile 2005, n. 60.

[2] Ci si riferisce a Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, Micciullo, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4009.

[3] Cfr. Cass., Sez. IV, ord. 29 marzo 2017 (dep. 20 aprile 2017), n. 19184, in *questa Rivista*, fasc. 6/2017, p. 67 ss., con nota di S. Renzetti, [Torna alle Sezioni Unite la questione della notifica al difensore ex art. 157 comma 8 bis c.p.p.: verso un regime "sostanziale" delle nullità?](#)

[4] Si veda Cass., Sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 2416, in *CED. Cass.*, n. 268883; Cass., Sez. VI, 2 dicembre 2016, n. 490, in *CED. Cass.*, n. 268809; Cass., Sez. III, 19 luglio 2016, n. 47953, in *CED. Cass.*, n. 268654; Cass., Sez. IV, 10 febbraio 2016, n. 8592, in *CED. Cass.*, n. 266369; Cass., Sez. IV, 17 settembre 2015, n. 40066, in *CED. Cass.*, n. 264505; Cass., Sez. IV, 9 settembre 2015, n. 44132, in *CED. Cass.*, n. 264830; Cass., Sez. IV, 17 marzo 2015, n. 16398, in *De Jure*; Cass., Sez. VI, 10 maggio 2012, n. 34558, in *CED. Cass.*, n. 253276.

[5] In questi termini, Cass., Sez. IV, 17 marzo 2015, n. 16398, cit.

[6] V. Cass., Sez. VI, 10 maggio 2012, n. 34558, cit.

[7] Cfr. Cass., Sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 2416, cit.

[8] Si veda Cass., Sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 2416, cit.; in senso analogo, cfr. anche Cass., Sez. IV, 17 marzo 2015, n. 16398, cit.

[9] Cfr. Cass., Sez. V, 28 novembre 2016, n. 8478, in *CED. Cass.*, n. 269453; Cass., Sez. IV, 25 gennaio 2016, n. 7917, in *CED. Cass.*, n. 266231; Cass., Sez. V, 29 dicembre 2015, n. 4828, in *CED. Cass.*, n. 265803; Cass., Sez. II, 22 settembre 2015, n. 41735, in *CED. Cass.*, n. 264594; Cass., Sez. IV, 1 aprile 2015, n. 18098, in *CED. Cass.*, n. 263753; Cass., Sez. V, 25 gennaio 2007, n. 8108, in *CED. Cass.*, n. 236522.

[10] V., ad esempio, Cass., Sez. IV, 1 aprile 2015, n. 18098, cit.

[11] Cfr. Cass., Sez. IV, 25 gennaio 2016, n. 7917, cit.

[12] V. Cass., Sez. VI, 15 febbraio 2017, n. 11954, in *CED. Cass.*, n. 269558.

[13] Cfr. Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, Micciullo, cit., p. 4012.

[14] V. Cass., Sez. VI, 15 febbraio 2017, n. 11954, cit.

[15] Ciò era stato già affermato da Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, Micciullo, cit., pp. 4011-4012 e, inoltre, avallato da Corte cost., 14 maggio 2008, n. 136, in *Giur. cost.*, pp. 1708-1709. Tuttavia, una decisione della Corte di cassazione successiva e contraria a questa tesi dimostra che sussistevano ancora resistenze sul punto: cfr. Cass., Sez. VI, 28 giugno 2016, n. 31569, in *CED. Cass.*, n. 267527.

[16] In particolare, la pronuncia ha ripreso quanto detto da Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, Micciullo, cit., pp. 4012-4013.

[17] La Suprema Corte trae questa tesi dall'orientamento giurisprudenziale successivo e conforme alle Sezioni Unite Micciullo: si veda ad esempio Cass., Sez. IV, n. 40066, cit.

[18] Il massimo Collegio afferma ciò sempre sulla stessa linea di continuità di Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, Micciullo, cit., p. 4012, la quale a sua volta riprende quanto affermato da Cass., Sez. Un., 27 ottobre 2004, Palumbo, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1157.

[19] È particolarmente apprezzabile questo lavoro di riordino dell'elaborazione giurisprudenziale sul tema, dato che, tuttora, sussistono contrasti su svariati profili: sul punto, si legga, per tutti, A. Nappi, *Le notificazioni senza certezze e le Sezioni Unite senza ruolo*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1259 e ss., il quale mette in luce i diversi orientamenti della giurisprudenza in materia.

[20] Su questa tematica, si vedano, in particolare, R. Aprati, voce *Nullità*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VII, Torino, 2013, pp. 390-393; nonché M. Caianiello, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012; M. Panzavolta, voce *Nullità degli atti processuali*, II) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. XIV, Roma, 2006, p. 3.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

Sulla minaccia di un "male giusto" nel delitto di estorsione, tra abuso del diritto e approfittamento dell'altrui soggezione

Cass., Sez. II, sent. 17 febbraio 2017 (dep. 13 marzo 2017), n. 11979,
Pres. Cammino, Rel. Ariolli, Ric. Remedia

di Silvia Bernardi

1. La pronuncia di legittimità in commento, depositata dalla Sez. II della Cassazione lo scorso anno, ci offre l'occasione per svolgere una breve riflessione su un tema da tempo oggetto di attenzione da parte della dottrina giuridica, penalistica e non solo: costituisce **minaccia** la **prospettazione alla vittima di un "male giusto"**, ossia del futuro esercizio di un diritto da parte dell'agente, utilizzata a fini coercitivi?

Tale questione viene in particolare affrontata – e positivamente risolta – nella sentenza in epigrafe in relazione al delitto di **estorsione**, oltre che, in seconda battuta, a quello di **turbativa d'asta** ex art. 353 c.p.: delitti che, secondo la Cassazione, sono entrambi integrati nel caso in cui un soggetto, avendo ottenuto l'assegnazione di un immobile a seguito di asta giudiziaria indetta nell'ambito di un procedimento di esecuzione civilistico, **consegua dal debitore esecutato il versamento di una somma in cambio della propria rinuncia a proseguire la procedura sino all'aggiudicazione definitiva**.

Ma partiamo dal principio e proviamo a ricostruire, con un po' più di precisione, il caso di specie.

2. Nella vicenda in esame l'imputato, avvocato di professione, legittimamente partecipa, quale unico concorrente, a un'asta giudiziaria indetta dal Tribunale di Sassari, ottenendo così l'aggiudicazione del bene esecutato – nello specifico, un immobile, che costituiva casa di abitazione del debitore – in favore di "persona da nominare". Successivamente, lo stesso si mette subito in contatto con il debitore e, asserendo di curare gli interessi di una presunta società immobiliare, gli propone di riacquistare l'immobile a un prezzo decisamente superiore rispetto a quello di aggiudicazione (ben 45.000,00 euro, contro i 28.000,00 di aggiudicazione).

Nondimeno, dinanzi all'addotta impossibilità dell'espropriando di procedere all'acquisto, l'imputato gli prospetta ulteriormente la possibilità di rinunciare all'aggiudicazione – e di posticipare così l'esito della procedura – in cambio del **versamento immediato di 8.500 euro**; in alternativa, **la società avrebbe reso definitiva l'aggiudicazione**, versando alla procedura il corrispettivo dovuto, e **il debitore avrebbe perso la propria abitazione**.

Per evitare tali nefaste conseguenze, dunque, il debitore acconsente al pagamento, versando concretamente **4.000,00 euro** a titolo di acconto della somma richiesta al fine di interrompere la procedura esecutiva.

3. Alla luce di tali fatti, i giudici di prime e di seconde cure ritengono pienamente sussistenti gli elementi costitutivi dei delitti di cui agli **artt. 629 (estorsione) e 353 c.p. (turbata libertà degli incanti)**, in continuazione tra loro.

La difesa presenta quindi ricorso in Cassazione, denunciando – tra gli altri motivi del ricorso – l’assenza degli estremi dell’**ingiustizia del profitto** e dell’**ingiustizia della minaccia**, entrambi richiesti dall’art. 629 c.p.: mediante l’accordo stipulato con il debitore, sostiene il difensore, l’imputato si è infatti limitato a disporre legittimamente di una posizione soggettiva tutelata dall’ordinamento, di cui era divenuto titolare, nel pieno rispetto dei principi generali che regolano la libertà contrattuale dei privati. Di conseguenza, non può riconoscersi nel caso di specie la sussistenza di una minaccia “ingiusta”, posto che il debitore esecutato, pure laddove non avesse acconsentito allo “scambio” proposto dal ricorrente, non avrebbe subito alcun “male” antigiusuristico, poiché **le uniche conseguenze sarebbero state quelle imposte dalla legge a seguito dell’esito positivo della procedura di aggiudicazione**.

4. A giudizio della Corte di cassazione, tuttavia, la qualificazione giuridica attribuita ai fatti dai giudici di merito deve dirsi corretta.

Anzitutto, con riferimento al delitto di **estorsione** la Suprema Corte nega che possano trovare accoglimento le doglianze del ricorrente volte a far rilevare l’insussistenza nel caso in esame di alcuni degli elementi costitutivi della fattispecie, affermando che, anzi, le dinamiche del caso concreto come sopra descritto sono perfettamente idonee ad integrare la figura criminosa di cui all’art. 629 c.p.

4.1. La Corte, in primo luogo, esclude che il tipo di accordo concluso dall’imputato con il debitore esecutato potesse costituire legittimo esercizio dell’autonomia negoziale attribuita dall’ordinamento ai privati: anche la libertà negoziale, invero, benché sicuramente consenta ai privati di concludere contratti atipici per meglio regolare i propri interessi, trova un **limite** nella necessità di soddisfare **finalità meritevoli di tutela** secondo l’ordinamento giuridico, e in particolare risulta preclusa laddove sussistano **espresi divieti di carattere positivo**, come avviene nell’ambito del procedimento di espropriazione immobiliare.

La natura del procedimento di esecuzione, all’interno del quale il privato-debitore si trova in uno **stato di completo assoggettamento rispetto al potere pubblico**, è infatti tale da non permettere “private intrusioni”: come afferma la Corte di legittimità, cioè, “allorché la tutela del diritto soggettivo si scontra con la tutela della libertà, lo Stato-ordinamento non ammette alternative, non rilascia deleghe, né temporanee investiture ad altri e solo con i propri organi e procedure consente che la volontà renitente sia forzata, con un accorto dosaggio di sostituzione e coercizione” [1].

Da tale osservazione discende che l’unico esito della procedura esecutiva accettabile per l’ordinamento, una volta che detti poteri coercitivi siano stati attivati, è quello derivante dal regolare svolgimento dell’*iter* della procedura giurisdizionale-coattiva, il cui corso non può e non deve in alcun modo essere deviato da interferenze di carattere privato.

È pertanto da escludersi in radice l’esistenza di una posizione soggettiva disponibile in capo al destinatario dell’aggiudicazione (provvisoria) del bene esecutato; al contrario, sostiene la Corte, quest’ultimo appare titolare nei confronti dell’ordinamento di un vero e proprio **obbligo di acquistare il bene mediante l’integrale versamento del prezzo**, tant’è che in caso di inadempienza la stessa legge (all’art. 587 c.p.c.) prevede che la procedura incameri la cauzione versata al momento dell’aggiudicazione a titolo di “multa” (somma che andrà poi a comporre la massa attiva da distribuirsi ai creditori, ai sensi dell’art. 509 c.p.c.) [2].

In conclusione, dal complesso delle disposizioni che regolano il processo esecutivo è possibile ricavare un **generale divieto di “mercimonio” della situazione di vantaggio attribuita dall’ordinamento al soggetto privato a seguito dell’aggiudicazione del bene**, il quale costituirebbe uno **specifico sviamento della finalità tipica del procedimento di vendita**

forzata e si porrebbe altresì **in contrasto con il limite dell'utilità sociale** imposto dall'art. 42 c. 2 della Costituzione all'autonomia privata.

L'esistenza di un simile divieto rende di conseguenza **ingiusto il profitto** realizzato dal ricorrente in quanto *contra ius*, posto che da un lato costui non era legittimato a pretendere l'esborso, dall'altro il debitore esecutato non era tenuto a versarlo in corrispettivo: e l'ingiustizia deriva, nel caso di specie, proprio dall'utilizzo di mezzi illeciti, in quanto **"utilizzare un procedimento civile per scopi estranei alle sue finalità e per conseguire un risultato economico che non gli appartiene rende necessariamente ingiusto quel ricavato, in quanto ingiusto è il fine a cui tende"** [3].

4.2. A fronte dell'ingiustizia del profitto, la Cassazione mette in evidenza l'infondatezza anche delle doglianze concernenti l'effettiva configurabilità della **condotta di minaccia**; correttamente, infatti, i giudici hanno ravvisato la **prospettazione di un male ingiusto** nella prosecuzione della procedura esecutiva, male che tra l'altro dipendeva dalla volontà dell'imputato (in quanto il trasferimento definitivo del bene era condizionato al versamento integrale del prezzo di vendita). Neanche vale a escludere la minaccia il fatto che il debitore esecutato, in base a quanto asserito dal ricorrente, avrebbe a sua volta ricavato un **vantaggio** dall'accordo stipulato, ossia avrebbe ottenuto una postergazione del termine finale di conclusione della procedura esecutiva. Da una parte, infatti, si deve considerare che il prolungamento della fase di vendita avrebbe comunque comportato un aumento degli interessi dovuti dal debitore, e che la vendita successivamente realizzatasi avrebbe potuto anche portare a un ricavo inferiore rispetto al prezzo della prima aggiudicazione, di talché poteva ben essere che la situazione complessivamente derivante dall'accordo comportasse uno svantaggio per il debitore; dall'altra, tale considerazione appare irrilevante, in quanto **la minaccia**, quale elemento costitutivo del delitto di estorsione, **non è in ogni caso esclusa dal solo fatto che lo strumento utilizzato dall'agente per ottenere il profitto ingiusto possa al contempo assicurare alla persona offesa una qualche utilità** [4].

4.3. Nessun dubbio può poi nutrirsi, a parere della Cassazione, sull'esistenza del requisito dell'**ingiustizia del danno** subito dalla vittima, che nel caso di specie deve individuarsi proprio nel corrispettivo economico da questa versato al ricorrente (nello specifico, pari a 4.000,00 euro), sfornito, come si è visto, di alcun fondamento giuridico, in quanto *ex lege* non dovuto.

4.4. Da ultimo, la Corte riconosce anche la piena sussistenza nel caso concreto dell'**elemento soggettivo**, ossia del dolo di estorsione, in quanto l'intento dell'imputato di utilizzare strumentalmente il procedimento di vendita forzata al fine di realizzare un ingiusto profitto può agevolmente desumersi dalle **modalità attraverso le quali era avvenuto l'incontro tra le due parti** (e, in particolare, dall'aver il ricorrente contattato il debitore immediatamente dopo l'aggiudicazione, asseritamente per conto di una società immobiliare di cui in giudizio non era emersa la reale esistenza, dapprima proponendogli un acquisto evidentemente impossibile e strumentale e successivamente manifestandogli la proposta estorsiva).

Un ulteriore elemento dimostrativo del reale disinteresse dell'imputato per la procedura esecutiva e dell'esclusivo intento di fare "mercimonio" dell'aggiudicazione ai danni del debitore espropriando viene dalla Corte rinvenuto, inoltre, nell'evidente sproporzione tra il prezzo di aggiudicazione e quello che il ricorrente propose inizialmente al debitore per riacquistare la casa, così come dall'analogia **sproporzione tra la somma richiesta per rinunciare all'aggiudicazione** (6.000,00 euro al netto della cauzione versata alla procedura, pari a quasi un quarto del valore dell'intero bene) **e il vantaggio ottenuto dalla vittima** (permanere all'interno dell'immobile per pochi mesi in attesa della nuova asta). È pertanto evidente, conclude la Corte di legittimità, che il ricorrente **"approfittò della situazione di obiettiva difficoltà in cui il debitore esecutato si trovava, al fine di conseguire un ingiusto profitto"** [5].

5. In continuazione con l'estorsione, anche il delitto di **turbata libertà degli incanti** appare alla Suprema Corte perfettamente configurabile nel caso di specie.

Il reato punito ai sensi dell'art. 353 c.p., infatti, è volto a tutelare il regolare svolgimento di aste pubbliche e licitazioni private da qualsiasi **turbamento** che possa verificarsi **tanto nel momento stesso in cui la gara si svolge, quanto durante tutto il suo complesso iter procedimentale o persino al di fuori di essa** [6]. Ciò che rileva è che il comportamento in concreto tenuto dall'agente – posto in essere mediante una delle modalità tipiche descritte dalla norma: violenza, minaccia, doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti – abbia leso gli interessi della pubblica amministrazione sottesi al procedimento di esecuzione forzata e, in particolare, abbia **influito sulla regolare procedura della stessa** (senza che sia necessario provare che ne abbia concretamente alterato i risultati) [7].

Nel caso di specie l'imputato aveva, mediante **minaccia**, costretto il debitore esecutato ad accettare una proposta volta alla rinuncia all'aggiudicazione: da tale azione la procedura aveva certamente subito un **effettivo turbamento**, che aveva determinato l'esito infruttuoso della stessa (nella quale l'imputato era l'unico concorrente) e frustrato in tal modo l'interesse della p.a. a che la gara si svolgesse regolarmente, con il minor dispendio di tempo possibile e raggiungendo gli scopi cui essa era finalizzata.

Oltre a ciò, aggiunge la Cassazione, un "ulteriore segmento antecedente di turbativa" deve peraltro rintracciarsi già nel "chiaro e accertato intento del ricorrente di utilizzare la procedura di vendita **esclusivamente quale strumento per conseguire fini diversi da quelli alla quale la stessa era diretta**"; è l'avvenuta "distorsione" dell'utilizzo del procedimento esecutivo da parte dell'imputato mediante la vicenda estorsiva, dunque, ad aver comportato quella lesione dell'interesse statale alla celere definizione dei procedimenti giudiziari che determina l'applicabilità del reato di cui all'art. 353 c.p.: reato che, tuttavia, nel caso di specie doveva riconoscersi già estinto per avvenuta prescrizione.

6. Come abbiamo visto, secondo la Suprema Corte l'aver l'imputato strumentalizzato la procedura esecutiva al fine di ottenere da parte del debitore esecutato un pagamento non dovuto costituisce comportamento penalmente rilevante tanto con riferimento al delitto di estorsione, quanto con riferimento a quello di turbativa d'asta. Tale soluzione ha evidentemente richiesto, da parte della Corte, una positiva soluzione del preliminare quesito inerente alla **possibilità di qualificare la specifica condotta contestata al ricorrente quale condotta di minaccia**, che costituisce modalità della condotta comune a entrambe le fattispecie richiamate.

7. Una corretta valutazione della vicenda in esame, ci pare, non può pertanto prescindere da un'adeguata considerazione delle caratteristiche che tale condotta assume all'interno del nostro ordinamento. E, del resto, proprio sull'impossibilità di rintracciare una vera e propria minaccia nel caso di specie era incentrato uno dei motivi di ricorso in Cassazione, con il quale la difesa sosteneva che l'imputato si fosse limitato a porre in essere un **legittimo atto di disposizione (ovviamente dietro corrispettivo) di una propria posizione soggettiva di favore**.

Si tratte di problematiche già sollevate in passato dinanzi alla Corte di cassazione, e che richiamano, in particolare, il ben noto **caso Corona**, conclusosi con sentenza definitiva di condanna nel 2011 [8]: anche in quella sede i giudici di legittimità avevano considerato che le condotte del reporter – che, lo ricordiamo, in più occasioni aveva proposto a diversi personaggi pubblici l'acquisto di fotografie che li ritraevano in atteggiamenti compromettenti, prospettando in caso contrario la vendita delle stesse a testate giornalistiche – fossero state correttamente

inquadrate nel delitto di estorsione, affermando a chiare lettere il principio secondo cui **anche la minaccia di esercitare un diritto, qualora sia diretta a conseguire scopi non consentiti o prestazioni non dovute, integra il delitto di estorsione.**

La sentenza in commento è pertanto un'ulteriore dimostrazione dell'intenzione della Suprema Corte di considerare come potenziale oggetto della condotta di minaccia anche il **male di per sé "giusto"**, ossia quel male che rappresenti il legittimo esercizio da parte dell'agente di un proprio diritto o potere, che sia tuttavia **esercitato non iure**, e quindi **in maniera incompatibile rispetto agli scopi per cui l'ordinamento attribuisce quel diritto o potere**. Tale interpretazione, che evoca, secondo alcuni, la nozione di **"abuso del diritto"**, àncora l'ingiustizia della minaccia non solo al male prospettato, ma anche al *rapporto tra il mezzo usato dall'agente* (la prospettazione del male giusto) *e lo scopo da lui perseguito*, e troverebbe uno specifico fondamento sistematico all'interno del diritto civile, più precisamente nell'art. 1438 c.c. [9]

La traslazione di questa concezione "ampia" di minaccia sul piano del diritto penale appare del resto pienamente giustificata se si considera che, nei reati in cui la minaccia è un "mezzo" per conseguire un fine antigiuridico [10], il disvalore della fattispecie è incentrato non tanto sulla condotta di minaccia, quanto sul fatto che di essa l'agente si serva per imporre alla vittima una **condizione**, in modo da **coartare la sua libertà di autodeterminazione** [11].

Di conseguenza, così come nel caso *Corona* la Suprema Corte aveva ritenuto che l'ingiustizia della minaccia si desumesse dalla strumentalizzazione del diritto di cronaca per ottenere indebiti vantaggi patrimoniali [12], anche nella pronuncia in esame la Cassazione considera **penalmente rilevante la condotta di chi si sia servito della propria posizione soggettiva di favore per coartare la volontà altrui e ottenere vantaggi economici non dovuti** (e l'illegittimità di tale strumentalizzazione si ricaverebbe, nel caso di specie, dalle norme che, come si è visto, considerano indisponibile la posizione dell'aggiudicatario, prevedendo pesanti sanzioni civili nel caso del mancato completamento della procedura).

8. Pure alla luce delle considerazioni finora svolte, tuttavia, i contorni definitivi della fondamentale nozione di minaccia penalmente rilevante appaiono tutt'altro che netti.

Muovendo dall'orientamento giurisprudenziale appena illustrato, secondo il quale costituisce minaccia per il diritto penale anche la minaccia di far valere un diritto o un potere – e quindi di un male "giusto" – in quanto si concreti in un abuso di diritto o di potere (ossia in una strumentalizzazione del diritto o del potere per ottenere vantaggi indebiti), si potrebbe infatti essere indotti a **riconoscere una condotta di minaccia in ogni abuso di diritto/di potere che abbia influito sul processo motivazionale altrui**, rintracciando, in simili casi, una vera e propria coazione dell'altrui volontà.

Nondimeno, valorizzando in chiave sistematica quelle fattispecie in cui l'**abuso di potere** è espressamente **tipizzato** dal legislatore – i **delitti di concussione di cui all'art. 317 c.p.** e il più recente **delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità di cui all'art. 319-*quater* c.p.** (coniato dal legislatore del 2012 a seguito della "spacchettizzazione" del delitto di concussione) – non si può fare a meno di notare come il quadro in diritto appena esposto non vi si adatti perfettamente.

9. Entrambe le fattispecie appena richiamate, come è noto, vedono tra i propri elementi costitutivi l'**abuso di qualità o di potere**, abuso che tuttavia – come definitivamente chiarito dalle Sezioni Unite *Maldera* nel 2014 – solo nel caso della concussione si concreta in una condotta di minaccia, comportando un vero e proprio effetto di costrizione del soggetto passivo: **nel caso del nuovo delitto configurato dall'art. 319-*quater* c.p.**, invece, l'**abuso del pubblico ufficiale** (e, dunque, la strumentalizzazione dei suoi poteri o della sua qualifica per perseguire scopi diversi da quelli

riconosciuti dall'ordinamento [13]), **pur ponendo il soggetto *extraneus* alla p.a. in uno stato di soggezione, non è concretamente idoneo a coartare la sua volontà**, risolvendosi in una meno pregnante induzione.

La semplice esistenza del delitto di induzione indebita nel nostro ordinamento, pertanto, sembrerebbe non conciliarsi con l'orientamento, ormai consolidato in dottrina e giurisprudenza, che riconosce l'esistenza di una minaccia nella mera prospettazione di un lecito esercizio di diritti o poteri per perseguire scopi illegittimi, in quanto **oggetto di criminalizzazione attraverso la nuova figura delittuosa sono proprio quegli abusi che, non producendo un concreto effetto di coazione sulla psiche della vittima, non si traducono in condotte di minaccia**.

Ponendosi dunque il problema di scriminare l'abuso costringitivo da quello induttivo, le **Sezioni Unite *Maldera*** hanno da ultimo fatto proprio il **criterio del danno/vantaggio** [14], chiarendo cioè che deve ritenersi *indotto*, e non coartato attraverso minaccia, quel soggetto che, pur subendo un abuso da parte del pubblico funzionario, *approfitti* di tale abuso al fine di perseguire un vantaggio indebito.

10. Sembra allora legittimo chiedersi, alla luce di tali brevi riflessioni, **se il principio enunciato dalle Sezioni Unite non debba logicamente valere anche al di fuori dell'ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione**, e più in particolare in materia di estorsione; con conseguente esclusione di una minaccia – e, di conseguenza, con esclusione in questo caso di qualsiasi responsabilità penale – laddove il soggetto, pur approfittando di una propria posizione di supremazia per ottenere vantaggi personali, non prospetti ad altri un male ingiusto, ma piuttosto un indebito vantaggio [15].

Proprio il ricorso al **criterio del vantaggio** in un caso come quello adesso esaminato – criterio, come si è visto, espressamente rifiutato dalla Suprema Corte, che nella pronuncia in commento non ha esitato ad affermare che “la minaccia, quale elemento costitutivo del delitto di estorsione, non è esclusa dal solo fatto che lo strumento utilizzato per la realizzazione di un profitto ingiusto sia la stipulazione con la persona offesa di un accordo che assicuri, in ipotesi, a questa una qualche utilità” [16] – avrebbe allora potuto condurre a una soluzione diversa. E infatti la posizione del debitore esecutato, ritenuto vittima di minaccia dalla Corte di cassazione, potrebbe essere agevolmente riletta in termini di vantaggio, considerando che attraverso l'accordo stipulato con il soggetto attivo costui impediva il completamento della procedura esecutiva (nella quale, lo ricordiamo, l'imputato era stato l'unico partecipante) e, allo stesso tempo, ritardava il soddisfacimento dei propri creditori: esiti che senz'altro possono essere ritenuti *ingiusti*.

Per quanto possibile apprendere dagli scarni riferimenti in fatto desumibili dalla sentenza di legittimità, pertanto, ci sembra dunque che nella vicenda in esame vi fosse concretamente un qualche **spazio per concludere che il soggetto passivo si sia risolto ad accettare lo scambio proposto dall'agente perché**, pur certamente subendo un certo grado di pressione psicologica, **abbia ritenuto in un qualche modo conveniente tale accordo**. La sua situazione non ci pare, del resto, particolarmente distante da quella dell'imprenditore che accetti di pagare una tangente al pubblico ufficiale per non vedersi contestare gravi infrazioni della normativa giuslavoristica, alle quali sarebbero seguite sanzioni pecuniarie particolarmente afflittive e persino la sospensione dell'attività imprenditoriale: fattispecie nella quale tuttavia le Sezioni Unite *Maldera* non hanno rinvenuto un'effettiva condotta di minaccia, bensì solamente un abuso induttivo.

[1] Cfr. p. 6 della sentenza in commento.

[2] A questo si aggiunge, peraltro, che l'art. 177 disp. att. c.p.c. (titolato “dichiarazione di responsabilità dell'aggiudicatario”) prevede inoltre che l'aggiudicatario inadempiente sia ulteriormente condannato al

pagamento della differenza tra il prezzo da lui offerto e non versato e il prezzo minore per il quale è successivamente avvenuta la vendita.

[3] Cfr. p. 9 della sentenza in commento. La Suprema Corte si richiama, del resto, a consolidata giurisprudenza di legittimità che, in tema di estorsione, riconosce che l'elemento dell'ingiusto profitto si individua "in qualsiasi vantaggio, non solo di tipo economico, che l'autore intende conseguire, e che non si collega a un diritto o è perseguito con uno strumento anti-giuridico, o ancora con uno strumento legale ma avente uno scopo diverso" (cfr. su tal punto Cass. pen., Sez. II, sent. 17 novembre 2005, n. 29563; Cass. pen., Sez. II, sent. 31 marzo 2008, n. 16658).

[4] In questi termini già Cass. pen., Sez. II, sent. 11 dicembre 2008, n. 10542; Cass. pen., Sez. II, sent. 20 aprile 2010, n. 16656.

[5] Cfr. p. 12 della sentenza in commento.

[6] Così ad es. Cass. pen., Sez. VI, sent. 12 dicembre 2005, n. 11628.

[7] In questo senso cfr. Cass. pen., Sez. II, 23 giugno 2016, n. 43408; Cass. pen., Sez. VI, 27 settembre 2013, n. 41365.

[8] Cass. pen., Sez. II, sentenza 20 ottobre 2011 (dep. 24.11.2011), n. 43317, Pres. Esposito, Rel. Prestipino, ric. Corona, già pubblicata su *questa Rivista* con segnalazione di L. Pistorelli, [La sentenza della Cassazione sul caso Corona](#), in *questa Rivista*, 22 dicembre 2011.

[9] Il quale considera causa di annullamento del contratto anche la "minaccia di far valere un diritto" che sia "diretta a conseguire vantaggi ingiusti"; per questa considerazione cfr. G.L. Gatta, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013, p. 193 ss.

[10] Per la distinzione tra minaccia-fine e minaccia-mezzo cfr. G.L. Gatta, *La minaccia*, cit., p. 20 ss.

[11] Si rimanda ancora alle ampie osservazioni svolte da G.L. Gatta, *La minaccia*, cit., p. 185 ss.

[12] A parere della Corte, infatti, l'unica forma legittima di utilizzazione commerciale di dati personali altrui (come l'utilizzo di fotografia, pur legittimamente detenute) è rappresentata dalla pubblicazione giornalistica, motivo per cui qualsiasi altro utilizzo economico degli stessi rappresenta una deviazione dai fini connaturati al diritto di cronaca; per una riflessione più approfondita sulla vicenda si rimanda a D. Tarantino, [La strumentalizzazione del diritto di cronaca per finalità contra ius: estorsione?](#), in *questa Rivista*, 13 febbraio 2012.

[13] Per una più ampia riflessione su questi concetti si può rimandare a C. Benussi, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Padova, 2016, p. 196 ss., p. 379 ss.

[14] Cass. Pen., SS.UU., sentenza 24 ottobre 2013 (dep. 14.3.2014), n. 12228, Pres. Santacroce, Rel. Milo, ric. Maldera, con commento di G.L. Gatta, [Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e 'induzione indebita': minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito](#), in *questa Rivista*, 17 marzo 2014.

[15] Non si ignorano tuttavia le – ampiamente fondate – perplessità manifestate in dottrina sull'adeguatezza del criterio del danno/vantaggio prescelto dalle Sezioni Unite, il quale fa riferimento a elementi non previsti dalla fattispecie incriminatrice e non appare realmente idoneo a distinguere tra le attigue ipotesi di concussione/induzione/corruzione; cfr. a tal riguardo C. Benussi, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, cit., p. 403.

[16] Cfr. p. 9 della sentenza in commento.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI MERITO

Ancora in tema di ricadute della sentenza De Tommaso. Una pronuncia del Tribunale di Monza su misure di prevenzione e fattispecie di pericolosità 'qualificata'

Trib. Monza, Sez. unica pen., decr. 15 maggio 2017, pres. Pansini, est. Colella

di Stefano Finocchiaro

1. La sentenza *de Tommaso* va presa seriamente e ha efficacia vincolante, ma solo entro confini ben delimitati, ossia nell'ambito delle fattispecie di pericolosità c.d. *generica* di cui all'art. 1 lett. a) e b) del d.lgs. 159/2011 (c.d. codice antimafia), e non anche delle fattispecie di pericolosità c.d. *qualificata*, attinenti ai reati elencati all'art. 4 del medesimo decreto.

È questa la conclusione cui perviene il collegio monzese nel decreto in commento, aggiungendo così un nuovo tassello al variegato quadro giurisprudenziale che ha fatto seguito alla dirompente sentenza della Corte di Strasburgo dello scorso febbraio.

2. Come noto, con la sentenza 23 febbraio 2017, *de Tommaso c. Italia* [1], la Grande Camera della Corte Edu ha riconosciuto che la disciplina italiana sulle misure di prevenzione non rispetta gli standard di *prevedibilità* e *accessibilità* imposti dal principio di *legalità* insito nell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu, attinente alla libertà di circolazione, sotto due punti di vista.

Anzitutto, eccessivamente imprecisa e indeterminata è stata ritenuta la disposizione di cui all'art. 1 lett. a) e b) d.lgs. 159/2011, che colloca tra i *destinatari* delle misure di prevenzione i *soggetti c.d. genericamente pericolosi*. Si tratta dei soggetti "abituamente dediti ai traffici delittuosi" (lett. a) e di quelli che "vivano abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose" (lett. b).

In secondo luogo, è stata censurata l'eccessiva vaghezza e imprecisione del contenuto delle prescrizioni relative alla sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, in particolare laddove la legge – l'attuale art. 8 del d.lgs. 159/2011 – permette di imporre di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi", nonché – nella versione previgente – di "non dare ragione alcuna di sospetto in ordine alla propria condotta".

Le due norme – l'art. 1 lett. a) e b) e l'art. 8 co. 3 ss. del c.d. codice antimafia – sono insomma state dichiarate dalla Corte di Strasburgo convenzionalmente illegittime perché formulate in modo qualitativamente scadente, ossia talmente impreciso da renderne imprevedibili le conseguenze.

3. All'indomani della pronuncia europea la reazione della giurisprudenza di merito italiana è stata tutt'altro che univoca. Due, in particolare, sono le tendenze registratesi.

Da un lato, una parte della giurisprudenza – tra cui la Corte d'appello di Napoli [2] e il Tribunale di Udine [3] – ha riconosciuto carattere vincolante alla sentenza della Corte europea e ha di conseguenza sollevato questione di legittimità costituzionale delle citate disposizioni, per contrasto con l'art. 117, comma 1 Cost., in relazione all'art. 2 Prot. n. 4 CEDU. La Corte d'appello di Napoli, peraltro, ha esteso il quesito sottoposto alla Consulta anche alla confisca di prevenzione, utilizzando quale parametro convenzionale di riferimento l'art. 1 Prot. add. CEDU, norma che tutela il diritto di proprietà e nel cui ambito applicativo la Corte europea riconduce da tempo la confisca di prevenzione [4].

In senso contrario, alcuni tribunali – tra cui quello di Milano [5], di Palermo [6] e di Vercelli [7] – hanno deciso di continuare ad applicare la misura di prevenzione, sostenendo che la sentenza *de Tommaso* non sia vincolante, in quanto insuscettibile di essere considerata espressiva di un orientamento consolidato della Corte europea, nei termini richiesti dalla nota sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale.

4. Con la pronuncia in commento, il Tribunale di Monza, pur giungendo ad applicare le misure di prevenzione proposte, dimostra nella sostanza di condividere il primo filone giurisprudenziale sopra menzionato.

L'apparente paradosso si spiega alla luce delle peculiarità della fattispecie oggetto di giudizio nel caso in esame. Peculiarità che permettono ai giudici di effettuare un'importante opera di delimitazione dell'ambito applicativo della sentenza *de Tommaso*.

Invero, il soggetto destinatario del provvedimento in esame – con cui è applicata sia la misura *personale* della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, sia quella *patrimoniale* della confisca – è una persona in relazione alla quale sono emersi, nell'ambito delle attività di controllo di EXPO 2015, elementi tali da farne desumere la qualifica di soggetto dotato di pericolosità non solo, e non tanto, generica, ma anche *qualificata*.

Il proposto, sulla base delle risultanze istruttorie, è infatti inquadrato come soggetto indiziato di appartenere a un'associazione mafiosa (art. 4, lett. a) e di essere tra i promotori e organizzatori di un'associazione finalizzata al traffico illecito di stupefacenti *ex art.* 74 d.P.R. 309/1990 (art. 4, lett. b, che richiama le ipotesi di cui all'art. 51, comma 3-*bis* c.p.p.).

5. Nel decreto in oggetto, dunque, l'applicabilità delle misure di prevenzione è motivata non già sulla scorta dell'asserito carattere non vincolante della sentenza *de Tommaso* – che era invece l'argomento speso dai tribunali di Milano, Palermo e Vercelli – bensì in ragione dell'**autonomia delle fattispecie di pericolosità c.d. generica (art. 1 lett. a e b), rispetto a quelle di pericolosità c.d. qualificata (come gli indizi di appartenenza ad associazioni mafiose o finalizzate allo spaccio)**.

La scure della sentenza *de Tommaso*, invero, è calato solamente sulle prime, e non sulle seconde. In relazione ai soggetti indiziati di uno dei reati indicati all'art. 4 del codice antimafia le misure di prevenzione rimangono applicabili.

6. Il Tribunale di Monza, anzi, prende espressamente le distanze dall'orientamento espresso dalle corrispondenti sezioni milanesi e palermitane, e individua alcuni indici sintomatici del **carattere vincolante della sentenza della Corte di Strasburgo**. Possiamo sintetizzarli nel modo seguente.

a) Innanzitutto, la sentenza è **stata pronunciata dalla Grande Camera** della Corte Edu, il che vale di per sé a qualificarla come "giurisprudenza consolidata" ai sensi dell'art. 28 CEDU e delle *Explanatory Rules* all'art. 8 Prot. n. 14 CEDU.

b) Inoltre, prima della pronuncia dello scorso febbraio, **la Corte di Strasburgo non aveva mai affrontato specificamente la questione** della compatibilità della disciplina italiana in esame rispetto ai requisiti di legalità elaborati in sede europea. Tanto vale a escludere la configurabilità sul punto di un reale contrasto giurisprudenziale in seno alla Corte europea.

c) Del resto, **il fatto che la Corte costituzionale avesse in passato avallato la disciplina in esame non pone quest'ultima al riparo da successive censure da parte della Corte europea**, chiamata ad accertarne il contrasto con la CEDU e i suoi Protocolli.

d) Ancora, **la presenza di *concurring e dissenting opinions* rese da cinque dei diciassette giudici della Grande Camera non inficia il carattere vincolante della decisione**, tanto più in quanto

nessuna di esse ha ritenuto di escludere il contrasto con le norme convenzionali che la maggioranza ha ritenuto esser state violate.

e) Infine, è appena il caso di precisare che è **del tutto irrilevante che la sentenza de Tommaso avesse ad oggetto le norme della l. n. 1423/1956, allora vigenti, e non quelle dell'attuale codice antimafia**, giacché le prime sono confluite senza modifiche significative nel d.lgs. 159/2011.

7. La sentenza *de Tommaso*, dunque, è considerata dalla pronuncia in commento **immediatamente vincolante nei confronti del giudice nazionale, in qualità di primo giudice della Convenzione**. Cionondimeno, il Tribunale conclude per l'applicabilità delle misure di prevenzione nel caso in esame. La ragione, tuttavia – come si è anticipato – risiede nel fatto che tale caso esorbita dall'ambito di pertinenza della pronuncia europea stessa, in quanto riferita alle sole ipotesi di pericolosità *generica* di cui all'art. 1 lett. a) e b) d.lgs. 159/2011. Da ciò discende, a parere del collegio monzese, *“l'irrelevanza delle censure della Corte di Strasburgo e dell'eventuale declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni sopra richiamate nel giudizio de quo”*, essendo il proposto anzitutto un soggetto portatore di pericolosità c.d. qualificata.

8. Il decreto in commento presenta **una peculiarità sotto un ulteriore profilo**.

Come si è rammentato, la censura della Corte di Strasburgo non ha riguardato solo la disposizione relativa ai destinatari della misura, l'art. 1 appunto, ma anche la norma di cui all'art. 8 del codice antimafia, attinente alle **prescrizioni che il giudice può imporre** in sede di applicazione della sorveglianza speciale: *l'honeste vivere* e il rispetto delle leggi.

Anche da questo punto di vista, la pronuncia della Corte Edu è ritenuta vincolante dal Tribunale di Monza che, tuttavia, dichiara di avere sul punto le mani legate.

Da un lato, infatti, il Tribunale ritiene **impraticabile la via dell'interpretazione conforme** alla Cedu (e all'art. 117, comma 1 Cost.), stante il contenuto delle censure rivolte dai giudici europei direttamente allo standard qualitativo delle norme in questione. Dall'altro si trova **impossibilitato a sollevare questione di legittimità costituzionale in quanto il procedimento si è concluso il 17 febbraio 2017, dunque prima della pronuncia della Corte di Strasburgo**. Circostanza, quest'ultima, che ha reso impraticabile la via – seguita, tra gli altri, dal Tribunale di Napoli – dell'incidente di costituzionalità.

Pertanto le norme di legge in esame vengono ritenute, al momento della decisione, valide e in vigore, e come tali vincolanti per il giudice ai sensi dell'art. 101 Cost., dal momento che le sentenze della Corte europea non impongono la disapplicazione delle norme interne contrastanti con la CEDU [8].

9. Al contrario, per quanto più specificamente attiene alla **prescrizione del divieto di partecipare a pubbliche riunioni** – anch'esso censurato dalla Corte di Strasburgo per la sua eccessiva ampiezza [9] – il Tribunale riconosce l'opportunità di limitarne l'operatività nel dispositivo alle sole riunioni contemplate all'art. 17, comma 3 Cost., e cioè alle “riunioni in luogo pubblico” per le quali “deve essere dato preavviso alle Autorità che possono vietarle”. Vengono di conseguenza escluse quelle tenute “in luogo aperto al pubblico” di cui all'art. 17 comma 2 Cost., purché pacifiche e senz'armi come richiesto dall'art. 17, comma 1 Cost.

Sotto quest'ultimo profilo – e *solamente* sotto quest'ultimo – il decreto in commento si allinea all'indirizzo espresso dalle già menzionate pronunce dei tribunali di Milano e Palermo che, proprio nel medesimo senso, avevano provveduto a precisare le coordinate della prescrizione di non partecipare a pubbliche riunioni.

10. Il decreto in commento ci sembra offrire un importante contributo al dibattito insorto a seguito della sentenza *de Tommaso*, in particolare sotto una duplice prospettiva.

In primo luogo, la pronuncia prende posizione a favore della tesi per cui **la sentenza *de Tommaso* può già ritenersi espressione di un orientamento consolidato e, in quanto tale, immediatamente vincolante nel nostro ordinamento.** [*infra*, §§ 11-13]

Inoltre, come si è visto, il decreto chiarisce **l'ambito applicativo della sentenza europea**, riconoscendo come essa si sia rivolta **alle sole fattispecie di pericolosità generica di cui all'art. 1 lett. a) e b) d.lgs. 159/2011**, lasciando residuare l'operatività del sistema delle misure di prevenzione sia in relazione alle ipotesi di pericolosità generica *ex art. 1 lett. c)*, sia per quelle di pericolosità *qualificata* di cui all'art. 4 d.lgs. 159/2011, di cui si riconosce pertanto la legittimità. [*infra*, § 14-15]

11. Per quanto attiene al primo profilo, come si è sopra accennato, il carattere vincolante della decisione pare desumibile da vari fattori, che condividiamo appieno. In particolare:

1) la **provenienza della sentenza dalla Grande Camera**, e non da una sezione semplice. La valorizzazione di tale aspetto – come avevamo già avuto modo di rilevare [10] – era stata operata dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 49/2015;

2) **l'assenza di un contrasto giurisprudenziale** sul punto in sede europea: circostanza ammessa nella stessa sentenza *de Tommaso*, ai §§ 114 e 115;

3) **l'irrilevanza di precedenti pronunce della Corte costituzionale** con le quali è stata in passato sancita la legittimità costituzionale del sistema delle misure di prevenzione.

Quest'ultimo riferimento è anzitutto ai numerosi interventi della Consulta intorno agli Anni '60, tra cui possono menzionarsi le sentenze n. 27/1959, n. 45/1960, n. 126/1962, n. 23 e 68/1964, n. 32/1969, n. 76/1970. In particolare, nella **sentenza n. 23/1964**, la Corte costituzionale ritenne che le misure di prevenzione non violassero né il principio di *legalità* di cui agli artt. 13 e 25 Cost. né la *presunzione di innocenza* di cui all'art. 27 Cost., in considerazione della loro speciale natura e della peculiare finalità perseguita. Muovendo dallo scopo preventivo di tali misure, la Consulta considerò legittimo che esse non fossero disposte sulla base di una specifica constatazione della commissione di un determinato atto, bensì come conseguenza di un insieme di condotte indicative di un pericolo per la società, purché corrispondenti a tipi di comportamento oggettivamente individuabili.

Negli Anni '70-'80 gli interventi della Corte costituzionale si fecero invece maggiormente severi nei confronti del legislatore. Con la **sentenza n. 76/1970**, ad esempio, la Corte riscontrò l'incostituzionalità dell'articolo 4 l. 1423/1956 in ragione della mancata previsione della presenza obbligatoria di un difensore nel corso del procedimento per l'applicazione delle misure. Soprattutto, però, con la **sentenza n. 177/1980**, la Consulta dichiarò illegittimo l'art. 1 della l. n. 1423/1956, nella parte in cui elencava tra i destinatari delle misure di prevenzione i c.d. "*proclivi a delinquere*", per contrasto con gli artt. 13 e 25 comma 3 Cost., in ragione dell'insufficiente grado di *determinatezza* della norma. La Consulta rilevò che la disposizione non descriveva una condotta o una "manifestazione" cui riferire un accertamento giudiziale, bensì rimetteva alle autorità proponenti e al giudice l'individuazione delle condotte rilevanti. In tal modo, la Corte sancì l'operatività del principio di legalità in materia di prevenzione, affermando la necessità di una predeterminazione *ex lege* delle "fattispecie di pericolosità", sì da poter costituire il parametro dell'accertamento giudiziale e, insieme, il fondamento di una prognosi di pericolosità dotata di base legale.

È nota, inoltre, la **sentenza n. 93/2010**, con la quale la Corte costituzionale ha di fatto introdotto la facoltà per il proposto di richiedere che l'udienza di prevenzione si svolga in forma pubblica [11].

Nello stesso anno, tuttavia, la Corte costituzionale ha nuovamente salvato la disciplina delle misure di prevenzione dai dubbi di costituzionalità che in relazione ad essa ancora una volta erano stati adombrati. Nella **sentenza n. 282/2010**, la Consulta ha riconosciuto la compatibilità delle espressioni “vivere onestamente” e “rispettare le leggi” rispetto ai canoni di tassatività e precisione-determinatezza di cui all'art. 25, comma 2 Cost. Era stata così affermata la legittimità della norma incriminatrice delle condotte che violano quelle prescrizioni, norma allora contenuta nell'art. 9, comma 2 l. 1423/1956 e oggi trasfusa nell'art. 75 d.lgs. 159/2011. Tali disposizioni, seppur imprecise nella loro formulazione, acquisterebbero carattere sufficientemente preciso avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione e al più ampio contesto ordinamentale in cui esse si collocano [12].

12. Proprio facendo leva su quest'ultima pronuncia – particolarmente indulgente nei confronti del legislatore – una parte della giurisprudenza di merito – tra cui, come visto, i tribunali di Milano e Palermo e Vercelli – ha ritenuto di poter sanare i vizi della disciplina, riscontrati dalla sentenza de Tommaso, attraverso un'interpretazione che concretizzi e individualizzi le locuzioni usate dal legislatore, facendo appunto riferimento al “contesto ordinamentale in cui esse si collocano”.

In realtà, **tale approccio non ci pare convincente**. A ben veder, infatti, nemmeno l'interpretazione offerta dalla Consulta nella sentenza 282/2010 – approfonditamente analizzata dalla Corte Edu nella sentenza *de Tommaso* (§§ 57-61) – era parsa agli occhi dei giudici europei in grado di fornire all'interessato indicazioni sufficienti circa la condotta a lui richiesta. Nella sentenza *de Tommaso*, la Corte europea lo chiarisce in modo inequivocabile: “*the interpretation by the Constitutional Court in 2010 did not solve the problem of the lack of foreseeability of the applicable preventive measures*” (§ 121). **L'interpretazione della Corte costituzionale nella sentenza 282/2010 non ha risolto il deficit di prevedibilità di cui è affetto il sistema delle misure di prevenzione in esame.**

A parere della Grande Camera (§§ 120-122) – nonostante gli interventi della giurisprudenza costituzionale italiana – gli obblighi di “vivere onestamente e rispettare le leggi” e di “non dare ragione alcuna ai sospetti” continuano a non fornire indicazioni sufficienti per le persone interessate, risolvendosi in un riferimento a tempo indeterminato all'intero ordinamento giuridico italiano, senza alcun chiarimento sulle specifiche norme la cui inosservanza integrerebbe un ulteriore indizio del pericolo rappresentato dalla persona per la società.

Del resto, pare difficilmente negabile che i giudici di Strasburgo abbiano in questo caso rivolto le proprie **censure non già all'interpretazione operata dai giudici del caso concreto** nei confronti del signor de Tommaso, **bensì più radicalmente alla formulazione della legge italiana** in materia di misure di prevenzione.

13. Perspicua ci sembra, in ultima analisi, l'opinione espressa nel decreto in esame a favore del carattere vincolante della sentenza de Tommaso.

Peraltro, il riconoscimento del carattere di “precedente consolidato” della pronuncia *de Tommaso* è insito anche nella sentenza delle **Sezioni Unite Paternò** (che al tempo in cui è stato pronunciato il decreto in esame era stata comunicata solo come informazione provvisoria, ma di cui sono oggi note anche le motivazioni) [13].

Con tale pronuncia – come noto – la Suprema Corte ha dichiarato inapplicabile il delitto di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno di cui all'art. 75 co. 2 d.lgs. 159/2011 rispetto all'ipotesi della violazione delle prescrizioni di “vivere

onestamente” e di “rispettare le leggi”, alla luce di un’interpretazione convenzionalmente conforme alla CEDU e ai suoi Protocolli e alla relativa giurisprudenza di Strasburgo.

Né – potremmo aggiungere – tale conclusione può dirsi contestata dal successivo intervento della **II sezione della Cassazione nel caso Sorresso** [14], in cui la Corte ha ritenuto di sollevare una questione di legittimità costituzionale della medesima disposizione in relazione agli artt. 25, 117 Cost., 7 CEDU e 2 prot. 4 CEDU.

Anzi, pur divergendo in punto di metodo con il quale rilevare l’effettiva efficacia della sentenza *de Tommaso* – in via di interpretazione orientata (nella sentenza *Paternò*) o mediante incidente di costituzionalità (nell’ordinanza *Sorresso*) – entrambi gli arresti della Suprema Corte convergono nel riconoscere forza vincolante alla sentenza della Corte europea *de Tommaso c. Italia*.

14. Infine – per quanto attiene al secondo profilo di interesse del decreto qui commentato, ossia la delimitazione dell’ambito applicativo della sentenza *de Tommaso* alle sole fattispecie di pericolosità c.d. *generica*, e non a quelle di pericolosità *qualificata* – sembra venire in rilievo una diversa e per certi versi nuova questione, destinata probabilmente a occupare il futuro dibattito sul tema. Ci riferiamo al **problema della legittimità delle fattispecie di pericolosità qualificata** di cui all’art. 4 d.lgs. 159/2011.

Tale questione, che viene oggi decisa in senso positivo dal decreto in commento, non è stata espressamente affrontata dalla Corte di Strasburgo, ma è tutt’altro che pacifica in dottrina [15].

Il tema merita senz’altro un consono approfondimento. Possiamo però fin d’ora porre l’attenzione almeno su due aspetti: l’eterogeneità delle categorie contemplate dall’art. 4 d.lgs. 159/2011, da un lato, e il carattere indiziario del loro accertamento, dall’altro.

Sotto il primo profilo, può osservarsi come il catalogo di reati contenuto all’art. 4 coinvolga ormai fattispecie che fanno riferimento a una **tassativa, ma eterogenea e piuttosto ampia, gamma di reati**, che è stata progressivamente estesa mediante interventi legislativi, da ultimo proprio con la legge n. 161/2017 [16]. Fattispecie che certamente si distinguono sul piano della gravità e dell’allarme sociale, con ciò confermando che il d.lgs. n. 159/2011 è ormai ben lungi dal costituire uno strumento di lotta esclusivamente riservato alla criminalità organizzata. Esigenze legate al principio di *legalità* e a quello di *uguaglianza e ragionevolezza* impongono allora di domandarsi quale *ratio* accomuni tali ipotesi. Al riguardo, invero, non ci sembra per nulla rassicurante la risposta di recente offerta dalle Sezioni Unite *Spinelli*, secondo cui le varie fattispecie di pericolosità contemplate dal legislatore condividerebbero la caratteristica di sollecitare risposte ordinamentali non già a fatti di reato, bensì a “*stili di vita e metodiche comportamentali che si collocano al di fuori degli ordinari schemi della civile convivenza e del sistema democratico*” [17]. Più convincente, invece, ci sembra una prospettiva volta a scindere definitivamente il sistema della prevenzione ‘personale’ da quello delle misure ‘patrimoniali’: per queste ultime, ad accomunare le varie fattispecie prese in considerazione potrebbe essere “*l’esigenza di eliminare dal circuito economico-legale beni ed altre attività illecitamente acquisiti*”, finalità che le stesse Sezioni Unite riconoscono essere propria della confisca di prevenzione [18].

Strettamente collegato a questo primo aspetto, è quello del **carattere indiziario dell’accertamento di tali fattispecie**. È affermazione tradizionale, nonché accolta nel decreto in commento [19], quella per cui le misure di prevenzione, a differenza delle sanzioni penali, non tendono a sanzionare la violazione di una norma penale, né sono subordinate all’accertamento di un reato e della colpevolezza dell’imputato. Come noto, infatti, l’art. 4 richiama fattispecie delittuose del codice penale e di altre leggi speciali, ma non richiede che della loro integrazione sia fornita piena prova, essendo sufficienti meri *indizi*. Secondo l’opinione prevalente in dottrina, la distinzione tra indizi utili a fondare il giudizio di reità e indizi di prevenzione sarebbe ‘quantitativa’, e cioè legata allo spessore del materiale probatorio raccolto dagli inquirenti [20]. La giurisprudenza, dal canto

suo, tenta con fatica di mantenere un delicato equilibrio in tema di coefficienti probatori nel procedimento di prevenzione, richiedendo, almeno a parole, lo scrupoloso ed autonomo accertamento di elementi di fatto di carattere obiettivo [21].

15. Quest'ultimo problema, in particolare, rimane aperto. A nostro parere, il tema potrebbe essere affrontato muovendo da una duplice considerazione di fondo.

In primo luogo, il procedimento di prevenzione disegnato dal legislatore risulta ad oggi fondato su di un **accertamento meno garantistico sia di quello penale, sia di quello civile**. Infatti, il ragionamento inferenziale di cui consta l'accertamento indiziario nel procedimento di prevenzione si basa su una regola legale diversa e meno rigorosa *sia* rispetto a quella fissata dall'art. 192, comma 2 c.p.p. per processo penale, *sia* rispetto a quella prevista dall'art. 2729 c.c. per il processo civile: entrambe queste norme, come noto, richiedono una triplice connotazione degli indizi (in termini di *precisione*, *gravità* e *concordanza*), che la legge non richiede invece ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione [22].

In secondo luogo, **le fattispecie indiziarie qualificate hanno un contenuto intrinsecamente meno determinato rispetto alle fattispecie tipiche di reato**. Diverso, in altri termini, ci sembra essere il fatto noto che il ragionamento inferenziale mira a dimostrare. Ai fini dell'applicazione della pena, il processo penale richiede l'accertamento di un fatto tipico – cioè sussumibile all'interno di una fattispecie astratta descritta in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, da una norma incriminatrice –, nonché definito in termini spazio-temporali precisi. Di fatto, invece, l'applicazione delle misure di prevenzione non richiede alcuna individuazione specifica del fatto di reato, bensì un più generico accertamento che il soggetto, in un arco temporale, si è dedicato ad attività illecite astrattamente riconducibili a una delle fattispecie delittuose contemplate dall'art. 4 d.lgs. 159/2011.

Tale maggiore indeterminatezza è particolarmente evidente e – sappiamo oggi – incompatibile con gli standard della Convenzione europea, nelle ipotesi di pericolosità *generica*, ove manca addirittura una predeterminazione delle fattispecie delittuose di riferimento. Tuttavia, potrebbe ora chiedersi se la medesima considerazione valga, o meno, in riferimento alle fattispecie di pericolosità *qualificata*, dato che l'oggetto della dimostrazione indiziaria non è comunque la commissione di un fatto tipico di reato specificamente individuato, come dimostra l'esempio paradigmatico della non sovrapponibilità tra i concetti di "partecipazione" punita dall'art. 41-bis c.p., e di "appartenenza" ex art. 4 d.lgs. 159/2011 [23]. La risposta, nell'attuale quadro del diritto vivente, non pare affatto scontata e sembra dipendere, nella sostanza, dalla *natura giuridica*, e quindi dalle finalità, che s'intende attribuire a queste misure.

[1] V. C.edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, *de Tommaso c. Italia*, su cui cfr. Maugeri A. M., [Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera](#), in questa Rivista, fasc. 3/2017, p. 15 ss.; Menditto F., [La sentenza de Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione](#), in questa Rivista, fasc. 4/2017, p. 127 ss.; Viganò F., [La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali](#), in questa Rivista, fasc. 3/2017, p. 160 ss.; Finocchiaro S., *Le misure di prevenzione italiane, sul banco degli imputati a Strasburgo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017/2, p. 881 ss.

[2] Cfr. Corte d'appello di Napoli, ord. 14 marzo 2017, con nota di Viganò F., *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza de Tommaso*, in questa Rivista, fasc. 3/2017, p. 296 ss.

[3] Cfr. Trib. Udine, ord. 4 aprile 2017, consultabile all'indirizzo internet www.giurisprudenzapenale.it.

[4] Cfr., ad esempio, C.edu, sent. 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*, § 30; C.edu, sez. II, dec. 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*, § 1-3; C.edu, sez. I, dec. 4 settembre 2001, *Riela c. Italia*; C.edu, sez. II, sent. 5 gennaio 2010, *Bongiorno e altri c. Italia*, § 45.

- [5] Trib. Milano, decreto 7 marzo 2017, con nota di Finocchiaro S., [Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera de Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato](#), in questa Rivista, fasc. 4/2017, p. 319 ss.
- [6] Trib. Palermo, decreto 28 marzo 2017, con nota di Balato F., [Su talune recenti prese di distanza dalla sentenza della Corte Edu de Tommaso da parte della giurisprudenza di merito](#), in questa Rivista, fasc. 4/2017, p. 316 ss.
- [7] Trib. Vercelli, decreto 24 maggio 2017.
- [8] Cfr. p. 14 del decreto e cfr. anche p. 18, ove si conclude: “Poiché, come si è detto, un’interpretazione conforme al diritto di Strasburgo non appare praticabile, e non vi sono margini per sottoporre la questione alla Corte costituzionale, non resta tuttavia che riportare tale prescrizione nel dispositivo”.
- [9] Cfr. § 123 della sentenza de Tommaso: “The Court is also concerned that the measures provided for by law and imposed on the applicant include an absolute prohibition on attending public meetings. The law does not specify any temporal or spatial limits to this fundamental freedom, the restriction of which is left entirely to the discretion of the judge”.
- [10] Cfr. Finocchiaro S., [Come non detto](#), cit., p. 322 s. Nello stesso senso, Viganò F., [La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo](#), cit., p. 376. Contra, Maugeri A. M., [Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica](#), cit., p. 34 s.
- [11] In particolare, la Corte affermò l’illegittimità dell’art. 2-ter l. 575/1965 e dell’art. 4 l. 1423/1956 – per violazione dell’art. 117 comma 1 Cost. e, quale norma interposta, dell’art. 6 § 1 CEDU – nella parte in cui non consentivano che, su istanza degli interessati, il procedimento di prevenzione si svolgesse nelle forme dell’udienza pubblica.
- [12] Prima della sentenza 282/2010, la Corte costituzionale era intervenuta anche con l’ordinanza n. 354/2003, riconducendo la previsione di “non dare ragioni di sospetto” – ora non più contemplata – al paradigma del “vivere onestamente”, di cui rappresenterebbe una mera proiezione esteriore.
- [13] Cass. pen., Sez. Un., sent. 27 aprile 2017 (dep. 5 settembre 2017), n. 40076, Pres. Canzio, Rel. Fidelbo, Ric. Paternò, con nota di Viganò F., [Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza de Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato](#), in questa Rivista, fasc. 9/2017, p. 146 ss.
- [14] Cass. pen., II sez., ord. 11 ottobre 2017 (dep. 26 ottobre 2017), n. 49194, Pres. De Crescenzo, Est. Recchione, Imp. Sorresso, con nota di Viganò F., [Ancora sull’indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione della cassazione chiama in causa la corte costituzionale](#), in questa Rivista, fasc. 10/2017, p. 272 ss.
- [15] Da ultimo, ad esempio, si è espressa in termini critici al riguardo Maugeri A. M., [Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica](#), cit., p. 29, ove si afferma che “Anche se la sentenza della Corte Edu De Tommaso attiene alle fattispecie a pericolosità generica, e in particolare alla categoria dei soggetti indiziati di essere dediti a traffici delittuosi, la difficoltà di conciliare con il principio di tassatività l’accertamento della categoria dei destinatari, e quindi la valutazione di pericolosità sociale, si presenta anche in relazione alle fattispecie a pericolosità qualificata, fermo restando che [...] in tale ipotesi il legislatore indica il reato in relazione al quale sviluppare il giudizio prognostico.”
- [16] Su tale riforma, cfr., volendo, Finocchiaro S., [La riforma del codice antimafia \(e non solo\): uno sguardo d’insieme alle modifiche appena introdotte](#), in questa Rivista, fasc. 10/2017, p. 251 ss.
- [17] Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), Pres. Santacroce, Rel. Bruno, Ric. Spinelli. Al riguardo, si è mostrata ampiamente critica Maugeri A. M., *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitizde della Corte EDU sul civil forfeiture (in relazione alla confisca di prevenzione)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 945.
- [18] Così, ancora, Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), Spinelli.
- [19] Cfr. p. 14.
- [20] Cfr. cfr. Mangione A., *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, p. 79 ss. Sul punto, possono rammentarsi anche le osservazioni di Nuvolone P., *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, p. 16.
- [21] Sul tema, cfr. Mazzacuvà Fr., *Le persone pericolose e le classi pericolose*, in Furfaro S., *Misure di prevenzione*, in *Diritto e procedura penale*, collana diretta da Gaito A., Romano B., Ronco M., Spangher G., 2013, p. 107; nonché Mangione A., *Le misure di prevenzione*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte generale – III. La punibilità e le conseguenze del reato*, Torino, Utet, 2014, p. 447.

[22] Peraltro, il procedimento di prevenzione, per gli stessi motivi, risulta addirittura inferiore allo standard richiesto dall'art. 273 c.p.p. ai fini dell'applicazione delle misure cautelari, per le quali è richiesto un connotato di "gravità".

[23] Come noto, l'orientamento prevalente accoglie una nozione di "appartenente" più estesa di quella di partecipe ex art. 416-bis c.p., essenzialmente includendovi anche i c.c.dd. concorrenti esterni. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. I, 7 aprile 2010, n. 16783, *P.G.M.*; Cass. pen., sez. I, 3 febbraio 2010, n. 7937; Cass. pen., sez. VI, 15 dicembre 2009, n. 42324; Cass. pen., sez. II, 16 dicembre 2005; Cass. pen., sez. I, 16 gennaio 2002, n. 19943; Cass. pen., sez. VI, 17 marzo 1997. In dottrina, cfr. Balsamo A., Maltese C., *Il codice antimafia*, in *Il Penalista*, 2011, p. 17. In senso invece critico, tuttavia, cfr. Mangione A., *Le misure di prevenzione*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa (a cura di), *Trattato*, cit., p. 448 s., e Mazzacupa Fr., *Le persone pericolose e le classi pericolose*, cit., p. 104.

* * * * *

Ancora sui colloqui dei garanti con le persone private della libertà personale

[*Mag. Sorv. Spoleto, ord. 27 giugno 2017*](#); [*Mag. Sorv. Sassari, ord. 27 giugno 2017*](#);
[*Mag. Sorv. Viterbo, ord. 15 giugno 2017*](#)

di Laura Cesaris

1. Le ordinanze in commento –emesse a pochi giorni l'una dall'altra dai magistrati di sorveglianza di Spoleto, di Sassari e di Viterbo – ripropongono all'attenzione degli operatori e degli interpreti il **problema del ruolo e dei poteri del garante dei diritti e delle persone detenute**. Un problema, che appare soprattutto culturale per le resistenze dell'amministrazione penitenziaria a interagire con i garanti [1].

Oggetto dei reclami sono le modalità di contatto con il garante territoriale consentite in un caso, quello all'esame del magistrato di sorveglianza di Spoleto, dalla direzione dell'istituto (di Terni) «o con il controllo visivo e auditivo di personale di polizia penitenziaria» sulla visita effettuata dal garante o «mediante colloquio individuale», che, tuttavia, trattandosi di persona ristretta in regime differenziato *in peius* ex art. 41-bis comma 2 ord. penit., viene considerato come alternativo all'unico colloquio mensile con i familiari e comunque sottoposto a controllo con le stesse modalità previste per i colloqui con tali soggetti (cioè mediante audio e videoregistrazione). Quest'ultima modalità è, nel caso esaminato dal magistrato di sorveglianza di Sassari, l'unica consentita dalla direzione. Nel reclamo a questo magistrato, così come in quello rivolto al magistrato di sorveglianza di Viterbo, l'attenzione è focalizzata sulla decisione dell'amministrazione penitenziaria di conteggiare nel novero dei colloqui mensili quelli effettuati con il garante degli enti locali.

2. Preliminarmente si richiama l'attenzione sul fatto che i reclami sono stati proposti e sono stati decisi ai sensi dell'**art. 35-bis ord. penit.**, riconoscendosi in tal modo che si tratta di «**inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla legge** e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un **attuale e grave pregiudizio** all'esercizio dei diritti» (art. 69 comma 6 lett. b ord. penit.) [2]. Si tratta cioè di decisioni dell'amministrazione penitenziaria che incidono su situazioni giuridiche soggettive, su **beni essenziali della persona, che rappresentano la proiezione di diritti fondamentali dell'individuo** riconosciuti nella

Costituzione (oltre che in trattati sovranazionali recepiti dallo Stato): nei casi in esame hanno comportato una limitazione, da un lato, ai colloqui con i familiari e, dall'altro, ai colloqui con il garante e ai suoi interventi, in forza di **ordini di servizio applicativi di una circolare** – 7 novembre 2013, n. 3651/6101 – del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (d'ora in avanti citato come DAP), **la quale già in passato è stata oggetto di provvedimenti di disapplicazione** proprio perché riduce l'ambito di operatività dei garanti [3].

La direzione del carcere di Bancali ha invece applicato una circolare risalente al 2009 (la n. 3618/6068), che risulta superata, essendo intervenute successivamente altre circolari, che hanno espressamente revocato quelle precedenti in materia, tra cui appunto quella del 2009. Non si potrebbe, infatti, giustificare il rinvio alla circolare in questione con il riferimento ai soggetti sottoposti al regime *ex art. 41-bis* comma 2 contenuto nella circolare stessa, posto che la circ. min. 7 novembre 2013, n. 3651/6101, che contiene «il nuovo testo unico delle disposizioni in materia di visite agli istituti penitenziari *ex art.67*» ord. penit., dedica spazio ai contatti con i detenuti in tale regime differenziato.

3. Non è forse allora superfluo ricordare che **alcuni provvedimenti normativi sono intervenuti** al fine di introdurre nella legge penitenziaria strumenti necessari ai garanti territoriali per svolgere pienamente il ruolo loro assegnato di controllo e di verifica sull'esecuzione della pena e delle misure limitative della libertà personale, nonché sul rispetto dei diritti delle persone recluse. E ciò ancor prima che venisse istituito il garante nazionale con d.l. 23 dicembre 2013 n. 146 conv. l. 21 febbraio 2014, n. 10 [4]: un gran numero di garanti territoriali è stato istituito, infatti, da Enti locali (regioni, province, comuni) come espressione di una diffusa e avvertita attenzione verso la situazione delle carceri e delle persone ristrette [5].

Quanto agli strumenti, si tratta della **visita senza previa autorizzazione**, prevista dall'art. 67 ord. penit. nella lett. *l-bis*, introdotta con d.l. 30 dicembre 2008, n. 207 conv. l. 27 febbraio 2009, n. 14, proprio al fine di consentire il ricorso ad uno strumento di controllo pronto ed efficace [6]. La visita, infatti, che non viene preannunciata e che presuppone facoltà di accesso (previa identificazione [7]) permette di verificare le condizioni della struttura detentiva e delle persone in essa rinchiusi, anche indipendentemente da eventuali segnalazioni, nonché di interagire con le persone ristrette e gli operatori penitenziari.

Con il provvedimento in questione **i garanti sono stati equiparati ai parlamentari e ai consiglieri regionali**, così che il loro ingresso è stato sottratto alla autorizzazione dell'amministrazione penitenziaria, richiesta invece in precedenza. I garanti, infatti, potevano accedere o ai sensi dell'art.17 ord. penit. o dell'art. 78 ord. penit. L'art. 17 cit. consente a privati nonché a esponenti di «istituzioni o associazioni pubbliche e private» di accedere agli istituti penitenziari, previa autorizzazione del magistrato di sorveglianza, per perseguire la «finalità del reinserimento sociale dei condannati e degli internati», secondo le direttive impartite dallo stesso magistrato di sorveglianza. Nell'art. 78 ord. penit. è delineato l'intervento dell'assistente volontario, il cui ingresso è autorizzato dall'amministrazione penitenziaria su proposta del magistrato di sorveglianza.

La modifica operata risulta dunque particolarmente importante proprio perché sottrae alla amministrazione il potere di incidere sugli ingressi dei garanti.

4. La **visita** assume una grande rilevanza, pur nella genericità della formulazione dell'art.67 ord. penit.: se è indubbio che consente una **ricognizione dello stato dei luoghi e degli spazi detentivi** (e dunque un accertamento e un controllo sui luoghi), non potrebbe, tuttavia, limitarsi a questo solo; anzi, durante la visita, i garanti (al pari degli altri soggetti indicati nell'art. 67 cit.) devono poter **parlare liberamente con le persone recluse, nonché con altri soggetti**, quali

operatori penitenziari o volontari, per meglio cogliere la reale situazione dei luoghi e delle persone.

Al riguardo la **circ. min. n. 3651/6101 cit.** specifica che «**la conversazione deve vertere sulle condizioni di vita del detenuto, sulla conformità del trattamento ad umanità, sul rispetto della dignità della persona**»; tuttavia, riprendendo la previsione dell'art. 117 comma 1 reg. esec., pone dei **limiti al contenuto dei contatti verbali**, escludendo espressamente che possa riguardare le «vicende processuali». Sennonché l'art. 117 comma 1 cit. fa riferimento espresso agli imputati, così che si è indotti a ritenere che la limitazione posta dalla circolare riguardi solo tale categoria di soggetti e non si estenda ai condannati e agli internati, giacché, qualora si accedesse ad una diversa interpretazione, la circolare finirebbe per ridurre immotivatamente l'oggetto delle conversazioni [8]. Una **limitazione ulteriore** deriva implicitamente dalla previsione – sempre contenuta nella circolare citata – secondo cui **il dialogo deve «svolgersi in lingua italiana»**, in modo tale da risultare comprensibile al direttore o al suo delegato, così che, qualora il detenuto non parli la lingua italiana e il garante volesse comunque comunicare con lui, sarebbe necessario ricorrere ad un interprete, che presenzi all'incontro. La circolare richiede che l'interprete sia iscritto ad un albo professionale e specifica che le spese per la prestazione dell'interprete non sono a carico dell'amministrazione penitenziaria. Con la conseguenza inevitabile di ridurre sensibilmente le opportunità di contatti con il garante proprio per quei soggetti che ne avrebbero forse maggiore necessità.

Allo strumento della visita si affiancano i colloqui che la persona detenuta può avere con il garante «in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale» della polizia penitenziaria, come espressamente dispone l'art.18 ord. penit. Peraltro non si può non evidenziare che la possibilità di utilizzare «appositi locali» permette anche un ulteriore scambio di informazioni, di chiarimenti e di commenti originati via via dalla osservazione dello stato dei luoghi e delle persone durante la visita.

È poi possibile inviare al garante **reclami in forma orale o scritta** anche in busta chiusa, e ciò al fine di assicurare la dovuta riservatezza. La quale dovrebbe caratterizzare anche i contatti *de visu* proprio per consentire al detenuto di sentirsi libero di esprimere le proprie doglianze senza subire condizionamenti di alcun genere. Sennonché il colloquio con il garante è sottoposto ai controlli ora ricordati, che ne riducono in modo assai significativo la valenza.

5. Le opportunità di contatto fra persone ristrette e garanti, espressamente riconosciute dall'ordinamento penitenziario, riprendono quanto già indicato nel **Protocollo opzionale alla Convenzione Onu contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumane e degradanti** [9], che – con riferimento al meccanismo nazionale di prevenzione – indica negli artt. 19 e 20 gli strumenti, individuandoli nell'accesso a tutti i luoghi di detenzione, a tutte le informazioni sul numero e sulle condizioni delle persone detenute, nonché nei colloqui riservati senza testimoni. E tali strumenti sono stati indicati nell'art. 7 d.l. 146/2013 conv. l. 10/2014 e ripresi nel **codice di autoregolamentazione del garante nazionale dei diritti delle persone detenute**, che – lo si ricorda – è stato individuato dallo Stato italiano come meccanismo nazionale di prevenzione. In tale codice, nell'art. 3 concernente i compiti del garante, si afferma che questi «espleta liberamente il proprio mandato a tutela dei diritti» dei detenuti, specificando che «visita senza necessità di alcuna autorizzazione gli istituti penitenziari, prende visione degli atti contenuti nel fascicolo della persona detenuta e comunque degli atti riferibili alle condizioni di detenzione; richiede alle amministrazioni le informazioni e i documenti necessari per l'espletamento dei propri compiti». Si potrebbe obiettare al riguardo che il codice di autoregolamentazione adottato nel maggio 2016 dal Garante nazionale (che è organo collegiale) ha una valenza interna all'autorità in questione e nel contempo è diretto a far conoscere gli strumenti e le modalità operative. Non è certo dal

predetto codice che questa autorità trae legittimazione, bensì – come già si è ricordato – dal Protocollo opzionale alla Convenzione contro la Tortura, dalla legge istitutiva e dalla legge penitenziaria. Non sfugge poi che i poteri e le modalità operative lì indicate sono le medesime descritte nel Protocollo e nella legge penitenziaria. Ed anzi le previsioni contenute in quest'ultimo *corpus* si riferiscono ai garanti territoriali, dato che il garante nazionale è stato introdotto notoriamente ben più di recente. Proprio il fatto che i poteri attribuiti all'*authority* nazionale siano già espressi nella legge penitenziaria suona come una conferma e un rafforzamento di quelli dei garanti locali.

6. La precisazione circa le fonti che individuano i poteri, le funzioni e gli strumenti operativi appare di particolare rilevanza, giacché contribuisce a fugare ogni dubbio circa la **legittimazione dei garanti locali** riconosciuti dalla legge penitenziaria. La circ. min. n. 3651/6101 cit. è intervenuta precisando che «per garante si intende un organo pubblico istituito con atto normativo» emanato «dallo Stato o da Enti pubblici territoriali (Comuni, Province e Regioni), così che debbono ritenersi escluse «figure che, pur fregiandosi di analoga qualifica, promanano da associazioni o gruppi di natura privata».

Suscita allora non poche perplessità l'affermazione del magistrato di sorveglianza di Viterbo, secondo cui tali *authorities*, essendo state istituite con leggi degli enti locali, svolgerebbero funzioni di «garanzia per i cittadini detenuti...soltanto per ciò che concerne i diritti e gli interessi legittimi che questi possono vantare verso gli Enti locali di cui fa parte il Garante (o Difensore civico o Ombudsman)» [10]. Quasi che la funzione dei garanti si esaurisse nel «facilitare la fruizione dei servizi messi a disposizione dalle regioni e dagli enti locali». Potrà anche il garante occuparsi di simili questioni e operare in tal senso, ma una siffatta interpretazione risulta assai riduttiva dell'ambito di cognizione e dei poteri di intervento.

La precisazione sulle fonti rileva in particolare poi ove si consideri la situazione oggetto dei reclami, che – come già si è ricordato – riguardano persone sottoposte al regime differenziato *in peius* di cui all'art. 41-*bis* comma 2 ord. penit.; regime che comporta forti limitazioni nei rapporti con il mondo esterno oltre che nella vita interna degli istituti penitenziari, espressamente indicate nel comma 2-*quater* dell'art.41-*bis* cit. Per quanto concerne i rapporti con il mondo esterno, questi sono ridotti ad un solo colloquio mensile, che deve svolgersi a intervalli regolari in locali appositamente attrezzati e solo esclusivamente con familiari e conviventi. I contatti con terze persone sono di norma esclusi, salvo casi eccezionali lasciati alla valutazione discrezionale del direttore.

7. La circolare del DAP n. 3651/6101 cit., contenente «disposizioni in materia di visite agli istituti penitenziari ex art. 67» ord. penit., mira a «raccolgere organicamente le disposizioni impartite circa le modalità di svolgimento delle visite...previste dall'art. 67» e, dopo aver precisato che l'elenco contenuto nel 1 comma del predetto articolo è tassativo, e dunque non suscettibile di interpretazioni estensive, dedica subito dopo spazio ai «garanti dei diritti dei detenuti», che possono «accedere all'istituto penitenziario senza altra autorizzazione ed interloquire con i detenuti». Con la precisazione che le «interlocuzioni non sostanziano colloqui in senso tecnico» ex art.18 ord. penit., così che sono soggette alle regole indicate nella stessa circolare nel par. 6 e non devono essere computate ai fini del raggiungimento dei limiti numerici previsti dall'art. 37 comma 8 reg. esec.

Le specificazioni ora ricordate suscitano perplessità, ad esempio là dove si definisce tassativo l'elenco dei soggetti autorizzati all'ingresso [11]; ma soprattutto per le espressioni usate «interloquire» e «interlocuzioni», che – come già si è ricordato – «non sostanziano colloqui in senso tecnico», così che – sempre secondo la predetta circolare – «la loro effettuazione soggiace

alle regole e ai limiti indicati nel par. 6 della medesima circolare. Basterebbe riflettere sull'etimo di interlocuzione e di interloquire, da un lato, e, dall'altro, di colloquio per cogliere la radice latina comune "*loqui*" (parlare), e basterebbe altresì pensare alle preposizioni "*inter*" e "*cum*", che ben esprimono il senso di uno scambio di idee, di pensieri, di considerazioni. La precisazione, dunque, fatta mediante il ricorso alla espressione "interlocuzione" non consueta e non idonea a indicare quello che nella sostanza resta un colloquio (per il quale non esiste un significato tecnico diverso da quello comune) suscita perplessità; perplessità che si accentuano, ove si ricordi che i garanti sono ricompresi nell'elenco di cui all'art.18 ord. penit. tra i soggetti con cui i detenuti hanno diritto a svolgere colloqui, seppur sottoposti a controllo visivo ma non auditivo del personale penitenziario.

L'uso della preposizione «nonché» nell'art.18 cit. evidenzia che **i garanti si aggiungono ai congiunti e alle terze persone nell'elenco predetto**. Tre le categorie prese in considerazione: quella dei congiunti e famigliari, quella ampia e eterogenea delle «altre persone» e infine quella dei garanti. Non pare dunque che possano esservi dubbi al riguardo, come ben si sottolinea nell'ordinanza del magistrato di sorveglianza di Spoleto, secondo cui il legislatore ha voluto ragionevolmente distinguere le persone diverse dai familiari rispetto ai garanti. Conclusione, questa, che si ritrova anche nella ordinanza del magistrato di sorveglianza di Sassari, secondo cui «pare errato assimilare i colloqui tra detenuti e garanti a quelli tra detenuti e terze persone». Differenti le finalità che si vogliono perseguire: i colloqui con i famigliari mirano, come precisa l'art. 28 ord. penit., a «mantenere migliorare o ristabilire le relazioni con le famiglie». I colloqui con persone diverse dai congiunti e dai conviventi, benché consentiti «quando ricorrono ragionevoli motivi», si possono inserire in quest'ottica, ove ad es. si pensi a soggetti privi di familiari o con familiari residenti all'estero o a soggetti che abbiano avviato da poco una relazione affettiva [12]. Oppure possono essere finalizzati al compimento di atti giuridici, come prevede espressamente lo stesso art.18 comma 1 ord. penit.

8. I colloqui con il garante sono più simili a quelli svolti con il magistrato di sorveglianza o con il difensore o con gli ispettori del Comitato per la prevenzione della tortura (d'ora in poi indicato come CPT), dato che sono diretti a verificare la situazione detentiva e l'eventuale violazione di diritti, a ricevere doglianze orali o scritte, a raccogliere specifiche istanze da un soggetto recluso. Così che, come ancora correttamente osservano il magistrato di sorveglianza di Spoleto e quello di Sassari, la disciplina dell'art. 37 reg. esec. non è applicabile ai colloqui visivi con il garante soprattutto nella parte in cui subordina lo svolgimento del colloquio individuale ad una autorizzazione della amministrazione penitenziaria basata sulla sussistenza di «ragionevoli motivi», perché ciò «non sarebbe affatto conferente con le finalità di tutela dei diritti delle persone private della libertà personale» [13]. Senza contare che l'art. 37 cit. non è stato modificato dopo che nell'art.18 è stato inserito il riferimento al «garante dei diritti dei detenuti». Peraltro l'uso al singolare dell'espressione "garante" non potrebbe essere inteso come riferito a quello nazionale, che non esisteva ancora: ne risulterebbe svilita la portata della modifica intervenuta nell'art.18 ord. penit. e soprattutto una siffatta interpretazione sarebbe illogica, privando i garanti locali di uno strumento conoscitivo diretto e efficace.

È opportuno ricordare che gli ispettori del CPT hanno libero accesso ai luoghi di detenzione oggetto della visita e possono colloquiare riservatamente sia con le persone private della libertà personale sia con chiunque possa fornire indicazioni utili. E quando siano accompagnati da un ufficiale perché si tratta di luoghi tenuti segreti per ragioni di difesa nazionale o sottoposti a tutela speciale per ragioni di sicurezza nazionale, l'accompagnatore non può essere presente al colloquio [14]. Anche le regole penitenziarie Onu rivedute nel 2015 [15] prevedono nella regola

84 per gli ispettori «il potere di condurre colloqui privati e completamente confidenziali con i detenuti e con il personale nel corso delle loro visite» [16].

In considerazione dunque delle funzioni di garanzia attribuite al garante, la precisazione contenuta nella circolare sta appunto a sottolineare le **differenti finalità dei colloqui svolti con i familiari e con i garanti**, tanto che la stessa circolare aggiunge che **non devono essere computati «ai fini del raggiungimento dei limiti numerici previsti dall'art. 37 comma 8» reg. esec.** In caso contrario, se cioè venissero conteggiati nel numero dei colloqui che i detenuti possono intrattenere con i familiari, si verificherebbe la violazione di più disposizioni costituzionali, in particolare degli artt. 29, 30 e 31 Cost. La Repubblica nell'art. 29 riconosce la famiglia fondata sul matrimonio, ma non vieta certamente di riconoscerne altre. La Costituzione impone un'ampia tutela delle formazioni sociali, come si deduce dall'art. 2, secondo cui la Repubblica garantisce i diritti dell'uomo sia come singolo «sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». L'art. 29 tutela una delle formazioni sociali cui l'art. 2 si riferisce, insieme ad altre tutelate espressamente dalla Costituzione. Verrebbe violato anche l'art. 30, in cui si afferma il diritto e il dovere dei genitori di educare ed istruire i loro figli, anche se nati fuori dal matrimonio e si occupa dunque della relazione tra genitore e figlio (sia procreato durante il matrimonio sia nato fuori dal matrimonio sia adottato); ed altresì l'art. 31, che riconosce valore sociale alla maternità, la cui protezione è assicurata dal momento del concepimento fino alla nascita e tutela l'infanzia secondo quegli stessi principi accolti anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sintetizzati nell'articolo 24, dedicato ai «*Diritti del bambino*».

9. Alla luce degli argomenti – di carattere letterale e sistematico – richiamati, **suscita molte perplessità l'affermazione contenuta nell'ordinanza del magistrato di sorveglianza di Viterbo**, secondo cui è sempre garantita la possibilità di incontrare i garanti ai sensi degli artt. 17 e 78 ord. penit. Prima delle modifiche ad opera del d.l. 207/2008 conv. l. 14/2009, che hanno riguardato l'art. 67 cit., i garanti – come già si è ricordato – potevano accedere agli istituti penitenziari o con l'autorizzazione ex art. 17 cit. o come assistenti volontari, e solo in questo modo potevano avere contatti con le persone reclusi e con l'istituzione penitenziaria. Il riferimento alle modalità di ingresso descritte negli artt. 17 e 78 cit., operato dal magistrato di sorveglianza di Viterbo, sembra sminuire la portata delle previsioni normative concernenti i garanti. L'intervento del 2009 era volto a sottrarre l'ingresso alla discrezionalità assai lata della direzione dell'istituto. Non solo, ma se si ritenesse ancora possibile il ricorso alle due previsioni ora ricordate, si verificherebbe la situazione assai singolare di un garante che accede all'istituto penitenziario anche con una veste diversa. In tal modo verrebbe automaticamente meno il requisito essenziale dell'imparzialità, che deve caratterizzare le attività del garante, specie ove collaborasse come assistente volontario. Gli interventi sarebbero così viziati in origine per la duplicità del ruolo che il garante ricoprirebbe contemporaneamente. È evidente allora che la soluzione prospettata dal magistrato di sorveglianza di Viterbo non potrebbe essere praticata. Ad analoga conclusione si arriverebbe anche qualora si ritenesse che il riferimento agli artt. 17 e 78 cit. stia solo ad indicare le modalità di accesso, dato che, come già si è ricordato, si subordinerebbe l'ingresso dei garanti alla autorizzazione dell'amministrazione penitenziaria, con una evidente compressione delle opportunità di accesso.

10. Oggetto delle **ordinanze in esame**, come già si è ricordato, sono i **reclami presentati da detenuti sottoposti al regime ex art. 41-bis ord. penit.**, per i quali il comma 2-*quater* limita ad uno solo i contatti con i familiari e i conviventi, vietando quelli con persone diverse da costoro, salvo casi eccezionali determinati volta per volta dal direttore e, per quanto concerne gli imputati fino alla sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria procedente individuata secondo i

criteri fissati nell'art.11 comma 2 ord. penit. Non solo, lo stesso comma 2-*quater* prevede il controllo auditivo e la sottoposizione a registrazione del colloquio, previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria.

Nei reclami **si lamentava che i colloqui con il garante venissero sottoposti dalla direzione a registrazione e venissero conteggiati nel numero di quelli fruibili mensilmente**, con la conseguenza che veniva impedito di effettuare quello con i famigliari.

È evidente da quanto sopra ricordato che **una simile prassi diffusa nelle sezioni e negli istituti destinati ad ospitare detenuti soggetti al regime differenziato ex art. 41-bis comma 2 ord. penit. non trova fondamento né nelle disposizioni della legge penitenziaria e del regolamento di esecuzione né nelle circolari** su cui le direzioni hanno fondato le loro decisioni.

Il legislatore, infatti, riconoscendo i garanti territoriali e istituendo poi la figura del garante nazionale, ha inteso offrire alle persone private della libertà personale uno strumento di garanzia e di controllo, disciplinandone le funzioni e i poteri. Non ha certo inteso escludere taluni soggetti o taluni istituti o talune sezioni. Sia la legge penitenziaria sia il d.l. 146/2013, conv. l.10/2014, che ha introdotto il garante nazionale, contengono disposizioni di carattere generale, che riguardano tutte le persone private della libertà personale senza esclusione alcuna. Nell'art. 67 ord. penit. si parla di «istituti penitenziari» senza operare alcuna precisazione o distinzione. E l'art. 67-*bis* ord. penit. (inserito con il d.l. 22 novembre 2011 n. 211 conv. l. 17 febbraio n. 9) chiarisce che «le disposizioni dell'art. 67 si applicano anche alle camere di sicurezza», estendendo a questi luoghi e alle persone ivi reclusi il controllo, a conferma di quanto si osservava [17].

Le limitazioni imposte al colloquio con il garante determinano un grave pregiudizio all'esercizio del diritto del detenuto a tale colloquio. Limitazioni che non trovano fondamento: l'art. 37 reg. esec. – già lo si è ricordato – non ha subito modifiche, dopo l'introduzione della figura del garante, a conferma del fatto che tale norma non si applica ai colloqui con i garanti.

Anche la circ. min. n. 3651/6101 già richiamata specifica nel par. 6, concernente il contenuto della visita, che «tutte le indicazioni» fornite «valgono nei confronti di qualunque detenuto», evidenziando subito dopo che «un'attenzione particolare va riservata ai detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-bis» ord. penit. E ciò in ragione della finalità che tale regime vorrebbe perseguire, cioè quella di impedire i contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza.

Nulla si specifica nella circolare citata in relazione ai colloqui, cui nel par. 3 si accenna, in realtà per precisare, come già si è ricordato *supra*, che «le interlocuzioni del garante non sostanziano i colloqui in senso tecnico previsti dall'art.18» ord. penit. Ma **il silenzio della circolare non autorizza certo a interpretazioni che si discostino dal dato normativo** contenuto negli artt. 18 ord. penit. e 37 reg. esec., in ragione del quale i colloqui con il garante vanno ad aggiungersi a quelli già consentiti e non erodono il «"monte colloqui" previsto dall'art. 37» [18].

A queste considerazioni si aggiunge quella che, per poter esercitare al meglio le funzioni attribuitegli, **il garante deve avere l'opportunità di incontrare i soggetti reclusi senza limitazioni e ciò specie proprio quando si tratti di persone sottoposte al regime differenziato in peius ex art. 41-bis**, che comporta – come è noto – restrizioni particolarmente invasive. In questo caso, anzi, proprio tali restrizioni «giustificano un più attento intervento del garante» per il rischio che le «specifiche modalità operative possano inammissibilmente comprimere i residui diritti in capo ai detenuti» sottoposti al predetto regime. Si consideri ancora che – già lo si è accennato – l'art. 35 ord. penit. come modificato dal d.l. 146 del 2013 conv. l. 10 del 2014 consente di rivolgere al garante (sia a quello territoriale sia a quello nazionale) reclami in forma scritta o orale. È di tutta evidenza che quest'ultima opportunità presuppone che l'incontro avvenga in modo riservato [19] per offrire maggiori garanzie e verrebbe frustrata dal ricorso alle medesime modalità di controllo (audio e videosorveglianza) adottate dalle direzioni penitenziarie per i colloqui con i famigliari, come ben evidenzia il magistrato di sorveglianza di Spoleto. Suona

dunque riduttiva della funzione del colloquio l'affermazione del magistrato di sorveglianza di Viterbo [20], secondo cui, qualora il soggetto, «non ostante abbia comunque la facoltà di rivolgersi» al garante in forma scritta o orale, «opti volontariamente per effettuare un colloquio visivo», si ricadrebbe nella «disciplina speciale che ne determina la durata e le modalità di cui all'art. 41-bis comma 4-*quater*» ord. penit. Proprio perché, come già si è affermato, una simile conclusione inciderebbe sulle possibilità di tutela e sui colloqui familiari.

È evidente allora che, **se si accedesse all'interpretazione fornita nelle circolari citate, si determinerebbero delle gravi ripercussioni sul diritto del soggetto recluso a intrattenere rapporti con la famiglia** perché egli si troverebbe nella difficile situazione di dover scegliere tra effettuare il colloquio con i familiari o incontrare il garante. Nell'uno e nell'altro caso la conseguenza sarebbe un *vulnus*: sul piano degli affetti e del mantenimento delle relazioni familiari, cui l'ordinamento penitenziario attribuisce particolare valenza, tanto che il legislatore non ha eliso del tutto i colloqui né quando sia applicato il regime di sorveglianza particolare (previsto nell'art.14-bis e ss. ord. penit.) né quando sia adottato il regime *ex art. 41-bis* ord. penit. E allo stesso modo si realizzerebbe un *vulnus* sulla possibilità di controllo operato dal garante. Ed anzi a ben vedere, come sottolinea il magistrato di sorveglianza di Sassari, **paradossalmente l'intervento del garante che «ha la funzione di incrementare l'ambito di tutela del detenuto» finirebbe per causare un pregiudizio al mantenimento dei rapporti familiari**. Ma una simile conclusione non corrisponde certo alla *voluntas* del legislatore, il quale, riconoscendo le figure dei garanti, non intendeva affievolire l'esercizio dei diritti sanciti in Costituzione negli artt. 29, 30 e 31 Cost. e riaffermati dalla legge penitenziaria. Così che l'interpretazione contenuta nelle circolari comprime l'esercizio di tali diritti e nel contempo anche la possibilità di avvalersi di uno strumento di doglianza, rappresentato dagli incontri e dai colloqui con i garanti, come già si è sottolineato.

Ma, essendo dirette a chiarire il significato di disposizioni normative, le circolari **non possono derogare alla legge, né tanto meno comportare previsioni *in peius*** [21] e sono pertanto da considerare illegittime.

11. Come si è evidenziato nei paragrafi precedenti, i garanti hanno diritto ad avere colloqui ai sensi dell'art. 18 ord. penit. con qualunque detenuto qualunque sia il regime cui è sottoposto, nonché a effettuare visite ai sensi dell'art. 67 ord. penit.

Nonostante l'inequivoco dettato normativo, ancora recentemente il DAP ha trattato la questione dei poteri di tali authorities in modo riduttivo e insoddisfacente. Con la circolare adottata il 1° ottobre scorso, n. 3676/6126, il DAP mira a disciplinare ogni aspetto della vita detentiva delle persone sottoposte al regime differenziato *in peius* di cui all'art. 41-bis ord. penit. [22], dedicando spazio anche ai contatti con i garanti.

Composta di 37 articoli (sviluppati in *sub* articoli) e di alcuni allegati [23], la circolare meriterebbe un'analisi e un commento proprio quale espressione della volontà dell'amministrazione penitenziaria di regolare minuziosamente ogni momento e ogni aspetto della vita all'interno delle sezioni destinate ad ospitare tali soggetti. Colpisce che la circolare intervenga nel venticinquesimo anniversario della introduzione del regime differenziato *in peius*, dettando «linee guida» volte a «ottenere la più puntuale funzionalità del regime» tesa a «evitare contatti e comunicazioni tra esponenti della criminalità organizzata detenuti negli istituti di pena nonché contatti e comunicazioni» tra quelli ristretti e quelli liberi. Presupposto fondamentale è «garantire –attraverso la fissazione di regole cogenti– l'uniformità di applicazione all'interno dei vari istituti penitenziari delle norme e delle prassi...».

12. Fermo restando che spetta al legislatore modificare la disciplina contenuta nell'art.41-*bis*, non si può non osservare che **l'amministrazione è rimasta sorda alle sollecitazioni della dottrina e della magistratura** per un allineamento della previsione normativa a canoni costituzionali [24], nonché per un adeguamento alle prospettive di riforma suggerite dal Tavolo 2 degli Stati generali dell'esecuzione penale [25]. Così pure sono state ignorate le osservazioni del garante nazionale dei diritti dei detenuti [26] o quelle più recenti del CPT [27].

Ma non è questa la sede. Ci si limiterà qui a evidenziare che, nell'ambito delle disposizioni dedicate a colloqui e visite, l'art.16.6 si occupa delle «visite del garante», specificando che il «garante nazionale...accede senza limitazione alcuna all'interno delle sezioni 41 *bis* incontrando detenuti e internati e potendo svolgere con essi incontri riservati senza limiti di tempo». Ai garanti dei diritti dei detenuti comunque denominati si consente l'accesso «per effettuare le visite ex art. 67 O.P., con possibilità di incontrare detenuti/internati 41 *bis*». Si precisa poi che questi incontri «non incidono sulla determinazione del numero dei colloqui, cui il detenuto/internato ha diritto ex art. 41 *bis* comma 2- *quater*, lett. b».

L'art.16.6, a dire il vero, è assai scarso: rinvia per il garante nazionale alla circolare del 18 maggio 2016 (n. 3671/6121), mentre per i garanti territoriali riproduce quanto già previsto dalla circolare del 2013 più volte citata, senza nulla aggiungere in relazione ai colloqui, che pure ex art. 18 ord. penit. possono essere svolti. L'art.16.6 specifica, come già si è ricordato, che gli incontri occasionati dalle visite non incidono sulla determinazione del numero dei colloqui di cui il detenuto può fruire, cioè di fatto sull'unico colloquio consentito con i famigliari. La precisazione potrebbe apparire superflua, dato che la visita ex art. 67 e il colloquio sono istituti assai differenti, con finalità e modalità di esplicazione nonché di svolgimento ben diversi.

Senza ripetere quanto già si è osservato *retro*, ci si limiterà qui a ricordare che il colloquio si svolge con il controllo visivo del personale di custodia, mentre durante la visita sono possibili scambi di considerazioni, di osservazioni e commenti che si svolgono alla presenza del personale.

Sennonché il fatto che la formulazione dell'art. 16.6 sia così scarna e ben più concisa della corrispondente disposizione della circolare del 2013 suscita non poche perplessità e timori soprattutto alla luce della considerazione che **le regole espresse nella circ. min. n.3676/6126 del 2017 «sostituiscono e abrogano ogni vigente circolare non espressamente richiamata»** (art. 37 rubricato «norme transitorie e finali»). Così che **si potrebbe essere indotti a ritenere abrogata la circolare del 2013**, non essendo stata richiamata. In realtà questa circolare raccoglie le disposizioni concernenti le modalità di svolgimento delle visite agli istituti penitenziari previste dall'art. 67 cit., riferendosi anche – ma non solo – a quelle che possano riguardare detenuti ex art. 41-*bis*. Proprio per la sua portata generale deve dunque ritenersi fatta salva e ad essa si può far riferimento per quanto non previsto dalla circ. min. n. 3676/6126 cit. Ma ciò non risolve il problema dell'assenza di ogni riferimento ai colloqui ex art. 18 ord. penit., anche se non si può non osservare che il silenzio sul punto non può e non deve autorizzare interpretazioni volte ad escludere i colloqui con i garanti territoriali.

Come già si è osservato, l'ordinamento penitenziario è sul punto inequivoco: gli artt. 18 e 67 si riferiscono a qualunque detenuto e a qualunque luogo detentivo, senza esclusione alcuna. Non solo, ma è altrettanto pacifico che le norme citate si riferiscano a tutti i garanti e *in primis* a quelli locali, che sono stati riconosciuti notoriamente molto prima dell'istituzione del garante nazionale. A ciò si aggiunga la considerazione che i garanti locali, proprio per la vicinanza al territorio, potrebbero intervenire più prontamente rispetto al garante nazionale.

Si potrebbe forse obiettare che la diversa disciplina accolta nella circolare risponde alle finalità del regime differenziato *in peius*, che mira a impedire ogni contatto tra i detenuti e gli internati e l'organizzazione di appartenenza.

Se così fosse, trasparirebbe una certa qual diffidenza nei confronti dei garanti territoriali, per i quali si potrebbe temere che possano prestarsi a veicolare all'esterno del carcere comunicazioni e informazioni non consentite, rompendo l'isolamento che il legislatore si prefigge di realizzare nei confronti dei soggetti sottoposti al regime in esame. Il garante nazionale potrebbe offrire maggior garanzie rispetto agli scopi perseguiti mediante le previsioni di cui all'art. 41-bis cit. Sennonché viene immediato replicare che i soggetti sottoposti a tale regime sono assegnati a istituti o sezioni di istituto lontane centinaia di chilometri dai luoghi nei quali è radicata l'associazione criminale cui appartengono. Il rischio appare dunque assai ipotetico.

Non solo, ma si potrebbero richiamare al riguardo le osservazioni della Corte costituzionale, che ha censurato la previsione che limitava i colloqui con i difensori («fino ad un massimo di 3 volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari») [28]. La Consulta riconduce i limiti posti nell'art. 41-bis comma 2-quater al «sospetto che i difensori possano prestarsi a fungere da intermediari per illeciti scambi di comunicazioni». Ma, pur ritenendo esistente questo rischio, la Corte ha escluso che possa essere fronteggiato incidendo sul numero dei colloqui: essendo questo tipo di colloquio sottratto all'ascolto e alla registrazione, basterebbe anche un solo contatto con il difensore per infrangere l'isolamento. Si attribuisce, invece, nella sentenza prima ricordata grande valenza al rispetto del codice deontologico quale mezzo per evitare comunicazioni non consentite.

Analoghe considerazioni potrebbero esser fatte in relazione ai garanti: una scelta più attenta e ponderata delle persone deputate a svolgere questo delicato ruolo e l'esercizio responsabile delle prerogative di controllo e di garanzia, nel rispetto di un codice deontologico, potrebbero evitare quelle erosioni del regime differenziato paventate dall'amministrazione penitenziaria. E ciò senza che si incida sui rapporti con i famigliari, cui la stessa circolare del 2017 attribuisce rilevanza, prevedendo che si debba «favorire l'affettività dei detenuti e il loro contatto con i familiari».

[1] Di «tendenziale refrattarietà» parla F. Della casa, [Il difensore civico delle persone private della libertà personale \(Intervento al convegno "Tra custodi e custoditi"\)](#), in [www.ristretti.it](#).

[2] Cfr. M. Bortolato, Art. 35-bis, in *Ordinamento penitenziario*, a cura di Della Casa-Giostra, 5° ed., Padova, 2015, pp. 394 ss.

[3] Cfr. Trib. sorv. Perugia 27 ottobre 2015 (13 novembre 2015), in *Archivio penale*, 2016, n. 1, p. 12 ss. con nota di C. Scaccianoce, *Diritto al colloquio tra Garante e detenuto: quando il potere giurisdizionale è presidio di effettività dei diritti dei detenuti e delle funzioni del Garante*, e di L. Cesaris, *Quali garanzie per il garante dei detenuti?*, ivi, 2016, n. 2, pp. 564 ss.

[4] Sull'istituzione del garante nazionale si rinvia, fra gli altri, a M. Ceresa Gastaldo, *Una authority di cartapesta per i diritti dei detenuti*, in *Leg. pen.* 2014, f. 4, pp. 413 ss.; A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n.32/2014*, Giappichelli, 2014, pp. 155 ss.; G. Di Rosa, *Il garante dei diritti dei detenuti e dei soggetti privati della libertà personale*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di Conti, Marandola, Varraso, Cedam, 2014, pp. 127 ss.; M. Quattrocchi, *Diritti dei detenuti*, in *Diritti e territorio*, a cura di Morelli-Trucco, Giappichelli, 2015, pp. 18 ss.; L. Scomparin, *Il garante nazionale*, in *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, a cura di F. Caprioli- L. Scomparin, Giappichelli, 2015, pp. 283 ss.

[5] Cfr. in generale sui garanti locali F. Fiorentin, *Al debutto il Garante dei diritti dei detenuti*, in *Guida dir.* 2009, Dossier n. 2, pp. 107 ss.

[6] Cfr. C. Renoldi, Art. 67, in *Ordinamento penitenziario*, cit., pp. 786 ss.

[7] E previo il solo controllo mediante *metaldetector*, come specifica la circ. min. 7 novembre 2013, n. 3651/6101, nel par. 7. E ciò in ragione del «ruolo istituzionale rivestito dai soggetti compresi nell'elenco di cui all'art. 67, comma 1» ord. penit. (par. 7, n. 3).

- [8] Secondo C. Fiorio, *Garante dei detenuti*, in *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 1236, la circolare avrebbe adottato una «interpretazione lata» dell'art. 117 reg. esec. con il risultato di delimitare sensibilmente l'oggetto delle conversazioni.
- [9] Firmato il 18 dicembre 2002 e ratificato con l. 9 novembre 2012, n. 195.
- [10] Cfr. Mag. Sorv. Viterbo 15 giugno 2017, S. M., cit.
- [11] Dubita del carattere tassativo dell'elenco D. Verrina, *Art. 67*, in *Ordinamento penitenziario*, a cura di Grevi- Giostra- Della Casa, Padova, 2011, 4° ed., p. 911, secondo cui nell'elenco figurano soggetti il cui ingresso in carcere pare finalizzato al compimento di atti specifici più che ad un controllo. V. anche C. Renoldi, *Art. 67*, cit., p. 788.
- [12] Secondo la circ. min. 21 febbraio 2002 n. 507559 non rientrano in questo ambito i colloqui con i ministri di culto o con la commissione universitaria d'esame.
- [13] Così Mag. Sorv. Spoleto, 27 giugno 2017, O., cit.
- [14] Cfr. il *Rapporto* esplicativo in relazione agli artt. 9 e 15 della Convenzione per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti.
- [15] Le nuove regole dell'Onu sono state adottate il 17 dicembre 2015 e sono indicate come *Mandela Rules*.
- [16] Generica è, invece, la previsione contenuta nelle regole penitenziarie europee del 2006 (R 2006/2), secondo cui «devono essere effettuate regolarmente ispezioni frequenti degli istituti penitenziari da parte di enti governativi che valuteranno se gli istituti sono amministrati secondo le normative nazionali ed internazionali e in base a quanto previsto dalle [...] Regole» (reg. 92) e «1. Le condizioni di detenzione e il trattamento dei detenuti devono essere controllate da un organo o da più organi di controllo indipendenti le cui valutazioni devono essere rese pubbliche. 2. Tali organi di controllo indipendenti devono essere incoraggiati a cooperare con le agenzie internazionali legittimate a visitare gli istituti penitenziari» (reg. 93).
- [17] Sulla nuova disposizione si rinvia a C. Renoldi, *Art. 67-bis*, in *Ordinamento penitenziario*, 5° ed., cit., pp. 792 ss.
- [18] Così Mag. Sorv. Sassari, 27 giugno 2017, A. R., cit., da cui sono tratte le citazioni che seguono.
- [19] Cfr. C. Fiorio, *Garante dei detenuti*, cit., p. 1235.
- [20] Cfr. Mag. Sorv. Viterbo 15 giugno 2017, S. M., cit.
- [21] Cass. 15 aprile 2015, B.S., *inedita*, proprio con riferimento alle circolari adottate in relazione al regime differenziato, ha precisato che l'amministrazione penitenziaria centrale ha un dovere di adeguamento alle fonti normative di rango più elevato.
- [22] Per un primo commento si rinvia a V. Manca, [Il DAP riorganizza il 41-bis O.P.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena](#), in *questa Rivista*, 6 novembre 2017.
- [23] Si tratta del c.d. modello 72, che elenca dettagliatamente, divisi per generi, gli oggetti e i beni di cui è consentito l'acquisto.
- [24] Cfr. ad es. Corte cost. 26 novembre 1997, n. 376.
- [25] Cfr. la *Relazione* degli Stati generali dell'esecuzione penale, Tavolo 2- Vita detentiva. Responsabilizzazione, circuiti e sicurezza, in cui un apposito capitolo (cap. 4) è dedicato alla formulazione di proposte di modifica di vari aspetti della disciplina (16 ss).
- [26] Cfr. la *Relazione al Parlamento*, 2017, del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, 146.
- [27] Cfr. il *Rapporto* al Governo italiano sulla visita effettuata in Italia nell'aprile del 2016, in [www.coe.int](#).
- [28] Cfr. Corte cost. 20 giugno 2013, n. 43. Tra i molti commenti si leggano P. Corvi, *La Corte costituzionale riafferma il diritto di difesa dei soggetti sottoposti al regime detentivo previsto dall'art. 41bis o.p.*, in *Dir. pen. proc.* 2013, pp. 1185 ss.; F. Fiorentin, *Regime speciale del "41-bis" e diritto di difesa: un difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *Giur. cost.* 2013, pp. 2180 ss.; C. Fiorio, *Regime carcerario differenziato e tutela del diritto di difesa*, in *Processo penale e giustizia* 2014, pp. 42 ss.; V. Manes, V. Napoleoni, [Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di carcere duro: nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2013, p. 336 ss.; M. Ruotolo, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Giur. cost.* 2013, pp. 2176 ss.

Il locus commissi delicti nell'estorsione mediante ricarica di una carta postepay

[Trib. Perugia, Sez. penale, sent. 26 giugno 2017, Pres. est. Loschi](#)

di Lucrezia Rossi

1. La sentenza che può leggersi in allegato affronta il **problema dell'individuazione del locus commissi delicti in caso di estorsione realizzata costringendo la vittima a versare denaro per ricaricare una carta postepay** dell'autore del fatto.

Il **fatto** è il seguente: un uomo e una donna minacciano ripetutamente la persona offesa di rivelare alla moglie una relazione extraconiugale. Le minacce sono accompagnate da insistenti e perentorie richieste di denaro e di altre utilità. La vittima effettua così numerosi versamenti in denaro ricaricando la carta postepay in uso agli imputati, per somme all'incirca pari a 400 Euro settimanali, per un totale di 14.000 Euro. Per i fatti di cui sopra gli autori sono chiamati a rispondere del delitto di estorsione.

2. Con l'ordinanza qui segnalata, il Tribunale di Perugia ha dichiarato la propria **incompetenza territoriale** nonostante le ricariche della carta postepay fossero state effettuate presso ricevitorie *Sisal* e uffici postali localizzati nel proprio ambito di competenza territoriale. Il Tribunale, infatti, ha ritenuto decisive altre circostanze e cioè che tanto l'ufficio postale presso il quale era stata attivata la carta, quanto i luoghi nei quali la carta era stata utilizzata per prelievi e pagamenti, si trovano al di fuori del proprio ambito di competenza territoriale.

3. Premesso che **il delitto di estorsione si consuma quando si realizzano sia l'ingiusto profitto sia l'altrui danno** (Cass. Sez. II, 5 novembre 2013, n. 9024, Lauria, in CED *Cassazione* n. 259065; Cass. Sez. II, 19 maggio 2009, n. 25666, Delicato, in CED *Cassazione* n. 244165), la questione affrontata nella sentenza in commento è se, in ipotesi di estorsione realizzata mediante ricarica di carta postepay, il reato **si considera consumato nel luogo in cui avviene il versamento, ovvero in quello in cui è stata attivata la carta ovvero, ancora, in quello in cui sono state prelevate o spese le somme**.

4. La questione non risulta affrontata dalla Cassazione in tema di estorsione. La S.C. si è tuttavia pronunciata in tema di **truffa online attraverso ricarica di una carta postepay** [1], dove si presenta un analogo problema ai fini dell'individuazione del giudice territorialmente competente. Anche il delitto di truffa, infatti, si considera consumato quando si realizzano concretamente gli effetti patrimoniali pregiudizievoli, ossia il conseguimento materiale del profitto da parte del truffatore e la definitiva *deminutio patrimonii* della vittima. Orbene, in materia di truffa la S.C. ha individuato il *locus commissi delicti* in quello (ricevitorie o uffici postali) in cui **viene effettuato il versamento del denaro sulla carta postepay**. Secondo la S.C., infatti, tale operazione realizza contestualmente *“sia l'effettivo conseguimento del bene da parte dell'agente, che ottiene l'immediata disponibilità della somma versata, e non un mero diritto di credito, sia la definitiva perdita dello stesso bene da parte della vittima”* (Cass. Sez. I, 13 marzo 2015, n. 25230, Migliorati, in CED *Cassazione* n. 263962). Il profitto e il danno – rilevanti ai fini della consumazione del delitto di truffa, così come di quello di estorsione – si verificano infatti, secondo la S.C., nel momento stesso del versamento/ricarica della carta postepay in virtù **dell'immediata disponibilità** della somma da parte del titolare della carta e della **contestuale e definitiva perdita** della medesima

da parte della vittima (Cass. Sez. II, 10 gennaio 2017, n. 14730, Spagnolo, in CED Cassazione n. 269429; Cass. Sez. II, 25 ottobre 2016, n. 49321, Alfano, in CED Cassazione n. 268526).

5. Pronunciandosi in tema di **estorsione**, il Tribunale di Perugia si discosta tuttavia dal predetto orientamento formulato dalla Cassazione in materia di truffa. In particolare, il Tribunale ritiene più corretto un opposto orientamento dalla Suprema Corte, formulato in relazione alle ipotesi di **truffa contrattuale realizzata attraverso la vendita di beni online** ed il conseguente **pagamento tramite bonifico bancario** [2]. In questo caso, infatti, la Cassazione indica quale criterio per l'individuazione del *locus commissi delicti* il *"luogo ove l'agente consegue l'ingiusto profitto"* [3], ossia quello in cui ha sede la filiale presso cui l'imputato ha acceso il conto corrente su cui sono accreditate le somme tramite bonifico, conclusione peraltro condivisa anche dalla Procura Generale presso la S.C. [4].

Il Tribunale adduce più argomenti a sostegno di tale tesi:

- a) Anzitutto, **i due eventi consumativi** dell'estorsione (danno e profitto), anche nei casi di ricarica su postepay, **possono verificarsi in luoghi e tempi diversi** [5]; sarebbe pertanto erroneo l'assunto dell'opposto orientamento della Cassazione secondo cui nel momento e nel luogo di effettuazione della ricarica *"si realizzerebbero contestualmente e invariabilmente sia l'evento di danno, sia l'ulteriore evento rappresentato dall'ingiusto profitto"* [6]; allo stesso tempo sarebbe un'evidente **forzatura ermeneutica** accordare una **prevalenza incondizionata** all'evento del danno sul profitto, data la pari dignità assegnata dal legislatore ai due elementi della fattispecie.
- b) La configurabilità del **tentativo**, in tutti quei casi in cui a fronte della certezza del danno sia dubbia la percezione del profitto, confermerebbe poi ulteriormente, secondo il Tribunale, l'errore in cui incorre l'opposta tesi, sostanzialmente anticipatoria del momento consumativo.
- c) All'opposta tesi, che stabilisce il *locus commissi delicti* in quello della ricarica della carta, il Tribunale replica contestando i due requisiti invocati per fondare la diversa soluzione: **l'immediata disponibilità e la definitiva irreversibilità** dei versamenti sulla carta postepay. Da un lato, la disponibilità del denaro, infatti, sarebbe meramente giuridica e non materiale/effettiva; dall'altro lato, l'irreversibilità non sarebbe una caratteristica esclusiva dei casi di ricarica di postepay, essendo presente anche per i bonifici effettuati a ridosso dell'orario limite entro cui l'istituto bancario concede la revoca *ad nutum*.

6. Nell'affermare in via di principio che la competenza territoriale si radica nel luogo in cui l'agente **consegue il profitto** – cioè nel *luogo di effettiva riscossione o spendita della somma accreditata* – il Tribunale precisa peraltro che occorre distinguere due ipotesi:

- a) se **la carta non è "appoggiata" ad alcun conto corrente**, *nulla quaestio*: la competenza territoriale si radica nel luogo in cui si trovano l'esercizio commerciale presso il quale la carta prepagata è stata utilizzata per il pagamento, ovvero lo sportello bancomat presso il quale è avvenuto il prelievo.
- b) se invece **la carta è "appoggiata" su un conto corrente bancario** o postale, la competenza territoriale si radica – analogamente a quanto avviene in caso di truffa tramite bonifico - nel luogo in cui ha sede la filiale della banca o l'ufficio postale presso il quale è stato acceso il conto medesimo.

7. La soluzione del Tribunale di Perugia non ci persuade: gli argomenti invocati per superare l'opposta tesi presente nella giurisprudenza di legittimità in tema di truffa mediante ricarica di

una carta postepay – che individua il *locus commissi delicti* in quello in cui vengono *versate* le somme di denaro per ricaricare la carta – non ci sembrano infatti risolutivi. In particolare, l'obiezione mossa alla tesi della S.C. contestando il carattere di immediata disponibilità della somma estorta ci sembra possa essere rivolta anche rispetto alla tesi della sentenza in commento: nelle ipotesi in cui la carta postepay sia appoggiata a un conto corrente o postale, infatti, la soluzione proposta dal Tribunale sembra anch'essa implicare una disponibilità *giuridica* (e non materiale) del denaro.

D'altra parte, la tesi del Tribunale non ci sembra presentare particolari vantaggi di carattere meramente pratico; non necessariamente, infatti, essa consente di concentrare l'attività investigativa in unico Ufficio di Procura, dal momento che la spendita delle somme estorte ben potrebbe avvenire in luoghi distanti tra loro e non rientranti nella competenza dello stesso Tribunale o Ufficio di Procura.

[1] Per una riflessione v. C. Pecorella, [Truffe online: momento consumativo e competenza territoriale](#) in *questa Rivista*, 10 maggio 2012.

[2] Solo una sentenza della Cassazione è conforme a quest'orientamento nella specifica ipotesi di truffa contrattuale online e conseguente pagamento tramite ricarica di carta postepay, così Cass. Sez. II, 4 novembre 2014, n. 7749, Giannetto, in CED Cassazione n. 264696.

[3] Così Cass. Sez. II, 4 novembre 2014, n. 7749, Giannetto, in CED Cassazione, n. 264696; Cass. Sez. II, 20 ottobre 2016, n. 48027, Valleslonga, in CED Cassazione n. 268369; Cass. Sez. F, 30 agosto 2016, n. 37400, Ferrari, in CED Cassazione n. 268011.

[4] Così Procura Generale della Repubblica presso la Corte Suprema di Cassazione, Decr. N. 295/2015 e N. 281/2015.

[5] Così, ad esempio, nei casi in cui l'imputato ottenga tramite estorsione il pagamento su una carta postepay intestata a una terza persona, mirando a sottrarre la medesima in un momento successivo; o ancora, quando il pagamento è effettuato su una carta postepay che in quel momento è sottoposta a sequestro nell'ambito di un diverso procedimento penale; o infine nel caso in cui l'imputato per errore comunichi un numero sbagliato di carta e per questo motivo riesca a conseguire l'ingiusto profitto solo in un momento temporalmente successivo e distante dalla realizzazione del danno.

[6] Vedi sentenza in allegato.

* * * * *

Nuove risposte della giurisprudenza di merito sulla rinnovazione "obbligatoria" dell'istruzione in appello

[Corte App. Palermo, ord. 8 febbraio 2018, Pres. Piras, Giudd. Corleo e Gamberini, Imp. Mannino](#)

di Guglielmo Leo

1. Pubblichiamo con immediatezza, e con riserva di riprendere il tema mediante un commento approfondito, l'**ordinanza** che la **Corte d'appello di Palermo** ha reso in uno dei procedimenti riguardanti la cd. "trattativa Stato-mafia", e segnatamente quello a carico di Calogero Mannino.

L'imputato, giudicato mediante **rito abbreviato**, è stato prosciolto all'esito del processo di primo grado, ma la relativa sentenza è stata impugnata, di talché si sta svolgendo, appunto, un rito abbreviato d'appello innanzi alla Corte palermitana.

Nelle more del giudizio è sopravvenuta la promulgazione della **legge n. 103 del 2017** (cd. "riforma Orlando"), con la quale, tra l'altro, è stato introdotto un **comma 3-bis** nel corpo dell'**art. 603 c.p.p.**: in un campo già abbondantemente arato dalla giurisprudenza, il legislatore ha testualmente disposto che «Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale».

La difesa delle **parti civili** appellanti, costituite nel giudizio contro Calogero Mannino, ha sollecitato l'assunzione di una serie di **prove integrative**.

Dal canto proprio il rappresentante del **pubblico ministero**, pur non mancando di sollecitare l'acquisizione di prove documentali ed eventualmente d'una prova dichiarativa (non assunta in primo grado), ha prospettato una serie di questioni e **soluzioni interpretative** che, in sostanza, avrebbero dovuto condurre la Corte a **negare l'integrazione** della base cognitiva. Su posizioni per molti versi analoghe si è schierata, non imprevedibilmente, la **difesa dell'imputato**.

La Corte ha respinto le tesi contrarie alla rinnovazione dell'istruzione, negando alle parti interessate anche l'accesso, richiesto in via subordinata, alla giurisdizione costituzionale, per la presunta illegittimità della nuova disciplina. Conseguentemente, la Corte ha **disposto la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale**, stabilendo l'assunzione di sei prove dichiarative.

2. In primo luogo, il Procuratore generale ha sostenuto che la disciplina dell'art. 603 c.p.p. **non sarebbe applicabile** ai giudizi condotti mediante **rito abbreviato**, riprendendo vecchie tesi secondo le quali, non essendovi nel procedimento speciale di primo grado una "istruttoria dibattimentale", neppure sarebbe concepibile una "rinnovazione" di quella istruttoria nella fase di appello. Qualunque fosse il fondamento della tesi, la soluzione opposta si è affermata fin dai primi anni di applicazione del codice vigente, ed è stata ribadita dalle **Sezioni unite** proprio nell'ambito del recente dibattito sui presupposti per il ribaltamento del deliberato assolutorio di primo grado, con specifico riguardo al giudizio abbreviato (Sez. un., 19 gennaio 2017, n. 18620, Patalano, *C.E.D. Cass.*, n. 269785-786). Nel provvedimento che pubblichiamo, la Corte palermitana ha svolto un'accurata disamina della giurisprudenza formatasi sul punto, ponendo in evidenza come la novella dell'estate scorsa non eserciti alcuna influenza sull'orientamento consolidato, che **ammette l'integrazione** probatoria nel giudizio abbreviato d'appello.

3. Come accennato, secondo la pubblica accusa, ove la Corte avesse ritenuto applicabile la nuova disciplina al rito abbreviato, avrebbero dovuto essere sollevate varie **questioni di legittimità costituzionale**.

In estrema sintesi, il nuovo **comma 3-bis dell'art. 603** contrasterebbe con il **secondo comma dell'art. 111 Cost.**, implicando una sostanziale violazione del principio di ragionevole durata del processo; con il **terzo comma dell'art. 81 Cost.**, poiché la legge non avrebbe previsto le coperture finanziarie indispensabili a sostenere i costi aggiuntivi implicati dalla regola di necessaria rinnovazione dell'istruzione dibattimentale; con l'**art. 24 Cost.**, poiché la disciplina esporrebbe ad un mutamento della base cognitiva, potenzialmente sfavorevole, l'imputato che pure avrebbe richiesto ed ottenuto di essere giudicato sullo stato degli atti; con il **primo comma dell'art. 111 Cost.**, perché la riserva di legge in materia di processo penale imporrebbe che la legge stessa dettasse soluzioni ragionevoli e sistematicamente compatibili.

Quanto alla difesa dell'imputato, nel rinviare alla corposa ordinanza della Corte per una migliore descrizione, può dirsi che ha inteso negare la ricorrenza nella specie delle condizioni che, secondo la giurisprudenza sovranazionale e nazionale, imporrebbero la rinnovazione dell'istruzione, argomentando sia sull'incidenza delle prove dichiarative richieste nell'economia della sentenza e l'atto di impugnazione, sia sulla funzionalità dell'istituto nell'ottica esclusiva del ragionevole dubbio (dunque, in sostanza, la rinnovazione sarebbe strumento per il ribaltamento della sentenza di condanna, e mai per il suo contrario).

Anche la difesa, comunque, ha inteso subordinatamente prospettare una **questione di legittimità costituzionale** della nuova norma, per contrasto con gli artt. 3, 24, 111 e 117, primo comma, Cost., nella parte in cui non esclude i giudizi abbreviati dalla regola della necessaria rinnovazione.

4. Anche sulle questioni di compatibilità costituzionale della novella la Corte palermitana si è diffusa con ricchezza di argomentazione, pervenendo per tutte ad un giudizio di **manifesta infondatezza**.

In sintesi, la rinnovazione della istruttoria nel giudizio d'appello contro la sentenza assolutoria sarebbe giustificata proprio dal rafforzamento della presunzione di innocenza connesso al deliberato del primo giudice, e costituirebbe attuazione dei principi del giusto processo, valendo a prevenire una decisione di condanna assunta su basi cognitive inadeguate. Di fronte all'interesse generale all'accertamento dei fatti, ed a quello particolare segnato dal giusto processo come garanzia dell'individuo, la scelta dell'imputato per il rito abbreviato sarebbe "recessiva". D'altra parte – ha proseguito la Corte – è stato da tempo chiarito che, con l'accesso al rito abbreviato, l'imputato **non** conquista un **diritto al blocco degli atti**, tanto è vero che, con le riforme del 1999, una integrazione officiosa della prova è stata introdotta anche per il giudizio di primo grado.

Rilievi specifici sono dedicati, nell'ordinanza, anche alle questioni concernenti il principio di durata ragionevole del processo, la riserva di legge in materia di processo penale e la copertura finanziaria delle leggi di riforma.

5. La Corte palermitana, naturalmente, ha trattato anche il tema dei **presupposti e dei limiti** alla luce dei quali il giudice d'appello è chiamato, secondo la novella, a disporre l'assunzione della **prova dichiarativa**.

L'obbligatorietà della rinnovazione è pur sempre «correlata ai motivi attinenti alla valutazione» della predetta prova: dunque si ritiene che «non tutte le prove dichiarative debbano essere rinnovate ma solo quelle la cui valutazione effettuata dal primo Giudice sia **contestata nell'atto di appello** e che assuma la qualità di "**prova decisiva**", ossia di prova la cui valutazione abbia condotto il primo Giudicante alla pronuncia assolutoria e che, nella logica dell'impugnante, risulti decisiva per il ribaltamento della pronuncia assolutoria».

