

GIURISPRUDENZA PENALE

TRIMESTRALE



1, 2020

Giurisprudenza Penale Trimestrale

Editore e Direttore Editoriale

Guido Stampanoni Bassi

Direttore Responsabile

Lorenzo Nicolò Meazza

Vice Direttori

Lorenzo Roccatagliata

Riccardo Lucev

Comitato di redazione

Marzia Aliatis, Lucilla Amerio, Mario Arienti, Gloria Bordanzi, Giulia Borgna, Chiara Bosacchi, Lorenzo Brizi, Stefania Carrer, Stefania Ciervo, Maria Francesca Cucchiara, Filippo Lombardi, Veronica Manca, Nicola Menardo, Mattia Miglio, Giovanni Morgese, Gaetano Stea, Stefania Treglia.

Comitato scientifico

Fulvio Baldi, Renato Bricchetti, Pasquale Bronzo, Silvia Buzzelli, Nicola Canestrini, Federico Cappelletti, Lina Caraceni, Stefania Carnevale, Fabio Salvatore Cassibba, Laura Cesaris, Roberto Chenal, Giulio Corato, Luigi Cornacchia, Federico Consulich, Corrado Ferriani, Fabio Fiorentin, Roberto Flor, Giuseppe Fornari, Marco Gambardella, Guglielmo Giordanengo, Katia La Regina, Luigi Ludovici, Enrico Maria Mancuso, Antonella Massaro, Antonia Menghini, Enrico Mezzetti, Bruno Nascimbene, Michele Panzavolta, Nicoletta Parisi, Daniele Piva, Maurizio Riverditi, Andrea Saccucci, Ciro Santoriello, Francesco Sbisà, Alessio Scarcella, Irene Scordamaglia, Nicola Selvaggi, Paola Spagnolo, Giorgio Spangher, Giuseppe Vaciago, Daniele Vicoli, Roberto Zannotti.

Contatti

redazione@giurisprudenzapenale.com

Fascicolo trimestrale n. **1, 2020** chiuso in data **9 aprile 2020**.

Criteri di citazione dei contributi

N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Giurisprudenza Penale Trimestrale*, 1, 2020, pp. xx e ss.

Criteri di pubblicazione dei contributi

I contributi pubblicati nel fascicolo trimestrale sono stati selezionati, da parte del comitato direttivo della Rivista, sulla base dell'approfondimento scientifico svolto dall'Autore e della attualità dell'argomento oggetto di analisi.

Nasce Giurisprudenza Penale Trimestrale

In Italia gli anni Venti di questo secolo sono iniziati in un clima di grande contrasto politico e intellettuale, che non ha mancato di coinvolgere a piene mani la giustizia penale.

Fino a poche settimane fa infuocava un dibattito fra visioni opposte della funzione sociale del diritto penale. Da un lato una visione *autoritaria*, secondo cui la pretesa punitiva dello Stato doveva essere soddisfatta quasi ad ogni costo, dall'altro lato una visione *liberale*, che rifiutava di sacrificare i diritti fondamentali del cittadino.

Figlie di questo dibattito sono state, ad esempio, la riforma della prescrizione del reato, che ne ha previsto la sospensione *ad infinitum* dopo la sentenza di condanna di primo grado, facendo vacillare il principio costituzionale di presunzione di innocenza, nonché la legge cosiddetta Spazzacorrotti, poi parzialmente dichiarata incostituzionale, che ha fra l'altro voluto equiparare, sotto il profilo del regime carcerario, gli autori di reati contro la pubblica amministrazione ai condannati per reati di terrorismo, di stampo mafioso o per i più gravi reati sessuali.

Altri elementi di ardente discussione erano la funzione e le modalità di esecuzione della pena. Alcuni chiedevano a gran voce la prevalenza della modalità intramuraria, invocando esigenze securitarie, altri non si arrendevano a far valere la dignità del detenuto e la funzione rieducativa della pena, specie a fronte di un sovraffollamento carcerario tornato ad essere una piaga del nostro territorio.

Il contrasto non si svolgeva, però, solamente fra istituzioni dello Stato, ma anche fra ordine costituito e contropotere. Vivevamo, infatti, in un'epoca in cui si combatteva aspramente contro le organizzazioni mafiose storicamente radicate nel tessuto socioeconomico del Paese, e al contempo si scoprivano nuove mafie, non meno pericolose e non solo confinate in alcune regioni italiane. La mafia era diventata davvero un problema di tutti e ci impegnavamo dunque a individuare criteri generali e astratti per riconoscerla, anche al di là delle cosche tradizionali.

Poi tutto si è fermato.

Siamo stati travolti da un nemico impalpabile, un virus che non distingue le opinioni o le condizioni personali, politiche e sociali, non giudica e non condanna secondo la nostra legge. Al di là di un effettivo contagio, di fronte al Covid-19 siamo tutti egualmente coinvolti, forzati come siamo ad un cambiamento radicale delle nostre vite.

Così, i contrasti e le discussioni sono oggi sopiti, le armi deposte, e ovunque soffia un vento di unità nazionale, di solidarietà, di condivisione del dolore, dei problemi, degli obiettivi. Una reazione prevedibile, forse, ma certamente insolita, positiva, utile e, con tutta probabilità, non destinata a durare per lungo tempo.

Prima che questo tempo finisca, prima di tornare all'agone politico, possiamo ciascuno riflettere su come agire perché il sacrificio di oggi non sia vano e perché il mondo di domani sia migliore.

In quest'ottica Giurisprudenza Penale, nel proprio limitato ruolo sociale di informazione e approfondimento sul diritto penale, ha deciso di offrire ai lettori un servizio più ampio, affiancando alla consueta rivista mensile un fascicolo trimestrale, che unisca in un solo documento le questioni più importanti e interessanti affrontate nel periodo di riferimento.

Più in dettaglio, i fascicoli trimestrali saranno organizzati in due principali sezioni: la sezione "novità", che conterrà le più significative pronunce della giurisprudenza e le novelle legislative, e la sezione "contributi", ove saranno pubblicati gli articoli più interessanti del trimestre, già editi nella rivista mensile.

Con questa nuova iniziativa intendiamo proporre un quadro di sintesi di ciò che accade nel nostro ambito. Riteniamo, così, di poter meglio orientare il giurista nello svolgimento dei propri compiti e, più in generale, di suscitare l'interesse di un maggior numero di lettori.

Lorenzo Roccatagliata

Vice Direttore – Giurisprudenza Penale

INDICE

NOVITÀ

Corte costituzionale	5
Corte di cassazione - Sezioni unite	7
Corte di cassazione - Sezioni semplici	10
Legislazione	13

CONTRIBUTI

G. LOSAPPIO, <i>Sine die</i> . La “riforma” della prescrizione	15
S. PARZIALE - C. M. COVA, Le Sezioni Unite sulla disciplina di utilizzazione delle intercettazioni in altro procedimento: il divieto ex art. 270, co. 1, c.p.p. non opera nel solo caso in cui fra i reati contestati nei due procedimenti sussista un rapporto di connessione ex art. 12 c.p.p.	20
A. RICCI, Riflessioni sull'interesse del condannato per delitto ostativo e non collaborante, all'accertamento di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art. 4- <i>bis</i> , comma 1- <i>bis</i> , o.p. a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 253 del 2019	26
F. MARTIN, La Sentenza 12 febbraio 2020 n. 32: la Consulta sancisce la prevalenza dello Stato di diritto e della tutela del cittadino	38
M. R. DONNARUMMA, La funzione rieducativa della pena e l'ergastolo “ostativo”	48
M. GAMBARATI, È mafia silente ma è mafia. Brevi note sul “metodo mafioso” alla luce del processo Aemilia	59
A. MASSARO – G. BAFFA – A. LAURITO, Violenza assistita e maltrattamenti in famiglia: le modifiche introdotte dal c.d. codice rosso	69
J. P. CASTAGNO - A. A. STIGLIANO, I “rischi del mestiere”. Il concorso del commercialista nel reato del proprio cliente secondo la recente giurisprudenza di legittimità	75
M. RIVERDITI - L. AMERIO, Covid-19 e infortuni sul lavoro: risvolti penalistici	82
F. MALAGNINO, Così lontano così vicino: garanzie difensive ai tempi del coronavirus	86
C. C. CORSARO - M. ZAMBRINI, Compliance aziendale, tutela dei lavoratori e gestione del rischio pandemico	96
M. FARDO, Utilizzo dei droni nel contrasto al Covid-19. Il complesso bilanciamento tra la salute pubblica e la riservatezza personale	101

NOVITÀ

CORTE COSTITUZIONALE

Modifiche alle norme che regolano i giudizi davanti alla Corte Costituzionale.

Con delibera dell'8 gennaio 2020, la Corte costituzionale ha modificato le norme che ne regolano i giudizi.

In particolare, *“il nuovo articolo 4-ter delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale prevede che qualsiasi formazione sociale senza scopo di lucro e qualunque soggetto istituzionale, se portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione in discussione, potranno presentare brevi opinioni scritte per offrire alla Corte elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio”*.

Altra rilevante modifica consiste nella *“possibilità per la Corte di convocare esperti di chiara fama, qualora ritenga necessario acquisire informazioni su specifiche discipline. Il confronto con gli esperti si svolgerà in camera di consiglio, alla presenza delle parti del giudizio”*.

Infine, *“nei giudizi in via incidentale, proposti da un giudice nel corso di un giudizio civile, penale o amministrativo, potranno intervenire – oltre alle parti di quel giudizio e al Presidente del Consiglio dei ministri (e al Presidente della Giunta regionale, nel caso di legge regionale) – anche altri soggetti, sempre che siano titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato a quel giudizio. Coloro che chiedono di intervenire potranno eventualmente essere autorizzati ad accedere agli atti del processo costituzionale anche prima dell'udienza”*.

L'ammissibilità dell'intervento dell'Ordine dei giornalisti (CNOG) nel giudizio di costituzionalità sulle norme che puniscono con pena detentiva il reato di diffamazione a mezzo stampa.

*Corte cost., 27 febbraio 2020, Ord. n. 37 del 2020
Presidente Cartabia, Relatore Viganò*

In merito alle condizioni di ammissibilità dell'intervento del terzo nel giudizio davanti alla Corte Costituzionale, l'ordinanza ha dichiarato ammissibile la richiesta di intervento dell'Ordine dei giornalisti (CNOG) nel giudizio di costituzionalità, sollevato dal Tribunale di Salerno con ordinanza del 9 aprile 2019, sulle norme che puniscono con pena detentiva il

reato di diffamazione a mezzo stampa, la cui udienza avanti alla Consulta è prevista per il 21 aprile 2020.

Come annunciato nel relativo comunicato stampa, l'ordinanza ribadisce che *“in base alle norme integrative sui giudizi davanti alla Corte, l'intervento del terzo deve essere giustificato da “un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio”. Tale interesse non è di per sé insito nella posizione di rappresentanza istituzionale della professione giornalistica, rivestita dal CNOG. A legittimare l'intervento del CNOG è la sua competenza a decidere sui ricorsi in materia disciplinare. La legge stabilisce infatti che le condanne penali che comportano interdizione dai pubblici uffici determinano automaticamente la cancellazione o la sospensione del giornalista dall'albo, mentre in ogni altro caso di condanna penale è previsto che il CNOG inizi l'azione disciplinare qualora il fatto offenda il decoro e la dignità professionali ovvero comprometta la reputazione del giornalista o la dignità dell'Ordine. Pertanto, da un'eventuale condanna penale del giornalista e del direttore responsabile imputati nel procedimento da cui è nata la questione di costituzionalità deriverebbero specifiche conseguenze in ordine all'avvio dell'azione disciplinare, riguardanti la sfera dei poteri del CNOG e aventi ad oggetto, “in modo diretto e immediato”, lo specifico rapporto giuridico sostanziale dedotto in quel giudizio (la pretesa punitiva statale nei confronti degli imputati)”*.

Questioni decise

Art. 516 c.p.p. - Modifica dell'imputazione e facoltà dell'imputato di chiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova - Fondatezza.

Corte cost., Sent. 11 febbraio 2020 (Ud. 16 gennaio 2020), n. 14

Presidente Cartabia, Relatore Viganò

Con ordinanza del 25 gennaio 2019, il Tribunale di Grosseto aveva sollevato questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, dell'art. 516 c.p.p. nella parte in cui non prevede, in caso di contestazione di un fatto diverso, la facoltà dell'imputato di chiedere al giudice del

dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova.

Con sentenza n. 14/2020, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 516 c.p.p., nella parte in cui, in seguito alla modifica dell'originaria imputazione, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova.

Art. 1 co. 6 lett. b), L. n. 3/2019 - Applicazione retroattiva di alcune disposizioni della legge cd. Spazzacorrotti - Fondatezza.

Corte cost., Sent. 26 febbraio 2020 (Ud. 12 febbraio 2020), n. 32

Presidente Cartabia, Relatore Viganò

Con sentenza n. 32 del 2020 – depositata il 26 febbraio 2020 – la Corte Costituzionale ha:

1. dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici), in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, in riferimento alla disciplina delle misure alternative alla detenzione previste dal Titolo I, Capo VI, della legge n. 354 del 1975, della liberazione condizionale prevista dagli artt. 176 e 177 del codice penale e del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione previsto dall'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale;
2. dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso ai condannati che, prima dell'entrata in vigore della medesima legge, abbiano già raggiunto, in concreto, un grado di rieducazione adeguato alla concessione del beneficio stesso;
3. dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, sollevata, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dal Tribunale di sorveglianza di Taranto con l'ordinanza indicata in epigrafe (r.o. n. 157 del 2019).

Artt. 47 ter comma 1 bis e 4 bis O.P. - Detenzione domiciliare per l'espiazione della pena non superiore a due anni - Infondatezza.

Corte cost., Sent. 12 marzo 2020 (Ud. 9 gennaio 2020), n. 50

Presidente Cartabia, Relatore Zanon

La Corte Costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale, sollevate dalla Corte di Cassazione, dell'art. 47 ter comma 1 bis O.P. nella parte in cui, prevedendo la detenzione domiciliare per l'espiazione della pena non superiore a due anni, anche se costituente residuo di maggior pena, quando non ricorrano i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e la detenzione domiciliare risulti comunque idonea a scongiurare il pericolo di commissione di altri reati, esclude l'applicabilità della stessa misura in caso di condanna per i reati di cui all'art. 4 bis O.P.

Artt. 4 bis O.P. e 630 c.p. - Non esclusione della fattispecie di rapina dal novero dei reati ostativi in caso di attenuante del fatto di lieve entità - Infondatezza.

Corte cost., Sent. 12 marzo 2020 (Ud. 12 febbraio 2020), n. 52

Presidente Cartabia, Relatore Zanon

La Corte Costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale, sollevate dal Tribunale di sorveglianza di Firenze, dell'art. 4 bis co. 1 O.P. nella parte in cui non esclude dal novero dei reati ivi ricompresi quello di cui all'art. 630 c.p., allorché sia stata riconosciuta l'attenuante del fatto di lieve entità, ai sensi della sentenza della Corte Costituzionale n° 68 del 23 marzo 2012.

Questioni sollevate

Art. 18 bis, L. n. 69/2005 - Mancata previsione del rifiuto facoltativo della consegna del cittadino di uno Stato non membro dell'Unione europea con residenza o dimora nel territorio italiano.

Cass. pen., Sez. VI, Ord. 19 marzo 2020 (Ud. 4 febbraio 2020), n. 10371

Presidente Mogini, Relatore De Amicis

In tema di mandato di arresto europeo, la sesta Sezione penale della Corte di Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 bis, legge 22 aprile 2005, n. 69 (come introdotto dall'art. 6, comma 5, lett. b), della legge 4 ottobre 2019, n. 177,) in riferimento agli artt. 3, 11, 27 comma 3, e 117

comma 1, Cost., nella parte in cui non prevede il rifiuto facoltativo della consegna del cittadino di uno Stato non membro dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, sempre che la Corte di

Appello disponga che la pena o la misura di sicurezza irrogata nei suoi confronti dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione europea sia eseguita in Italia, conformemente al suo diritto interno.

CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE

Questioni decise

Art. 270 c.p.p. - L'utilizzazione in altri procedimenti dei risultati delle intercettazioni.

Cass. pen., Sezioni Unite, Sent. 2 gennaio 2020 (Ud. 28 novembre 2019), n. 51

Presidente Carcano, Relatore Caputo

Con ordinanza n. 11160 del 2019, era stata rimessa alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: *“se il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali le intercettazioni siano state disposte, di cui all'art. 270 cod. proc. pen., riguardi anche i reati non oggetto della intercettazione ab origine disposta e che, privi di collegamento strutturale, probatorio e finalistico con quelli invece già oggetto di essa, siano emersi dalle stesse operazioni di intercettazione”*.

Le Sezioni Unite, con sentenza n. 51/2020, hanno affermato il seguente principio di diritto: *“il divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen. di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali siano state autorizzate le intercettazioni – salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza – non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi ex art. 12 cod. proc. pen. a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata ab origine disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge”*.

Artt. 442 co. 3 c.p.p. e 134 disp. att. c.p.p. - L'estratto della sentenza emessa nel giudizio abbreviato non deve più essere notificato all'imputato assente.

Cass. pen., Sezioni Unite, Sent. 13 gennaio 2020 (Ud. 24 ottobre 2019), n. 698

Presidente Carcano, Relatore Rago

Con sentenza n. 698, depositata il 13 gennaio 2020, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: *“a seguito della riforma della disciplina sulla contumacia, l'estratto della sentenza emessa nel*

giudizio abbreviato non deve più essere notificato, ai sensi degli artt. 442, comma 3, cod. proc. pen. e 134, disp. att. cod. proc. pen., all'imputato assente”.

Art. 168 D.P.R. n. 115/2002 - La competenza a provvedere sulla istanza di liquidazione delle spese di custodia dei beni sequestrati presentata dopo l'archiviazione del procedimento.

Cass. pen., Sezioni Unite, Sent. 3 febbraio 2020 (Ud. 30 gennaio 2020), n. 4535

Presidente Carcano, Relatore Ciampi

Con sentenza n. 4535 del 2020, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: *“la competenza a provvedere, ai sensi dell'art. 168 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, sulla istanza di liquidazione delle spese di custodia dei beni sequestrati presentata dopo l'archiviazione del procedimento spetta al giudice per le indagini preliminari in qualità di giudice dell'esecuzione”*.

Artt. 541 c.p.p. e 83 co. 2, D.P.R. 115/2002 - L'individuazione del giudice competente per la liquidazione delle spese processuali sostenute dalla parte civile ammessa al patrocinio a spese dello Stato per il giudizio di cassazione.

Cass. pen., Sezioni Unite, Sent. 12 febbraio 2020 (Ud. 26 settembre 2019), n. 5464

Presidente Carcano, Relatore Dovere

Con ordinanza n. 22819/2019 la Sezione I della Cassazione aveva rimesso alle Sezioni Unite una questione di diritto relativa alla individuazione del giudice competente a provvedere, per il giudizio di cassazione, in ordine alla liquidazione delle spese processuali sostenute dalla parte civile ammessa al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'art. 541 c.p.p., nonché ad emettere, sempre per il giudizio di legittimità, il decreto di liquidazione degli onorari e delle spese al difensore della parte civile ammessa al suddetto patrocinio, ai sensi dell'art. 83, comma 2, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

Con sentenza n. 5464 del 2020, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: *“nel*

giudizio di legittimità spetta alla Corte di cassazione provvedere, ai sensi dell'art. 541 cod. proc. pen., alla condanna generica dell'imputato ricorrente al pagamento delle spese processuali sostenute dalla parte civile ammessa al patrocinio a spese dello Stato; spetta al giudice del rinvio o a quello che ha pronunciato la sentenza passata in giudicato la liquidazione di tali spese mediante l'emissione del decreto di pagamento ai sensi degli artt. 82 e 83 d.P.R. n. 115/2002".

Artt. 438 co. 5 e 441 co. 5 c.p. - Rito abbreviato condizionato e modifica dell'imputazione.

Cass. pen., Sezioni Unite, Sent. 20 febbraio 2020 (Ud. 18 aprile 2019), n. 5788

Presidente Carcano, Relatore

Con ordinanza n. 2883 del febbraio 2019, era stata rimessa alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto in tema di cd. giudizio abbreviato condizionato: "se, nel corso del giudizio abbreviato condizionato ad integrazione probatoria, a norma dell'art. 438, comma 5, cod. proc. pen., o nel quale l'integrazione sia stata disposta dal giudice, a norma dell'art. 441, comma 5, dello stesso codice, sia possibile la modifica dell'imputazione, allorché il fatto risulti diverso o emerga una circostanza aggravante o un reato connesso, anche nel caso in cui i fatti oggetto della contestazione suppletiva già si desumessero dagli atti delle indagini preliminari e non siano collegati ai predetti esiti istruttori".

Con sentenza n. 5788 del 20 febbraio 2020, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: "nel corso del giudizio abbreviato condizionato ad integrazione probatoria a norma dell'art. 438 c.5 c.p.p. o nel quale l'integrazione sia stata disposta a norma dell'art. 441 c. 5 c.p.p., è possibile la modifica dell'imputazione solo per i fatti emergenti dagli esiti istruttori ed entro i limiti previsti dall'art. 423 c.p.p."

Artt. 630 c.p.p. e 7 CEDU - Sulla estensione della sentenza della Corte EDU nel caso Contrada ai cd. "fratelli minori".

Cass. pen., Sezioni Unite, Sent. 3 marzo 2020 (Ud. 24 ottobre 2019), n. 8544

Presidente Carcano, Relatore Boni

Con ordinanza n. 21767/2019, la Sezione VI della Cassazione aveva rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: "se la sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015 sul caso Contrada abbia una portata generale, estensibile nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione, quanto alla prevedibilità della

condanna; e, conseguentemente, laddove sia necessario conformarsi alla predetta sentenza nei confronti di questi ultimi, quale sia il rimedio applicabile".

Con la sentenza n. 8544, depositata il 3 marzo 2020, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: "i principi affermati dalla sentenza della Corte EDU del 14/4/2015, Contrada c. Italia, non si estendono nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione quanto alla prevedibilità della condanna per il reato di concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso, in quanto la sentenza non è una "sentenza pilota" e non può considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata".

Art. 416 bis.1 cod. pen. - Natura della circostanza aggravante agevolatrice dell'attività mafiosa.

Cass. pen., Sezioni Unite, Sent. 3 marzo 2020 (Ud. 19 dicembre 2019), n. 8545

Presidente Carcano, Relatore Petruzzellis

Con ordinanza n. 40846 del 2019 la Sezione seconda della Cassazione aveva rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: "se l'aggravante speciale già prevista dall'art. 7 D.l. n. 152 del 1991 ed oggi inserita nell'art. 416 bis.1 cod. pen. che prevede l'aumento di pena quando la condotta tipica sia consumata "al fine di" agevolare l'attività delle associazioni mafiose abbia natura "oggettiva" concernendo le modalità dell'azione, ovvero abbia natura "soggettiva" concernendo la direzione della volontà".

Con sentenza n. 5848 del 2020, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: "l'aggravante agevolatrice dell'attività mafiosa prevista dall'art. 416-bis 1 cod. pen. ha natura soggettiva ed è caratterizzata da dolo intenzionale; nel reato concorsuale si applica al concorrente non animato da tale scopo, che risulti consapevole dell'altrui finalità".

Questioni rimesse

Artt. 393 e 629 c.p. - Rapporto tra i reati di estorsione e di esercizio arbitrario delle proprie ragioni.

Cass. pen., Sez. II, Ord. 16 dicembre 2019 (Ud. 25 settembre 2019), n. 50696

Presidente Rago, Relatore Recchione

In merito ai rapporti tra estorsione ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni, sono state rimesse alle Sezioni Unite le seguenti questioni di diritto:

- se i delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni e quello di estorsione siano differenziabili sotto il profilo dell'elemento materiale ovvero dell'elemento psicologico;
- in caso si ritenga che l'elemento che li differenzia debba essere rinvenuto in quello psicologico, se sia sufficiente accertare, ai fini della sussumibilità nell'uno o nell'altro reato, che la condotta sia caratterizzata da una particolare violenza o minaccia, ovvero se occorra accertare quale sia lo scopo perseguito dall'agente;
- se il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, debba essere qualificato come reato comune o di "mano propria" e, quindi, se e in che termini sia ammissibile il concorso del terzo non titolare della pretesa giuridicamente tutelabile.

Art. 384 c.p. - Sull'applicabilità dell'art. 384 co. 1 c.p. al convivente more uxorio.

Cass. pen., Sez. VI, Ord. 17 gennaio 2020 (Ud. 19 dicembre 2019), n. 1825

Presidente Costanzo, Relatore Capozzi

La sesta Sezione penale della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: "se l'ipotesi di cui all'art. 384, comma 1, cod. pen. sia applicabile al convivente more uxorio".

Art. 311 c.p.p. - L'esatta individuazione del dies a quo di decorrenza del termine di dieci giorni ex comma 5 bis, art. 311 c.p.p.

Cass. pen., Sez. VI, Ord. 30 gennaio 2020 (Ud. 16 gennaio 2020), n. 4125

Presidente Villoni, Relatore Bassi

La Sesta sezione della Corte di cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione: "se, in tema di misure cautelari personali, nel caso di giudizio di rinvio a seguito di annullamento di ordinanza che abbia disposto o confermato la misura coercitiva ex art. 309, comma 9, cod. proc. pen., il termine di "dieci giorni dalla ricezione degli atti" previsto dall'art. 311, comma 5-bis, stesso codice entro il quale il giudice del rinvio ha l'obbligo di decidere a pena di inefficacia della misura, decorre dalla data in cui il fascicolo relativo al ricorso per cassazione, comprendente la sentenza rescindente e gli atti allegati, perviene alla cancelleria generale del tribunale competente o alla cancelleria della sezione del tribunale competente per il riesame ovvero dalla data in cui il tribunale riceve "nuovamente" gli atti dall'autorità procedente richiesti ai sensi dell'art. 309, comma 5, cod. proc. pen.".

Art. 649 bis c.p.p. - Aggravanti ad effetto speciale e procedibilità d'ufficio.

Cass. pen., Sez. II, Ord. 12 febbraio 2020 (Ud. 14 gennaio 2020), n. 5555

Presidente Cammino, Relatore Messini D'Agostini

In merito al nuovo regime di procedibilità d'ufficio per taluni reati contro il patrimonio – di cui all'art. 649 bis c.p.p. (casi di procedibilità d'ufficio) inserito dall'art. 11, comma 1, D. lgs. 10 aprile 2018, n. 36, a decorrere dal 9 maggio 2018 – la Sezione II della Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: "se il riferimento alle aggravanti ad effetto speciale contenuto nell'art. 649 bis cod. pen., ai fini della procedibilità di ufficio per taluni reati contro il patrimonio (art. 640, terzo comma, cod. pen.; art. 640-ter, quarto comma, cod. pen.; fatti di cui all'art. 646, secondo comma, o aggravati dalle circostanze di cui all'art. 61, primo comma, n. 11 cod. pen.), vada inteso come riguardante anche la recidiva qualificata di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 99 dello stesso codice".

Art. 156 c.p.p. - Notifica del decreto di giudizio immediato all'imputato detenuto che abbia eletto domicilio presso il difensore di fiducia.

Cass. pen., Sez. III, Ord. 13 dicembre 2019 (Ud. 28 novembre 2019), n. 50429

Presidente Izzo, Relatore Semeraro

La Sezione III della Cassazione ha rimesso alle Sezioni unite la questione: "se la notifica del decreto di giudizio immediato all'imputato detenuto che abbia eletto domicilio presso il difensore di fiducia debba essere effettuata ex art. 156 co. 1 c.p.p. o presso il domicilio eletto".

Art. 609 bis c.p. - Violenza sessuale con abuso di autorità.

Cass. pen., Sez. III, Ord. 24 gennaio 2020 (Ud. 4 ottobre 2019), n. 2888

Relatore Ramacci

In tema di violenza sessuale con abuso di autorità, segnaliamo l'ordinanza con cui è stata rimessa alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: "se l'abuso di autorità di cui all'art. 609 bis comma primo cod. pen. presupponga nell'agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico o se, invece, si riferisca anche a poteri di supremazia di natura privata di cui l'agente abusi per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali".

Art. 240 co. 1 c.p. - Confisca facoltativa diretta del profitto del reato e prescrizione.

Cass. pen., Sez. V, Ord. 27 febbraio 2020 (Ud. 12 febbraio 2020), n. 7881

Presidente Vessicchelli, Relatore Guardiano

In tema di confisca facoltativa diretta del profitto del reato, ai sensi dell'art. 240 c.1 c.p., in presenza di pronuncia di prescrizione pur facente seguito a condanna di primo grado, la Sezione V della Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: "se la confisca facoltativa citata presupponga o meno un giudicato formale di condanna o, piuttosto, se la stessa possa semplicemente accedere ad un completo accertamento da parte del giudice del merito in ordine al profilo soggettivo e oggettivo del reato di riferimento, accertamento che può essere ribadito anche in una sentenza di proscioglimento per prescrizione".

Art. 297 co. 3 c.p.p. - Retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare nel caso di più ordinanze che dispongono la medesima misura.

Cass. pen., Sez. IV, Ord. 3 marzo 2020 (Ud. 19 febbraio 2020), n. 8546

Presidente Piccialli, Relatore Picardi

In tema di retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare ex art. 297 c.3 c.p.p. (con

specifico riferimento all'eventualità che questa non venga effettuata frazionando la globale durata della custodia cautelare, bensì computando l'intera custodia cautelare subita, anche se relativa a fasi non omogenee), la Sezione IV della Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: "se, in ipotesi di pluralità di ordinanze applicative di misure cautelari per fatti connessi, la retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare, di cui all'art. 297, comma terzo, cod. proc. pen., deve essere effettuata frazionando la durata globale della custodia cautelare, ed imputandovi solo i periodi relativi a fasi omogenee, oppure computando l'intera durata della custodia cautelare subita, anche se relativa a fasi non omogenee".

Artt. 37 e 42 c.p.p. - Validità del Decreto che dispone il giudizio in caso di accoglimento dell'istanza di ricsuzione.

Cass. pen., Sez. I, Ord. 30 marzo 2020 (Ud. 26 febbraio 2020), n. 10818

Presidente Iasillo, Relatore Magi

La Sezione I della Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: "se, in caso di accoglimento della istanza di ricsuzione del GUP, il decreto che dispone il giudizio – emesso in pendenza della decisione definitiva sulla domanda di ricsuzione – possa o meno mantenere efficacia".

CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI SEMPLICI

Artt. 589 bis e 590 bis c.p., 222 C.d.s. - Rideterminazione della sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente da parte del giudice dell'esecuzione nei casi di omicidio e lesioni colpose.

Cass. pen., Sez. I, Sent. 17 gennaio 2020 (Ud. 14 novembre 2019), n. 1804

Presidente Tardio, Relatore Magi

In tema di revoca della patente di guida disposta da una sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti per i reati di cui agli artt. 589 bis e 590 bis cod. pen., divenuta irrevocabile prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 222 cod. strada ad opera della sentenza n. 88 del 2019 della Corte costituzionale, la prima Sezione penale della Corte di Cassazione ha affermato che il giudice dell'esecuzione non può rideterminare la sanzione amministrativa accessoria della revoca

della patente, non trattandosi di effetto penale della condanna.

Artt. 430 e 586 c.p.p. - Ammissibilità di ulteriori prove testimoniali ex art. 430 c.p.p. nel corso dell'istruttoria dibattimentale.

Cass. pen., Sez. I, Sent. 31 gennaio 2020 (Ud. 21 gennaio 2020), n. 4105

Presidente Di Tomassi, Relatore Santalucia

In tema di attività integrativa di indagine, la Sezione prima penale della Corte di Cassazione ha affermato che deve considerarsi irrituale, ma non abnorme, l'ordinanza con cui il giudice dibattimentale, al termine dell'attività di escussione dei testi a carico, dichiara ammissibile le ulteriori richieste di prova testimoniale avanzate dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 430 cod. proc. pen. Tale ordinanza, infatti, è ordinariamente impugnabile, secondo il meccanismo

delineato dall'art. 586 cod. proc. pen., unitamente alla sentenza.

Un tale provvedimento deve ritenersi errato. Infatti, sebbene non sia in discussione il principio secondo cui l'attività integrativa d'indagine da parte del pubblico ministero non è soggetta ad alcun limite cronologico finale, "l'attribuzione alle parti del potere di svolgere investigazioni anche dopo il rinvio a giudizio e in ogni stato e grado del procedimento non significa che esse siano autorizzate all'immediata, e non altrimenti ordinata, richiesta al giudice di ammissione del dato di prova", dovendo l'attività integrativa di indagine "rispettare le ordinarie cadenze" e dovendosi "i risultati investigativi incanalarsi, come richieste di prova, rispettando gli snodi della progressione processuale".

Artt. 191, 234, 333 c.p.p. - Natura processuale di una registrazione audio di conversazioni di cui non sia non l'autore.

Cass. pen., Sezione VI, Sent. 13 febbraio 2020 (Ud. 17 dicembre 2019), n. 5782

Presidente Petruzzellis, Relatore Giordano

Una registrazione audio di conversazioni, di cui rimanga ignoto l'autore, non ha natura di denuncia anonima, perché non contiene una dichiarazione di scienza dell'anonimo denunciante, bensì riproduce un accadimento della realtà e rimanda al contenuto dichiarativo di soggetti terzi, né ha natura di documento ex art. 234 c.p.p.; essa deve, piuttosto, ritenersi prova inutilizzabile ex art. 191 c.p.p., non potendosi stabilire se l'autore abbia partecipato alla conversazione.

Tuttavia, tale atto costituisce valida *notitia criminis*, che legittima il compimento di atti di indagine, atteso che la sanzione dell'inutilizzabilità colpisce l'atto solo nella fase giurisdizionale propriamente intesa, non in quella delle indagini preliminari.

Artt. 51 e 337 c.p., 1100 cod. nav., 380, 385 e 391 c.p.p.- Convalida dell'arresto nel caso di resistenza e violenza a nave da guerra e a pubblico ufficiale, commessa in adempimento del dovere di soccorso in mare.

Cass. pen., Sezione III, Sent. 20 febbraio 2020 (Ud. 16 gennaio 2020), n. 6626

Presidente Lapalorcia, Relatore Gai

La sentenza ha confermato l'ordinanza del 2 luglio 2019, con la quale il G.I.P. di Agrigento aveva deciso di non convalidare l'arresto di Carola Rackete, comandante della nave Sea Watch 3, perché

quest'ultima, accusata di resistenza e violenza a nave da guerra e a pubblico ufficiale per aver asseritamente usato atti di resistenza e di violenza contro una motovedetta della Guardia di finanza e del proprio equipaggio, verosimilmente agì in adempimento del dovere di soccorso in mare, previsto dalle fonti di diritto internazionale. In tema di misure precautelari, infatti, la sussistenza di una causa di giustificazione che ne vieta l'applicazione non deve apparire evidente ma può anche solo essere verosimilmente esistente.

Art. 416 bis.1 c.p. - Configurabilità dell'aggravante del metodo mafioso.

Cass. pen., Sez. V, Sent. 20 febbraio 2020 (Ud. 13 novembre 2019), n. 6764

Presidente Miccoli, Relatore Riccardi

La pronuncia statuisce sulla aggressione – consistita in una "violenta testata sul setto nasale" seguita da "calci, pugni e schiaffi" – nei confronti del giornalista Daniele Piervincenzi nel 2017 ad Ostia. In punto di diritto, i giudici di legittimità hanno affermato che l'aggravante del metodo mafioso non presuppone necessariamente l'esistenza di un'associazione di stampo mafioso, essendo sufficiente, ai fini della sua configurazione, il ricorso a modalità della condotta che evocano la forza intimidatrice tipica dell'agire mafioso, quali, in particolare, la presenza di un "guardaspalle" durante l'intervista, la simultanea aggressione al giornalista e all'operatore che stavano effettuando l'intervista, la perpetrazione in pieno giorno dell'aggressione, rivendicando la potestà di controllare il territorio e di cacciare chi non è gradito, l'evocazione dell'intervento di terzi che avrebbero danneggiato l'auto dei giornalisti ed il contesto omeroso nel quale l'azione era avvenuta.

Artt. 43, 61 n. 3, 575, 589 c.p. - Presupposti per la configurabilità del dolo eventuale o della colpa cosciente nella fattispecie di omicidio.

Cass. pen., Sez. I, Sent. 6 marzo 2020 (Ud. 7 febbraio 2020), n. 9049

Presidente Di Tomassi, Relatore Santalucia

Nella vicenda dell'omicidio di Marco Vannini avvenuto a Ladispoli il 18 maggio 2015, la prima Sezione penale della Corte di Cassazione ha annullato con rinvio la sentenza con cui la Corte di Assise di Appello di Roma aveva riqualificato il fatto in omicidio colposo e rideterminato la pena nei confronti di Antonio Ciontoli in anni 5 di reclusione, revocando le pene

accessorie applicate a tutti gli imputati e confermando, nel resto, la sentenza di primo grado.

Art. 600 ter c.p. - Interpretazione della locuzione “organi sessuali” la cui rappresentazione integra la fattispecie di pornografia minorile.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 9 marzo 2020 (Ud. 8 gennaio 2020), n. 9354

Presidente Sarno, Relatore Scarcella

In tema di pornografia minorile (art. 600 ter c.p.), la terza Sezione penale della Corte di cassazione ha affermato che la nozione di «qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali», di cui all'ultimo comma dell'art. 600-ter c.p., non è limitata ai soli organi genitali ma include anche gli organi sessuali secondari, quali il seno e i glutei.

Art. 263 c.p.p. - Rimedi per l'inosservanza della procedura di restituzione delle cose sequestrate.

Cass. pen., Sez. III, Sent. 13 marzo 2020 (Ud. 19 dicembre 2019), n. 9986

Presidente Lapalorcia, Relatore Di Nicola

In merito al procedimento per la restituzione delle cose sequestrate (art. 263 c.p.p.), la Sezione terza penale della Corte di Cassazione si è pronunciata sul tema – dibattuto in giurisprudenza – dei rimedi da apprestare ai casi di inosservanza della procedura di cui agli artt. 4 e 5 del medesimo articolo.

Il Collegio cercato di porre ordine sul tema, chiarendo che “l'articolo 263 del codice di procedura penale stabilisce che, nel corso delle indagini preliminari, competente a decidere sulla restituzione è lo stesso pubblico ministero, che provvede con decreto motivato; contro il decreto è ammessa opposizione al giudice che procede (quindi al giudice per le indagini preliminari), il quale decide col rito camerale a norma dell'articolo 127 del codice di procedura penale (commi 4 e 5). Nella fase del giudizio, la competenza a decidere spetta al giudice che procede, il quale provvede con ordinanza, se non c'è dubbio sulla proprietà delle cose sequestrate (commi 1, 2 e 3). Dopo la sentenza non più soggetta a impugnazione, competente a decidere è il giudice dell'esecuzione (comma 6): questi, ai sensi dell'articolo 676 del codice di procedura penale, procede a norma dell'articolo 666, comma 4, del codice di procedura penale, e cioè provvede de plano con ordinanza, contro cui l'interessato e il difensore possono proporre opposizione davanti allo stesso giudice”.

La Corte ha inoltre chiarito che quanto “l'interessato formuli correttamente l'istanza di restituzione delle cose sottoposte a sequestro probatorio al pubblico ministero ma questi, anziché provvedere, trasmetta l'istanza, con il proprio parere, al giudice per le indagini preliminari, il provvedimento che il giudice emette deve considerarsi affetto da nullità assoluta per incompetenza funzionale”, non potendosi sostenere che “il parere del pubblico ministero possa valere come rigetto dell'istanza di restituzione perché in tal modo sarebbe pesantemente stravolta la funzione delle parti nel procedimento incidentale previsto dal legislatore nell'articolo 263 del codice di procedura penale, essendo sottratta all'interessato, in violazione del diritto di difesa, la possibilità di esercitare con l'opposizione una adeguata e puntuale critica al provvedimento di rigetto da parte del pubblico ministero”.

Art. 416 bis c.p. - Configurabilità della fattispecie alla cd. mafia “non tradizionale”.

Cass. pen., Sez. II, Sent. 16 marzo 2020 (Ud. 29 novembre 2019), n. 10255

Presidente Diotellavi, Relatore Ariolli

La Corte di cassazione ha nuovamente affrontato il tema della configurabilità del delitto di associazione a delinquere di stampo mafioso (art. 416 bis c.p.) con riferimento alle organizzazioni mafiose cosiddette “non tradizionali” (rappresentate, nel caso specifico, dalla attività criminale del clan Fasciani di Ostia).

Il nucleo della fattispecie incriminatrice “si colloca nel terzo comma dell'art. 416-bis cod. pen., laddove il legislatore definisce, assieme, metodo e finalità dell'associazione mafiosa – in sostanza, quelle finalità che si qualificano solo se c'è uno specifico “metodo” che le alimenta – delineando in tal modo un reato associativo non soltanto strutturalmente peculiare, ma, soprattutto, a gamma applicativa assai estesa, perché destinato a reprimere qualsiasi manifestazione associativa che presenti quelle caratteristiche di metodo e fini”.

Ne deriva che “le associazioni che non hanno una connotazione criminale qualificata sotto il profilo “storico” dovranno essere analizzate nel loro concreto atteggiarsi, in quanto per esse “non basta la parola” (il nomen di mafia, camorra, ‘ndrangheta, ecc.); ed è evidente, che, in questa opera di ricostruzione, occorrerà porre particolare attenzione alle peculiarità di ciascuna specifica realtà delinquenziale, in quanto la norma mette in luce un problema di “assimilazione” normativa alle mafie “storiche” che rende necessaria un'attività interpretativa particolarmente attenta a

porre in risalto “simmetrie” fenomeniche tra realtà fattuali, sociali ed umane diverse fra loro”.

La pronuncia osserva come il “fulcro del processo di “identificazione” non possa, dunque, fare riferimento che sul paradigma del metodo: è di tipo mafioso – puntualizza, infatti, l’art. 416- bis cod. pen. – l’associazione i cui partecipanti “si avvalgono della forza d’intimidazione del vincolo associativo e dell’assoggettamento e di omertà che ne deriva”. Il metodo mafioso, così come descritto dal terzo comma dell’art.

416-bis cod. pen., colloca la fattispecie all’interno di una classe di reati associativi che, parte della dottrina, definisce “a struttura mista”, in contrapposizione a quelli “puri”, il cui modello sarebbe rappresentato dalla “generica” associazione per delinquere di cui all’art. 416 cod. pen. La differenza consisterebbe proprio in quell’elemento “aggiuntivo” rappresentato dal metodo, ma con effetti strutturali di significativa evidenza.

LEGISLAZIONE

Legge 28 febbraio 2020, n. 7

Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 50 del 28.2.2020, la Legge 28 febbraio 2020, n. 7 ha ad oggetto la “conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni”.

La legge entrerà in vigore nel mese di maggio 2020, e affida un ruolo predominante al Pubblico Ministero ed in seguito al Gip, nella decisione sulla rilevanza delle intercettazioni e, dunque, nel rispetto della riservatezza personale. È lasciata, infatti, al Pubblico Ministero e poi al Giudice per le indagini preliminari la valutazione sulla rilevanza delle intercettazioni. Spetterà alla Procura selezionare il materiale per stabilire la rilevanza della intercettazione ai fini delle indagini.

Il provvedimento prevede fra l’altro il divieto di pubblicazione per le intercettazioni irrilevanti che saranno coperte da segreto e non pubblicabili, diversamente da quelle rilevanti che seguiranno il consueto regime di pubblicabilità degli atti di indagine. Sempre il Pubblico Ministero è chiamato a vigilare affinché la trascrizione delle intercettazioni non contenga espressioni “sensibili” o lesive della reputazione dei soggetti intercettati. I verbali di intercettazione saranno depositati assieme alle registrazioni entro 5 giorni e ai difensori sarà concesso estrarre copia delle intercettazioni rilevanti.

Le intercettazioni potranno essere utilizzate come prova anche di reati diversi rispetto a quelli per i quali erano state disposte solo se rilevanti ed indispensabili per l’accertamento del reato, solo per i reati per i quali possono essere disposte le intercettazioni e per i reati per i quali sia previsto l’arresto obbligatorio in flagranza.

I c.d. “Trojan”, ovvero i captatori informatici, sono equiparati alle intercettazioni ambientali ed è stato introdotto l’obbligo di motivazione ulteriore che ne giustifichi l’utilizzo. L’utilizzo dei Trojan sarà possibile per i reati contro la pubblica amministrazione commessi non solo da pubblici ufficiali, ma anche da incaricati di un pubblico servizio, sempre che si tratti di reati punibili con la pena della reclusione oltre i 5 anni. L’intercettazione mediante utilizzo di Trojan potrà avvenire anche entro le mura di casa, previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l’utilizzo.

Decreto Legge 17 marzo 2020, n. 18

È stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale – Serie generale n. 70 del 17 marzo 2020 il Decreto Legge 17 marzo 2020, n. 18, recante “Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19”.

Il Decreto prevede, fra l’altro, misure di carattere processuale penale, nonché misure che incidono sull’ordinamento giudiziario penale e sull’ordinamento penitenziario. In particolare, vengono in rilievo le seguenti norme.

Art. 83 – *Nuove misure urgenti per contrastare l’emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare.*

La norma prevede in particolare [i.] il rinvio d’ufficio delle udienze a data successiva al 15 aprile 2020 (comma 1), salve alcune eccezioni (comma 3), [ii.] la sospensione di tutti i termini processuali (comma 2), salve alcune eccezioni (comma 3), [iii.] la sospensione della prescrizione e dei termini di custodia cautelare (comma 4), [iv.] la celebrazione delle udienze non rinviabili a porte chiuse e, ove possibile, tramite video

conferenza, [v.] la notificazione telematica degli atti (commi 13, 14, 15).

Art. 86 – Misure urgenti per il ripristino della funzionalità degli istituti penitenziari e per la prevenzione della diffusione del COVID-19.

Ai fini di cui alla rubrica, la norma prevede lo stanziamento di 20 milioni di euro.

Art. 119 – Misure di sostegno per i magistrati onorari in servizio.

Salve alcune eccezioni, la norma prevede un contributo economico mensile pari a 600 euro per un massimo di tre mesi in favore dei magistrati onorari in servizio.

Art. 123 – Disposizioni in materia di detenzione domiciliare.

La norma prevede, ai sensi della l. n. 199/2010 e fino al 30 giugno 2020 che la pena detentiva non superiore a 18 mesi, anche se parte residua di maggior pena, sia eseguita su istanza presso il domicilio, salve eccezioni per alcune categorie di reati o di condannati.

Art. 124 – Licenze premio straordinarie per i detenuti in regime di semilibertà.

La norma prevede che le licenze possono durare fino al 30 giugno 2020, in deroga all'art. 52 ord. penit.

Decreto Legge 25 marzo 2020, n. 19

Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 79 del 25 marzo 2020, il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 reca "*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*".

Il testo normativo ridisegna il quadro delle misure che le autorità potranno adottare nei prossimi mesi

per il contenimento della pandemia. Sul fronte sanzionatorio, il Decreto prevede le seguenti novità

1. L'art. 4 comma 1, abroga la contravvenzione per la violazione di misure restrittive di contrasto al Covid-19, prevista dal previgente D.L. n. 6/2020, art. 3 comma 4, e punita ex art. 650 c.p., con effetto retroattivo ex art. 2 comma 2 c.p.

2. L'art. 4 commi 1, 2 e 8, introducono una sanzione amministrativa pecuniaria per lo stesso fatto (400-3000€, con alcune circostanze aggravanti), nonché alcune sanzioni accessorie/interdittive nei casi di violazioni in attività commerciali, che si applicano anche ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore. In quest'ultimo caso, la sanzione è del minimo ridotto della metà (200€). In conseguenza di questo nuovo assetto, tutte le contestazioni penali precedentemente elevate dovranno essere archiviate perché il fatto non è previsto dalla legge come reato e agli indagati sarà applicata la suddetta sanzione amministrativa ridotta della metà.

3. L'art. 4, comma 6, prevede l'applicazione della contravvenzione ex art. 260 T.U. Leggi sanitarie (salvo che costituisca reato di epidemia colposa o comunque più grave reato), per chi, risultato positivo al virus, violi le misure di quarantena. Per l'occasione, l'art. 4, comma 7 prevede un aggravamento del trattamento sanzionatorio per la contravvenzione, ora punita con l'arresto da 3 a 18 mesi e l'ammenda da 500 a 5000 € (come tale non estinguibile mediante oblazione).

CONTRIBUTI

Sine die. La “riforma” della prescrizione.

di **Giuseppe Losappio**

I dati (e l'esperienza quotidiana) documentano che il rapporto tra tempo e processo penale è assimilabile al comportamento dei gas. Come le particelle di “etere” tendono ad occupare tutto lo spazio a disposizione così il processo penale tende ad occupare tutto il tempo reso disponibile dalla prescrizione. L'uno cresce quanto si dilata l'altra. Questa specificità della realtà italiana avvalora il rischio che la “riforma” della prescrizione esponga l'imputato al rischio di un giudizio penale senza fine. Una prospettiva che traccia un solco profondo con il paradigma garantista, in netto contrasto con la Carta Costituzionale.

«C'è problema dal momento in cui
la linea che segna il bordo
è messa in pericolo»
Jacques Derrida

1. È impresso nelle radici della cultura occidentale¹: *ruit hora*. Il tempo è ineluttabile: «Non c'è miracolo che possa alcunché contro il tempo. Contro il tempo nulla può la fede che sposta le montagne»².

*«Come incalzano le onde verso la spiaggia petrosa, Così gli istanti nostri si affrettano a lor fine, Mutando ognuno luogo con quello che innanzi corre, In affannosa sequela essi urgono avanti»*³.

Il tempo è inesorabile: tutto ciò che respira, tutto ciò che ha colore di essere, svanisce⁴. Non meno di tutte le altre realtà mondane, il diritto e il delitto sono influenzati *dal* tempo, che li «consuma» e «invecchia»⁵. Più degli altri “diritti”, il *jure* penale “sente” il tempo che passa non solo per l'intima correlazione tra la responsabilità della persona dell'autore con uno specifico, irripetibile fatto storico che allo stesso autore dev'essere personalisticamente attribuibile. Il divenire sfibra, fino a dissolvere, le trame dello *ius puniendi* sia dal punto di vista del soggetto, sia dal punto di vista “esterno”/obiettivo (volendo della c.d. “società”). Difficile dire meglio di Blaise Pascal: *«Il tempo guarisce i dolori e le polemiche, perché mutiamo, perché non siamo più la stessa persona. Né l'offensore né l'offeso sono gli stessi»*⁶.

È in relazione all'intreccio inestricabile di queste modalità di espressione dell'influenza del fattore temporale sulla materia penalistica che la prescrizione costituisce una costante⁷ manifestazione di regolamentazione giuridica del rapporto tra il divenire, il fatto, il suo autore, il soggetto sottoposto alle indagini e al processo, la società e il sistema penale nel suo complesso⁸. Tutt'altro che costanti, invece, sono le

declinazioni della medesima premessa. Statuto concettuale, direttrici politico-criminali, disciplina sostanziale e processuale (e reciproche correlazioni) sono variabili sia sincronicamente sia diacronicamente. Non solo nel nostro Paese (ma in Italia più che altrove), l'istituto è tormentato dal succedersi di interventi che, interagendo con la “disintegrazione” del sistema sanzionatorio⁹, alimentano una «plethora di deroghe»¹⁰ e rendono un quadro d'insieme confuso e irrazionale.

A fomentare l'entropia concorrono soprattutto le continue pulsioni politico-criminali che scaturiscono dall'interazione tra la “crisi” permanente del sistema penale e la sempre più intensa “passione” per la punizione¹¹ che pervade le democrazie occidentali. Com'è stato acutamente osservato, manovrando l'«involucro normativo» della prescrizione si può fare, nel bene o nel male, molta “politica criminale”. Dopo l'inaridimento, a partire dagli anni “novanta”, del flusso periodico di amnistie, la prescrizione è diventata uno degli strumenti più spesso utilizzati per governare il «destino penale»¹². In quest'ottica, alla prescrizione si è fatto ricorso, ora per scolare gli eccessi del sistema, ora (da ultimo) per “camuffarne” le inefficienze, implementandole nella prospettiva di una durata senza limiti del giudizio. In una sorta di perversa corrispondenza con la filigrana sostanziale e processuale della disciplina, la prescrizione è andata assumendo l'incipiente funzione di «agente terapeutico e patogeno»¹³ del processo penale e del principio/diritto della/alla ragionevole durata del giudizio, non

senza, in entrambe le ipotesi, effetti collaterali (più o meno gravi):

- a carico del principio della difesa sociale e del principio-criterio di uguaglianza quando i termini sono stati ridotti, soprattutto, per i delitti dei c.d. *white collar*;
- a carico (attuale o potenziale) della ghiera di principi costituzionali e convenzionali che (almeno in parte) giustificano/(delimitano) lo stesso istituto, quando la durata dei termini prescrizionali è stata dilatata fino ad escluderne (di fatto o di diritto) l'operatività¹⁴.

2. Che sia corretto o meno parlare di estinzione del processo, quale effetto "mediato" della prescrizione¹⁵, la disciplina del *"tempori cedere"* investe "in pieno" il mondo del giudice: l'«uomo del passato» che, per impossessarsi delle cose che sono nel processo, deve svolgere «una riflessione all'indietro»¹⁶. Nell'ottica *husserliana* del processo, quale «via che conduce attraverso il tempo»¹⁷, fino alla l. n. 3 del 2019, la regola generale era che la prescrizione sanciva il limite massimo di questo percorso. Al netto dell'eccezione dei delitti espressamente o di fatto "imprescrittibili"¹⁸, anche dopo il profondo restyling della c.d. legge "Orlando"¹⁹, questo argine, pur debilitato, resisteva posto che il tempo della prescrizione sanciva la lunghezza/(durata) del "ponte temporale" tra il passato del fatto oggetto del processo e il presente del giudizio. In altre parole, prima dell'ultima "riforma", lo standard era che la prescrizione "prescriveva" il processo. Il novellato comma 2 dell'art. 159²⁰ inverte parzialmente l'ordine di questa relazione: non è la punibilità che delimita il tempo dell'accertamento ma il tempo dell'accertamento che protrae, quello della punibilità ... *sine die*.

3. La possibilità, non solo teorica, che il giudizio penale si protragga all'infinito per tutti i reati traccia un solco profondo con il «paradigma garantista»²¹ perché l'uomo-imputato (può) diventa(re) "ostaggio" del processo e delle incontrollabili azioni e decisioni sul procedere del processo (dei giudici ma non solo). Due metafore gettano luce sui profili empirici ed assiologici di questo cruciale aspetto della questione. I dati (e l'esperienza quotidiana) documentano che il rapporto tra tempo e processo penale è assimilabile al comportamento dei gas. Come le particelle di "etere" tendono ad occupare tutto lo spazio a

disposizione così il processo penale tende ad occupare tutto il tempo reso disponibile dalla prescrizione. L'uno cresce quanto si dilata l'altra²². Questa specificità della realtà italiana avvalorata il rischio che il venir meno della prescrizione esponga l'imputato al rischio di un giudizio penale senza fine.

Crono, dio del tempo, per fermare Urano, che in un ciclo infinito fecondava Gea e ne assassinava i figli, lo rende sterile. «L'autorità accettabile, quindi, è quella che subisce gli effetti del tempo»²³. Non è accettabile l'autorità assolutisticamente padrona del tempo altrui, come denuncia da Madame de Maintenon (*Le roi prend tout mon temps*)²⁴, nel senso di ergastolo processuale (o "cattiva eternità"²⁵). Come ogni potere è costituzionalmente legittimo se "subisce" una qualche ragionevole misura²⁶, il potere sul processo e del processo sulla persona è costituzionalmente legittimo se incontra un limite ragionevole. Difficile dire meglio: che si pensi alla prescrizione considerando il venire meno dell'interesse pubblico alla repressione di un reato non perseguito dall'autorità giudiziaria ovvero il limite massimo entro cui si può prolungare la prosecuzione dell'accertamento procedimentale/processuale, «in entrambi i casi è ... inevitabile la fissazione di un *tetto*»²⁷. Senza questo "argine" – la cui definizione richiede l'«ottimale combinazione di ... diverse ponderazioni» e, quindi, una "meditata gestazione"²⁸ – il processo resta esposto al rischio, di per sé inaccettabile, che l'azione penale, per ogni reato, per tutti i reati, in caso di assoluzione o di condanna, si prescrivano quando piace al "Procuratore del Re"²⁹. «Ecco allora – come bene ha scritto Roberto Bartoli – che dissolvere la prescrizione, dissolvere il limite alla pretesa punitiva per la presenza di una sentenza significa stare completamente dalla parte dello Stato, dalla parte della sua autorità mettendo il soggetto interamente nelle sue mani»³⁰. Ecco allora che la discordanza della riforma con i valori della Carta non potrebbe essere più evidente.

«C'è problema dal momento in cui la linea che segna il bordo è messa in pericolo»³¹.

Giuseppe Losappio

Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

Avvocato, Patrocinante presso le magistrature superiori.

¹ Definire il nostro tempo significa definire il «tempo dell'occidente»: G.E. RUSCONI, *Cosa resta dell'Occidente*, Laterza, Bari-Roma, 2012, p. 3. Ancora più esplicitamente, la rappresentazione «di un nuovo tempo del mondo» è «una delle premesse fondatrici per l'autocoscienza dell'età moderna»: H. BLUMENBERG, *La Légitimité des Temps modernes*, trad. it. C. Marielli,

Marietti, Genova, 1999, p. 379 (traggo la citazione da M.REVAULT D'ALLONNES, *La crise san fin. Essai sur l'expérience moderne du temps*, trad. it., O barra O edizioni, Milano, 2014, p. 57). Breve, con la consueta lancinante incisività, S.WEIL, *Cahiers*, trad. it. in *L'attesa della verità*, a cura di S.Moser, Garzanti, Milano, 2014, p. 293: «Il tessuto del mondo è il tempo».

² S.WEIL, *Cahiers*, cit., p. 300.

³ «Like as the waves make towards the pebbled shore, So do our minutes hasten to their end, Each changing place with that which goes before, In sequent toil all forwards do contend»: W. SHAKESPEARE, *Sonnets* (n. 60), Londra, 1609.

⁴ E.M.CIORAN, *La chute dan le temps*, trad. it. di M.A.Rigoni, Adelphi, Milano, 1995, p. 124 («tutto si guasta, tutto diventa rimuginazione dell'intollerabile, tutto precipita in questo baratro dove si aspetta invano l'epilogo», *ivi*, p. 127).

⁵ Metacitazione aristotelica tratta da M. BRETONE, *Tempo e ragione giuridica fra antico e moderno*, in *Materiali per una storia della Cultura giuridica*, 2006, 2, p. 291

⁶ «Le temps guérit les douleurs et les querelles parce qu'on change. On n'est plus la même personne; ni l'offensant, ni l'offensé ne sont plus eux-mêmes. C'est comme un peuple qu'on a irrité et qu'on reverrait après deux générations. Ce sont encore les Français mais non les mêmes» B.PASCAL, *Pensées* (802-122), trad. di G.Auletta, in *La ragione e le ragioni del cuore*, a cura di C. Bo, San Paolo, Milano, 1996, p. 38.

⁷ In prospettiva storica, per tutti: F.MENCARELLI, *Tempo e processo. Profili sistematici*, in *Giust. pen.*, 1975, III, c. 1-4; S.SILVANI, *Lineamenti per una storia della prescrizione. Dall'ottocento al codice Rocco*, in *Materiali per una storia del pensiero giuridico*, 2003 (2), p. 429; *Id.*, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, il Mulino, Bologna, 2009, p. 13, nota 1 («l'effetto estintivo del tempo nella materia penale è riconosciuto da tutte le codificazioni preunitarie, così come dal codice Zanardelli (anche se sotto forma di prescrizione dell'azione penale) e affonda le proprie radici nella *praescriptio* romana, istituto che assumeva i caratteri di una decadenza dell'esercizio dell'azione penale»); M.N.MINETTI, *Il tempo dell'oblio. Fondamento e natura della prescrizione nella penalistica italiana tra Otto e Novecento*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2017, p. 29; A.PECCIOLI, *La prescrizione del reato tra presente e futuro*, Genova University Press, 2017, pp. 10-12; G.SOLA, *Prescrizione dei reati e ragionevole durata del processo*, in <http://www.camerapenaledimodena.it/rivistapdf/> (febbraio 2019) ove si riferisce che già Demostene elogiava il regime del *tempori cedere* del processo penale ateniese.

⁸ Così G.KALINOWSKI, *De la signification de la philosophie du temps pour la philosophie du droit*, in *Jus*, 1969, p. 191. Sui significati del tempo nel sistema penale, per tutti: M.LEONE, *Il tempo nel diritto penale sostantivo e processuale*, Jovene, Napoli, 1974; G.FIANDACA, *Tempo e diritto penale*, in *Diritto, processo, tempo*, a cura del C.S.M., Frascati, 16-18 novembre 2000; F. GIUNTA – D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 7-8; S.SILVANI, *Il giudizio del tempo*, cit., p.13; E.DINACCI, *Prescrizione del reato e principi costituzionali nel sistema del diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2019, pp. 146-148 («La branca del diritto penale, invece, incentra la sua attenzione sul fatto, inteso come condotta umana antiggiuridica e colpevole. Ciò rende ancor più stringente il legame tra l'evento umano, da intendersi come evento giuridico, ed il suo esistere nel tempo»); D.PULITANÒ, *La giustizia penale e il tempo*, in *Sist. pen.*, 2019 (12), p. 4 (Per questo la «giustizia del giudizio di responsabilità esige presupposti stringenti di razionalità e di sostenibilità etico-politica: giusti precetti e giusti criteri di attribuzione di responsabilità (il volto razionale della teoria del reato), correttezza dell'accertamento secondo lo standard dell'oltre il ragionevole dubbio (il volto razionale del garantismo processuale)»).

⁹ T.PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 420.

¹⁰ F.BASILE, *La prescrizione che verrà*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2017, p. 139.

¹¹ D.FASSIN, *Punir. Une passion contemporaine* (2017), trad. it. a cura di L.Alunni, Feltrinelli, Milano, 2018. In Italia, tra i primi a citare l'opera V.MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in www.questionegiustizia.it (26 marzo 2019), nota 98; D.PULITANÒ, *Tempeste sul diritto penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 2019 (3), p. 235; G.LOSAPPIO, *La riforma della prescrizione nel tempo della passione (triste) per la punizione*, in www.sistemapenale.it (23 dicembre 2019)

¹² T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006 (1), p. 34; *Id.*, *Il testimone raccolto. L'ennesima riforma alle prese con i nodi persistenti del sistema penale*, in *Arch. pen.*, suppl. 1 del 2018, *La giustizia penale riformata*, pp. 18-19. In termini, *ex multis*, E.FASSONE, *La prescrizione del reato: interventi possibili*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Atti del convegno di Gallipoli, 27-29 ottobre 2000, a cura Centro studi Enrico de Nicola – Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Giuffrè, Milano, 2002, p. 229. G.UBERTIS, *Prescrizione del reato e prescrizione dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1022 (anche in *Id.*, *Argomenti di procedura penale*, t. 3°, Giuffrè, Milano, 2011, p. 265); A.GAMBERINI – G.INSOLERA – M.MAZZACUVA – M.PAVARINI – F.SGUBBI – L.STORTONI, *Le ragioni di una mancata adesione*, in ius17@unibo.it, 2011 (1), p. 29; C.VELANI, *Prospettive di riforma in tema di prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 2013 (1), p. 1, D.PULITANÒ, *Una confessione di Agostino e il problema della prescrizione*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2015 (1), p. 78; B.ROMANO, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere*, *ivi*, 2016 (1), p. 86 (anche in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, a cura di G.Cocco, Cedam, Padova, 2016, p. 215); T.E.EPIDENDIO, *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la "crisi" del diritto penale tra le Corti*, in *Dir. pen. cont.* (28 settembre 2017), p. 4; A.GARGANI, *Crisi del diritto sostanziale e vis espansiva del processo*, in *Partecipazione democratica alle scelte politico criminali e garanzie individuali nell'epoca del diritto penale tecnocratico. Un bilancio di inizio secolo*, Atti del

convegno del 22 giugno 2016, Certosa di Pontignano, a cura di F.Giunta – R.Guerrini, in *Studi Senesi*, 2017, p. 61 (anche in www.discrimen.it); G.CAIAZZA, *Riforma della prescrizione: le ragioni della nostra protesta*, in www.questionegiustizia.it (24 ottobre 2019), p. 2.

¹³ C.GIOSTRA, *La prescrizione: aspetti processuali*, in *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Atti del convegno di Milano (18 marzo 2005) e Lecce (14-15 ottobre 2005), a cura Centro studi Enrico de Nicola – Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Giuffrè, Milano, 2006, p. 84 (con il titolo *Il problema della prescrizione: aspetti processuali*, anche in *Giur. it.*, 2005, c. 2221). La metafora è stata diffusamente ripresa nella letteratura successiva. Ricorrendo ad altri non meno suggestivi tropi sono state espresse le altre polarizzazioni dell'istituto. Si è parlato di “ornitorinco” del sistema penale per compendiare la presenza di caratteri sostanziali e procedurali/processuali nel codice genetico della prescrizione. Per alludere alla dialettica tra prescrizione e principio/diritto della/ragionevole durata del processo sono state evocate reminiscenze mitologiche – “Scilla e Cariddi” (così F.BASILE, *La prescrizione che verrà*, cit., p. 1) o epistemologiche – il teorema di Gödel (A.MANNA – M.DI FLORIO, *Il trascorrere del tempo nel diritto penale: la prescrizione del reato tra le “criticità” della disciplina e il “difficile dialogo” tra CGUE e Corte Costituzionale*, in *La giustizia penale riformata*, cit., p. 157: «Ciò in quanto ... una prescrizione “orientata” secondo la concezione “sostanziale” sarebbe “coerente” col *favor libertatis*, alla luce del principio di legalità, ma “incompleta” poiché non sarebbe in grado di soddisfare efficacemente il *favor societatis* e, in particolare, le “ragioni” di efficienza del mercato euro-unitario. D'altra parte, una prescrizione “orientata” secondo la concezione “processuale” finirebbe per essere “completa” per il *favor societatis* e per la tutela degli interessi finanziari dell'UE, ma non necessariamente “coerente” col *favor libertatis*, e quindi con la ragionevole durata del processo per l'imputato»).

¹⁴ Per questa impostazione, ex multis A.PAGLIARO, *Prescrizione del reato e “nuova” estinzione del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4046; A.GARGANI, *Crisi del diritto sostanziale e vis expansiva del processo*, cit., p. 61 (cui si rinvia per ulteriori riferimenti).

¹⁵ Tra gli altri, in tal senso A.PAGLIARO, *Prescrizione del reato e “nuova” estinzione del processo penale*, cit. p. 4043. Contra, ad es. P.FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in *Quest. Giust.*, 2017 (1), p. 115. Per una puntuale disamina lessicale G.UBERTIS, *Prescrizione del reato e prescrizione dell'azione penale*, cit., pp. 1017-1018. Sul tema ex multis, oltre ai contributi raccolti nel volume *Per una giustizia penale più sollecita*, cit., ex multis M.NOBIILI – L.STORTONI – M.DONINI – M.VIRGILIO – M.ZANOTTI – N.MAZZACUVA, *Prescrizione e irretroattività, fra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 317; F.GIUNTA, *Tempo della prescrizione e tempo del processo. Logiche sostanziali, intersezioni processuali, prospettive di riforma*, in *Crit. dir.*, 2003, p. 178; S.SILVANI, *Il giudizio del tempo*, cit., cap. III; M.CAIANELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?* in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017 (2), p. 216.

¹⁶ G. HUSSERL, *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, trad. it. a cura di R. Cristin, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 54-56.

¹⁷ G. HUSSERL, *Recht und Zeit*, op. loc. cit.

¹⁸ Di diritto, ex art. 157, u.c., c.p.; ovvero in the facts, ex artt. 157, comma 6, 161, comma 2, c.p. 51, co. 3-bis e 3 quarter c.p.p. Parla di delitti «sostanzialmente imprescrittibili»: G.FLORA, *La nuova riforma dei delitti di corruzione: verso la corruzione del sistema penale?*, in *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali* (l. 9 gennaio 2019, n. 3 c.d. “spazzacorrotti”), Pacini, Pisa, 2019, p. 20.

¹⁹ O, con maggiore considerazione per la giustizia retributiva, “Orlando – D'Ascola – Ferranti” (ovvero, comunque, l. n. 103 del 2017).

²⁰ «Il corso della prescrizione rimane altresì sospeso dalla pronunzia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna». Sulla riforma, senza pretesa di completezza, prima dell'approvazione: T.PADOVANI, *Fine-processo mai: e la Costituzione?*, in *Il dubbio*, 1 novembre 2018; A.ALESSANDRI, *Una proposta a forte rischio di incostituzionalità*, in *Il sole 24 ore*, 3 novembre 2018 G.INSOLERA, *Il processo senza prescrizione*, in www.discrimen.it (11 dicembre 2018), p. 1; F.GIUNTA, *La prescrizione, ovvero chi odia, ama*, ivi (13 novembre 2018), p. 1; G.L.GATTA, *Prescrizione bloccata dopo il primo grado*, cit.; ID., *Sulla riforma della prescrizione del reato, bloccata dopo il giudizio di primo grado*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 2345; G.INSOLERA, *La riforma giallo-verde del diritto penale: adesso tocca alla prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it (9 novembre 2018), p. 1; ID., *Sulla riforma della prescrizione: “peggio la pezza del buco”*, in www.quotidianogiuridico.it (13 novembre 2018); M.GUGLIELMI – R.DE VITO, *Quale futuro per il garantismo? Riflessioni su processo penale e prescrizione*, in www.questionegiustizia.it (20 novembre 2018), p. 1. Dopo l'approvazione: R.BARTOLI, *Le modifiche alla disciplina della prescrizione: una sovversione dei principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 2019; E.DINACCI, *Prescrizione del reato e principi costituzionali nel sistema del diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2019, p. 184; G.FLORA, *La nuova riforma dei delitti di corruzione*, cit., p. 20; G.L.GATTA, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in www.penalecontemporaneo.it (21 gennaio 2019); V.MANES, *Sulla riforma della prescrizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 557; G.LOSAPPIO, *Il congedo dalla prescrizione nel processo penale. Tempus fu(g)it*, in *Dir. pen. cont.*, 2019 (7-8), p. 3; G.SPANGHER, *Prescrizione: una proposta logico-sistematica per l'(eventuale) entrata in vigore della riforma*, in ilpenalista.it (14 ottobre 2019); P.TANDURA, *La sospensione della prescrizione dopo la sentenza di primo grado: considerazioni a margine della discussa novità introdotta dalla legge “spazza-corrotti”*, in *Riv. pen.*, 2019, p. 743. Da ultimo nell'imminenza dell'entrata in vigore della norma: D.PULITANÒ, *La giustizia penale e il tempo*,

in *Sist. pen.*, 2019 (12), p. 15; R.BARTOLI, *Prescrizione: soltanto un equilibrio ci può salvare*, in www.sistemapenale.it (9 dicembre 2019); G.L.GATTA, *Prescrizione del reato e lentezza del processo: male non cura male. Riflessioni e proposte per uscire dall'impasse della riforma Bonafede*, ivi (9 dicembre 2019); R.CANTONE, *Riformare la prescrizione del reato garantendo la ragionevole durata del processo: un'occasione da non perdere*, ivi (18 dicembre 2019). Sulla proposta di legge A.C. 2059 (primo firmatario on. Costa) di abrogazione dell'art. 159, co. 2, D.PULITANÒ, *Osservazioni sulla proposta di bloccare il corso della prescrizione. A proposito del Progetto di legge n. A.C. 2059 (Costa e altri)*, in www.sistemapenale.it (9 dicembre 2019).

²¹ L.FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Edizioni scientifiche, Napoli, 2014. Da ultimo, molto efficacemente, in tal senso M.DONINI, *Garantismo penale oggi*, in *Criminalia*, 2019 (p. 3) (open source in discrimen.it 16 dicembre 2019) che classifica tra i capisaldi dell'*habeas corpus* la «Prescrizione del reato come limite alla potestà punitiva e diritto soggettivo dell'imputato».

²² Ho già utilizzato questa metafora in G.LOSAPPIO, *Il congedo dalla prescrizione nel processo penale*, cit., p. 29.

²³ F.MORELLI, *Prescrizione e tempo del processo: un problema complicato*, in www.lacostituzione.info (17 novembre 2018), p. 6.

²⁴ La citazione è tratta dall'esergo del saggio di J.DERRIDA, *Le temps du roi*, in *Donner le temps*, I, *La fausse monnaie*, Éditions Galilée, 1991, pp. 11-12 («*Il est vrai que celle dont on sait qu'elle fut la maîtresse influente, et même l'épouse morganatique du Roi Soleil (le Roi et le Soleil, le Roi-Soleil seront les sujets de ces conférences), Madame de Maintenon, donc, n'a pas dit, dans sa lettre, à la lettre, qu'elle donnait tout son temps – mais que le roi le lui prenait ("le roi prend tout mon temps"). Même si cela, dans son esprit, veut dire la même chose, un mot ne vaut pas l'autre. Ce qu'elle donne, elle, ce n'est pas le temps mais le reste, le reste du temps: "Je donne le reste à Saint-Cyr, à qui je voudrais le tout donner". Mais comme le roi le lui prend tout entier, le reste, en bonne logique et en bonne économie, ce n'est rien. Elle ne peut plus prendre son temps. Elle n'en a plus. Pourtant elle le donne*»).

²⁵ E.M.CIORAN, *La chute dans le temps*, cit., p. 127.

²⁶ Tra le molte possibili citazioni preferisco quella di un magistrato, che, all'epilogo di una "carriera" che lo aveva condotta ai vertici distrettuali, ha rassegnato una riflessione lucida e implacabile del sistema giudiziario italiano: «Nel costituzionalismo moderno non c'è potere (pubblico o privato) senza limiti e senza responsabilità: i limiti sono segnati dalla divisione dei poteri (oltre che dal pieno rispetto delle funzioni di ciascuno) e dal riconoscimento dei diritti fondamentali, che trovano la loro garanzia nelle varie forme di responsabilità giuridica e/o politica previste dall'ordinamento» (V.M.CAFERRA, *Il processo al processo. La responsabilità dei magistrati*, Cacucci, Bari, 2015, p. 9). In ordine all'assenza di arbitrarietà quale condizione di legittimità dell'esercizio del potere cfr. la sentenza della Corte EDU, 8 luglio 2014, Biagioli+1 vs. San Marino.

²⁷ Citazioni tratte da G. MARINUCCI, *Relazioni di sintesi*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, cit., p. 329.

²⁸ Così ancora G.MARINUCCI (*op. ult. cit.*, pp. 329-330) il quale non escludeva (ma non sottoscriveva) la plausibilità di un ritorno alla soluzione dell'art. 93, co. 1, del Codice Zanardelli, secondo cui dopo la sentenza di condanna la prescrizione era interrotta e cominciava a decorrere per intero.

²⁹ F.CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, II, V ed., Lucca, 1887, pp. 130-133.

³⁰ R.BARTOLI, *Prescrizione: soltanto un equilibrio ci può salvare*, cit., p. 9.

³¹ J.DERRIDA, *Apories. Mourir – s'attendre aux 'limites de la vérité'*, trad. it., Milano, Bompiani, 2004, p. 310.

Le Sezioni Unite sulla disciplina di utilizzazione delle intercettazioni in altro procedimento: il divieto ex art. 270, co. 1, c.p.p. non opera nel solo caso in cui fra i reati contestati nei due procedimenti sussista un rapporto di connessione ex art. 12 c.p.p.

di **S. Parziale** e **C. M. Cova**

Con sentenza n. 51 del 2 gennaio 2020 (ud. 28 novembre 2019) le Sezioni Unite della Corte di Cassazione compongono il contrasto giurisprudenziale in ordine alla portata operativa del divieto di utilizzare i risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali sono state disposte, di cui all'art. 270, co. 1 c.p.p. nelle ipotesi in cui dall'attività di captazione, legittimamente autorizzata, siano emersi elementi utili all'accertamento di reati ulteriori rispetto a quelli oggetto dell'originaria autorizzazione.

Con un'articolata motivazione, le Sezioni Unite, valorizzando i principi costituzionali posti a fondamento della materia e precisando la ratio dell'art. 270, co. 1 c.p.p., hanno chiarito che il divieto trova applicazione in tutti i casi in cui non sussistano profili di connessione ex art. 12 c.p.p. fra il reato per cui le intercettazioni sono state disposte e gli eventuali reati emersi successivamente.

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. La questione rimessa alle Sezioni Unite. – 3. Il contrasto giurisprudenziale sulla portata applicativa del divieto di cui all'art. 270, co. 1, c.p.p. – 4. Le motivazioni della sentenza: la ricognizione dei principi costituzionali che governano la disciplina delle intercettazioni e la valorizzazione della *ratio* dell'art. 270, co. 1, c.p.p. – 5. Le motivazioni della sentenza: la composizione del contrasto giurisprudenziale e il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite. – 6 Conclusioni.

1. Premessa.

Con la sentenza in commento le Sezioni Unite della Corte di Cassazione compongono il contrasto giurisprudenziale in ordine all'operatività del divieto di utilizzare i risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli in cui sono state disposte, ex art. 270, co. 1, c.p.p., nelle ipotesi in cui, proprio dall'attività di captazione legittimamente disposta all'interno di un determinato procedimento siano emersi elementi utili alla prova di un ulteriore reato, non ricompreso fra quelli oggetto dell'originaria autorizzazione.

Sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata della predetta disposizione, che ne valorizza la *ratio*, le Sezioni Unite hanno chiarito che il divieto trova applicazione in tutti i casi in cui non sussistano profili di connessione ex art. 12 c.p.p. fra i reati emersi successivamente e quello per il quale le intercettazioni erano state autorizzate.

Il presente contributo intende fornire una lettura della pronuncia che muoverà dalla individuazione del quesito rimesso alle Sezioni Unite con ordinanza della Sesta Sezione penale della Corte di Cassazione

n. 11160 del 13 febbraio 2019¹ e dall'esame del contrasto giurisprudenziale che ha originato la questione².

Verranno, quindi, evidenziati il ragionamento attraverso cui le Sezioni Unite sono giunte all'affermazione del principio di diritto enunciato in sentenza³ e i motivi per cui hanno ritenuto che nessuno dei tre orientamenti formati nella giurisprudenza di legittimità potesse essere accolto in pieno⁴.

Concluderà un breve commento sulla decisione⁵.

2. La questione rimessa alle Sezioni Unite.

La questione trae origine da un procedimento penale nel quale erano state disposte intercettazioni in relazione al reato di rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio, ex art. 326, co. 3, c.p., ipotizzato a carico di due soggetti⁶.

Nell'ambito dell'attività di captazione erano, tuttavia, emersi elementi di prova a carico di un terzo soggetto per i reati di peculato, ex art. 314 c.p., e di falsità ideologica e materiale in atto pubblico di cui agli artt. 476 e 479 c.p.

La Corte di Appello di Brescia aveva condannato quest'ultimo per le ipotesi di reato a lui ascritte anche sulla base dei risultati delle predette intercettazioni. L'imputato proponeva ricorso avverso la condanna denunciando, fra gli altri motivi, l'inosservanza del divieto imposto dall'art. 270, co. 1, c.p.p., in quanto riteneva che fra i delitti di peculato e falso in atto pubblico, da un lato, e il reato di rivelazione di segreto d'ufficio, dall'altro, non sussistesse alcun nesso di tipo oggettivo, finalistico o probatorio.

Il ricorrente argomentava il proprio motivo di impugnazione valorizzando una interpretazione sostanzialistica della nozione di "diverso procedimento" di cui all'art. 270, co. 1, c.p.p., che trova conforto in un orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità⁷.

Investita del ricorso, la Sesta Sezione penale della Corte di Cassazione, preso atto di un contrasto giurisprudenziale sulla predetta nozione e, dunque, sulla portata applicativa dell'art. 270, co. 1, c.p.p., rimetteva alle Sezioni Unite, con ordinanza n. 11160 del 13 febbraio 2019, la seguente questione di diritto: «*se il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali le intercettazioni siano state disposte, di cui all'art. 270 cod. proc. pen., riguardi anche i reati non oggetto della intercettazione ab origine disposta e che, privi di collegamento strutturale, probatorio e finalistico con quelli invece già oggetto di essa, siano emersi dalle stesse operazioni di intercettazioni*»⁸.

Prima di soffermarsi sulla soluzione al quesito offerta dalla sentenza in esame, pare utile ripercorrere brevemente i diversi orientamenti sul tema.

3. Il contrasto giurisprudenziale sulla portata applicativa del divieto di cui all'art. 270, co. 1, c.p.p.

Come anticipato, il quesito rimesso alle Sezioni Unite ha trovato, nella giurisprudenza di legittimità, tre differenti soluzioni.

Secondo un primo orientamento, che si è detto essere maggioritario, deve essere privilegiata una nozione di tipo strutturale/sostanzialistica di "diverso procedimento": il divieto di cui all'art. 270, co. 1, c.p.p. opera in tutti i casi in cui fra la notizia di reato per la quale si pretende l'utilizzo dei risultati delle intercettazioni e quella per cui il mezzo di ricerca della prova era stato originariamente autorizzato non sussiste un nesso di tipo oggettivo, probatorio o finalistico⁹.

Al fine di ancorare il criterio a un dato normativo, alcune di queste pronunce hanno altresì chiarito che tale nesso è integrato se fra le due *notitiae criminis* via sia una connessione ex art. 12 c.p.p. o un collegamento investigativo ai sensi dell'art. 371, co. 2, lett. b) e c) c.p.p.¹⁰.

Con una ovvia, ma necessaria, precisazione in ordine al collegamento probatorio di cui all'art. 371, co. 2, lett. c) c.p.p.: lo stesso non potrà essere rinvenuto nel contenuto delle stesse intercettazioni, pena l'aggiramento del divieto previsto dall'art. 270, co. 1, c.p.p.¹¹. Si sottolinea che hanno incidentalmente aderito a questo orientamento anche le Sezioni Unite, chiamate a pronunciarsi, in passato, su una differente questione di diritto attinente all'utilizzabilità delle intercettazioni in quanto corpo del reato¹².

Per un secondo orientamento, invece, una volta che le intercettazioni siano state legittimamente autorizzate all'interno di un determinato procedimento, per uno o più specifici delitti ricompresi nel catalogo previsto dall'art. 266 c.p.p., i risultati dell'attività di captazione sarebbero utilizzabili anche in relazione alle ulteriori ipotesi di reato emerse all'interno dello stesso, in quanto il divieto di cui all'art. 270, co. 1, c.p.p. troverebbe applicazione solamente nel caso di procedimenti che siano *ab origine* distinti¹³.

Infine, un terzo orientamento, più restrittivo e risalente nel tempo, identifica la nozione di "procedimento" con quella di reato, inteso come fatto storicamente determinato¹⁴: in altri termini, l'art. 270, co. 1, c.p.p. vieterebbe che il risultato delle intercettazioni possa essere utilizzato per la prova di un reato che presenti elementi descrittivi del fatto in concreto differenti rispetto a quello per il quale le intercettazioni erano state legittimamente disposte.

Riassunti, brevemente, gli indirizzi giurisprudenziali elaborati dalla Cassazione in ordine alla questione rimessa alle Sezioni Unite, pare opportuno segnalare un ulteriore contrasto, formatosi all'interno di ciascuno dei primi due orientamenti, rispetto a una seconda questione, connessa alla prima: ossia se, una volta esclusa l'operatività del divieto di cui all'art. 270, co. 1, c.p.p., il reato non oggetto di autorizzazione debba comunque rispettare i limiti di ammissibilità delle intercettazioni previsti dall'art. 266 c.p.p.

Alcune decisioni ritengono che l'esito delle intercettazioni sia utilizzabile solamente nei confronti delle fattispecie di reato ivi specificatamente indicate e per

le quali, dunque, sarebbe stato astrattamente possibile un autonomo provvedimento autorizzativo; per altre pronunce, invece, detto limite non troverebbe applicazione.

Si vedrà che l'esame dei principi costituzionali che governano la disciplina delle intercettazioni ha consentito alle Sezioni Unite di risolvere non solo il quesito a loro rimesso, ma anche quest'ultimo problema. È giunto allora il momento di ripercorrere le motivazioni della sentenza in esame.

4. Le motivazioni della sentenza: la ricognizione dei principi costituzionali che governano la disciplina delle intercettazioni e la valorizzazione della ratio dell'art. 270, co. 1, c.p.p.

Le Sezioni Unite muovono dall'esame dei principi costituzionali che informano la disciplina delle intercettazioni, valorizzando la *ratio* dell'art. 270, co. 1, c.p.p.¹⁵.

Imprescindibile punto di partenza, si legge nella sentenza, deve essere individuato nell'art. 15 Cost., che «*tutela due distinti interessi*»: da un lato, «*quello inerente alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connaturale ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost.*», dall'altro «*quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire un bene anch'esso oggetto di protezione costituzionale*».

Il primo rientra nel catalogo dei diritti che la carta costituzionale definisce espressamente come inviolabili, in quanto «*parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana*».

Il secondo, ossia l'esigenza di prevenire e reprimere i reati, è espressione di un interesse collettivo, parimenti tutelato dalla Costituzione, il cui soddisfacimento potrebbe giustificare, in astratto, una compressione di quel diritto.

Onde evitare che, per soddisfare detta esigenza, l'inviolabile diritto alla libertà e segretezza delle proprie comunicazioni possa venire in concreto pregiudicato, l'art. 15 Cost. prevede una duplice garanzia, costituita dalla riserva assoluta di legge e dalla riserva di giurisdizione: e, difatti, il comma 2 dispone che la limitazione di tale diritto è consentita «*soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria*» e «*con le garanzie stabilite dalla legge*».

Questi principi permeano la disciplina delle intercettazioni, che costituiscono sicuramente uno degli strumenti più utili all'accertamento dei reati, ma al contempo anche uno dei più invasivi e lesivi della libertà e segretezza delle proprie comunicazioni.

Conformemente al dettato costituzionale, il legislatore ha, dunque, previsto che il ricorso allo strumento possa legittimamente avvenire soltanto i) per l'accertamento di alcune ipotesi di reato tassativamente elencate all'art. 266 c.p.p., ii) in presenza dei presupposti richiesti dall'art. 267 c.p.p. e iii) sulla base di un'autorizzazione da parte del giudice che deve espressamente motivare e dare conto della sussistenza dei predetti requisiti, specificando altresì «*i soggetti da sottoporre al controllo*» e «*i fatti costituenti reato per i quali in concreto si procede*»¹⁶.

Sul punto, le Sezioni Unite osservano che «*la previsione di limiti di ammissibilità delle intercettazioni [...] è espressione diretta indefettibile della riserva assoluta di legge ex art. 15 Cost., che governa la materia delle intercettazioni, e dell'istanza di rigorosa – e inderogabile – tassatività che da essa discende*»¹⁷.

La previsione di tali stringenti requisiti – rilevano ulteriormente le Sezioni Unite richiamando la giurisprudenza costituzionale – sarebbe del tutto inutile se non venisse circoscritto il perimetro di utilizzabilità dei risultati dell'attività di captazione. Un uso indiscriminato dei suoi contenuti trasformerebbe, infatti, «*l'intervento del giudice richiesto dall'art. 15 della Costituzione in un'inammissibile "autorizzazione in bianco", con conseguente lesione della "sfera privata" legata alla garanzia della libertà di comunicazione e al connesso diritto di riservatezza incombente su tutti coloro che ne siano venuti a conoscenza per motivi di ufficio (Corte cost., sent. n. 366 del 1991; sent. n. 63 del 1994)*»¹⁸.

Da qui la *ratio* dell'art. 270, co. 1, c.p.p. che prevede un generale divieto di utilizzare i risultati delle intercettazioni in «*procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti*».

L'unica eccezione a tale regola è data dal caso in cui si proceda per delitti «*per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza*»: eccezione giustificata – come riconosciuto dalla Corte Costituzionale – «*dall'interesse dell'accertamento dei reati di maggiore gravità*» ed espressione di un non irragionevole bilanciamento fra i due opposti interessi tutelati dall'art. 15 Cost.

Ora, è agevole comprendere come detta *ratio* sarebbe frustrata, e dunque stravolto il rapporto fra regola ed eccezione, se non si individuasse un criterio oggettivo per stabilire quando si sia nell'ambito di un medesimo oppure di un diverso procedimento.

Decisivo a tal fine – ad avviso delle Sezioni Unite – è il riferimento all'autorizzazione con cui il giudice ha disposto le intercettazioni, in quanto la stessa «*non si limita a legittimare il ricorso al mezzo di ricerca della prova, ma circoscrive l'utilizzazione dei suoi risultati ai fatti-reato che all'autorizzazione stessa risultino riconducibili*»¹⁹.

Tale riconducibilità sussiste quando vi sia «*un legame sostanziale e "forte"*» fra le ipotesi di reato successivamente emerse e quelle oggetto dell'originario provvedimento autorizzativo²⁰.

Sulla scorta di queste premesse, le Sezioni Unite passano in rassegna gli orientamenti formati in seno alla giurisprudenza di legittimità, spiegando le ragioni per cui nessuno di questi possa essere accolto in pieno e fornendo, quindi, la soluzione al quesito loro rimesso.

5. Le motivazioni della sentenza: la composizione del contrasto giurisprudenziale e il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite.

La ricognizione dei principi costituzionali che interessano la materia e la valorizzazione della *ratio* del divieto di cui all'art. 270, co. 1, c.p.p. consentono alle Sezioni Unite di valutare i tre diversi orientamenti sopra richiamati.

Innanzitutto, vengono illustrate le ragioni per cui il secondo orientamento non merita condivisione: quest'ultimo, si ricorderà, consente l'utilizzo del risultato dell'attività di captazione legittimamente disposta in un determinato procedimento anche ai fini della prova degli ulteriori reati emersi all'interno dello stesso.

Tale orientamento finisce per ancorare la nozione di "diverso procedimento" a un dato formalistico, ossia l'originaria iscrizione del reato all'interno dello stesso numero di registro generale delle notizie di reato.

Ad avviso delle Sezioni Unite questa soluzione, da un lato, non trova riscontro nel codice di procedura penale (che non fornisce una nozione univoca di "procedimento" tale per cui si possa con certezza identificarlo nel c.d. "fascicolo") e, dall'altro, non è idonea

a garantire il rispetto dei principi costituzionali che governano la disciplina delle intercettazioni²¹.

Evidenziano, infatti, che, «*svincolata da qualsiasi legame sostanziale tra il reato per il quale il mezzo di ricerca della prova è stato autorizzato e l'ulteriore reato emerso dai risultati della intercettazione, la definizione della portata del divieto probatorio ex art. 270 co. 1, cod. proc. pen. viene, in buona sostanza, schiacciata sul "contenitore dell'attività di indagine" e, di conseguenza, delineata sulla base di fattori relativi alla "sede" procedimentale (unitaria o separata) del tutto casuali*» e si presenta, dunque, incompatibile «*con la portata dell'autorizzazione giudiziale delineata dall'art. 15 Cost.*»²².

Il terzo orientamento, si è visto sopra, fa leva sulla nozione di "procedimento" di cui all'art. 270, co. 1, c.p.p. come sinonimo di "reato", inteso quale fatto storicamente determinato. In sintesi, tanti procedimenti quante sono le iscrizioni ex art. 335 c.p.p.

Nel rifiutare tale equiparazione, le Sezioni Unite sottolineano che la stessa, oltre a non essere suffragata dal codice di rito (che, come detto, non accoglie una definizione univoca di "procedimento"), porterebbe a conseguenze paradossali, come quella di ritenere "diverso procedimento" «*quello iscritto nei confronti di una persona nota per un certo reato a seguito delle intercettazioni disposte in un procedimento contro ignoti per quel medesimo fatto-reato*» oppure «*quello nuovamente iscritto a seguito di riapertura delle indagini ex art. 414, comma 2, cod. proc. pen.*»²³.

D'altro canto, è lo stesso legislatore ad avere distinto, all'interno dell'art. 270 c.p.p., le nozioni di "procedimento" e "reato": infatti, quando con l'introduzione del comma 1 *bis*, ad opera del d.lgs. n. 216/2017, ha voluto ulteriormente limitare l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, giustificata dalla particolare intrusività del mezzo utilizzato (il «*captatore informatico su dispositivo elettronico portatile*»), ha fatto espresso riferimento a «*reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione*» e non a «*procedimenti diversi*» da quelli in cui sono state autorizzate.

È quindi evidente che le due nozioni non possono coincidere.

Le Sezioni Unite, invece, condividono «*l'impostazione di fondo del primo orientamento*», che valorizza una nozione sostanziale di "diverso procedimento", ex art. 270, co. 1, c.p.p., ancorata alla sussistenza o meno

di un nesso fra i reati successivamente emersi e quello (o quelli) oggetto di originaria autorizzazione²⁴.

Tuttavia, si discostano dallo stesso perché ritengono che tale nesso non possa essere integrato, senza violare i principi e le garanzie costituzionali alla base dell'istituto, nelle ipotesi di collegamento investigativo previste dall'art. 371, co. 2, lett. b) e c) c.p.p.

Infatti, le ipotesi ivi previste – pur eterogenee tra loro – rispondono in ogni caso a «*esigenze di efficace conduzione delle indagini*», del tutto occasionali, ma non «*presuppongono quel necessario legame originario e sostanziale*» che consentirebbe di ricondurre anche il reato oggetto di collegamento investigativo all'originaria autorizzazione²⁵.

Legame che è, invece, garantito – ad avviso delle Sezioni Unite – nelle ipotesi di connessione fra procedimenti ex art. 12 c.p.p.

L'art. 12 c.p.p. disciplina, come noto, i casi di connessione tra procedimenti ai fini della competenza del giudice: criterio «*autonomo e originario*» al pari dei criteri di competenza per materia e per territorio dettati dagli artt. 5-11 *bis* c.p.p.²⁶.

In siffatti casi, «*la regiudicanda oggetto di ciascuno*» dei reati delle imputazioni connesse «*viene, anche in parte, a coincidere con quella degli altri*»: ed è proprio questa «*parziale coincidenza della regiudicanda*», espressione di un «*legame sostanziale – e non meramente processuale – tra i diversi fatti-reato*», che consente di ricondurre gli stessi ai reati oggetto dell'originario provvedimento autorizzativo²⁷.

In sintesi, in presenza di detto legame non si potrà considerare «diverso» il procedimento volto ad accertare il reato connesso rispetto a quello in cui sono state autorizzate le intercettazioni e non troverà, pertanto, applicazione il divieto di cui all'art. 270, co. 1, c.p.p.²⁸.

Anche in quest'ultimo caso però, avvisano le Sezioni Unite, i principi costituzionali sopra esaminati impongono che il reato (o i reati) non oggetto di originaria autorizzazione dovrà (o dovranno) comunque rientrare nel catalogo tassativo previsto dall'art. 266 c.p.p., in quanto è solo l'esigenza di accertamento di quei specifici reati che giustifica l'intrusione nella sfera privata del singolo.

La soluzione opposta, ossia «*consentire [...] l'utilizzazione probatoria delle intercettazioni in relazione a reati che non rientrano nei limiti di ammissibilità*

fissati dalla legge», si tradurrebbe «*nel surrettizio, inevitabile aggiramento di tali limiti*», con grave pregiudizio dell'inviolabile diritto di cui all'art. 15 della Costituzione²⁹.

Sulla scorta delle considerazioni sopra richiamate, le Sezioni Unite hanno, dunque, enunciato il seguente principio di diritto: «*il divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen. di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi da quelli per quali siano state autorizzate le intercettazioni – salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza – non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi ex art. 12 cod. proc. pen. a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata ab origine disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge*»³⁰.

La sentenza in esame ribadisce, infine, che il divieto di cui all'art. 270, co. 1, c.p.p. limita l'utilizzazione dei risultati dell'intercettazione solo ai fini di prova, ma non trova applicazione quando la comunicazione intercettata costituisca corpo del reato (ossia integri di per sé la fattispecie criminosa) né impedisce di ricavare dall'attività di captazione *notitiae criminis* per lo sviluppo di nuove indagini³¹.

6. Conclusioni.

Il principio di diritto elaborato dalle Sezioni Unite con la pronuncia in commento si basa su di una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione legislativa.

Si tratta, del resto, di una scelta rivendicata espressamente dalle Sezioni Unite, laddove affermano che la soluzione al quesito a loro rimesso vada ricercata «*sul terreno dell'interpretazione sistematica e guardando alla ratio del divieto e ai principi costituzionali di cui è espressione*»³².

Il merito della sentenza è quello di porre nuovamente al centro della disciplina delle intercettazioni i valori costituzionali che la stessa mira a tutelare e il provvedimento autorizzativo del giudice, a cui il legislatore ha demandato il compito di garantire che detti valori non vengano, in concreto, pregiudicati.

Il giudice, autorizzando le operazioni di intercettazione, non solo verifica che l'intrusione nella sfera privata del singolo sia effettivamente giustificata dalle finalità di accertamento di uno dei reati inclusi nel tassativo elenco di cui all'art. 266 c.p.p., ma

impone altresì che la predetta intrusione sia limitata a tale finalità.

Onde evitare che detto provvedimento si trasformi in una “inammissibile autorizzazione in bianco”, vanificando di fatto gli sforzi compiuti dal legislatore per bilanciare i due opposti interessi costituzionalmente tutelati, diviene allora necessario circoscrivere il perimetro di utilizzabilità dei risultati dell’attività di captazione ai soli fatti-reato, anche emersi successivamente, che all’autorizzazione stessa siano comunque riconducibili.

Detta riconducibilità, cuore della decisione delle Sezioni Unite, più volte ribadita nelle motivazioni³³, è garantita dalla scelta di un criterio oggettivo, qual è quello della sussistenza dei profili di connessione *ex*

art. 12 c.p.p., a loro volta espressione di un legame strutturale e originario fra le diverse ipotesi di reato. Solo in quest’ultimo caso il “procedimento” potrà essere considerato il medesimo e non troverà pertanto applicazione il divieto di cui all’art. 270, co. 1, c.p.p. Una soluzione che merita condivisione in quanto del tutto coerente con il criterio interpretativo adottato e i parametri costituzionali richiamati.

Sandro Parziale

Avvocato del Foro di Milano.

Caterina Maria Cova

Avvocato del Foro di Milano.

¹ Si veda *infra* par. 2.

² Si veda *infra* par. 3.

³ Si veda *infra* par. 4.

⁴ Si veda *infra* par. 5.

⁵ Si veda *infra* par. 6.

⁶ Cfr. sentenza, punto 4.1 del ritenuto in fatto.

⁷ Cfr. punto 2.1.1. del ritenuto in fatto.

⁸ Cfr. punto 4 del ritenuto in fatto e punto 1 del considerato in diritto.

⁹ Si vedano, *ex plurimis*, Cass. pen., sez. III, 28.2.2018, n. 28516; Cass. pen., sez. II, 1.4.2015, n. 19730.

¹⁰ Si vedano, *ex plurimis*, Cass. pen., sez. III, 8.4.2015, n. 33598; Cass. pen., sez. VI, 16.12.2014, n. 6702.

¹¹ Si vedano, *ex plurimis*, Cass. pen., sez. III, 5.11.2015, n. 2608; nello stesso senso si veda la già citata Cass. pen., sez. III, 8.4.2015, n. 33598.

¹² Si veda Cass. pen., sez. un., 26.6.2014, n. 32697.

¹³ Si vedano, *ex plurimis*, Cass. pen., sez. II, 23.2.2016, n. 9500; Cass. pen., sez. V, 4.3.2016, n. 26817.

¹⁴ Si vedano Cass. pen., sez. III, 3.7.1991, n. 9993; Cass. pen., sez. IV, 11.12.2008, n. 4169; Cass. pen., sez. II, 11.12.2012, n. 49930.

¹⁵ Cfr. punto 2 del considerato in diritto.

¹⁶ Cfr. punto 2 del considerato in diritto.

¹⁷ Cfr. punto 8 del considerato in diritto.

¹⁸ Cfr. punto 2 del considerato in diritto.

¹⁹ Cfr. punto 2 del considerato in diritto.

²⁰ Cfr. punto 11.1 del considerato in diritto.

²¹ Cfr. punto 9 del considerato in diritto.

²² Cfr. punto 9 del considerato in diritto.

²³ Cfr. punto 10 considerato in diritto.

²⁴ Cfr. punto 11 del considerato in diritto.

²⁵ Cfr. punto 11.2 del considerato in diritto.

²⁶ Cfr. punto 11.1 del considerato in diritto.

²⁷ Cfr. punto 11.1 del considerato in diritto.

²⁸ Cfr. punto 11.3 del considerato in diritto.

²⁹ Cfr. punto 8 del considerato in diritto.

³⁰ Cfr. punto 12 del considerato in diritto.

³¹ Cfr. punto 7 del considerato in diritto.

³² Cfr. punto 9 del considerato in diritto.

³³ Si vedano a tal proposito le osservazioni espresse ai punti 9, 10 e 11 del considerato in diritto.

Riflessioni sull'interesse del condannato per delitto ostativo e non collaborante, all'accertamento di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art. 4-bis, comma 1-bis, o.p. a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 253 del 2019.

di **A. Ricci**

La sentenza della Corte Costituzionale n. 253 del 2019 segna un passaggio importante nella storia dell'art. 4-bis, comma 1, o.p., disposizione che, come noto, nel disciplinare la condizione preliminare di accesso ai benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione per i detenuti per uno dei delitti ivi elencati, tipizza la regola secondo cui carceratus tenetur alios detegere imponendo a questa tipologia di condannati l'obbligo della collaborazione con la giustizia in merito ai fatti per i quali ha già riportato condanna. Ciò sul presupposto, costruito alla stregua di una presunzione assoluta di pericolosità del condannato, fondato sull'equazione "non collaborazione = permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata" e quindi permanenza di pericolosità, presunzione che elevava la collaborazione attiva ad unica condizione idonea a provare il contrario.

Dopo aver mitigato la portata dell'obbligo collaborativo a favore di chi dimostri di non essere oggettivamente o soggettivamente in grado di adempiere a ciò, mitigazione dovuta alla creazione delle fattispecie di c.d. impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia da parte delle sentenze n. 357 del 1994 e n. 68 del 1995 le cui rationes decidendi sono state poi normativizzate nel comma 1-bis dell'art. 4-bis o.p., il Giudice delle leggi torna per la prima volta dopo 24 anni ad incidere direttamente sulla portata generale del principio preclusivo, sebbene con una decisione che ha una portata limitata alla sola materia del permesso premio ex art. 30-ter o.p.

La Corte Costituzionale, con una articolata motivazione, ha ritenuto di dover tramutare la presunzione assoluta di pericolosità in presunzione relativa, legittimando quindi il condannato per delitto ostativo non collaborante alla dimostrazione del venir meno dell'ipotizzata pericolosità che su di lui grava in qualsiasi modo ed indipendentemente, appunto, dall'aver tenuto una condotta di collaborazione attiva o aver dimostrato una condotta a questa equipollente, per c.d. impossibilità o inesigibilità.

L'art. 4-bis, comma 1, o.p. è stato infatti ritenuto costituzionale illegittimo «nella parte in cui non prevede che, ai detenuti [in espiatione pena per tutti i delitti ivi elencati] possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-ter del medesimo ordin. penit., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo di ripristino di tali collegamenti».

Venuta meno, pertanto, l'obbligatorietà della collaborazione attiva (comma 1, art. 4-bis o.p.) e per effetto di ciò anche l'altrettanto "obbligatoria alternativa" di un accertamento di una condotta equipollente di impossibilità o inesigibilità di un'utile collaborazione con la giustizia (comma 1-bis, art. 4-bis o.p.), quale indefettibile presupposto di ammissibilità della domanda di permesso premio inoltrata da un detenuto per reato ostativo non collaborante, la novità introdotta dalla sentenza costituzionale n. 253 del 2019 apre un diverso scenario operativo – sebbene, per la verità, non proprio rivoluzionario – circa le modalità di presentazione, i corrispondenti oneri difensivi di allegazione ed i criteri di giudizio di una domanda di permesso premio, scenario che impone anzitutto di verificare se a tutt'oggi permanga per il detenuto un interesse al giudizio di accertamento di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art. 4-bis, comma 1-bis, o.p.

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. La portata, in sintesi, della decisione costituzionale. – 3. L'accertamento di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art.4-bis, comma 1-bis, o.p.: un mutamento di identità funzionale in rapporto al permesso premio? – 3.1. (segue) L'interesse del condannato non collaborante a giustificare le ragioni del proprio silenzio. – 4. Il mantenimento, allo stato, dell'originaria funzione dell'accertamento in rapporto alle misure alternative alla detenzione. – 5. Le immediate conseguenze procedurali della sentenza costituzionale sui giudizi di accertamento pendenti (se incidentali ad una richiesta di

permesso premio). – **6.** Una possibile implicazione procedimentale (o complicazione?) per i giudizi ancora da introdurre. – **7.** Sinossi: scelta difensiva del condannato non collaborante e oneri consequenziali.

1. Premessa.

Nel quadro del dibattito che la sentenza della Corte Costituzionale n. 253 del 2019 è destinata a sviluppare¹, di fatto senza soluzione di continuità con quello già sollevato dagli incidenti di costituzionalità² ed anche in rapporto a quello temporalmente coevo sul tema del c.d. “ergastolo ostativo”³ – il riferimento è ovviamente al dibattito tecnico-giuridico e non quello politico-mediatico che ha avuto troppa ed impropria rilevanza – appare utile una riflessione su un aspetto di immediato impatto operativo per tutti i destinatari della decisione, su qualunque versante si trovino: da un lato i condannati per delitto ostativo non collaboranti ergastolani e non, sebbene per la verità il tema sia d’interesse *pro futuro* anche a chi, nella prospettiva di una probabile condanna, è ancora *sub iudice* per quella tipologia di delitto; dall’altro i giudici di sorveglianza chiamati a vagliare le istanze dei primi già pendenti o, eventualmente, ancora da presentare; nel mezzo i difensori dei condannati.

L’introduzione al tema può sintetizzarsi in un quesito: a seguito della sentenza costituzionale, permane ad oggi un interesse concreto e giuridicamente apprezzabile da parte di un condannato non collaborante per delitto ostativo ricompreso nell’elenco del comma 1 dell’art. 4-*bis* o.p. ad attivare un procedimento di verifica della sussistenza delle condizioni di c.d. impossibilità o inesigibilità-irrilevanza di un’utile collaborazione con la giustizia dimostrando, ai sensi del comma 1-*bis* dell’art. 4-*bis* o.p., che «*la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l’integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un’utile collaborazione con la giustizia*»?⁴; ed in caso di risposta positiva, quali sono le questioni procedurali che questo nuovo scenario è destinato a determinare?

2. La portata, in sintesi, della decisione costituzionale.

Nel dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’art. 4-*bis*, comma 1, o.p. «*nella parte in cui non prevede che, ai detenuti [in espiatione pena per tutti i delitti ivi elencati] possano essere concessi permessi premio*

anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell’art. 58-ter del medesimo ordin. penit., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo di ripristino di tali collegamenti», la sentenza non ha evidentemente sancito *tout court* l’illegittimità della previsione dell’obbligo di collaborazione da sempre previsto dal comma 1 dell’art. 4-*bis* o.p. che, tutto sommato, ormai non è più un obbligo ma una facoltà, sebbene la collaborazione attiva rimanga ovviamente la via preferenziale per l’accesso alle misure premiali ed alternative alla detenzione⁵; e formalmente non ha neanche estromesso dal sistema normativo il meccanismo di c.d. “equipollenza” di tale obbligo tipizzato nelle fattispecie della collaborazione impossibile o inesigibile-irrilevante dal comma 1-*bis* della medesima disposizione, per nulla intaccato dalla declaratoria di incostituzionalità.

Per effetto della sentenza costituzionale n. 253/2019 è venuta meno la preclusione “di principio” all’ammissibilità del permesso premio *ex art. 30-ter* o.p. prevista dal combinato disposto degli art. 4-*bis*, comma 1, e 58-*ter* o.p., nel senso che è stata in radice eliminata l’equazione sulla quale si fondava la presunzione assoluta di pericolosità del condannato per delitto ostativo e che preliminarmente impediva il giudizio di merito sulla richiesta di permesso premio, equazione secondo cui “non collaborazione = permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata” e quindi permanenza di pericolosità. La presunzione assoluta di pericolosità è stata tramutata in presunzione relativa legittimando quindi il condannato alla dimostrazione del superamento dell’ipotizzata pericolosità su di lui gravante.

Per effetto di ciò, quindi, il detenuto per un delitto ostativo ricompreso nell’elenco del comma 1 dell’art. 4-*bis* o.p. – di qualsiasi delitto, non solo quelli di mafia e “contesto mafioso” come specificato nella motivazione della sentenza, in via consequenziale – non sarà più obbligato a collaborare attivamente o, in alternativa, a dimostrare per equipollente di versare in una situazione di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione ai sensi del successivo comma 1-*bis* della medesima disposizione ai fini, si ribadisce, della valutazione di ammissibilità di una richiesta di

permesso premio – fermo restando che comunque, anche in questa seconda ipotesi è sempre necessario dimostrare l'insussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata⁶ – potendo oggi legittimamente rivendicare il diritto al silenzio anche in fase esecutiva senza che ciò determini, appunto, un pregiudizio processuale di inammissibilità impeditivo del giudizio sull'istanza presentata.

La novità introdotta per il condannato non collaborante in espiatione di pena inflitta per un delitto ostativo previsto dal comma 1 dell'art. 4-bis o.p. ed aspirante alla concessione di un permesso premio, può quindi così sintetizzarsi: *ante* decisione costituzionale n. 253/2019 doveva prima dimostrare⁷ dinanzi al tribunale di sorveglianza di essere in una situazione di impossibilità o inesigibilità-irrilevanza di utile collaborazione con la giustizia⁸ e poi, in caso di esito positivo, dimostrare al magistrato di sorveglianza di non avere collegamenti con la criminalità organizzata⁹, poiché solo così si integrava l'ammissibilità del beneficio premiale richiesto legittimando il successivo giudizio di merito da parte dell'organo monocratico, dal momento che la recisione di collegamenti criminosi «[era] condizione necessaria sia pure non sufficiente, per valutare il venir meno della pericolosità sociale»¹⁰; *post* decisione costituzionale il medesimo condannato è invece legittimato a sopassedere al primo passaggio dinanzi al tribunale, concentrando l'iniziativa direttamente dinanzi al magistrato al quale dovrà dare dimostrazione¹¹, appunto, della insussistenza sia della «*attualità di collegamenti con la criminalità organizzata* [sia del] *pericolo di ripristino di tali collegamenti*» essendo questa divenuta l'unica condizione rilevante.

In pillole: oggi il nodo centrale per la valutazione di un'istanza di permesso premio, che può dirsi preliminare a quella sulla meritevolezza, è l'insussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata e del pericolo di ripristino degli stessi; chi collabora attivamente dimostra *de facto* solo con ciò che non sussiste né l'uno, né l'altro; chi non collabora lo deve dimostrare in qualsiasi altro modo.

3. L'accertamento di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art. 4-bis, comma 1-bis, o.p.: un mutamento di identità funzionale in rapporto al permesso premio?

Se è quindi vero che al mero fine dell'ammissibilità della domanda di permesso premio – forse più che ammissibilità si potrebbe dire una sorta, si passi

l'espressione, di “diritto” ad essere valutati nel merito senza una previa preclusione di principio – oggi non è più normativamente configurabile l'obbligo per il condannato non collaborante di dimostrare di versare in una situazione equipollente di oggettiva o soggettiva impossibilità collaborativa, ciò malgrado non sembra potersi negare che possa comunque permanere in capo al detenuto un diverso interesse meritevole di apprezzamento per una eventuale decisione positiva ex art. 4-bis, comma 1-bis, o.p. – o meglio ancora a far valere una pregressa decisione favorevole già acquisita prima della decisione costituzionale – per gli effetti che questa potrebbe poi riverberare nella successiva fase di merito di valutazione delle condizioni di concedibilità del beneficio premiale richiesto.

Si tratta, in altre parole, di verificare se all'originario ed unico scopo funzionale delle fattispecie di collaborazione impossibile o inesigibile, cioè quello della equipollenza rispetto alla collaborazione attiva – così come delineato dalle decisioni costituzionali n. 357 del 1994 e n. 68 del 1995, le cui *rationes decidendi* sono state poi espressamente tradotte in formule normative nel testo dell'art. 4-bis o.p. dapprima nel 2002 e poi nel 2009, con l'attuale comma 1-bis – possa oggi sostituirsi o anche solo aggiungersi, a fronte del mutato quadro di riferimento delineatosi a seguito della decisione costituzionale, un diverso finalismo operativo.

3.1. (segue) L'interesse del condannato non collaborante a giustificare le ragioni del proprio silenzio.

L'analisi sembra condurre ad una risposta positiva. L'interesse giuridicamente apprezzabile può individuarsi nella volontà del detenuto di dimostrare che il suo atteggiamento “non collaborativo-silente” rispetto alla ricostruzione della esatta dimensione oggettiva e soggettiva del fatto delittuoso per il quale ha riportato condanna, non è ascrivibile alla categoria della “omertà”, dunque ad una «*forma di solidarietà tra consociati, volta alla copertura di condotte delittuose, specialmente celando l'identità di chi ha commesso un reato o comunque tacendo circostanze utili alle indagini dell'autorità giudiziaria*»¹² – sebbene oggi atteggiamento non più pregiudicante l'ammissibilità del beneficio richiesto – ma appunto a quello della impossibilità oggettiva o inesigibilità soggettiva di un qualsivoglia comportamento collaborativo.

Simile accertamento, infatti, appare utile al fine di prevenire eventuali giudizi negativi sulla propria personalità, essendo possibile¹³ che il giudizio valutativo della pericolosità di questa particolare tipologia di detenuto possa essere influenzato in futuro dal suo atteggiamento nei confronti del delitto commesso, non solo sotto il mero profilo dell'ammissione di responsabilità. Come dire: pur a fronte della novità introdotta dalla recente decisione costituzionale le sentenze di condanna andranno lette e studiati i fatti delittuosi che trattano per comprendere almeno il profilo criminale del detenuto, come si è fino ad oggi fatto in un ordinario giudizio di accertamento ex art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, o.p.; ma essere "silenziosi-omertosi" rispetto ad un ipotizzato coinvolgimento di concorrenti ignoti o a fronte di possibili aspetti del fatto delittuoso non completamente accertati, potrebbe influenzare negativamente, in sede di giudizio sulla concedibilità del beneficio richiesto, la valutazione dell'atteggiamento del condannato rispetto al fatto per il quale ha riportato condanna.

Come noto, infatti, agli organi della magistratura di sorveglianza ed a tutti gli operatori intramurari non sono precluse, anzi si impongono, valutazioni sull'atteggiamento tenuto dal condannato nel corso della detenzione in rapporto ai contenuti delle proprie responsabilità definitivamente accertate – ad esempio, ai fini della valutazione della revisione critica e del ravvedimento – e tale verifica, come noto, s'inserisce tradizionalmente nel quadro della sperimentazione dei progressivi risultati dell'osservazione e del trattamento penitenziario e concerne propriamente, in uno con la valutazione di altri elementi, la verifica delle specifiche condizioni di meritevolezza del beneficio penitenziario o misura alternativa richiesta.

Lo si dica chiaramente: il giudizio sulla personalità di un detenuto, ad esempio proprio nel quadro della valutazione sulla revisione critica e dell'atteggiamento rispetto al delitto commesso, potrebbe essere diverso a seconda che questo decida di non parlare – si ribadisce, legittimamente – rispetto a quello del detenuto che invece dimostri positivamente di non poter nulla dire essendo tutto accertato o essendo a lui pacificamente ignoti responsabilità e fatti rimasti non accertati, consentendo così ai giudici di sorveglianza, per usare le parole della decisione costituzionale, «di valutare le ragioni che hanno indotto il detenuto a mantenere il silenzio», poiché tale valutazione soggettiva sul comportamento del condannato va ricondotta nell'alveo del

necessario ricorso a «criteri individualizzanti» nella valutazione del percorso risocializzante necessario alla concessione di benefici penitenziari¹⁴.

Negare che sul detenuto silente, rispetto al quale si ipotizzino spazi di possibile collaborazione, rischi di gravare un alone di sospetto è forse poco realistico, così come dimostrato dall'esperienza derivante dall'analisi delle note informative dei organi di polizia e della competente D.D.A. o del C.P.O.S.P. – soprattutto della seconda – interpellati nell'ambito dei procedimenti ex art. 58-*ter* o.p. – che secondo l'indicazione della Corte Costituzionale si dovrà continuare ad interpellare e le cui note informative dovranno valutarsi con un particolare rigore che la decisione costituzionale più volte sottolinea – note che, appunto, spesso ascrivono il silenzio serbato dall'interessato sin dalla fase di cognizione in merito ai fatti delittuosi che si sostiene non essere completamente accertati, proprio alla volontà di mantenere collegamenti con la criminalità organizzata, così interpretandosi l'atteggiamento di chi si suppone conosca aspetti e responsabilità non completamente accertate ma che nulla dica per non coinvolgere terzi.

Dimostrare, quindi, "preventivamente" alla valutazione sulla meritevolezza del beneficio richiesto che il silenzio serbato sui fatti delittuosi sia invece ascrivibile a semplice impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione, potrebbe, appunto, diversamente e meglio orientare le valutazioni dell'organo di sorveglianza sull'atteggiamento complessivo del condannato rispetto al suo passato deviante ed ai fatti a lui specificamente ascritti, a dimostrazione, in particolare, che il silenzio non è appunto omertosamente finalizzato a coprire qualcuno e quindi a mantenere i collegamenti criminali, ma riconducibile alla regola fondamentale del diritto comune secondo cui *ad impossibilia nemo tenetur*.

Insomma, una cosa è la posizione di chi "oggettivamente può, ma soggettivamente non vuole", altra cosa è quella di chi "soggettivamente vuole, ma oggettivamente non può".

Certo, si potrà anche dire che un condannato potrebbe avere interesse a dimostrare che il suo silenzio è invece dovuto – sempre per utilizzare le parole della sentenza costituzionale – «ai timori per la propria e l'altrui incolumità, in particolare di congiunti e familiari che, ad esempio, non possano sradicarsi dai luoghi di origine in cui furono commessi i reati; il rifiuto di causare la carcerazione di altri, con i quali, ancora in via esemplificativa, si abbia o si sia avuto un

legame familiare o affettivo; il rifiuto di accedere alla collaborazione perché non si vuole essere tacciati di averlo fatto soltanto per calcolo utilitaristico, per una riduzione di pena o per ottenere un beneficio penitenziario»¹⁵; ma pur a fronte dell'apprezzabilità dell'intento, il problema è che non esiste un modello procedimentale che consenta una verifica oggettiva di ciò, al contrario di quanto tipizzato per le situazioni di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione. A scanso di equivoci, una precisazione: con ciò non si vuole dire che al condannato per reato ostativo non collaborante che non attivi e definisca positivamente un procedimento per accertamento della inesigibilità o impossibilità della sua collaborazione debba essere riservato un trattamento valutativo peggiore rispetto a chi, invece, dimostri positivamente di versare in dette situazioni, perché, come autorevolmente sottolineato, certamente non a caso, «dal silenzio non può derivare un aggravarsi del trattamento sanzionatorio»¹⁶. Si tratterà invece di valutare in positivo, tra i tanti altri elementi, l'atteggiamento di chi riuscirà a dimostrare quali siano, appunto, le ragioni del suo silenzio così da sgombrare il campo da possibili opacità che possano contaminare la valutazione di concedibilità del beneficio richiesto.

Se è vero, dunque, come ricorda la sentenza costituzionale, che «la presunzione di pericolosità sociale del detenuto che non collabora, pur non più assoluta, sia superabile non certo in virtù della sola regolare condotta carceraria, o della mera partecipazione a percorso rieducativo, o nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione, ma soprattutto in forza dell'acquisizione di altri, congrui e specifici elementi»¹⁷, non può di certo negarsi che la dimostrazione della "ragione del silenzio" rappresenti appunto, tra gli altri, un congruo e specifico elemento meritevole di considerazione perché consente di escludere l'inclusione dell'interessato nella sospettosa area del soggetto che rispetto ai fatti delittuosi tenga un comportamento silenziosamente omeroso.

Come dire, sarà il tentativo di inserire un tassello favorevole, tra i tanti necessari per il risultato finale, in un percorso di valutazione che ad ogni modo resterà sempre di non facile percorribilità: «la introdotta relatività renderà, comunque sia, ben difficile la concessione del permesso premio al condannato per delitti di mafia [poiché] le condizioni poste dalla sent. 253 del 2019 sono tali da lasciare intendere che la concessione del permesso premio costituirà un'eccezione alla

regola del diniego. E' stata rimossa una presunzione assoluta, forse sostituita da una presunzione semi-assoluta piuttosto che relativa»¹⁸.

4. Il mantenimento, allo stato, dell'originaria funzione dell'accertamento in rapporto alle misure alternative alla detenzione.

La sentenza costituzionale non ha sancito *tout court* l'illegittimità della previsione dell'obbligo di collaborazione previsto dal comma 1 dell'art. 4-bis o.p., e non ha quindi eliminato dal sistema normativo il meccanismo di equipollenza di tale obbligo previsto nelle fattispecie della collaborazione impossibile o inesigibile dal comma 1-bis della medesima disposizione che, ad oggi, permane nella sua piena ed originaria vigenza per tutto ciò che non concerne la materia del permesso premio. La decisione limita, infatti, la propria portata oggettiva a questo solo tipo di beneficio, rimanendo escluse le misure alternative della semilibertà, dell'affidamento in prova e della libertà condizionale che, ad oggi, se richieste da un detenuto per delitto ostativo non collaborante, soggiacciono alle stesse regole previgenti la decisione costituzionale. In altre parole: l'ammissibilità della domanda sarà sempre subordinata alla preliminare verifica di una condotta collaborativa per equipollente nelle forme della impossibilità o inesigibilità.

I casi potrebbero essere non pochi: quello del detenuto che non ha ancora beneficiato di permessi premio con un residuo pena di scarsa entità, un percorso penitenziario eccellente e magari già in regime detentivo di c.d. media sicurezza, che in forza di un'ottima opportunità lavorativa che rischia di perdere richieda di accedere all'affidamento in prova o alla semilibertà; oppure quello di chi in espiazione di un cumulo di pene c.d. eterogeneo, cioè comprendente pene ostative e non, già ammesso alla fruizione di permessi premio per aver espiato la quota pena del delitto ostativo e quella ulteriormente necessaria per l'ammissione al beneficio premiale secondo le regole ordinarie per la restante parte di pena non ostativa, richieda l'accesso ad una misura alternativa il cui presupposto temporale complessivo di ammissibilità imponga però di effettuare per la prima volta un giudizio ex art. 4-bis, comma 1-bis, o.p. in rapporto al delitto ostativo¹⁹; non ultimo, un esempio di attualità: si pensi al detenuto che oggi venga ammesso a fruire di permessi premio per effetto della sentenza costituzionale n. 253/2019 e che

tra 6 mesi chiedi l'ammissione al regime di semilibertà o di affidamento in prova.

Se il primo caso non pone problemi essendo fuori di dubbio la necessità del giudizio di accertamento, gli altri due, ed in particolare l'ultimo, impongono una serie di riflessioni: è ipotizzabile una questione di legittimità costituzionale che estenda la portata applicativa della sentenza n. 253/2019 dal permesso premio alle altre misure alternative? oppure, è sperimentabile una giurisprudenza creativa che eventualmente sul piano della interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni che disciplinano l'ammissibilità della semilibertà, dell'affidamento in prova e della liberazione condizionale, stabilisca che a questo punto – ciò dopo l'ammissibilità e la fruizione in concreto da parte del condannato di numerosi permessi premio – il giudizio di inesigibilità o impossibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, o.p. nulla aggiungerebbe ad un percorso penitenziario che nella sperimentazione concreta anche extramuraria ha dato ottimi risultati?

Ben può dirsi che è già iniziata l'attesa per le prime decisioni di merito.

5. Le immediate conseguenze procedurali della sentenza costituzionale sui giudizi di accertamento pendenti (se incidentali ad una richiesta di permesso premio).

In disparte quanto appena detto per le misure alternative alla detenzione, che ovviamente devono seguire allo stato il modello procedimentale normativamente definito e tutt'ora vigente dato dal combinato disposto dell'art. 4-*bis* o.p. con le singole disposizioni ordinamentali che definiscono le condizioni di accesso di ogni singola misura, occorre a questo punto interrogarsi su cosa potrà o dovrebbe accadere in materia di permessi premio.

Ipotizzando la validità di quanto sopra evidenziato circa la configurazione di un interesse concreto ad un accertamento di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, o.p. per un finalismo che non è più quello della ammissibilità dell'istanza di concessione del beneficio premiale, occorre verificare come questo possa in concreto incidere sulla sorte dei procedimenti incardinati prima del 22 ottobre 2019 ed attualmente ancora pendenti in fase di merito o addirittura di legittimità; si consideri che nella prassi degli ultimi mesi vi è stata una massiccia tendenza a

rinvviare opportunamente ogni decisione all'esito del giudizio di costituzionalità.

Quanto ai giudizi di merito pendenti dinanzi ai tribunali di sorveglianza che ovviamente sono stati attivati ad iniziativa del condannato, si ritiene che spetti a quest'ultimo il diritto di manifestare la permanenza di interesse – o meglio, del “diverso” interesse rispetto a quello configurato dalla norma di riferimento – segnalando, appunto, il proprio intendimento di procedere od al contrario di rinunciare all'originaria istanza.

Quanto, invece, ai giudizi di legittimità scaturenti dai ricorsi proposti dai soggetti legittimati, qui appare forse necessaria una distinzione tra ricorsi proposti dal condannato avverso una decisione sull'accertamento a lui negativa, e ricorso proposto dal P.G. territoriale avverso una decisione favorevole al condannato, essendo diverso l'interesse che sottende all'impugnazione proposta in rapporto alla previsione dell'art. 568, comma 4, c.p.p., disposizione che stabilisce che «*per proporre impugnazione è necessario avervi interesse*», e che questo deve permanere fino alla definizione del giudizio di controllo.

Non si può negare, giusto quanto sopra evidenziato, che il condannato ha sempre interesse alla rimozione del provvedimento negativo, non perché questo sia destinato, qualora diventi definitivo, ad incidere sull'(in)ammissibilità del beneficio premiale richiesto, ma appunto perché quello favorevole può rappresentare un fattore positivo di valutazione in sede di merito nei termini prima illustrati. In ragione di ciò, a differenza del giudizio di merito non ancora definito dove il condannato può ancora essere in una situazione in cui sia opportuno valutare se coltivare ulteriormente la propria iniziativa o no²⁰, nel giudizio di legittimità volto a rimuovere un provvedimento negativo l'interesse a procedere nella definizione del giudizio di impugnazione sembra essere immanente, non dovendo quindi il condannato manifestare alcunché in tal senso, salvo che per un proprio intimo convincimento di diverso indirizzo.

Quanto alla posizione del P.G. ricorrente avverso una decisione del tribunale di sorveglianza favorevole al condannato, questa sembra atteggiarsi su un piano parzialmente diverso. Se, infatti, l'interesse concreto che sosteneva il ricorso del P.G. al momento della presentazione era quello di vanificare gli effetti prodotti dall'ordinanza impugnata – ovviamente nella conseguenziale prospettiva, poi, di un sovvertimento del giudizio di merito in sede di rinvio – al dichiarato

fine del ripristino della condizione normativa di inammissibilità dell'istanza di concessione del beneficio premiale, è evidente che detto interesse non sosterebbe più concretamente ed utilmente l'impugnazione proposta poiché pur ipotizzandone l'accoglimento e financo, appunto, l'eventuale ribaltamento in sede di rinvio del pronunciamento già reso, il condannato rimarrebbe pur sempre in una situazione in cui la sua istanza di permesso premio sarebbe ad oggi del tutto ammissibile, fermo restando poi la valutazione sul merito della concedibilità di quanto richiesto. Ciò dovrebbe far propendere per un'inammissibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, non potendo l'impugnazione più essere utile al raggiungimento di uno scopo finale – quello della inammissibilità della originaria richiesta di permesso premio – che oggi non dipende più dalla insussistenza di una condotta equipollente alla condotta collaborativa e, quindi, da un provvedimento che cristallizzi la sussistenza della fattispecie. Diversamente, nel caso in cui il P.G. ricorrente prospetti interesse all'annullamento dell'ordinanza impugnata e la conseguente rimozione della stessa in sede di rinvio nella prospettiva di dimostrare che l'atteggiamento non collaborativo del condannato sia espressione della permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata, potrebbe allora anche sostenersi, in ipotesi, la permanenza di un interesse all'impugnazione giuridicamente apprezzabile. Ciò malgrado, appare però una strada difficilmente perseguibile in concreto poiché ciò potrebbe imporre la sollecitazione ad una valutazione di elementi fattuali – in particolare delle note informative di polizia e D.D.A. – attività che però notoriamente è preclusa al giudice di legittimità.

In altri termini, mentre il ricorso del condannato avverso una decisione negativa proposto *ante* decisione costituzionale parrebbe contenere in sé, comunque sia, un permanente interesse all'impugnazione e alla definizione del giudizio di controllo, quello del P.G. contro una decisione favorevole al condannato, analogamente proposto *ante* decisione costituzionale, potrebbe porre problemi di rimodulazione del suo contenuto al fine di ottenere il raggiungimento di uno scopo diverso da quello originario.

6. Una possibile implicazione (o complicazione?) procedimentale per i giudizi ancora da

introdurre, incidentali ad una richiesta di permesso premio.

Per l'accertamento delle fattispecie di collaborazione impossibile o inesigibile vale da sempre la regola della impraticabilità di un giudizio per una pronuncia dichiarativa fine a sé stessa, mirante al riconoscimento di una condizione soggettiva simile ad uno *status* – come dire, di “collaboratore impossibile” – che sia indipendente dalla richiesta di un beneficio o misura per cui opera la preclusione normativa ed all'interno del cui procedimento principale quella condizione deve essere incidentalmente verificata. E' quindi destinata ad una declaratoria di inammissibilità l'eventuale istanza veicolata direttamente al tribunale di sorveglianza che sia devolutiva in via principale ed esclusiva di una domanda volta ad ottenere l'accertamento di una fattispecie di collaborazione impossibile o inesigibile in relazione a specifici titoli di condanna per reati ostativi, senza che a questa si correli una istanza di concessione di un beneficio penitenziario o di una misura alternativa²¹.

Tale regola non muta con la sentenza costituzionale n. 253/2019 e quindi il condannato non collaborante che abbia interesse a dimostrare, nei termini sopra esposti, che il silenzio serbato sui fatti delittuosi sia ascrivibile ad impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione e non, invece, finalizzato a coprire qualcuno – per la rilevanza appunto che tale accertamento, se positivo, può riverberare in sede di giudizio sulla insussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata – dovrà necessariamente formulare al magistrato di sorveglianza una istanza di permesso premio corredata incidentalmente anche da una domanda di accertamento *ex art. 4-bis*, comma 1-*bis*, o.p.

Il problema, però, a questo punto, potrebbe essere quello di definire i poteri-doveri del magistrato di sorveglianza quanto ai rapporti funzionali con il tribunale di sorveglianza, quest'ultimo, come detto²², competente in via esclusiva per il giudizio di accertamento.

Fino ad oggi la prassi, in assenza di espresse indicazioni normative²³, è ben consolidata: qualora la domanda di permesso premio sia correttamente formulata contestualmente ad una domanda di accertamento di collaborazione impossibile o inesigibile, il magistrato di sorveglianza, previa una sommaria istruttoria – per la verità essenzialmente formale, per quanto noto variabile da un ufficio all'altro – deve sospendere il procedimento relativo alla

concessione del permesso premio, trasmettere gli atti al tribunale di sorveglianza per il giudizio di accertamento della condotta di collaborazione impossibile o inesigibile ed attendere l'esito di tale giudizio ai fini della successiva decisione sul beneficio richiesto²⁴; per poi procedere, in caso di esito del giudizio del tribunale favorevole al condannato, nella valutazione di sussistenza delle altre condizioni previste per il beneficio richiesto; oppure, in caso di esito negativo, dichiarare l'inammissibilità dell'istanza originaria.

Escluso però, per effetto della sentenza costituzionale n. 253/2019, che il giudizio dinanzi al tribunale di sorveglianza sia oggi pregiudiziale, in termini di ammissibilità del beneficio, rispetto a quello del magistrato di sorveglianza, viene da chiedersi se l'automatismo della trasmissione degli atti da quest'ultimo al tribunale continuerà ad operare – nel quadro di una sorta di “diritto” del condannato ad accedere comunque al giudizio del tribunale per l'accertamento ex art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, o.p. – o se al magistrato potrà essere riconosciuta una maggiore discrezionalità valutativa-operativa in detta investitura, potendo eventualmente decidere se posticiparla ad un momento successivo al completamento della sua istruttoria, ovvero financo ritenerla superflua. Due esempi: si pensi al caso in cui l'istruttoria consenta di acquisire elementi tali da escludere la sussistenza di collegamenti con criminalità organizzata e financo il pericolo di ripristino degli stessi, magari anche in ragione del contenuto favorevole delle informative degli organi di polizia e giudiziari variamente interpellati, a prescindere quindi da un giudizio di impossibilità o inesigibilità di collaborazione il cui esito anche positivo nulla potrebbe aggiungere ad un giudizio che va definendosi vantaggiosamente; oppure, in senso contrario, si pensi ad una valutazione di sussistenza di collegamenti criminosi fondata su concreti elementi che oggettivamente nulla hanno a che vedere con il problema del completo accertamento dei fatti e delle responsabilità (in ipotesi: indagine patrimoniale ed informative pregiudizievoli nei confronti del nucleo familiare; atti che comprovino scambi epistolari di dubbio contenuto tra il condannato e terzi indagati per reati di mafia; risultati negativi dell'osservazione penitenziaria), valutazione rispetto alla quale il magistrato di sorveglianza potrebbe ritenere del tutto inutile un giudizio di accertamento ex art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, o.p., anche ipotizzandone un probabile esito favorevole, perché appunto non

consentirebbe comunque di contrastare gli elementi di diverso significato negativo.

Considerando però che la fase da svolgersi dinanzi al magistrato di sorveglianza si caratterizza per l'assenza, in fase decisoria, di un'udienza partecipata che potrebbe rappresentare un momento di significativo intervento difensivo, è auspicabile che le questioni e gli interessi in discussione propendano a favore della ordinaria soluzione oggi incline all'automatica devoluzione al tribunale di sorveglianza del giudizio di accertamento ex art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, o.p. richiesto dal condannato.

7. Sinossi: scelta difensiva del condannato non collaborante e oneri consequenziali.

Il condannato non collaborante in espiazione di pena inflitta per un delitto ostativo previsto dal comma 1 dell'art. 4-*bis* o.p. che ambisca alla concessione di un permesso premio ex art. 30-*ter* o.p., allo stato attuale può:

a) avvalersi del comma 1 dell'art. 4-*bis* o.p. così come interpretato dalla sentenza costituzionale n. 253/2019 e quindi formulare istanza di permesso premio al magistrato di sorveglianza sostenendo: i) la insussistenza sia della «*attualità di collegamenti con la criminalità organizzata* [sia del] *pericolo di ripristino di tali collegamenti*»; ii) la sussistenza delle ulteriori condizioni di meritevolezza del beneficio richiesto; il giudizio si svilupperà dinanzi all'organo monocratico nelle note modalità istruttorie e decisorie (non partecipate); l'eventuale decisione negativa dovrà essere reclamata ai sensi dell'art. 30-*bis* o.p.²⁵; b) in alternativa, avvalersi del comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* o.p. e quindi formulare al magistrato di sorveglianza istanza di permesso premio unitamente ad istanza incidentale di accertamento di impossibilità o inesigibilità-irrilevanza di utile collaborazione con la giustizia, sostenendo: i) che «*la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia*»; ii) la insussistenza della «*attualità di collegamenti con la criminalità organizzata*», ma, si badi, non quella del «*pericolo di ripristino di tali collegamenti*» poiché questa condizione tipizzata dalla decisione costituzionale riguarda solo il modello procedimentale-decisorio sopra indicato; iii) la sussistenza delle ulteriori condizioni di meritevolezza del beneficio richiesto; il giudizio di

accertamento si svilupperà dinanzi al tribunale di sorveglianza, al quale il magistrato di sorveglianza deve trasmettere gli atti; in caso di esito negativo, l'ordinanza del tribunale sarà ricorribile in cassazione ex art. 606 e 666 c.p.p.; in caso di esito positivo, dopo la restituzione al magistrato di sorveglianza degli atti, questo procederà nella valutazione delle ulteriori condizioni di concedibilità del beneficio nelle note modalità istruttorie e decisorie (non partecipate); l'eventuale decisione negativa dovrà essere reclamata ai sensi dell'art. 30-bis o.p.

Di fatto la sentenza costituzionale n. 253/2019 offre una "via di fuga" – quella sopra sintetizzata *sub a*), appunto – per coloro, non pochi, che in passato hanno già affrontato un giudizio di impossibilità o inesigibilità-irrelevanza di utile collaborazione con la giustizia conclusosi con una decisione negativa ormai definitiva, ed a quelli che, in una prospettiva prognostica, non avendolo ancora introdotto, non

ritengono che siano sussistenti le condizioni per ottenere un giudizio positivo²⁶.

Va da sé che in tali nuovi scenari, sebbene non del tutto inediti rispetto al recente passato, si imporrà la necessità di individuare termini e modalità degli interventi difensivi tecnici in favore del condannato, finalizzati non solo, come detto, nella articolazione iniziale delle allegazioni a supporto della domande introduttive – che, si ribadisce, svolgono una fondamentale funzione nell'interesse del condannato²⁷ – ma anche di quelle integrative che si rendessero poi necessarie in rapporto alla direzione assunta dai contenuti dell'istruttoria.

Alessandro Ricci

Avvocato del Foro di Perugia.

Docente di procedura penale presso l'Università degli Studi di Perugia.

¹ Ad iniziare dal contributo di RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *Sistema Penale* (rivista web) 12.12.2019, nonché, con efficacia di sintesi, *Illegittima la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio per i condannati per i reati di cui all'art. 4-bis comma 1 ord. penit. che non collaborino con la giustizia: depositata la sentenza della Corte Costituzionale* (nota redazionale), sempre in *Sistema Penale* (rivista web) 04.12.2019.

² A commento di Cass. Pen., Sez. I, ord. 20.11.2018, ric. Cannizzaro, che per prima ha sollevato la q.l.c. dell'art. 4-bis, comma 1. o.p., v. UBIALI, *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai permessi premio: la cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (rivista web) 28.01.2019. Per un quadro completo di tutte le argomentazioni a sostegno delle questioni di legittimità costituzionale, sono di particolare interesse i contributi rinvenibili sul sito *amicuscuriae.it* (sezione documenti), rappresentati dagli atti di intervento volontario nel giudizio tenutosi dinanzi alla Corte Costituzionale presentati da Unione Camere Penali Italiane, Garante Nazionale dei diritti dei detenuti e delle persone private della libertà personale, Associazione Nessuno tocchi Caino, nonché le parti private direttamente interessate al giudizio e cioè i condannati C. e P.

³ Si allude al dibattito sollevato dalla nota sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, del 13.06.2019, nella vicenda Viola c. Italia (n.2), a commento della quale v. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (rivista web) 01.07.2019; MORI-ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n.2) in materia di ergastolo ostativo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 6; già precedentemente al pronunciamento della Corte, v. FIORENTIN, *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti al giudice di Strasburgo*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (rivista web) 14.03.2018.

⁴ Per una ricognizione completa sul tema v., volendo RICCI, *"Collaborazione impossibile" e sistema penitenziario. L'ammissibilità di misure premiali ed alternative per i non collaboranti condannati per delitto "ostativo"*, Padova, 2013; ID., *Profili di un'indagine sulla collaborazione impossibile o inesigibile con la giustizia da parte del detenuto*, in *Giust. Pen.*, 2011, II, 111; v. altresì, su aspetti particolari, DEGL'INNOCENTI-FALDI, *Reato commesso con metodo mafioso e "collaborazione impossibile" ai fini dell'esclusione dei benefici penitenziari*, in *Il penalista* (rivista web), 16.04.2019; ROMICE, *La collaborazione impossibile. Note sui margini di superamento dei divieti di cui all'art. 4-bis o.p.*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 6.

⁵ Come giustamente osservato da RUOTOLO, *Reati ostativi*, cit., «resta fermo che sia proprio la collaborazione con la giustizia la "via maestra", non più (ma quasi) unica, per ottenere nelle fattispecie indicate dall'art. 4-bis comma 1 ord. penit., i permessi premio, nonché gli altri benefici. Il che è, in un certo senso, fisiologico, in quanto la collaborazione, se non garantisce la presa di distanza del condannato dal consesso criminale, lascia presumere un allentamento del vincolo, almeno nella prevedibile forma della presa di distanza dell'associazione nei confronti del collaborante»; già nel 1993, ad un anno di distanza dall'entrata in vigore dell'art. 4-bis ord. penit., veniva evidenziato come «la esclusione dell'attualità dei collegamenti è presunta come conseguenza logica dei danni oggettivamente prodotti alla organizzazione» (così IOVINO, *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. Pen.*, 1993, 1264; e il rilievo si proponeva già con riferimento alla formulazione originaria dell'art. 4-bis o.p., come modificato nel 1993; richiamandosi espressamente ai lavori preparatori della

disposizione, venne sottolineato da Corte Cost., n. 357 del 19 luglio 1994, che «*ciò che le norme hanno inteso esprimere è che, attraverso la collaborazione, chi si è posto nel circuito della criminalità organizzata può dimostrare per facta concludentia di esserne uscito*».

⁶ In effetti quello della “recisione di collegamenti criminosi” – aspetto ampiamente valorizzato dalla sentenza costituzionale qui in commento – non è per nulla un tema di novità nel campo dei benefici penitenziari e misure alternative da concedersi ai detenuti per delitto ostativo. Si consideri che proprio nella sua versione originaria, introdotta dal d.l. 13.05.1991, n. 152, conv. con modificazioni dalla legge 12.07.1991 n. 203, l’art. 4-bis o.p., all’epoca rubricato “*Accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti*”, consentiva l’accesso ai benefici penitenziari e misure alternative per i condannati per uno dei delitti ostativi previsti (all’epoca molto pochi rispetto al catalogo attuale), «*solo se sono stati acquistati elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con criminalità organizzata o eversiva*». A seguito delle modifiche introdotte nel 1992 e dei primi immediati interventi della Corte Costituzionale, la previsione della sussistenza di «*elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti [del detenuto] con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva*», è sempre stata dal 1993 la condizione comune alle fattispecie di oggettiva impossibilità e soggettiva inesigibilità di un’utile collaborazione con la giustizia, condizione che si aggiunge, integrandola, alla valutazione sulla completezza del pregresso accertamento giudiziale di fatti e responsabilità o alla verifica sul limitato perimetro cognitivo del detenuto che non consente di colmare eventuali lacune. Le fattispecie in esame hanno, infatti, una struttura complessa poiché la loro integrazione si articola nella necessaria e concomitante presenza delle due componenti indicate dall’art. 4-bis, comma 1-bis, o. p., sì distinte tra loro ma che devono ricorrere congiuntamente; qui, infatti, la comprovata assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva rileva(va) quale elemento integrativo della più generale condizione risolutiva della preclusione prevista dal comma 1 dell’art. 4-bis, o. p. Costantemente richiamato – o sarebbe meglio dire, imposto – dalle sentenze della Corte Costituzionale n. 306 del 1993, n. 357 del 1994 ed infine n. 68 del 1995, e poi successivamente tradotto in espresso precetto normativo nel comma 1-bis dell’art. 4-bis o.p., siffatto elemento della fattispecie è in sostanza lo strumento attraverso il quale si perviene a colmare una evidente differenza sussistente tra la posizione del collaboratore e del non-collaboratore circa la pericolosità derivante dall’essere il detenuto non ancora distaccatosi da sodalizi criminosi. Se, da un lato, infatti, l’atteggiamento collaborativo attivo posto in essere dall’interessato è da intendersi come un chiaro indice sintomatico della rescissione dei collegamenti con la criminalità organizzata, poiché in questi casi – come già evidenziato a nota n. 5 – la esclusione dell’attualità dei collegamenti è presunta come conseguenza logica dei danni oggettivamente prodotti alla organizzazione attraverso, appunto, la collaborazione prestata, dall’altro lato, invece, le accertate condizioni integrative dell’impossibilità oggettiva o dell’inesigibilità soggettiva di un’utile collaborazione con la giustizia, nulla provano in termini di esclusione di detti legami e quindi di presunta pericolosità, ragione per cui si è sempre ritenuto d’imporre, ai fini della definitiva caducazione della preclusione di principio all’accesso dei benefici penitenziari, simile “prova negativa”.

⁷ Il ricorso al generico termine “dimostrazione” e non a quello più specifico “provare”, è voluto. In materia di esecuzione e sorveglianza, infatti, il condannato istante non è obbligato ad un vero e proprio “onere di prova” ma più semplicemente ad un “onere di allegazione” di fatti e circostanze quantomeno sintomatiche ed indicative della situazione che afferma sussistere in suo favore, circostanze sulle quali spetterà, poi, all’organo di sorveglianza procedere ai dovuti accertamenti sull’effettività di quanto dedotto (in particolare, proprio in tema di collaborazione impossibile o inesigibile v. FIORENTIN, *Collaborazione “impossibile”: grava sul condannato l’onere di allegazione delle situazioni di derogabilità alle preclusioni in materia penitenziaria*, in Cass. Pen., 2008, 2566). Va da sé che nell’interesse difensivo, l’onere di allegazione non può tradursi in espressioni stereotipe o in un semplice richiamo alle formule normative, dovendo sostanziarsi in proposizioni assertive almeno indicative di circostanze di fatto di natura oggettiva e soggettiva. Non può negarsi, infatti, che in ragione delle multiformi connotazioni e complessità che possono caratterizzare le singole posizioni detentive, l’istanza introduttiva a volte può determinare una laboriosità espositiva, trattandosi pur sempre di prospettare una lettura orientata di fatti e circostanze magari non note all’A.G. ma che è appunto interesse del condannato acquisire e riversare in giudizio, così compensando, o addirittura prevenendo, eventuali lacune incolpevoli nell’istruttoria dell’organo di sorveglianza che nulla può sapere in proposito.

⁸ Devesi precisare che malgrado qualche iniziale perplessità manifestatasi nella giurisprudenza di merito (per la cui analisi si rinvia a RICCI, “*Collaborazione impossibile*” e sistema penitenziario, cit. 72), compete sempre al tribunale di sorveglianza l’accertamento delle condotte “non collaborative” per impossibilità o inesigibilità-irrelevanza, secondo il modello procedimentale previsto dagli artt. 666 e 678 c.p.p.; «*pur nel silenzio della norma, l’identità di ratio induce a ritenere che l’accertamento della cd. collaborazione impossibile, specularmente a quanto previsto per la collaborazione attiva, compete al tribunale di sorveglianza ex art. 58-ter, secondo comma, direttamente per le materie rientranti nelle sue attribuzioni e incidentalmente per quelle del magistrato di sorveglianza*», così Cass. Pen., Sez. I, n. 26567 del 07.04.2017, ric. Cataldo; analogamente Cass. Pen., Sez. I, n. 16932 del 14.02.2018, ric. Zingarello; Cass. Pen., Sez. I, n. 16933 del 16.04.2018, ric. Chiochia; Cass. Pen., Sez. I, n. 40748 del 13.09.2018, ric. Di Stefano; Cass. Pen., Sez. I, n. 40742, del 14.02.2018, ric. Cataneo.

⁹ In materia di concessione di permessi premio, l'attribuzione al magistrato di sorveglianza del compito di verificare l'insussistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, è ormai un'acquisizione consolidata nella giurisprudenza, essendo superato l'orientamento che riteneva anche detta valutazione di competenza del tribunale di sorveglianza al quale invece spetta, come specificato nella nota precedente, quello sulla fattispecie in sé di impossibilità o inesigibilità: «l'art. 58-ter, secondo comma, ord. pen. ... nulla dice sull'accertamento da parte del tribunale dell'ulteriore presupposto della rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata, che, a sua volta, "è condizione necessaria sia pure non sufficiente, per valutare il venir meno della pericolosità sociale". Ed anzi, il riferimento alle "condotte" quale oggetto dell'accertamento e la mancanza, diversamente da quanto figura nel comma secondo dell'art. 4-bis, di uno specifico riferimento agli organi istituzionalmente preposti a questa verifica, induce a individuare in questa ultima norma la fonte che disciplina l'accertamento della persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata. In questo senso, il comma 1-bis dell'art. 4 nel prevedere che "i benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti ivi previsti, purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, altresì nei casi in cui [...] l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono così impossibile un'utile collaborazione con la giustizia", va letto nel senso che spetta all'organo investito della richiesta di un beneficio penitenziario, magistrato di sorveglianza o tribunale di sorveglianza, procedere all'accertamento sulla esclusione di attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. E la previsione del comma 2 del medesimo art. 4-bis, secondo cui "il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza decide acquisite dettagliate informazioni per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione del condannato" convalida tale interpretazione, espressamente individuando la competenza del giudice di sorveglianza investito della richiesta del detenuto ad attivare l'interpello - obbligatorio seppur non vincolante - del C.P.O.S.P., al fine - appunto - dell'accertamento di tali collegamenti»; così Cass. Pen., Sez. I, n. 26567 del 07.04.2017, ric. Cataldo; analogamente Cass. Pen., Sez. I, n. 16932 del 14.02.2018, ric. Zingarello; Cass. Pen., Sez. I, n. 16933 del 16.04.2018, ric. Chiochia; Cass. Pen., Sez. I, n. 40748 del 13.09.2018, ric. Di Stefano; Cass. Pen., Sez. I, n. 40742, del 14.02.2018, ric. Cataneo.

¹⁰ Così Cass. Pen., Sez. I, n. 26567 del 07.04.2017, ric. Cataldo.

¹¹ Richiamato quanto già sintetizzato in precedenza a nota n. 7 sull'onere difensivo di allegazione, ed a sua integrazione, devesi però evidenziare che la sentenza costituzionale n. 253/2019 sembra voler elevare sensibilmente i doveri difensivi in materia. Dopo aver affermato, infatti, al par. n. 9, che di «di entrambi gli elementi – esclusione sia dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata che del pericolo di un loro ripristino – grava sullo stesso condannato che richiede il beneficio l'onere di fare specifica allegazione (come stabilisce la costante giurisprudenza di legittimità maturata sul comma 1-bis dell'art. 4-bis ordin. penit., in tema di collaborazione impossibile o inesigibile: ex plurimis, Corte di Cassazione, sezione prima penale, sentenze 13 agosto 2019, n. 36057, 8 luglio 2019, n. 29869 e 12 ottobre 2017, n. 47044)», in maniera molto incisiva precisa poi «che – fermo restando l'essenziale rilievo della dettagliata e motivata segnalazione del Procuratore nazionale antimafia o del Procuratore distrettuale (art. 4-bis, comma 3-bis, ordin. penit.) – se le informazioni pervenute dal comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica depongono in senso negativo, incombe sullo stesso detenuto non il solo onere di allegazione degli elementi a favore, ma anche quello di fornire veri e propri elementi di prova a sostegno (in tal senso, già Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 12 maggio 1992, n. 1639)».

¹² Voce "Omertà", Enciclopedia Treccani.

¹³ L'esperienza di chi scrive induce al sospetto, sebbene si confidi nella smentita della prassi interpretativa che verrà formandosi.

¹⁴ È il pensiero espresso al par. 8.2 della sentenza costituzionale.

¹⁵ Esattamente nei termini riportati (par. n. 6.2.2. sentenza costituzionale n. 253/2019), la necessità concreta di vagliare simili situazioni è stata sollecitata del Tribunale di Sorveglianza di Perugia con l'ordinanza con la quale è stata sollevata una delle due questioni di legittimità costituzionale (proc. Pavone).

¹⁶ Sono espressamente le parole del Presidente della Corte Costituzionale Giorgio Lattanzi, riportate da *Il Dubbio*, ed. online del 06.11.2019, *Corte costituzionale, Lattanzi: il silenzio del recluso non sia punito*.

¹⁷ Quello riportato è uno dei passaggi essenziali del par. 9 della sentenza costituzionale.

¹⁸ È il condivisibile pensiero di RUOTOLO, *Reati ostativi*, cit.

¹⁹ Un esempio d'attualità è rappresentato da Trib. Sorv. Perugia, ord. 11.11.2019, Sasselli (inedita), in una fattispecie in cui il condannato, già ammesso a fruire da tempo e con successo di permessi premio senza previo accertamento di una situazione di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia per aver espiato la quota pena di natura ostativa oltre a quella necessaria in via ordinaria per la restante parte non ostativa, ha comunque dovuto – appunto, seppur post sentenza costituzionale – accedere al predetto accertamento per potersi vedere dichiarare ammissibile la domanda di semilibertà.

²⁰ È un problema di convenienza difensiva di non facile valutazione. La novità introdotta dalla sentenza costituzionale sembra oggi imporre, più che in passato, la necessità di calibrare l'interesse ad attivare o continuare a coltivare un giudizio

di accertamento di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia. Prima della sentenza costituzionale, ad esclusione dei casi in cui era palese l'incompleto accertamento dei fatti e delle responsabilità e quindi l'insussistenza delle condizioni di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione (si pensi all'omicidio con un condannato e 5 altri concorrenti rimasti ignoti), almeno per tutti gli altri casi era comunque una strada obbligata da percorrere da parte del condannato non collaborante che comunque doveva ricercare l'approdo verso l'ammissibilità del beneficio del permesso premio. E ciò magari confidando anche sul fatto che la recente giurisprudenza di legittimità ha manifestato anche favorevoli aperture alla regola del dubbio, ritenendo che «*qualora la possibilità di una utile collaborazione idonea a rimuovere la causa ostativa alla concessione dei benefici di cui al primo comma dell'art. 4 del d.lgs. 26 luglio 1975, n. 354 non sia accertata al di là di ogni ragionevole dubbio, in favore di detenuti condannati per i reati ivi elencati è applicabile la disciplina di favore di cui al comma 1-bis*» (così Cass. Pen., Sez. I, n. 29869 del 16.04.2019, ric. Lamberti, e già in precedenza Cass. Pen., Sez. I, n. 31690 del 13.04.2017, ric. Sudato). Oggi, forse, il mutato interesse all'accertamento ex art. 4-bis, comma 1-bis, o.p. impone una diversa valutazione, dovendo magari riflettere sul fatto che l'attivazione di un giudizio possa essere utile solo qualora sia intuibile la certa o quantomeno la ragionevole probabilità di successo (non potendo negarsi che ci sono casi in cui è da subito facilmente apprezzabile che tutto è chiarito e che non residuano dubbi sul fatto e le responsabilità); al contrario, tra l'eventualità di un risultato negativo e un "non-risultato" (cioè la mancata attivazione di un giudizio) probabilmente sarà quest'ultima strada da preferire.

²¹ Trattasi di giurisprudenza consolidata, in tal senso, per tutte, v. Cass. Pen., Sez. I, n. 38488 del 20.10.2010, ric. T.: «*nessuna norma prevede l'autonomo ricorso al tribunale di sorveglianza per far dichiarare l'esistenza della collaborazione impossibile o inesigibile (...) né la qualità di collaboratore di giustizia, né l'impossibilità di assumere tale veste può, in altri termini, formare oggetto di una pronuncia dichiarativa fine a sé stessa*».

²² V. *supra* nota n. 8.

²³ Per una ricostruzione dei disagi interpretativi derivanti dall'assenza di chiare indicazioni normative, e la condivisibilità della soluzione giurisprudenziale in proposito, v. RICCI, «*Collaborazione impossibile*» e sistema penitenziario, cit. 77.

²⁴ La soluzione è in linea con quanto da sempre evidenziato da IOVINO, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, Torino, 1995, 214, nt. 425, il quale richiama espressamente i contenuti del dibattito parlamentare relativo alla conversione del decreto legge n. 152 del 1991, da cui emerge chiaramente la scelta voluta dal legislatore di negare il potere di procedere direttamente alla verifica della condotta collaborativa al magistrato di sorveglianza, «*il quale, pertanto, allorché necessita di un accertamento sulla pretesa collaborazione, ai fini dei provvedimenti di sua competenza, deve richiedere la relativa decisione al tribunale di sorveglianza del distretto che provvederà a mezzo di vero e proprio procedimento di accertamento*».

²⁵ In ragione del significativo contenuto della decisione del magistrato di sorveglianza, da un lato, ed il risibile termine di 24 ore per impugnare il provvedimento oggi previsto dall'art. 30-bis, comma 2, o.p., dall'altro, è auspicabile l'accoglimento in tempi brevi della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Cassazione, Prima Sezione Penale, ord. n. 45976 del 30.10.2019, ric. Vatiero, segnalata in *Giurisprudenza Penale Web*, 14.12.2019, con nota (red.), *Sul termine di 24 ore per proporre reclamo contro i provvedimenti emessi in materia di permessi premio: sollevata questione di legittimità costituzionale*.

²⁶ V. i rilievi sviluppati in precedenza a nota n. 20.

²⁷ V. anche qui, complessivamente, le riflessioni sviluppate in precedenza alle note n. 7 e n. 11.

La Sentenza 12 febbraio 2020 n. 32: la Consulta sancisce la prevalenza dello Stato di diritto e della tutela del cittadino.

di **F. Martin**

Con la recente e nota sentenza 12.02.20 n. 32 (Pres. Cartabia – Rel. Viganò), la Corte Costituzionale si è pronunciata in merito alle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, lett. b), della L. 9 gennaio 2019 n. 3 (c.d. spazzacorrotti).

La Corte ha riconosciuto il contrasto della suddetta norma con i dettami costituzionali e richiamando la propria evoluzione normativa e gli orientamenti delle principali Corti europee e internazionali, ha effettuato un doveroso cambio di rotta per quanto concerne l'interpretazione delle norme che riguardano la fase esecutiva e il loro rapporto con l'art. 25, II comma, Cost..

La Consulta ha, inoltre, sancito la prevalenza dello Stato di Diritto e la tutela del cittadino dalle arbitrarie modifiche normative ad opera del Legislatore.

SOMMARIO. 1. Norma sostanziale o processuale: le problematiche sottese alla decisione. – 2. Le questioni di legittimità costituzionale – 3. La decisione della Corte: la tutela del cittadino dal Leviatano.

*“È il potere, non la verità, che crea le leggi”
T. Hobbes - Leviatano*

1. Norma sostanziale o processuale: le problematiche sottese alla decisione.

La Corte Costituzionale con la sentenza 12.2.20 n. 32 (Pres. Cartabia – Rel. Viganò) si è pronunciata in merito alle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, lett. b), della L. 9 gennaio 2019 n. 3 (c.d. spazzacorrotti) sollevata da numerosi Tribunali investiti della questione¹.

I giudici di prima istanza, fossero il Tribunale di Sorveglianza nel caso di richiesta di una misura alternativa alla detenzione ovvero il giudice dell'esecuzione, ravvisavano – su sollecitazione dei difensori dei condannati – un contrasto con le norme di rango costituzionale e con l'orientamento della CEDU.

L'inserimento di alcuni reati contro la Pubblica amministrazione all'interno dell'art. 4-bis O.P. difatti ha creato non poche problematiche per l'interprete e per il condannato.

Come noto tale norma prevede che la condanna per uno dei reati ivi indicati sia ostativa, in difetto di reale e concreta collaborazione con l'autorità giudiziaria, alla concessione delle misure alternative alla detenzione ovvero ai permessi premio.

La ragione che aveva spinto il legislatore a prevedere un elenco di reati c.d. ostativi si deve rinvenire nel fatto che tali illeciti generano un elevato allarme

sociale, nonché arrecano nocumento a particolari beni giuridici meritevoli di adeguata protezione.

Tale elenco nel corso degli anni, secondo una logica di politica criminale, è stato notevolmente ampliato da ultimo ricomprendendo anche i reati contro la P.A.

Il vero fulcro del problema creatosi con l'emanazione della L. n. 3/19 è che tale disposizione normativa non contiene una clausola temporale che stabilisca il *tempus* in cui la stessa entrerà in vigore.

La mancanza di tale clausola quindi comporta, per usare una similitudine, un cambio delle carte sul tavolo della giustizia.

La vera problematica riguarda quelle c.d. “zone grigie” concernenti il condannato in via definitiva per un reato contro la pubblica amministrazione commesso prima dell'entrata in vigore della spazzacorrotti – cui abbiano eventualmente fatto seguito tanto l'emissione di un ordine di esecuzione già sospeso da parte della Procura della Repubblica competente, quanto la presentazione dell'istanza di misura alternativa –, ma la relativa fase dell'esecuzione si svolga sotto la vigenza della L. 3/19.

Ed in tal senso verrebbe a crearsi anche una problematica per quanto concerne le esigenze difensive.

Si pensi infatti ad un soggetto abbia deciso di accedere ad un rito alternativo sia per mitigare il trattamento sanzionatorio sia per concludere in fretta il procedimento penale, quando ancora la nuova disposizione non era nemmeno in fase di lavori preparatori.

In tale caso l'imputato aveva – all'epoca – ben chiaro il proprio destino processuale, potendo ragionevolmente prevedere che, al ricorrere di tutti i requisiti normativi, avrebbe potuto accedere ad un rito alternativo alla detenzione e quindi evitare di scontare la pena in regime carcerario.

La modifica intercorsa nelle more e soprattutto la mancanza di una disposizione transitoria comporterebbe quindi una lesione del diritto di difesa in quanto si rifletterebbe, senza possibilità di rimedio, sulle scelte processuali effettuate magari molti anni addietro creando un mutamento dello scenario esecutivo.

Il legislatore infatti non può e non deve sorprendere il cittadino con cambi di regole improvvisi e a seconda dello schieramento politico governante².

Si creerebbe in tal caso un ingiusto nocumento ai soggetti che ancora devono vedere definita la loro posizione dopo una sentenza di condanna e inoltre si verificherebbero delle situazioni tra loro paradossali e profondamente diseguali, riducendo il cittadino ad un mero suddito alla mercé del Leviatano.

La problematica è dunque decisamente complessa, nella sua apparente semplicità: dovranno applicarsi le disposizioni previste e vigenti *prima* della riforma oppure, aprendosi una nuova fase processuale, troverà applicazione la disciplina della L. n. 3/19 *medio tempore* entrata in vigore?

Tale quesito, di non facile risoluzione, impone di indagare quale sia la natura e la qualificazione giuridica da attribuire alle norme che regolano la fase dell'esecuzione.

Come prevedibile, soprattutto per la mancata previsione nella L. n. 3/2019 di una disciplina transitoria che ne regolasse l'operatività temporale, in particolare limitandola *pro futuro*, non solo la prassi applicativa ha segnalato l'emersione di indirizzi difformi in punto di estensione o meno della nuova disciplina legislativa anche in via retroattiva, ma si sono altresì moltiplicate, su sollecitazione difensiva, le questioni di legittimità costituzionale³.

Laddove infatti si intendesse aderire all'orientamento – invero consolidato nella giurisprudenza di legittimità⁴ – secondo cui tali disposizioni avrebbero

natura processuale, ciò comporterebbe l'applicazione del principio *tempus regit actum*; qualora invece si propendesse per la diversa tesi della natura sostanziale degli istituti, come quello delle misure alternative alla detenzione, che incidono concretamente sulla qualità della pena irrogata, logica conseguenza sarebbe quella del divieto di irretroattività *in malam partem*, a mente degli artt. 25, II comma, Cost. e 2 c.p.

Come si illustrerà in seguito, la Corte Costituzionale ha avuto modo di dettare un nuovo orientamento eliminando quei vecchi automatismi e richiamando in particolare degli orientamenti di altre Corti europee e internazionali.

I vari Tribunali che hanno sottoposto, su sollecitazione difensiva, la questione di legittimità costituzionale hanno poi ravvisato differenti motivi di contrasto con le norme imperative e con i principi espressi più volte della CEDU.

2. Le questioni di legittimità costituzionale.

Come evidenziato in precedenza le corti territoriali hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale con riferimento a diversi punti.

Il Tribunale di Sorveglianza di Venezia⁵ ha sollevato – in riferimento agli artt. 3, 25, II comma, 27, III comma, e 117, I comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) – questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma lett. b), della L. n. 3/19, «*nella parte in cui, modificando l'art. 4-bis, I comma, della L. n. 354/75 si applica anche in relazione ai delitti di cui agli artt. 318, 319, 319-quater e 321 c.p., commessi anteriormente all'entrata in vigore della medesima legge*».

Il Tribunale lagunare osservava che, per effetto dell'entrata in vigore della norma censurata, i reati ascritti al condannato sono stati inclusi nel catalogo di cui all'art. 4-bis, I comma, L. 354/75 con la conseguenza che, in relazione agli stessi, la concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione è ora subordinata alla collaborazione del condannato con la giustizia, ai sensi dell'art. 58 ter O.P. e dell'art. 323 bis c.p., oppure alla impossibilità o irrilevanza della collaborazione medesima⁶.

La già intervenuta sospensione dell'ordine di esecuzione della pena, ai sensi dell'art. 656, V comma, c.p.p., non varrebbe a sottrarre la fattispecie all'ambito applicativo di azione della novella recata dall'art.

1, VI comma, lett. b), della L. n. 3/19, atteso che l'istanza di concessione delle misure alternative alla detenzione avrebbe introdotto una distinta fase del procedimento esecutivo, in cui il tribunale di sorveglianza sarebbe chiamato ad applicare anche le modifiche normative sopravvenute rispetto al momento della sospensione dell'esecuzione⁷.

In definitiva, quindi, la concessione al condannato della misura dell'affidamento in prova al servizio sociale risulterebbe preclusa, in conseguenza dell'attuale formulazione dell'art. 4-bis, comma 1, O.P., come modificato dalla L. n. 3/19.

Per quanto attiene al requisito della non manifesta infondatezza, il rimettente premette che, secondo il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione, non riguardando l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma soltanto le modalità esecutive della stessa, non avrebbero carattere di norme penali sostanziali e soggiacerebbero pertanto, in assenza di specifica disciplina transitoria, al principio *tempus regit actum* e non alle regole dettate dagli artt. 25 Cost. e 2 c.p. in tema di successione di norme penali del tempo, con conseguente immediata applicabilità a tutti i rapporti esecutivi non ancora esauriti di eventuali modifiche normative di segno peggiorativo.

Il giudice *a quo* osserva poi che la Corte di Cassazione⁸ avrebbe ritenuto non manifestamente infondato il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, lett. b), della legge spazzacorrotti in riferimento agli artt. 117, I comma, Cost. e 7 CEDU, così come interpretato nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁹.

Aderendo alle argomentazioni della citata pronuncia, il Tribunale di Sorveglianza di Venezia prospetta anzitutto l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, per contrasto con gli artt. 25, II comma, e 117, I comma, Cost. (in relazione all'art. 7 CEDU), sotto il profilo della violazione del divieto di retroattività della legge penale sfavorevole.

Il rimettente ritiene quindi che, al metro della giurisprudenza della Corte EDU, le misure alternative alla detenzione non possano essere considerate mere modalità di esecuzione della pena, incidendo su quest'ultima in termini di sostanziale modificazione quantitativa ovvero qualitativa, sicché eventuali sopravvenienze normative o giurisprudenziali che operino in senso restrittivo sulla disciplina dei

presupposti e delle condizioni di accesso alle misure stesse dovrebbero essere assistite dalla garanzia di irretroattività di cui all'art. 7 CEDU.

In definitiva, quindi, la norma censurata introdurrebbe un'irragionevole disparità di trattamento tra condannati per i medesimi delitti, la cui istanza di concessione di una misura alternativa alla detenzione sia stata esaminata – per mera casualità o per il difforme carico di lavoro dei tribunali di sorveglianza – anteriormente o successivamente all'entrata in vigore della L. n. 3/2019, determinando in modo irrazionale gli esiti processuali indipendentemente dal coefficiente di meritevolezza dei singoli condannati.

Tale risultato sarebbe altresì contrario ai principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena, intesi quali corollari della funzione rieducativa di cui all'art. 27, III comma, Cost.

L'applicazione immediata delle nuove preclusioni all'accesso alle misure alternative alla detenzione inciderebbe infatti in modo irragionevole sul percorso rieducativo, senza consentire al giudice una valutazione individualizzata dei presupposti per l'applicazione delle misure a più alta valenza risocializzante. Anche il Tribunale di Sorveglianza di Potenza¹⁰ ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lettera b), della L. n. 3 del 2019, «nella parte in cui, modificando l'art. 4-bis, comma 1 della L. 26.7.1975 n. 354, si applica anche in relazione ai delitti di cui agli artt. 317 c.p. e 319 c.p. commessi anteriormente alla entrata in vigore della medesima legge», denunciando il contrasto della disposizione con gli artt. 3, 25, II comma, 27, II e III comma, e 117, I comma, Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU).

Il giudice *a quo* evidenzia che l'istanza di concessione del permesso premio è stata presentata prima dell'entrata in vigore della "spazzacorrotti", ma deliberata dal magistrato di sorveglianza solo successivamente, con conseguente applicabilità delle preclusioni alla concessione del permesso premio, in difetto di collaborazione con la giustizia, previste dall'art. 4-bis O.P., come novellato dall'art. 1, VI comma, lett. b), della L. n. 3/19.

Quanto alla non manifesta infondatezza, il rimettente richiama, da un lato, il consolidato orientamento giurisprudenziale circa la natura processuale delle norme penitenziarie, con conseguente immediata applicabilità di modifiche normative anche peggiorative ai fatti pregressi, in difetto di apposita

disciplina transitoria; e, dall'altro lato, la recente pronuncia della Corte di cassazione, che ha ritenuto non manifestamente infondato – ancorché, in specie, non rilevante – il dubbio di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 117, I comma, Cost. e 7 CEDU, determinato dalla mancata previsione di una disposizione transitoria volta a limitare l'applicabilità delle modifiche introdotte all'art. 4-bis O.P. ai soli fatti di reato commessi successivamente all'entrata in vigore della spazzacorrotti.

Da ultimo, con ordinanza del 12 giugno 2019, il Tribunale di Sorveglianza di Salerno¹¹ ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, lettera b), della L. n. 3/19, «*nella parte in cui, modificando l'art. 4-bis, I comma O.P., si applica anche in relazione ai delitti di cui all'art. 319-quater comma 1 c.p. commessi anteriormente alla entrata in vigore della medesima legge*», denunciando il contrasto della disposizione con gli artt. 3, 25, II comma, 27, III comma, 117 Cost. e 7 CEDU.

Di più ampia portata è stato invece il provvedimento del Tribunale di Sorveglianza di Taranto¹² che con ordinanza del 7 giugno 2019 ha sollevato, in riferimento all'art. 3 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, lett. b), della L. n. 3/19, «*nella parte in cui, modificando l'art. 4-bis, comma 1 della Legge n. 354/1975, ha inserito i reati contro la p.a. e in particolare quello di cui all'art. 314 comma 1 tra quelli ostativi alla concessione di alcuni benefici penitenziari, senza prevedere un regime transitorio che dichiari applicabile la norma ai soli fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore*».

In punto di rilevanza, espone il giudice *a quo* che, da un lato, non risulta concedibile la detenzione domiciliare per gravi motivi di salute, ex artt. 47-ter, comma 1-ter, O.P. e 147, I comma, n. 2), c.p., non versando l'interessato in condizioni di infermità fisica o psichica tali da rendere impossibili le cure in ambiente carcerario; e, dall'altro lato, risulta inammissibile l'istanza di concessione della detenzione per motivi di età, ex art. 47-ter, I comma, O.P., atteso che, per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge n. 3 del 2019, il delitto di peculato è stato inserito nel catalogo dei reati di cui all'art. 4-bis, I comma, O.P., ostativi alla concessione della detenzione domiciliare in favore di soggetti ultrasessantenni.

Quanto alla non manifesta infondatezza, il giudice *a quo* rileva come l'art. 1, VI comma, lett. b), della spazzacorrotti abbia ampliato il novero dei reati ostativi

contemplati dall'art. 4-bis O.P. senza prevedere alcuna disciplina transitoria, diversamente da quanto avvenuto in occasione dell'introduzione dell'art. 4-bis, realizzata dal decreto-legge n. 152 del 1991, e delle modifiche allo stesso apportate dall'art. 1 della L. n. 279/02, ove il legislatore aveva previsto l'applicabilità delle nuove e più restrittive disposizioni ai soli fatti di reato commessi successivamente all'entrata in vigore delle stesse.

Il rimettente ritiene che l'assenza di una disciplina transitoria nella L. n. 3/19 sia foriera di disparità di trattamento e di pregiudizi al diritto di difesa, che si tradurrebbero in una lesione dell'art. 3 Cost.

Coloro che abbiano commesso reati inclusi nel novellato catalogo di cui all'art. 4-bis O.P. prima dell'entrata in vigore della spazzacorrotti, infatti, si troverebbero ad essere o meno soggetti all'ordine di esecuzione e alla preclusione nella richiesta di accesso alle misure alternative alla detenzione, a seconda che siano stati ammessi all'esecuzione penale esterna prima o dopo la novella.

Ad avviso del rimettente, invece, la natura processuale delle norme penitenziarie non consentirebbe di ritenere applicabile la garanzia di irretroattività della legge penale sfavorevole, di cui all'art. 7 CEDU.

Né le norme relative alle modalità di accesso alle misure alternative potrebbero formare oggetto di un affidamento del condannato, alla luce dell'imprescindibilità della valutazione discrezionale del tribunale di sorveglianza in ordine alla concessione di ciascuna misura.

Di altro avviso è stata la Corte d'appello di Lecce che, con ordinanza del 4 aprile 2019, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, lett. b), della L. n. 3/19, «*nella parte in cui ha inserito i reati contro la pubblica amministrazione, ed in particolare il reato di cui all'art. 314, comma 1, c.p., tra quelli ostativi alla concessione di alcuni benefici penitenziari ai sensi dell'art. 4-bis O.P. [...] senza prevedere un regime transitorio che dichiari applicabile la norma ai soli fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore*», per asserito contrasto con gli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU.

In punto di rilevanza delle questioni sollevate, il giudice *a quo* evidenzia come l'ordine di esecuzione della pena sia stato emesso – pur a fronte di una condanna per fatti di reato commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019 – in applicazione della norma censurata, che ha modificato, con

operatività immediata, l'art. 4-bis O.P. includendo il delitto di peculato nel novero di quelli ostativi alla sospensione dell'ordine stesso, ai sensi dell'art. 656 cod. proc. pen. Dall'accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale prospettate deriverebbe la possibilità per il condannato di ottenere l'immediata sospensione dell'ordine di esecuzione e di presentare da libero l'istanza di concessione di misure alternative alla detenzione.

Quanto alla non manifesta infondatezza, il rimettente rammenta che dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma della "spazzacorrotti" sono già stati adombrati dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 535 del 2019, ed evidenzia come la norma censurata sia anzitutto foriera di una ingiustificata disparità di trattamento, lesiva dell'art. 3 Cost., tra coloro che hanno posto in essere delle condotte delittuose anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, facendo affidamento sulla possibilità di non scontare in carcere una pena (anche residua) inferiore ai quattro anni, e coloro che, invece, hanno commesso i medesimi reati nella vigenza della citata legge.

La modifica peggiorativa del regime di esecuzione della pena, non accompagnata da alcuna norma transitoria, contrasterebbe infine con l'art. 117, I comma, Cost., in relazione all'art. 7 CEDU, traducendosi in un «passaggio a sorpresa e non prevedibile al momento della commissione del reato alla sanzione con necessaria incarcerazione».

Invece con ordinanza del 10 giugno 2019 il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale Ordinario di Cagliari¹³ ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 6, I comma, lettera b), della legge n. 3 del 2019, «nella parte in cui ha inserito i reati contro la pubblica amministrazione, tra quelli ostativi alla concessione di alcuni benefici penitenziari ai sensi dell'art. 4-bis O.P. senza prevedere un regime transitorio», per contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 27, 111 e 117, I comma, Cost..

Per quanto attiene alle questioni sollevate, il giudice *a quo* richiama la giurisprudenza di legittimità sull'applicabilità del principio *tempus regit actum* alle disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione e afferma che, alla data di passaggio in giudicato della sentenza di condanna, si incardinerebbe il rapporto esecutivo e si cristallizzerebbe il contesto normativo che definisce le modalità di esecuzione della pena, sicché le modifiche all'art. 4-bis O.P. apportate dalla

legge n. 3 del 2019, in assenza di una disciplina transitoria, sarebbero applicabili anche ai fatti commessi dal condannato prima dell'entrata in vigore della legge stessa.

Quanto alla non manifesta infondatezza, il rimettente ritiene che l'applicabilità immediata della disposizione censurata a coloro che abbiano commesso il reato anteriormente alla sua entrata in vigore confligga con la garanzia di irretroattività della legge penale, di cui all'art. 7 CEDU.

Con ordinanza del 30 aprile 2019, il Tribunale ordinario di Brindisi¹⁴ ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, lett. b), della L n. 3/19, «nella parte in cui, modificando l'art. 4-bis, I comma O.P. si applica anche al delitto di cui all'art. 314 c.p. commesso anteriormente all'entrata in vigore della medesima legge», denunciandone il contrasto con gli artt. 24, 25, II comma, e 117, I comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU.

In punto di rilevanza delle questioni sollevate, il giudice *a quo* espone che, a seguito dell'entrata in vigore del censurato art. 1, VI comma, lett. b), della "spazzacorrotti", il condannato non potrebbe più beneficiare della sospensione dell'ordine di esecuzione, essendo stato il delitto di cui all'art. 314 c.p. incluso nell'elenco dei reati ostativi di cui all'art. 4-bis O.P. laddove, prima dell'intervenuta modifica normativa, egli avrebbe potuto chiedere la concessione di una misura alternativa alla detenzione senza previo periodo di osservazione in carcere.

Quanto alla non manifesta infondatezza, il rimettente premette che, in assenza di una disciplina transitoria, la disposizione censurata risulta immediatamente applicabile, in base al consolidato orientamento che attribuisce carattere processuale alle norme penitenziarie.

L'incidente di esecuzione riguardante l'ordine di esecuzione rientrerebbe a pieno titolo nell'ambito applicativo dell'art. 6 CEDU sul diritto al processo equo, atteso lo stretto legame tra la nozione di "pena" risultante dall'art. 7 CEDU e quella di "accusa in materia penale", utilizzata dall'art. 6.

Ne deriverebbe la possibilità di estendere le garanzie dell'art. 6 CEDU anche a «istituti rientranti nel "procedimento di esecuzione" che concorrono a determinare l'effettiva durata della privazione della libertà da scontare», quali il procedimento ex art. 671 c.p.p. per l'applicazione della continuazione in sede esecutiva, nonché i procedimenti relativi alla validità o efficacia del titolo esecutivo o dell'ordine di esecuzione.

La riconducibilità del procedimento di esecuzione disciplinato dall'art. 666 c.p.p. all'ambito applicativo dell'art. 6 CEDU comporterebbe la qualificabilità come disposizione di natura penale, ai sensi dell'art. 7 CEDU, dell'art. 656, IX comma, lettera a), c.p.p. sulla sospensione dell'ordine di esecuzione, «così come integrato» dall'art. 1, VI comma, lett. b), della spazzacorrotti, che ha modificato l'art. 4-bis O.P.

E invero, gli effetti derivanti dalla disciplina in scrutinio «si traducono in un'anticipazione della pena detentiva che comporta la privazione della libertà personale attraverso la carcerazione, anche se il condannato risulterà meritevole di una misura alternativa».

L'applicazione retroattiva della disciplina sfavorevole introdotta dalla L. n. 3/19 comporterebbe altresì una lesione del diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost., vanificando le strategie processuali dell'imputato.

Un diverso inquadramento è stato fornito, con ordinanza del 2 aprile 2019, dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale Ordinario di Napoli¹⁵ ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 3 del 2019, denunciandone il contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 27, 111 e 117, I comma, Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU), «*nella parte in cui, ampliando il novero dei reati "ostativi" ai sensi dell'art. 4-bis l. 354/75, includendovi i reati contro la pubblica amministrazione, ha mancato di prevedere un regime intertemporale*».

Di uguale visione è stato il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Caltanissetta¹⁶ che ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, lett. b), della legge n. 3 del 2019, denunciandone il contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 27, 111 e 117 Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU), «*nella parte in cui, ampliando il novero dei reati "ostativi" ai sensi dell'art. 4-bis O.P., includendovi i reati contro la pubblica amministrazione, ha mancato di prevedere un regime intertemporale*».

3. La decisione della Corte: la tutela del cittadino dal Leviatano.

Esaminate in tal modo, in maniera sintetica per ovvie ragioni, le questioni di cui è stata investita la Corte, è ora opportuno esaminare il percorso logico giuridico che ha determinato la pronuncia di incostituzionalità. Tutti i provvedimenti sopra richiamati, seppur risultino differenti sotto diversi aspetti, sollevano la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, L. n. 3/19.

In particolare, i motivi di incostituzionalità riguardano il contrasto con l'art. 3 Cost. inteso come disparità di trattamento, con l'art. 24, II comma, Cost. in quanto la modifica apportata dalla nuova disposizione vanificherebbe le strategie difensive precedentemente scelte – e non più “modificabili” – dall'imputato, con gli artt. 3 e 27, III comma, Cost. con riferimento ai principi di ragionevolezza e della funzione rieducativa della pena.

Inoltre, alcuni provvedimenti di remissione concernono la legittimità dell'inserimento, all'interno dell'art. 4-bis O.P., dei reati contro la Pubblica Amministrazione.

La Consulta ha ravvisato la fondatezza di incostituzionalità con riferimento alla violazione dell'art. 25, co. 2, Cost.

Il diritto vivente, stante le pronunce di legittimità susseguitesi nel corso degli anni, è orientato a ritenere, invero, che le norme disciplinanti l'esecuzione della pena siano in radice sottratte al divieto di applicazione retroattiva che discende dal principio di legalità della pena di cui all'art. 25, II comma, Cost.

Tuttavia, come tutte le scienze, anche il diritto muta, si trasforma e si evolve.

Le pene detentive quindi, proprio in ragione della loro particolare compressione della libertà personale e della loro incisività sulla vita del condannato, devono essere eseguite in base alla legge in vigore al momento della loro esecuzione, salvo però che tale legge comporti, rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto, una trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale.

Da ciò quindi deriva che l'applicazione retroattiva di una tale legge è incompatibile con l'art. 25, II comma, Cost.

La Consulta, nel suo ragionamento euristico, richiama alcune precedenti decisioni specificamente concernenti il problema delle modifiche normative relative alla fase dell'esecuzione della pena.

In particolare, la Corte¹⁷ già nella seconda metà degli anni novanta aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4-bis, I comma, O.P. nella parte in cui precludeva la concessione di ulteriori permessi premio ai condannati per delitti “ostativi” che non avessero collaborato con la giustizia, anche quando essi ne avessero già fruito in precedenza e non fosse stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost.

La Corte ravvisava una iniqua frustrazione della funzione rieducativa della pena ed una regressione della positiva evoluzione della personalità del condannato e della sua risocializzazione.

Tale orientamento è continuato negli anni con altre due pronunce¹⁸ del Giudice delle leggi, le quali hanno sempre dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* O.P. nella parte in cui non prevedeva che la semilibertà e i permessi premio potessero essere concessi nei confronti dei condannati che avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto, e per i quali non fosse stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

Già quindi nei primi anni novanta la Corte Costituzionale riteneva di dover salvaguardare da arbitrarie ed inique modifiche che avrebbero comportato una lesione a finalismo rieducativo che connota l'espiazione della pena e avrebbe di fatto reso inutili gli sforzi del condannato ad una modifica migliorativa della propria personalità al fine di potersi reinserire con successo all'interno della società.

Se questo si può affermare con riferimento all'orientamento della Consulta, lo stesso non può dirsi con riguardo a quello di legittimità.

La Corte di Cassazione, *in primis* con la già citata sentenza delle Sezioni Unite, ha sempre ritenuto che le norme inerenti la fase dell'esecuzione della pena siano sottratte alle garanzie dell'art. 25, II comma, Cost. qualificandosi quindi non come norme sostanziali, ma processuali e quindi sorrette da principio del *tempus regit actum*.

Tuttavia, tale orientamento, ormai risalente nel corso degli anni, non sembra possa più ritenersi compatibile con i dettami costituzionali.

Un primo elemento di discontinuità proviene proprio dallo stesso legislatore che, in diverse occasioni, ha limitato l'applicabilità delle norme che incidevano sull'esecuzione della pena solamente a condanne pronunciate per fatti posteriori all'entrata in vigore della disposizione normativa.

Tale clausola temporale tuttavia è assente nella L. n. 3/19.

Anche la giurisprudenza europea in un primo momento propendeva per una tesi in qualche misura simile a quella della Corte di Cassazione ritenendo non applicabile l'art. 7 della CEDU alle modifiche normative inerenti all'esecuzione della pena.

Tale orientamento è tuttavia mutato già nel 2008 con una pronuncia della Corte EDU¹⁹ che ha ritenuto

sussistente una violazione dell'art. 7 CEDU in quanto non risultavano chiare le conseguenze sanzionatorie connesse alla violazione del precetto penale.

Tale concetto è stato poi ripreso, chiarito e ampliato con una successiva pronuncia della Gran Camera nel 2013²⁰ che ha ribadito come le modifiche alle norme che regolano la fase dell'esecuzione della pena non sono soggette al divieto di applicazione retroattiva ex art. 7 CEDU.

In difetto di ciò i singoli Stati potrebbero porre in essere delle modifiche che modificano, con effetto retroattivo negativo, una pena già irrogata al condannato creando una totale incertezza del diritto e una iniqua lesione dei diritti fondamentali dell'individuo. Inoltre, la Corte nella sua motivazione richiama anche degli orientamenti di altri Stati.

In particolare, la *Supreme Court of the United States*²¹ ha più volte affermato che il divieto di "*ex post fact laws*" si applica anche alle norme che concernano la pena e che prolungano lo *status* detentivo dei condannati andando ad incidere negativamente sul *quantum* di pena.

Rimanendo in ambito europeo, anche il *Conseil Constitutionnel*²² si è espresso nello stesso modo con particolare riferimento all'art. 112 del *code pénale*; tale norma infatti rende immediatamente efficaci le leggi che pongono in essere delle modifiche del diritto processuale penale, con l'eccezione delle norme che abbiano il fine di rendere più severe ed onerose le pene inflitte.

La *Supreme Court of Canada*²³ ha poi affermato che una modifica peggiorativa della norma che regola la fase dell'esecuzione della pena crea un nocumento alle scelte difensive esponendo l'imputato a scelte non previste né prevedibili al momento dell'esercizio della scelta processuale.

La Corte Costituzionale, anche sulla scorta delle pronunce internazionali ha ritenuto di dover rimodulare la portata ed il fine del principio di irretroattività sancito dall'art. 25, II comma, Cost. In tal senso il principio ha lo scopo di rendere ragionevolmente edotto il destinatario della norma circa le conseguenze che deriveranno dalla trasgressione della norma penale. E non solo.

La norma costituzionale impedisce che il cittadino sia degradato al rango di mero suddito e sia lasciato in balia della decisione unilaterale e inappellabile del Leviatano che a seconda del momento storico, del credo politico o addirittura personale possa dall'oggi

al domani, mutare in maniera irragionevole e completa una norma penale.

L'irretroattività delle pene, non previste al momento della commissione del fatto, ha quindi lo scopo di impedire quel mutamento delle carte in tavola e di porre un freno al potere del legislatore tutelando *in primis* lo stato di diritto.

Certo, è pur vero che la tesi secondo la quale le pene devono essere assoggettate al principio del *tempus regit actum* risulta, *prime facie*, molto convincente, sia in ragione del fatto che l'esecuzione della pena si svolge di regola a distanza di molto tempo dalla commissione del reato e quindi non si potrebbe pretendere di cristallizzare la fase esecutiva al momento della realizzazione dell'illecito, sia in quanto - nella fase esecutiva - vi sono complessi interessi in gioco che non è opportuno ricondurre alla soluzione più favorevole o meno.

Ed infine il divieto di applicazione retroattiva di qualsiasi norma creerebbe delle profonde e marcate differenze sulle modalità di esecuzione all'interno del medesimo istituto penitenziario.

Tuttavia, tale "regola" deve essere derogata, ed ecco il vero fulcro della motivazione della Corte, qualora la nuova norma comporti un mutamento della natura della pena e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del singolo soggetto: in tal caso infatti sussisterebbe l'applicazione di una pena che è sostanzialmente un *aliud* rispetto a quella stabilita al momento del fatto.

La *ratio* della disposizione si coglie meglio qualora al momento del fatto fosse prevista una pena suscettibile di essere eseguita "fuori" dal carcere, la quale - per effetto di una modifica normativa sopravvenuta al fatto - divenga una pena che, pur non mutando formalmente il proprio *nomen iuris*, va eseguita di norma "dentro" il carcere.

Tra il regime intramurario e quello delle misure alternative la differenza è radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa.

La pena da scontare diventa qui un *aliud* rispetto a quella prevista al momento del fatto; con conseguente inammissibilità di un'applicazione retroattiva di una tale modifica normativa, al metro dell'art. 25, II comma, Cost.

La Consulta invece ritiene che l'art. 25, II comma, Cost. non si opponga a un'applicazione retroattiva delle modifiche derivanti dalla disposizione censurata alla disciplina dei meri benefici penitenziari, e in

particolare dei permessi premio e del lavoro all'esterno.

Per quanto, infatti, non possa disconoscersi il significativo impatto di questi benefici sul grado di concreta afflittività della pena per il singolo condannato, le modifiche normative che si limitino a rendere più gravose le condizioni di accesso ai benefici medesimi non determinano una trasformazione della natura della pena da eseguire, rispetto a quella comminata al momento del fatto e inflitta, sì da chiamare in causa la garanzia costituzionale in parola.

Tale interpretazione invece non può trovare applicazione in relazione agli effetti prodotti dalla disposizione censurata sul regime di accesso alle misure alternative alla detenzione disciplinate dal Titolo I, Capo VI, della legge n. 354 del 1975, e in particolare all'affidamento in prova al servizio sociale, alla detenzione domiciliare nelle sue varie forme e alla semilibertà.

Per quanto poi attiene al divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione la Corte ritiene che l'art. 656, IX comma, c.p.p. - nel vietare la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena in una serie di ipotesi, tra cui quella, che qui viene in considerazione, relativa alla condanna per un reato di cui all'art. 4-bis, O.P. - produce l'effetto di determinare l'inizio dell'esecuzione della pena stessa in regime detentivo, in attesa della decisione da parte del tribunale di sorveglianza sull'eventuale istanza di ammissione a una misura alternativa; e dunque comporta che una parte almeno della pena sia effettivamente scontata in carcere, anziché con le modalità extramurarie che erano consentite - per l'intera durata della pena inflitta - sulla base della legge vigente al momento della commissione del fatto.

Tanto basta per riconoscere alla disposizione in questione un effetto di trasformazione della pena inflitta, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale, rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto; con conseguente sua inapplicabilità, ai sensi dell'art. 25, II comma, Cost. alle condanne per reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della novella legislativa, che ne ha indirettamente modificato l'ambito applicativo, tramite l'inserimento di numerosi reati contro la pubblica amministrazione nell'elenco di cui all'art. 4-bis O.P.

La Consulta dopo aver esaminato le questioni sollevate dalle corti territoriali nonché aver richiamato la propria evoluzione normativa e gli orientamenti delle principali Corti europee e internazionali ha effettuato

un doveroso cambio di rotta per quanto concerne l'interpretazione delle norme che riguardano la fase esecutiva e il loro rapporto con l'art. 25, II comma, Cost. privilegiando la tutela dello stato di diritto²⁴.

Per tali ragioni la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, lett. b), della L. n. 3/19, in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-bis, I comma, O.P. si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della L. n. 3/19, in riferimento alla disciplina delle misure alternative alla detenzione previste dal Titolo I, Capo VI, della L. n. 354/75, della liberazione condizionale prevista dagli artt. 176 e 177 del codice penale e del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione previsto dall'art. 656, IX comma, lett. a), c.p.p., nonché ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, lett. b), della L. n. 3/19, nella

parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso ai condannati che, prima dell'entrata in vigore della medesima legge, abbiano già raggiunto, in concreto, un grado di rieducazione adeguato alla concessione del beneficio stesso.

Il singolo può quindi ora assumere consapevolmente il ruolo di cittadino e confidare nella tutela data dallo Stato di diritto contro le modifiche normative arbitrarie e improvvise ad opera del Leviatano.

“È il potere, non la verità, che crea le leggi”.

Francesco Martin

Assistente volontario presso il Tribunale di Sorveglianza di Venezia.

Dottore in Giurisprudenza.

¹ Ordinanze di rimessione alla Corte Cost. dell'art. 1, VI comma, lett. B) legge 3/2019, sollevate dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia (ord. 114/2019, 8 aprile 2019), dalla Corte di Appello di Lecce (ord. 115/2019, 4 aprile 2019), dal Tribunale di Cagliari (ord. 118/2019, 10 giugno 2019), dal Tribunale di Napoli (ord. 119/2019, 2 aprile 2019) dal Tribunale di Sorveglianza di Taranto (ord. 157/2019, 7 giugno 2019), dal Tribunale di Brindisi (ord. 160/2019 e ord. 161/2019, entrambe del 30 aprile 2019), dal GIP di Caltanissetta (ord. 193/2019 e ord. 194/2019, entrambe del 16 luglio 2019), dal Tribunale di Sorveglianza di Potenza (ord. 210/2019, 31 luglio 2019), dal Tribunale di Sorveglianza di Salerno (ord. 220/2019, 12 giugno 2019); Trib. Napoli, Ufficio GIP, ord. 2 aprile 2019, in DPC, 8 aprile 2019, con nota di GATTA G.L., *Estensione del regime ex art. 4-bis o.p. ai delitti contro la P.A.: sollevate due prime questione di legittimità costituzionale*.

² MANES, V., *L'estensione dell'art. 4-bis ord. penit. ai reati contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2019.

³ FIORENTIN F., *La legge Spazzacorrotti è incostituzionale: ecco perché*, in *IlSole24ore*, 16.02.20.

⁴ Cass. Pen., Sez. Un., 28.09.06, n. 12541.

⁵ Ord. 08.04.19, n. 114.

⁶ BARON L., *'Spazzacorrotti', art. 4-bis ord. pen. e regime intertemporale*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2019, p. 156.

⁷ GATTA G.L., *Art. 4 bis o.p. e legge "spazzacorrotti": possibile, dopo la decisione della Consulta e prima del relativo deposito la sospensione degli ordini di carcerazione per fatti pregressi?*, in *Sistema Penale*, 17.02.20.

⁸ Cass. pen., VI sez., 20.03.19, n. 12541.

⁹ La Grande Camera della Corte di Strasburgo ha ritenuto che debbano soggiacere al divieto di irretroattività (ex art. 7 Cedu) anche eventuali modifiche peggiorative delle modalità di esecuzione della pena, allorché tali modifiche incidano in maniera significativa sulla pena da scontare, così da rendere alquanto sfumati i confini tra disciplina della pena e regolamentazione della sua esecuzione, Corte Edu, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, con nota di MAZZACUVA F. *La Grande Camera della Corte Edu su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in DPC, 30.10.13.

¹⁰ Ord. 31.07.19, n. 210.

¹¹ Ord. 12.06.19, n. 220.

¹² Ord. 07.06.19, n. 157.

¹³ Ord. 10.06.19, n. 118.

¹⁴ Ord. 30.04.19, n. 160.

¹⁵ Ord. 02.04.19, n. 119.

¹⁶ Ord. 16.07.19, n. 193.

¹⁷ Corte Cost., 14.12.95, n. 504.

¹⁸ Corte Cost., 01.10.97, n. 445; Corte Cost., 14.06.99, n. 137.

¹⁹ Corte EDU, gran Camera, 12.02.08, *Kafkaris vs Cipro*, n. 21906/04.

²⁰ Cfr. nota n. 9.

²¹ "The Ex Post Facto prohibition forbids the Congress and the States to enact any law which imposes a punishment for an act which was not punishable at the time it was committed; or imposes additional punishment to that then prescribed. Through this prohibition, the Framers sought to assure that legislative Acts give fair warning of their effect and permit individuals to rely on their meaning until explicitly changed. The ban also restricts governmental power by restraining arbitrary and potentially vindictive legislation. In accord with these purposes, our decisions prescribe that two critical elements must be present for a criminal or penal law to be Ex Post Facto: it must be retrospective, that is, it must apply to events occurring before its enactment, and it must disadvantage the offender affected by it. Contrary to the reasoning of the Supreme Court of Florida, a law need not impair a "vested right" to violate the Ex Post Facto prohibition. [...] Critical to relief under the Ex Post Facto Clause is not an individual's right to less punishment, but the lack of fair notice and governmental restraint when the legislature increases punishment beyond what was prescribed when the crime was consummated. Thus, even if a statute merely alters penal provisions accorded by the grace of the legislature, it violates the Clause if it is both retrospective and more onerous than the law in effect on the date of the offense" (Weaver - Graham 450 U.S. 24, 33, 1981);

In una più recente pronuncia la Corte Suprema afferma che: "The Court of Appeals' analysis failed to reveal whether retroactive application of the amendment to Rule 475-3-.05(2) violated the Ex Post Facto Clause. The controlling inquiry is whether such application creates a sufficient risk of increasing the measure of punishment attached to the covered crimes. Morales, supra, at 509. Here, the question is whether amended Rule 475-3-.05(2) creates a significant risk of prolonging respondent's incarceration. That risk is not inherent in the amended Rule's framework, and it has not otherwise been demonstrated on the record. While Morales identified several factors convincing this Court that California's law created an insignificant risk of increased punishment for covered inmates, the Court was careful not to adopt a single formula for identifying which parole adjustments would survive an ex post facto challenge. States must have due flexibility in formulating parole procedure and addressing problems associated with confinement and release. This case turns on the amended Rule's operation within the whole context of Georgia's parole system. Georgia law gives the Board broad discretion in determining whether an inmate should receive early release. Such discretion does not displace the Ex Post Facto Clause's protections, but the idea of discretion is that it has the capacity, and the obligation, to change and adapt based on experience" (Garner - Jones, 529 U.S., 244, 2000).
 22 Il Conseil ritenne che: "Le principe de non-rétroactivité ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend à la période de sûreté qui, bien que relative à l'exécution de la peine, n'en relève pas moins de la décision de la juridiction de jugement qui, dans les conditions déterminées par la loi, peut en faire varier la durée en même temps qu'elle se prononce sur la culpabilité du prévenu ou de l'accusé" posto che «l'appréciation de cette culpabilité ne peut, conformément au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, être effectuée qu'au regard de la législation en vigueur à la date des faits" (Cons. cost., décision du 3 sept. 1986, n. 86-215).

²³ "According to the ideal of the rule of law, the law must be such that those subject to it can reliably be guided by it, either to avoid violating it or to build the legal consequences of having violated it into their thinking about what future actions may be open to them. People must be able to find out what the law is and to factor it into their practical deliberations. The law must avoid taking people by surprise, ambushing them, putting them into conflict with its requirements in such a way as to defeat their expectations and frustrate their plans (J. Gardner, "Introduction", in H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (2nd ed. 2008), xiii, at p. xxxvi). Retrospective laws threaten the rule of law in another way, by undercutting the integrity of laws currently in effect, "since it puts them under the threat of retrospective change" (L. L. Fuller, *The Morality of Law* (rev. ed. 1969), at p. 39). Relatedly, retrospective laws implicate fairness. "It is unfair to establish rules, invite people to rely on them, then change them in mid-stream, especially if the change results in negative consequences" (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 754). For example, an accused who declines to consider a plea and is prepared to take the risk of going to trial should not be subsequently ambushed by an increase in the minimum or maximum penalty for the offence. A retrospective law such as this could not only cause unfairness in specific cases, but could also undermine public confidence in the criminal justice system. Instead, fairness in criminal punishment requires rules that are clear and certain. As McLachlin J. wrote in *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170. It is a fundamental proposition of the criminal law that the law be certain and definitive. This is essential, given the fact that what is at stake is the potential deprivation of a person of his or her liberty and his or her subjection to the sanction and opprobrium of criminal conviction. This principle has been enshrined in the common law for centuries, encapsulated in the maxim *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* — there must be no crime or punishment except in accordance with law which is fixed and certain. Clearly, the concerns with retrospective laws are particularly potent in proceedings that are criminal, quasi-criminal, or in which a "true penal consequence" is at stake — the context to which s. 11 applies (Wigglesworth, at p. 559). In sum, s. 11 (i) is rooted in values fundamental to our legal system, including respect for the rule of law and ensuring fairness in criminal proceedings" (Supreme Court of Canada, *R. - K.R.J.*, 1 SCR 906, 926, 2016).

24 FIORENTIN F., Corte costituzionale - Sentenza 12-26 febbraio 2020 n. 32, in Guida al Diritto, Marzo, 2020.

La funzione rieducativa della pena e l'ergastolo "ostativo".*

di **M. R. Donnarumma**

L'ergastolo "ostativo", cioè l'ergastolo che osta alla concessione dei benefici penitenziari al condannato per reati di particolare gravità, quali i delitti di criminalità organizzata, terrorismo, eversione, ove il soggetto non collabori con la giustizia, fu introdotto nell'ordinamento italiano dopo la strage di Capaci del 23 maggio 1992, nel clima di allarme sociale creato dall'uccisione del magistrato antimafia Giovanni Falcone.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, con sentenza del 13 giugno 2019 nel caso Marcello Viola c. Italia, ha giudicato il regime dell'ergastolo "ostativo", implicante l'equazione teorica tra rifiuto di collaborare e presunzione assoluta di pericolosità sociale del condannato, incompatibile con l'articolo 3 della convenzione europea e con il principio della dignità umana.

La Corte costituzionale italiana con la sentenza n. 253 del 23 ottobre 2019, se anche con riferimento alla sola concessione del beneficio penitenziario consistente nel permesso premio – tale essendo alla lettera il tema sottoposto al suo esame dai giudici rimettenti – dichiara che la presunzione assoluta di pericolosità sociale del condannato, sulla base dell'assunto che il rifiuto di collaborazione equivalga a perdurante pericolosità, è illegittima, in quanto non solo irragionevole, ma in violazione dell'articolo 27, comma 3, della costituzione, che sancisce la funzione rieducativa della pena ed implica, quindi, la progressività trattamentale e la flessibilità della pena, contro rigidi automatismi.

Alla luce dei principi enunciati nella sentenza riteniamo che essi non possano non estendersi in generale al regime dell'ergastolo "ostativo" e che, quindi, un tale regime sia oggi illegittimo nel nostro ordinamento sulla base sia della giurisprudenza europea che di quella costituzionale.

SOMMARIO. 1. Introduzione. – 2. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: a) la sentenza del 13 giugno 2019 nel caso *Marcello Viola c. Italia*; b) la sentenza del 9 luglio 2013 nel caso *Vinter et autres c. Royaume-Uni*; c) la sentenza del 12 febbraio 2008 nel caso *Kafkaris c. Chypre*. – 3. La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e la sua evoluzione. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

La decisione della *Grande Chambre* della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha rigettato, il 7 ottobre 2019, il ricorso del Governo italiano contro la sentenza del 13 giugno 2019 sull'ergastolo "ostativo" (caso *Marcello Viola c. Italia*), rendendo tale sentenza definitiva, è stata oggetto di interpretazioni distorte e allarmistiche da parte di alcuni uomini politici¹ e magistrati² italiani.

Riteniamo utile, pertanto, un esame dettagliato della sentenza e della giurisprudenza in materia della Corte europea (in particolare, le decisioni *Vinter et autres c. Royaume-Uni* del 9 luglio 2013 e *Kafkaris c. Chypre* del 12 febbraio 2008, cui la stessa Corte rinviava), onde fugare infondati allarmismi e dare un'interpretazione più ponderata ed obiettiva della decisione in causa e dei suoi effetti. Ci soffermeremo anche sulla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana.

2. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

a) La sentenza del 13 giugno 2019 nel caso *Marcello Viola c. Italia*.

La sentenza³ affronta il tema importantissimo della compatibilità della previsione nell'ordinamento italiano del c.d. ergastolo ostativo⁴, cioè dell'ergastolo che osta alla concessione dei benefici penitenziari al condannato per reati di particolare gravità (quali i delitti di criminalità organizzata, terrorismo, eversione)⁵, con l'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (divieto della tortura, nonché di pene o trattamenti inumani o degradanti), i cui principi non solo sono recepiti nel nostro ordinamento in virtù della ratifica italiana della Convenzione, ma sono principi fondanti della nostra costituzione (si veda, per il caso di specie, l'articolo 27, comma 3⁶).

Il ricorrente, Marcello Viola, era stato condannato, il 16 ottobre 1995, a quindici anni di reclusione, e successivamente all'ergastolo "ostativo" il 22 settembre 1999, per il reato di associazione di stampo mafioso (art. 416 *bis* c.p.⁷), con l'aggravante del ruolo da lui svolto di capo dell'organizzazione criminale e promotore delle relative attività.

Dopo anni di reclusione il condannato aveva presentato istanza per accedere al beneficio di un "permesso premio", nonché, nel marzo 2015, domanda di liberazione condizionale (art. 176 c.p.⁸), istanze respinte dai giudici ai sensi del combinato disposto degli articoli 4 *bis*, comma 1, e 58 *ter* della legge sull'ordinamento penitenziario. Tale normativa subordina la concessione dei benefici penitenziari alla collaborazione⁹ con la giustizia del condannato all'ergastolo "ostativo", collaborazione non fornita dal Viola, né riconducibile, stante il ruolo di capo dell'organizzazione criminale, ai casi di collaborazione "impossibile" o "inesigibile" ai sensi dell'articolo 4 *bis*, comma 1 *bis*¹⁰.

Il Viola adiva, il 12 dicembre 2016, la Corte di Strasburgo ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione (ricorsi individuali), allegando la violazione dell'articolo 3 e dell'articolo 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione, profilo quest'ultimo non preso in considerazione dalla Corte in virtù della facoltà ad essa spettante di decidere sulla qualificazione giuridica dei fatti in causa.

Nel procedere alla valutazione del caso¹¹, la Corte rinvia, per i principi applicabili in tema di ergastolo, reinserimento nella società e liberazione condizionale, a quanto dettagliatamente esposto nella sentenza *Vinter*¹². Quindi, applicando tali principi al caso di specie, il giudice tiene a precisare che, a differenza di altri casi sull'ergastolo concernenti l'Italia¹³, questa volta è in giuoco l'ergastolo "ostativo".

Punto centrale è stabilire se una tale pena sia *de jure* e *de facto* "comprimibile", se offra cioè una prospettiva di scarcerazione e comunque una possibilità di riesame. A differenza del caso *Öcalan c. Turquie*¹⁴ in cui trattavasi di un automatismo legislativo, escludente ogni possibilità di ottenere il riesame della pena, nel caso di specie la legislazione italiana non vieta in modo assoluto e con effetto automatico l'accesso alla liberazione condizionale e agli altri benefici

penitenziari, ma lo subordina alla collaborazione con la giustizia.

Trattandosi del fenomeno mafioso la Corte ritiene utile riferirsi alle osservazioni del Governo italiano e all'accento posto sulla specificità di un tale fenomeno criminale, il che ha portato alla previsione di una norma, quale l'articolo 4 *bis* dell'ordinamento penitenziario, e alla presunzione, in assenza di collaborazione, della pericolosità del condannato e permanenza del suo legame con l'ambiente mafioso. Onde, secondo il Governo, la legittima richiesta di collaborazione con la giustizia quale prova concreta della rottura di un tale legame e, quindi, *condicio sine qua non* per accedere ai benefici penitenziari.

La Corte sottolinea che, per giurisprudenza costante, la politica criminale e il sistema di giustizia penale di uno Stato sfuggono al controllo europeo, a condizione, però, che il sistema non disconosca i principi della Convenzione. Scopo della pena è non solo la punizione, ma il tentativo di reinserimento sociale del reo, principio quest'ultimo alla base del diritto internazionale penale, della giurisprudenza della Corte e, altresì, della giurisprudenza costituzionale italiana¹⁵. Ciò premesso la Corte affronta la questione centrale del presente caso, cioè l'equilibrio tra le finalità di politica criminale e la funzione rieducativa della pena.

Il sistema penitenziario italiano si fonda sul principio della "progressione trattamentale", secondo cui la partecipazione attiva a un programma individuale di rieducazione e il decorso del tempo possono condurre al reinserimento del reo nella società. La Corte ricorda di avere costantemente affermato che il principio della dignità umana vieta di privare un condannato della possibilità di un reinserimento. Ora, la condizione *sine qua non* di collaborazione con l'autorità giudiziaria, se è vero che la decisione al riguardo rientra nella libera scelta del soggetto, altera l'equilibrio su citato, stabilendo un'equazione teorica tra rifiuto di collaborare e pericolosità del condannato. Un tale rifiuto potrebbe essere determinato da timori di ritorsione della criminalità organizzata verso il reo e la sua famiglia, come anche la collaborazione potrebbe essere dettata da un calcolo opportunistico e, quindi, non prova della rottura del legame con l'ambiente mafioso, profili questi riconosciuti dalla stessa Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 306 dell'11 giugno 1993¹⁶.

Inoltre, il regime dell'ergastolo "ostativo", implicando l'equivalenza tra il rifiuto di collaborazione e la presunzione assoluta di pericolosità sociale, collega quest'ultima al momento in cui il delitto è commesso, e non tiene conto del fatto che la personalità di un condannato non resta congelata al momento della commissione del reato, ma può evolvere nella fase di esecuzione della pena. A ciò aggiungasi la considerazione che, ai fini del percorso rieducativo e della risposta anche psicologica del reo, un tale regime inficia le stesse *chances* di successo.

Pur riconoscendo la estrema pericolosità dei reati in causa, la Corte non può giustificare deroghe alle disposizioni dell'articolo 3 della Convenzione, né la possibilità di una grazia presidenziale o la sospensione della pena per motivi di salute, rispondenti a finalità meramente umanitarie, equivalgono a quanto la giurisprudenza della Corte, a partire dalla sentenza *Kafkaris*¹⁷, intende per "prospettiva di scarcerazione".

Nel concludere, dopo aver richiamato ancora una volta il principio della dignità umana, "au cœur même du système mis en place par la Convention", la Corte afferma che l'ergastolo "ostativo" "restreint excessivement la perspective d'élargissement de l'intéressé et la possibilité de réexamen de sa peine. Dès lors cette peine perpétuelle ne peut pas être qualifiée de compressible aux fins de l'article 3 de la Convention"¹⁸.

La Corte tiene comunque a precisare che la constatazione della violazione, di cui al presente caso, non può essere intesa come conferente al ricorrente la prospettiva di una scarcerazione imminente¹⁹.

b) La sentenza del 9 luglio 2013 nel caso *Vinter et autres c. Royaume-Uni*.

La sentenza pronunciata dalla *Grande Chambre*, dopo una prima decisione della quarta sezione della Corte su ricorso di tre detenuti (Vinter, Bamber e Moore) contro il Regno Unito²⁰, enuncia i principi in tema di ergastolo impliciti nell'articolo 3 della Convenzione, e il confine tra pena "comprimibile" ai sensi di tale articolo, cioè passibile di un riesame ed eventuale scarcerazione, e pena "non comprimibile", in violazione del citato articolo.

In Inghilterra e nel Galles, dopo l'abolizione nel 1965 della pena di morte per omicidio (*Murder (Abolition*

of Death Penalty) Act 1965), la legge del 2003 (*Criminal Justice Act 2003*) prevede all'articolo 269 che il giudice, ove commini l'ergastolo, fissi il periodo minimo di detenzione perché il condannato possa accedere alla liberazione condizionale (articolo citato, comma 2), ma nel contempo lascia al giudice la possibilità di pronunciarsi per l'ergastolo "ostativo" stante la gravità del reato (comma 4), gravità da valutarsi secondo i criteri enunciati nell'allegato 21 alla legge (comma 5). È previsto inoltre, nell'articolo 30, comma 1, della legge del 1997 (*Crime [Sentences] Act 1997*), il potere discrezionale del ministro di concedere la libertà condizionale all'ergastolano per motivi umanitari e secondo criteri precisati nell'ordinanza n. 4700 dell'amministrazione penitenziaria (capitolo 12), potere mai esercitato dal 2000 nei confronti di condannati all'ergastolo "ostativo". Si consideri altresì l'*Human Rights Act* del 1998 che all'articolo 3, comma 1, dispone che, per quanto possibile, la normativa interna debba essere interpretata ed applicata in modo compatibile con i diritti di cui alla Convenzione.

I tre ricorrenti, condannati all'ergastolo "ostativo", eccepivano nei rispettivi ricorsi alla Corte di Strasburgo la violazione degli articoli 3 e 5, comma 4, della Convenzione.

La Corte richiama le fonti pertinenti del diritto europeo e internazionale, rinviando altresì a quanto esposto dettagliatamente nella sentenza *Kafkaris*. Integra quindi l'analisi con una sintesi di diritto comparato dei sistemi vigenti negli Stati contraenti, tra cui la Germania e l'Italia, e non trascura un rapido *excursus* concernente altri paesi²¹.

Ciò premesso, il giudice passa all'esame del caso di specie, partendo dalla violazione allegata dell'articolo 3 della Convenzione. A tal fine espone le conclusioni della quarta sezione, secondo cui non sussistevano le premesse per appellarsi al suddetto articolo, in quanto nessuno dei ricorrenti aveva dimostrato l'assenza di un obiettivo legittimo di ordine penologico per il suo mantenimento in carcere²², nonché richiama le tesi delle parti: Governo e ricorrenti²³.

Nel procedere quindi alla sua valutazione, la Corte enuncia i principi informanti la sua giurisprudenza in materia²⁴. Premesso che compete allo Stato la scelta del regime di giustizia penale, ivi comprese le

modalità di riesame della pena e di liberazione condizionale, la Corte pone un limite inderogabile: il riconoscimento dei principi della Convenzione. Tali principi non ostano a che lo Stato determini la durata adeguata delle pene per le singole infrazioni, non esclusa la previsione dell'ergastolo per gli adulti in presenza di gravi reati. Il limite è nel carattere "comprimibile" o "non comprimibile" della pena di detenzione a vita. Ove la legislazione offra al detenuto la possibilità di un riesame e la prospettiva di una liberazione condizionale, anche ove la pena sia espiata in pratica nella sua integralità fino al decesso del condannato, in assenza dei requisiti per accedere ai benefici penitenziari, non si è in presenza di una violazione dell'articolo 3 della Convenzione.

In sintesi, perché una pena possa ritenersi *de jure* e *de facto* "comprimibile", il legislatore interno deve attenersi ai seguenti principi: a) nessun individuo può essere detenuto se non sussiste un motivo legittimo di ordine penologico; b) vi deve essere equilibrio tra le finalità di punizione, dissuasione e difesa sociale della pena e le finalità di rieducazione e reinserimento nella società del condannato; c) l'equilibrio tra queste finalità non è congelabile al momento della condanna, ma può evolvere nel corso dell'esecuzione della pena, onde la necessità dell'istituto del riesame al fine che la sanzione permanga nel tempo giusta e proporzionata e rispetti il principio della dignità umana. Tali principi, peraltro, sono oggi recepiti nel diritto europeo e nel diritto internazionale.

La Corte tiene a precisare altresì che, ove la legislazione interna non preveda alcun meccanismo di riesame della pena dell'ergastolo, l'incompatibilità con l'articolo 3 della Convenzione nasce nel momento della condanna. Di qui la possibilità per il detenuto di avvalersi della facoltà di cui all'articolo 34 della Convenzione (ricorso individuale alla Corte) senza dover attendere il decorso di alcuni anni di detenzione.

Ritornando al caso di specie²⁵ il giudice ritiene non convincenti le spiegazioni fornite dal Governo inglese sulla decisione del legislatore del 2003 di non includere nella normativa la previsione di un riesame della pena dopo venticinque anni di reclusione, come previsto nel regime precedente, pur se di competenza dell'esecutivo, decisione dettata, secondo il Governo, dall'intento di escludere l'esecutivo dal

processo decisionale e lasciare a dei giudici indipendenti la decisione sulla durata della detenzione alla luce delle circostanze del caso di specie.

La Corte osserva che attribuire a un giudice la competenza esclusiva in materia è profilo del tutto distinto dalla previsione di un riesame della pena, né si comprende a rigor di logica perché un tale riesame, affidato precedentemente all'esecutivo sotto il controllo del giudice, non sia stato a quest'ultimo devoluto nella legge de 2003.

Peraltro, con riferimento al potere discrezionale conferito al ministro ai sensi dell'articolo 30 della legge del 1997, se è vero che l'*Human Rights Act* obbliga ad un'interpretazione del diritto interno compatibile con la Convenzione, secondo quanto confermato anche dalla Corte d'appello inglese nel caso *Bieber*²⁶, ciò non trova riscontro né nell'ordinanza sull'amministrazione penitenziaria, né nella prassi applicativa da parte del ministro.

Stante l'assoluta mancanza di chiarezza sullo stato attuale del diritto interno applicabile, la Corte non può qualificare le pene di detenzione a vita comminate ai tre ricorrenti come "comprimibili", onde la dichiarazione di incompatibilità con i principi di cui all'articolo 3 della Convenzione.

Sull'ulteriore violazione allegata dai ricorrenti concernente l'articolo 5, comma 4, della Convenzione (diritto dell'arrestato o detenuto di presentare un ricorso ad un tribunale), la *Grande Chambre* non può pronunciarsi, stante il fatto che il motivo di ricorso è stato dichiarato irricevibile nel precedente giudizio davanti alla quarta sezione, il che delimita anche l'oggetto del presente giudizio²⁷.

c) La sentenza del 12 febbraio 2008 nel caso *Kafkaris c. Chypre*.

Il caso²⁸ ha all'origine il ricorso di un cittadino cipriota, condannato all'ergastolo dalla Corte d'assise di Limassol il 10 maggio 1989 per tre omicidi commessi nel luglio 1987. Il ricorso, presentato il 3 giugno 2004 per allegata violazione degli articoli 3, 5, 7 e 14 della Convenzione, e assegnato alla prima sezione della Corte, era stato da questa deferito, ai sensi dell'articolo 30 della Convenzione, alla *Grande Chambre* il 31 agosto 2006.

La Corte esamina dettagliatamente il diritto e la prassi interna²⁹, nonché le fonti internazionali³⁰: a)

l'articolo 21 della Convenzione del Consiglio d'Europa del 16 maggio 2005 sulla prevenzione del terrorismo; b) la Risoluzione del Comitato dei ministri del 17 febbraio 1976 sul trattamento dei condannati in detenzione di lunga durata; c) le Raccomandazioni, adottate dallo stesso Comitato, sul sovraffollamento delle carceri il 30 settembre 1999, sulla liberazione condizionale il 24 settembre 2003, sul regime penitenziario europeo l'11 gennaio 2006; c) la decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo, adottata il 13 giugno 2002 dal Consiglio dell'Unione europea; d) lo Statuto della Corte penale internazionale (articoli 77 e 110).

Passando quindi all'esame dell'allegata violazione dell'articolo 3 della Convenzione, la Corte riassume le tesi delle parti in causa³¹.

Secondo il ricorrente, nel valutare il suo caso, bisogna distinguere tra la situazione normativa esistente all'epoca della sua condanna nel 1989 e contemplante la possibilità di una liberazione dopo venti anni di reclusione, e quella posteriore al 1996, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità, da parte della Corte suprema (sentenza dell'8 ottobre 1992, caso *Hadjisavvas v. Cyprus*), del regolamento penitenziario che tale possibilità contemplava, e conseguente abrogazione dello stesso con la legge sulle prigioni del 3 maggio 1996. Per il ricorrente ciò avrebbe trasformato la sua pena in "non comprimibile", come confermato dal fatto che la sua scarcerazione, prevista inizialmente per il 2002 in caso di buona condotta, non era avvenuta e i ricorsi da lui presentati, ivi compresa la domanda di *habeas corpus* alla Corte suprema, erano stati rigettati. Aggiungeva il ricorrente che un tale stato di incertezza gli avrebbe causato "de vives souffrances physiques et morales". Il Governo confuta la ricostruzione su esposta, richiamando l'articolo 53, comma 4, della costituzione cipriota, che conferisce al presidente della Repubblica la facoltà, su raccomandazione dell'*Attorney-General*, di rimettere, sospendere o commutare le pene, nonché l'articolo 14 della legge sulle prigioni del 1996, ai cui sensi il presidente può in ogni momento ordinare la liberazione condizionale del detenuto con l'assenso dell'*Attorney-General*. La partecipazione di quest'ultimo, che è un magistrato, offrirebbe una garanzia di indipendenza nella procedura. Di qui il carattere "comprimibile" della pena inflitta, pur

riconoscendosi dal Governo l'opportunità di una riforma, peraltro in corso di elaborazione.

La Corte, nell'esprimere la sua valutazione³², ribadisce che l'articolo 3 della Convenzione "consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques" e che esso si applica "quels que soient les circonstances ou les agissements de la victime".

La condanna all'ergastolo di un delinquente adulto non è in sé vietata dall'articolo 3 o da altra disposizione della Convenzione, a condizione che il diritto interno preveda la possibilità di un riesame della pena al fine, se del caso, di commutarla, sospenderla o concedere la liberazione condizionale al detenuto. Ove ciò sia previsto, la pena dell'ergastolo è da considerarsi "comprimibile" *de jure* e *de facto*, anche se è implicito il rischio che essa venga scontata integralmente. Allo Stato compete la scelta del regime di giustizia penale, non escluse le condizioni di accesso alla liberazione condizionale, ovviamente nel rispetto dei principi di cui alla Convenzione.

Nell'applicare quanto precede al caso di specie³³ la Corte constata che, pur nelle lacune e imperfezioni del sistema cipriota (riesame della pena affidato al potere discrezionale del presidente della Repubblica, se anche su raccomandazione o assenso di un magistrato), non è sostenibile che la normativa vigente neghi al detenuto la prospettiva di una scarcerazione, tanto più che la prassi di applicazione conferma che dei condannati all'ergastolo ne hanno beneficiato.

Quanto all'ulteriore censura del ricorrente circa lo stato di angoscia e incertezza in lui determinato dalla modifica normativa nel corso dell'esecuzione della pena, la Corte rileva che tali sentimenti sono inerenti alla natura stessa della pena inflitta, né il ricorrente può pretendere di essere stato privato della prospettiva di una liberazione³⁴.

Di qui la conclusione che non vi è stata violazione dell'articolo 3 della Convenzione.

Circa gli ulteriori motivi di ricorso³⁵ alla luce degli articoli 5, comma 1 (diritto alla libertà e garanzie legali in caso di privazione), 7 (principi di riserva di legge e di irretroattività in diritto penale) e 14 (divieto di discriminazioni) della Convenzione, la Corte ne esclude la violazione, mentre per quanto concerne la disposizione di cui all'articolo 5, comma 4 (diritto dell'arrestato o detenuto di presentare un ricorso ad un

tribunale), il motivo di ricorso esula dal campo di esame della *Grande Chambre*, perché sollevato per la prima volta davanti ad essa e, quindi, non sottoposto nel 2006 al vaglio di ricevibilità.

3. La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e la sua evoluzione.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 12 del 4 febbraio 1966, sottolinea il carattere non dissociabile dei principi enunciati nel comma 3 dell'articolo 27 della costituzione: il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e la funzione rieducativa della pena³⁶.

Afferma altresì che il principio della rieducazione del reo s'inserisce pur sempre "nel trattamento penale vero e proprio". Di qui la conclusione che il costituente, pur elevando al rango costituzionale un tale principio, non volle "con ciò negare la esistenza e la legittimità della pena là dove essa non contenga, o contenga minimamente, le condizioni idonee a realizzare tale finalità. E ciò, evidentemente, in considerazione delle altre funzioni della pena che, al di là della prospettiva del miglioramento del reo, sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza, e da cui dipende la esistenza stessa della vita sociale".

A partire dalla sentenza n. 313 del 26 giugno 1990 la Corte corregge una tale interpretazione³⁷, peraltro condivisa – afferma il giudice – dalla "dottrina imperante nei primi anni di avvento della Costituzione", interpretazione secondo cui "le finalità essenziali [della pena] restavano quelle tradizionali della dissuasione, della prevenzione, della difesa sociale, mentre veniva trascurato il *novum* contenuto nella solenne affermazione della finalità rieducativa", quest'ultima "ridotta entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario".

In uno "Stato evoluto" – prosegue la Corte – la finalità rieducativa della pena, "lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue". Trattasi di un principio "ormai da tempo diventato patrimonio della cultura giuridica europea, particolarmente per il suo

collegamento con il «principio di proporzione» fra qualità e quantità della sanzione, da una parte, ed offesa, dall'altra".

Un tale principio, accolto nella sua ampiezza dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, è tanto più da applicarsi in tutta la sua valenza in un ordinamento, quale quello italiano, che "ne ha fatto un punto cardine della funzione costituzionale della pena"³⁸.

Nonostante la rivalutazione della funzione rieducativa e l'accento posto sui principi di proporzione e di individualizzazione della pena, con l'obiettivo del reinserimento sociale del reo, secondo un indirizzo costante della giurisprudenza costituzionale dal 1990, la Corte, chiamata a pronunciarsi sul regime dell'ergastolo "ostativo", introdotto nella normativa italiana nel 1992³⁹, ne dichiara la legittimità.

Nella sentenza n. 306 dell'11 giugno 1993 il giudice esamina, innanzi tutto, le ragioni di politica criminale, che hanno indotto il legislatore all'introduzione della normativa, in particolare il fenomeno della c.d. criminalità organizzata e l'allarme sociale⁴⁰, nonché l'importanza della collaborazione con la giustizia, sia quale indice di rottura del legame del reo con l'organizzazione criminale, sia quale contributo efficace alle indagini⁴¹.

Quindi, partendo dal presupposto che "tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena ... non può stabilirsi *a priori* una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione", onde la flessibilità concessa al legislatore, purché nei limiti della ragionevolezza, la Corte ritiene non fondate, alla luce dell'articolo 27, comma 3, della costituzione, le censure alla disposizione sull'ammissione ai benefici di cui all'articolo 4 *bis* della legge sull'ordinamento penitenziario⁴².

La giurisprudenza successiva, fino alla recente sentenza n. 253 del 23 ottobre 2019, non altera sostanzialmente l'indirizzo della Corte sull'ergastolo "ostativo", pur aggiungendo ulteriori motivazioni alla dichiarazione di legittimità.

Nella sentenza n. 273 del 5 luglio 2001 il giudice, chiamato ancora una volta a pronunciarsi sull'articolo 4 *bis* dell'ordinamento penitenziario, afferma che, stante la tipologia dei reati di criminalità organizzata, la collaborazione con la giustizia "assume, non irragionevolmente, la ... valenza di criterio di

accertamento della rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata, che a sua volta è condizione necessaria, sia pure non sufficiente, per valutare il venir meno della pericolosità sociale ed i risultati del percorso di rieducazione e di recupero del condannato”⁴³.

Nella sentenza n. 135 del 9 aprile 2003 la Corte fa valere, a conforto della dichiarazione di legittimità, il profilo della libera scelta del condannato se collaborare o meno e, quindi, l’assenza di un automatismo legislativo, confermata dalla previsione, nello stesso articolo 4 *bis*, comma 1 *bis*⁴⁴, del possibile accesso ai benefici penitenziari in caso di collaborazione “impossibile” o “inesigibile”⁴⁵. Di qui la conclusione che “la disciplina censurata, subordinando l’ammissione alla liberazione condizionale alla collaborazione con la giustizia, che è rimessa alla scelta del condannato, non preclude in modo assoluto e definitivo l’accesso al beneficio, e non si pone, quindi, in contrasto con il principio rieducativo enunciato dall’art. 27, terzo comma, Cost.”⁴⁶.

L’automatismo legislativo induce invece la Corte, nella sentenza n. 149 del 21 giugno 2018, a dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’articolo 58 *quater*, comma 4, dell’ordinamento penitenziario, nella parte in cui subordina all’espiazione di almeno ventisei anni di pena l’accesso ai benefici penitenziari per i condannati all’ergastolo per i reati di cui agli articoli 630 (sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione) e 289 *bis* (sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione) del codice penale, ove il colpevole abbia causato la morte del sequestrato.

In tale sentenza la Corte ribadisce con forza “il principio – sotteso all’intera disciplina dell’ordinamento penitenziario in attuazione del canone costituzionale della finalità rieducativa della pena – della «progressività trattamentale e flessibilità della pena»”⁴⁷.

La disciplina censurata non solo sovverte irragionevolmente la logica gradualistica con l’ “appiattimento all’unica e indifferenziata soglia di ventisei anni” per l’accesso ai benefici penitenziari, ma “riduce fortemente, per il condannato all’ergastolo, l’incentivo a partecipare all’opera di rieducazione”⁴⁸.

La disciplina è in conflitto con la costante giurisprudenza della Corte, che ha “indicato come criterio «costituzionalmente vincolante» quello che esclude «rigidi automatismi» ... in contrasto con i principi di

proporzionalità ed individualizzazione della pena”, cui è da aggiungere “il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull’altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena”⁴⁹.

Infine, la Corte sottolinea la coerenza della sua giurisprudenza sia con gli approdi interpretativi della Corte europea dei diritti dell’uomo in nome del principio della dignità umana, sia con “l’assunto – sotteso allo stesso art. 27, terzo comma, Cost. – secondo cui la personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, fosse anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento”⁵⁰.

La sentenza n. 253 del 23 ottobre 2019⁵¹ porta a compimento questa linea interpretativa.

La decisione prende origine da due ordinanze di remissione, l’una della Corte di cassazione del 20 dicembre 2018, l’altra del Tribunale di sorveglianza di Perugia del 28 maggio 2019, entrambe sollevanti questioni di legittimità costituzionale dell’articolo 4 *bis*, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, sull’ordinamento penitenziario, in riferimento agli articoli 3 e 27 della costituzione, nella parte in cui la norma esclude che un condannato all’ergastolo “ostativo” possa essere ammesso, ove non collabori con la giustizia, alla fruizione di un permesso premio. In sintesi, i giudici *a quibus* eccepivano che la presunzione assoluta della pericolosità sociale del reo, non collaborante con la giustizia, collideva con i principi della progressività trattamentale e della flessibilità della pena, al fine di un graduale reinserimento del condannato nel contesto sociale, in ottemperanza al principio costituzionale della funzione rieducativa della pena. Trattasi di un automatismo, escludente qualunque valutazione da parte della magistratura di sorveglianza, in contrasto con l’articolo 3 della costituzione sotto il profilo della ragionevolezza. Si aggiunga la lesione del principio “*nemo tenetur se detegere*”, cioè del diritto dell’imputato a mantenere il silenzio, quale “corollario essenziale dell’inviolabilità del diritto di difesa” riconosciuto dall’articolo 24 della costituzione⁵².

Le ordinanze sottolineavano altresì la peculiarità del permesso premio, previsto dall’articolo 30 *ter* dell’ordinamento penitenziario, quale strumento essenziale del trattamento rieducativo.

Nel delimitare il *thema decidendum* la Corte sottolinea che nei processi *a quibus* si è sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4 bis, comma 1, dell'ordinamento penitenziario con riferimento alla concessione di un permesso premio, e non di altri benefici penitenziari.

Passando quindi al merito, la Corte dichiara le questioni fondate nei termini che essa si accinge a precisare⁵³.

Dopo aver richiamato le ragioni di politica criminale, che avevano spinto a un progressivo inasprimento della disciplina di cui all'articolo 4 bis, inasprimento culminato nelle modifiche legislative intervenute dopo la strage di Capaci del 23 maggio 1992, e privilegiando le finalità di prevenzione e tutela della sicurezza pubblica, nonché aver ripercorso alcune tappe essenziali della sua giurisprudenza, il giudice afferma che “non è la presunzione in sé stessa a risultare costituzionalmente illegittima”, bensì il suo carattere assoluto e non relativo. È ciò sotto un triplice profilo⁵⁴.

In primo luogo, la presunzione assoluta di pericolosità sociale risponde a una logica di mera politica investigativa e criminale, irragionevole in quanto aggrava o agevola il trattamento carcerario in virtù dell'elemento della collaborazione, ignorando peraltro il “diritto al silenzio”, pur riconosciuto quale “corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa”.

In secondo luogo, la presunzione assoluta non consente una valutazione individualizzata del percorso rieducativo del condannato, in violazione dell'articolo 27, comma 3, della costituzione.

Infine, le presunzioni assolute, specie ove incidano su un diritto fondamentale dell'individuo, violano il principio di eguaglianza, sancito dall'articolo 3 della costituzione, se sono arbitrarie e irrazionali, e non tengono conto dell'evoluzione della personalità del detenuto.

Passando al caso di specie, trattandosi del reato di associazione di stampo mafioso o di reati ad essa collegati, la valutazione del magistrato di sorveglianza, con l'ausilio delle altre autorità coinvolte⁵⁵, deve ispirarsi a criteri particolarmente rigorosi, diretti ad acquisire elementi tali da escludere non solo l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, ma anche “il pericolo di un loro ripristino,

tenuto conto delle concrete circostanze personali e ambientali”⁵⁶.

Concludendo, la Corte costituzionale dichiara, “per violazione degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. nella parte in cui non prevede che – ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-bis cod. pen., e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste – possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-ter del medesimo ordin. penit., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti”⁵⁷.

Inoltre, onde evitare con la presente sentenza “la creazione di una paradossale disparità”, la Corte dichiara che “i profili di illegittimità costituzionale relativi al carattere assoluto della presunzione attingono tanto la disciplina ... censurata” nel caso di specie, “quanto l'identica disciplina dettata dallo stesso art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. per i detenuti per gli altri delitti in esso contemplati”⁵⁸.

4. Considerazioni conclusive.

Dall'esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di ergastolo e di carattere “comprimibile” o meno della pena, contro arbitrari automatismi legislativi in violazione dell'articolo 3 della convenzione, emerge chiaramente che il giudice di Strasburgo intende tutelare, come testualmente afferma, “l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques” (art. 3) e il connesso principio della dignità umana, “au cœur même du système mis en place par la Convention”. Ciò nel rispetto, entro tali limiti, dell'autonomia dello Stato nelle scelte di politica criminale, ivi comprese le modalità di riesame della pena e di concessione dei benefici penitenziari.

In altri termini, la Corte non si oppone alla previsione dell'ergastolo, a condizione però che l'ordinamento dello Stato contempli la possibilità di un riesame e, se del caso, la concessione della liberazione condizionale, in ottemperanza al principio della funzione rieducativa della pena e del reinserimento sociale del

reo. Una pena *de jure* e *de facto* “incomprimibile” non è conciliabile con tale principio.

Nel caso *Marcello Viola c. Italia* la Corte, nell’escludere la compatibilità con i principi di cui alla convenzione della previsione nell’ordinamento italiano del c.d. ergastolo ostativo, tiene a precisare che la constatazione della violazione non conferisce al ricorrente la prospettiva di una scarcerazione imminente. Alla luce di quanto precede, le polemiche accese e le affermazioni apodittiche, suscitate dalla sentenza, ci sembrano prive di fondamento e strumentali.

La recente sentenza della Corte costituzionale italiana (n. 253/2019) s’inserisce nella linea giurisprudenziale testé descritta, anche se la Corte, con un’interpretazione estremamente riduttiva e letterale del *thema decidendum*, ha escluso la disciplina dell’ergastolo “ostativo”, rinviando peraltro alla sentenza del giudice di Strasburgo per la questione di compatibilità della disciplina con la convenzione europea⁵⁹.

Se anche con riferimento alla sola concessione del permesso premio ai condannati all’ergastolo “ostativo”, la Corte bocchia la presunzione assoluta di pericolosità sociale implicita nell’automatismo

legislativo: non collaborazione con la giustizia e, quindi, rifiuto del beneficio. La presunzione, per essere legittima, deve essere relativa, cioè subordinata, sulla base di criteri stringenti stante la gravità dei reati in causa, a una valutazione individualizzata ed attuale da parte delle autorità competenti, *in primis* il magistrato di sorveglianza. Ciò in ottemperanza ai principi contenuti negli articoli 3 e 27, comma 3, della costituzione.

Dopo una tale sentenza e alla luce dei principi in essa enunciati, in piena sintonia con la decisione della Corte di Strasburgo, riteniamo di poter affermare che l’illegittimità del c.d. ergastolo ostativo s’imponga ormai nell’ordinamento italiano, sulla base sia della giurisprudenza europea che di quella costituzionale, contro interpretazioni riduttive.

Maria Rosaria Donnarumma

Professore di Istituzioni di diritto pubblico e di Diritto pubblico avanzato presso l’Università di Napoli “Federico II”.

* Studio aggiornato al 10 dicembre 2019.

¹ Quali l’attuale ministro degli esteri Luigi Di Maio, il ministro della giustizia Alfonso Bonafede, il presidente della commissione parlamentare antimafia Nicola Morra, etc.

² Quali Gian Carlo Caselli, Pietro Grasso, Nino Di Matteo (attuale membro del Consiglio superiore della magistratura), etc.

³ Pronunciata dalla prima sezione della Corte, ricorso n. 77633/16.

⁴ Un tale regime fu introdotto in Italia dall’articolo 15 del decreto-legge n. 306 dell’8 giugno 1992, convertito con modifiche in legge n. 356 del 7 agosto 1992 (modificante l’articolo 4bis della legge n. 354 del 1975 sull’ordinamento penitenziario), nel clima di allarme sociale creato dall’attentato dinamitardo del 23 maggio 1992 contro Giovanni Falcone, magistrato simbolo della lotta antimafia, cui seguì, il 19 luglio 1992, l’uccisione di un altro magistrato del *pool* antimafia, Paolo Borsellino.

⁵ In dottrina cfr., tra gli altri, DOLCINI E., “L’ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1/2017, p. 1500 ss.; ID., “Dalla Corte EDU una nuova condanna per l’Italia: l’ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena”, *ibid.*, n. 2/2019, p. 925 ss.; FLICK G. M., “Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie”, *ibid.*, n. 1/2017, p. 1505 ss.; GALLIANI D., “Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull’ergastolo ostativo”, *ibid.*, n. 3/2018, p. 1156 ss.; NEPPI MODONA G., “Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale”, *ibid.*, n. 1/2017, p. 1509 ss.

⁶ Art. 27, comma 3, cost.: “Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”.

⁷ Così l’articolo 416 bis definisce, al terzo comma, una tale associazione: “L’associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgano della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali”.

⁸ Art. 176 c.p.: “Il condannato a pena detentiva che, durante il tempo di esecuzione della pena, abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento, può essere ammesso alla liberazione condizionale, se ha scontato almeno trenta mesi e comunque almeno metà della pena inflittagli, qualora il rimanente della pena non superi i

cinque anni. - Se si tratta di recidivo, nei casi previsti dai capoversi dell'articolo 99, il condannato, per essere ammesso alla liberazione condizionale, deve avere scontato almeno quattro anni di pena e non meno di tre quarti della pena inflittagli. - Il condannato all'ergastolo può essere ammesso alla liberazione condizionale quando abbia scontato almeno ventisei anni di pena. - La concessione della liberazione condizionale è subordinata all'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato, salvo che il condannato dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempierle".

⁹ Ai sensi dell'articolo 58 *ter*, comma 1, sono da considerare collaboratori "coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati".

¹⁰ Art. 4 *bis*, comma 1 *bis* : "... casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché ... casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'art. 62, numero 6... dall'articolo 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma, del codice penale". Anche in tali casi comunque – precisa lo stesso articolo – la concessione dei benefici penitenziari è subordinata alla condizione che "siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva".

¹¹ Cfr. sentenza, §§ 92 a 135.

¹² Cfr. *infra* § 2, *sub b*).

¹³ Cfr. *Garagin c. Italia*, 29 aprile 2008, ricorso n. 33290/07; *Scoppola c. Italia*, 8 settembre 2005, ricorso n. 10249/03.

¹⁴ Sentenza del 18 marzo 2014, pronunciata dalla Seconda Sezione della Corte e divenuta definitiva il 13 ottobre 2014, requêtes n°s 24069/03, 197/04, 6201/06 et 10464/07.

¹⁵ Al riguardo la Corte di Strasburgo cita (cfr. sentenza, § 38) le seguenti sentenze della Corte costituzionale italiana: nn. 313/1990, 343/1993, 422/1993, 283/1994, 341/1994, 85/1997, 345/2002, 257/2006, 322/2007, 129/2008, 183/2011.

¹⁶ Cfr. Corte costituzionale, sentenza cit., *considerato in diritto*, punti 9 e 13.

¹⁷ Cfr. *infra* § 2, *sub c*).

¹⁸ Cfr. sentenza, §§ 136 e 137.

¹⁹ Al riguardo la Corte richiama (cfr. § 138), tra gli altri, i casi *Harakchiev et Tolumov c. Bulgaria* dell'8 luglio 2014, § 268, e *László Magyar c. Hongrie* del 20 maggio 2014, § 59.

²⁰ Requêtes n°s 66069/09, 130/10 et 3896/10.

²¹ Cfr. Sentenza, §§ 59 a 81.

²² *Ibid.*, §§ 83 a 91.

²³ *Ibid.*, §§ 92 a 101.

²⁴ *Ibid.*, §§ 102 a 122.

²⁵ *Ibid.*, §§ 123 a 130.

²⁶ Cfr. *R v. Bieber* ([2009]1 WLR 223); cfr. anche *R v. Oakes and others* ([2012] EWCA Crim 2435).

²⁷ Cfr. sentenza, § 132.

²⁸ *Grande Chambre*, requête n° 21906/04.

²⁹ Cfr. sentenza, §§ 31 a 67.

³⁰ *Ibid.*, §§ 68 a 76.

³¹ *Ibid.*, §§ 77 a 94.

³² *Ibid.*, §§ 95 a 99.

³³ *Ibid.*, §§ 100 a 105.

³⁴ *Ibid.*, §§ 106 e 107.

³⁵ *Ibid.*, §§ 109 a 166.

³⁶ Testualmente, *considerato in diritto*: "... la norma non si limita a dichiarare puramente e semplicemente che 'le pene devono tendere alla rieducazione del condannato', ma dispone invece che 'le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato': un contesto, dunque, chiaramente unitario, non dissociabile... Oltre tutto, le due proposizioni sono congiunte non soltanto per la loro formulazione letterale, ma anche perché logicamente in funzione l'una dell'altra. Da un lato infatti un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato; dall'altro è appunto in un'azione rieducativa che deve risolversi un trattamento umano e civile, se non si riduca a una inerte e passiva indulgenza".

³⁷ Cfr. sentenza n. 313/1990, *considerato in diritto*, punto 8.

³⁸ *Ibid.*, punto 8.

³⁹ Cfr. *supra* nota 4.

⁴⁰ Pur nella comprensione dei motivi alla base della scelta del legislatore, la Corte non può, tuttavia, “non rilevare come la soluzione adottata, di inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati, abbia comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena. Ed infatti la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di «tipi di autore», per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita” (cfr. *considerato in diritto*, punto 11).

⁴¹ Cfr. *considerato in diritto*, punto 9.

⁴² *Ibid.*, punto 10.

⁴³ Cfr. sentenza n. 273/2001, *considerato in diritto*, punto 5.

⁴⁴ Cfr. *supra* nota 9.

⁴⁵ Cfr. sentenza n. 135/2003, *considerato in diritto*, punto 4.

⁴⁶ *Ibid.*, punto 5.

⁴⁷ Cfr. sentenza n. 149/2018, *considerato in diritto*, punto 5.

⁴⁸ *Ibid.*, punto 6.

⁴⁹ *Ibid.*, punto 7.

⁵⁰ *Ibid.*, punto 7.

⁵¹ Depositata il 4 dicembre 2019.

⁵² Cfr. Corte cost., ordinanza n. 117 del 6 marzo 2019, *considerato in diritto*, punto 7.1, in cui si richiamano altresì le ordinanze n. 291 del 2002 e n. 202 del 2004.

⁵³ Cfr. sentenza in esame, *considerato in diritto*, punto 7.

⁵⁴ *Ibid.*, punto 8.

⁵⁵ Quali la pertinente autorità penitenziaria, il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente, il procuratore nazionale antimafia, il procuratore distrettuale.

⁵⁶ Cfr. sentenza, *considerato in diritto*, punto 9.

⁵⁷ *Ibid.*, punto 10.

⁵⁸ *Ibid.*, punto 12.

⁵⁹ Cfr. *considerato in diritto*, punto 5.2.

È mafia silente ma è mafia. Brevi note sul “metodo mafioso” alla luce del processo Aemilia.

di **M. Gambarati**

Il contributo affronta il tema delle cosiddette “mafie silenziose” traendo spunto dalla recente sentenza pronunciata dal Tribunale di Reggio Emilia – all’esito del c.d. maxiprocesso “Aemilia” – con la quale sono stati condannati diversi esponenti di una cosca di matrice ‘ndranghetista radicatasi in Emilia a partire dai primi anni 90.

La disamina, in particolare, si propone di verificare se questi nuovi modelli associativi possano, malgrado le peculiarità con cui si manifestano, rientrare nel perimetro della fattispecie descritta all’art. 416bis c.p. Nel fare ciò si mette a confronto l’orientamento ermeneutico sposato dal Tribunale emiliano con quelli emersi sulla questione in seno alla giurisprudenza di legittimità. Il dibattito, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, ruota attorno all’elemento dell’intimidazione previsto dall’art. 416bis, comma 3, c.p., e, di conseguenza, all’interpretazione che di esso si fornisce.

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. Le tesi sul tappeto. – 3. La mafia delocalizzata. – 4. Le osservazioni svolte dal Tribunale di Reggio Emilia. – 5. L’effettività dell’intimidazione. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Premessa.

Il presente contributo affronta lo spinoso tema delle mafie “silenziose”, al fine di verificare se tali fenomeni criminali - che solitamente si sviluppano in contesti sociali storicamente refrattari alle associazioni mafiose “tradizionali” - possano, malgrado le peculiarità con cui si manifestano, rientrare nel perimetro della fattispecie descritta all’art. 416bis c.p.¹.

La questione è di particolare attualità ed assume importanti risvolti tanto sul piano teorico quanto sotto il profilo del diritto quotidianamente praticato nelle aule giudiziarie.

Si avverte, infatti, l’esigenza di stabilire quali siano sul piano dogmatico le condizioni indefettibili per ritenere integrato l’elemento cardine del reato *de quo*, ovvero sia il cosiddetto “metodo mafioso”, descritto dal legislatore quale “forza di intimidazione del vincolo associativo” e “condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva”².

Tale impellenza discende, inoltre, dal fatto che proprio in tema di reati associativi è in corso un estenuante confronto dialettico tra giurisprudenza nazionale ed europea, ove quest’ultima non esita a reclamare il pieno rispetto dei principi di tassatività delle norme penali incriminatrici e di prevedibilità degli esiti giudiziari³.

A tal riguardo, v’è chi ha osservato che si tratta “allora di verificare se la giurisprudenza sul metodo mafioso consente o meno l’individuazione di un vero e proprio “diritto vivente”, o almeno di scorgerne i contorni di un

diritto sufficientemente stabilizzato, che funga da parametro di apprezzamento soggettivo – dal punto di vista dell’agente – della rischiosità penale delle condotte, e quindi possa consentire una positiva valutazione della norma in action in termini di tassatività”⁴. Il dibattito, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, ruota attorno all’elemento dell’intimidazione previsto dall’art. 416bis, comma 3, c.p., e, di conseguenza, all’interpretazione che di esso si fornisce.

La presente disamina è svolta alla luce della recente sentenza pronunciata dal Tribunale di Reggio Emilia - all’esito del c.d. maxiprocesso “Aemilia” - con la quale sono stati condannati diversi esponenti di una cosca di matrice ‘ndranghetista radicatasi in Emilia a partire dai primi anni 90⁵.

In particolare, si pone a confronto l’orientamento ermeneutico sposato dal Tribunale emiliano con quelli emersi sulla questione in seno alla giurisprudenza di legittimità.

A questo proposito, giova ricordare preliminarmente che proprio in ragione di un asserito contrasto sono state rimesse già in due occasioni - prima nel 2015⁶ e poi nel 2019⁷ - alle Sezioni Unite della Suprema Corte le decisioni riguardanti alcuni consorzi criminali “delocalizzati”, per chiarire in che termini debba configurarsi l’intimidazione “qualora emerga la derivazione e il collegamento della nuova struttura territoriale con l’organizzazione e i rituali del sodalizio di riferimento”.

Come noto, in entrambi i casi il Primo Presidente non ha tuttavia ritenuto esservi un contrasto tale da giustificare la rimessione⁸.

Eppure, il dibattito non appare sopito, specie laddove venga a radicarsi una nuova cellula periferica che conservi un apprezzabile collegamento organizzativo e funzionale con il sodalizio originario.

A onor del vero la disputa, oggi attuale (e nemmeno troppo latente) in relazione a queste particolari consorte, ha origine nella contrapposizione tra i diversi orientamenti ermeneutici sorti già a partire dalle prime applicazioni della fattispecie di cui all'art. 416bis c.p.

2. Le tesi sul tappeto.

Definiti i termini del problema, appare ora dirimente ricostruire, seppure per sommi capi, gli indirizzi interpretativi che si sono affacciati in giurisprudenza e dottrina in ordine alla natura del reato di associazione di tipo mafioso e, in particolare, al ruolo dell'intimidazione nella struttura della norma incriminatrice.

Secondo un primo orientamento la fattispecie *de qua*, al pari di quella prevista all'art. 416 c.p., deve considerarsi reato associativo puro, dovendo l'espressione "*si avvalgono*" essere letta in un'ottica squisitamente finalistica, come se dicesse "*intendano avvalersi*".

Tale filone di pensiero, così opinando, relega la forza intimidatrice a oggetto del dolo specifico richiesto, e conseguentemente amplia in modo considerevole il perimetro della norma: la capacità di intimidire dell'associazione potrebbe, infatti, sussistere anche solo sul piano potenziale⁹.

Un secondo orientamento, invece, qualifica il reato in parola non già di natura associativa pura, bensì mista, nel senso che ritiene debba sussistere unitamente al vincolo associativo in ogni qual caso anche il diverso e ulteriore requisito oggettivo dell'attualità dell'intimidazione, e sostiene che tale forza debba essere necessariamente esteriorizzata¹⁰.

Si chiarisce peraltro che, diversamente dall'associazione per delinquere, il consorzio mafioso deve aver ottenuto nell'ambiente di riferimento una effettiva ed attuale capacità di intimidazione derivante dal solo fatto di esistere e operare¹¹.

Dunque, una forza riconducibile impersonalmente al sodalizio e autonoma rispetto all'operato dei singoli partecipi¹².

In dottrina si è inoltre registrato un terzo orientamento, cosiddetto intermedio, che ricava dall'elemento della forza di intimidazione due diversi profili, uno statico e l'altro dinamico: nella sua dimensione statica l'intimidazione dovrebbe risultare attuale, effettiva e riscontrabile, mentre nell'accezione dinamica potrebbe conservare portata meramente potenziale, attenendo in questo senso alla capacità di sfruttamento della predetta carica soprafattrice per il perseguimento dei fini associativi¹³.

Di conseguenza, mentre la dimensione statica dell'intimidazione dovrebbe dar luogo, in termini di causa-effetto, ad un "assoggettamento generico" dei consociati - inteso come risvolto passivo della carica intimidatoria, riscontrabile all'esterno quale alone di intimidazione diffusa - da reputarsi anch'esso elemento oggettivo di fattispecie; la dimensione dinamica determinerebbe solo potenzialmente un "assoggettamento specifico", da considerarsi oggetto del programma associativo (coperto da dolo specifico)¹⁴.

Ebbene, appare evidente l'anticipazione di tutela che si verifica ove venga accolto l'approccio ermeneutico estensivo, dovendo parlarsi inevitabilmente di reato di pericolo presunto: in questo modo, in effetti, non sarebbe necessario verificare l'effettiva messa in pericolo del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice.

A questo proposito, è stato osservato che tale orientamento parrebbe congegnato per fornire risposte maggiormente incisive sotto il profilo politico criminale, a scapito del principio costituzionale di offensività¹⁵.

La tesi restrittiva - certamente più fedele al dettato letterale e maggiormente rispettosa dei principi di stretta legalità e materialità - è invece coerente con la posizione dottrinale secondo cui la fattispecie di associazione di tipo mafioso deve ritenersi in parte reato di pericolo - in rapporto all'ordine pubblico genericamente inteso, alla libertà di iniziativa economica, all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione, nonché alla libertà di voto - e in parte reato di danno, in relazione alla libertà morale dei consociati, dovendo quest'ultimo interesse essere effettivamente leso avvalendosi di una carica intimidatoria reale e obiettivamente riscontrabile: è necessario, insomma, ravvisare una dimensione di danno attuale ed effettiva in connessione con il requisito oggettivo del "metodo mafioso"¹⁶.

Tuttavia, tra coloro che avallano questa tesi vi sono posizioni discordanti allorché si debba precisare quali siano le condizioni per l'esistenza di una intimidazione effettiva.

Da una parte, infatti, vi è chi afferma che dovrebbero essere adottati singoli atti di violenza e minaccia in via continuativa ed attuale¹⁷, e dall'altra chi ritiene che l'intimidazione sarebbe di già effettiva ove l'associazione sia in grado di mantenere un alone di terrore¹⁸, o perlomeno il controllo di una parte apprezzabile dell'ambiente di riferimento, stante la "fama criminale" consolidatasi nel tempo¹⁹.

In particolare, coloro che non richiedono l'adozione di singoli atti di violenza o minaccia ritengono doveroso precisare che i comportamenti diretti a conferire all'associazione una certa "fama criminale" non possono considerarsi inclusi nel modello legale, ma si collocano in una fase anteriore rispetto all'integrazione della fattispecie di cui all'art. 416bis c.p.²⁰.

Ovviamente, gli esponenti di questo filone di pensiero non escludono che tale *vis* possa essere perpetrata anche dopo la fase di costituzione del sodalizio (magari per ribadire la propria forza), ma si tratterebbe di una mera eventualità.

Al di là dell'accoglimento dell'una o dell'altra tesi non appare revocabile in dubbio che la giurisprudenza ampiamente maggioritaria si sia adeguata - seppure con diverse sfaccettature - all'orientamento restrittivo: a riprova dell'assunto si rimanda alla recentissima ordinanza di restituzione del Primo Presidente delle Sezioni Unite, con la quale, nel non ravvisare un contrasto effettivo, è stato ribadito che *"In definitiva, il prisma rappresentato dai variegati arresti sul tema, può sostanzialmente ricondursi ad unità là dove si considera il presupposto ermeneutico comune che anche nel caso della delocalizzazione richiede, per poter riconoscere la natura mafiosa dell'articolazione territoriale, una capacità intimidatrice effettiva ed obiettivamente riscontrabile"*.

Senonché, proprio in relazione al particolare fenomeno della mafia "delocalizzata" la tesi estensiva sembrerebbe riemergere in alcune pronunce, probabilmente per sopperire alle maggiori difficoltà dell'accusa nel dimostrare la sussistenza del sodalizio mafioso e alleggerire lo sforzo del giudicante nell'adempimento dell'onere motivazionale²¹.

Pertanto, appare ora necessario soffermarsi sulle peculiarità con cui si è recentemente manifestata la mafia nei territori tradizionalmente insensibili alle consorterie "storiche".

3. La mafia "delocalizzata".

Nell'ultimo ventennio, come accennato, si sono sviluppati nuovi modelli associativi presso realtà territoriali storicamente immuni al "virus mafioso", tra cui (al di là delle "mafie straniere") assumono particolare interesse i sodalizi costituenti diramazioni o affiliazioni di una preesistente mafia "storica"²².

Per quanto il fenomeno possa essere ricondotto ad un unico grande movimento, al suo interno si registrano, sostanzialmente, due sottocategorie.

Da una parte vi sono cellule che si potrebbero definire di neoformazione, le quali, pur mutuando anche solo in parte il proprio sistema organizzativo da quello ideato da una delle mafie "tradizionali", non conservano alcun collegamento funzionale con esse. Dall'altra, invece, vi sono sodalizi che, sebbene di nuovo conio, mantengono una certa interdipendenza con l'organizzazione principale, e fungono da punto di riferimento periferico di quest'ultima presso un nuovo territorio.

In questi casi il rapporto tra le due cosche potrebbe paragonarsi a quello che intercorre tra la *Holding* di un gruppo di imprese ed una delle controllate: quest'ultima per implementare il proprio volume d'affari fa ausilio del "brand" della capogruppo e "si avvale" almeno in parte del suo comparto aziendale, magari attraverso un contratto d'affitto d'azienda.

Orbene, come accennato poc'anzi, proprio in relazione alle cosiddette "cellule delocalizzate" sono state rimesse due questioni alle Sezioni Unite in un ristretto lasso temporale, al fine di ottenere chiarimenti su quale sia la carica intimidatoria minima e necessaria per veder integrata l'associazione di stampo mafioso nei confronti della consorteria "delocalizzata".

Secondo un primo indirizzo il requisito della intimidazione dovrebbe ritenersi sussistente per il solo fatto che la cellula periferica conservi un collegamento funzionale con la casa madre, senza che si debbano verificare effettività e attualità dell'intimidazione nel territorio ove la prima si è radicata²³.

L'orientamento in parola giunge a tali conclusioni propendendo per l'unitarietà dell'associazione mafiosa presa in esame: si dovrebbe partire dall'assunto secondo cui non si è in presenza di differenti sodalizi criminali, ma di uno solo, sviluppatosi in diverse aree territoriali.

Muovendo da tale considerazione non sarebbe dunque necessario accertare che in seno alla nuova

cellula vi sia un'effettiva forza intimidatrice, essendo sufficiente che ciò contraddistingua la consorteria originaria.

Tuttavia, ove risulti assente il summenzionato rapporto di interdipendenza, tale filone giurisprudenziale riafferma di dover acclarare l'esistenza dei requisiti di effettività e attualità presso il territorio di nuovo approdo.

Questo approccio ermeneutico è stato fortemente criticato osservando che in questo modo la fattispecie di cui all'art. 416bis c.p. verrebbe di fatto concepita come se fosse una "norma a geometrie variabili": la forza di intimidazione dovrebbe essere esternata concretamente solo in caso di cosca autonoma, mentre in presenza di cellula "delocalizzata" tale elemento potrebbe presumersi o comunque rimanere sul piano potenziale, così dando luogo ad una distinzione a ben vedere collidente con l'art. 3 Cost..

Del resto, l'indirizzo è stato altresì censurato osservando che non può esservi un rapporto causa-effetto tra intimidazione e assoggettamento-omertà ove il primo anello della "catena" causale resti relegato al piano meramente potenziale²⁴.

Si eccepisce, infatti, che debba essere proprio la carica sopraffattrice promanante dall'associazione a ingenerare uno stato di apprezzabile sudditanza dei consociati²⁵.

Un secondo orientamento, diversamente opinando, sostiene che, indipendentemente dalla sussistenza del collegamento con la cosca mafiosa originaria, debba essere sempre verificato l'attuale, concreto ed effettivo esercizio dell'intimidazione promanante dal nuovo gruppo in sé nell'ambiente circostante²⁶.

Senonché, anche propendendo per questa posizione si rinnova il problema di stabilire a quali condizioni l'intimidazione possa dirsi attuale: al di là di clausole di stile, in effetti, non sempre la giurisprudenza ha espresso con chiarezza quali debbano essere, anche sotto il profilo probatorio, i riscontri necessari e sufficienti ai fini dell'integrazione di questo elemento oggettivo²⁷.

Orbene, è evidente che la *vexata quaestio* trovi origine nello storico contrasto interpretativo di cui è stata data contezza nel paragrafo precedente.

4. Le argomentazioni svolte dal Tribunale di Reggio Emilia.

Nel solco tracciato dalla giurisprudenza di legittimità si inserisce la sentenza del Tribunale di Reggio Emilia, con cui è stata provata "l'esistenza di una cellula

'ndranghetista emiliana radicata nelle province di Reggio Emilia, Parma e Piacenza, autonoma rispetto a quella di Cutro" seppure "ad essa correlata"²⁸.

Pertanto, i giudici emiliani si sono confrontati con un fenomeno le cui caratteristiche corrispondono in pieno a quelle della cellula c.d. "delocalizzata".

La pronuncia in esame rimarca l'esigenza di accertare un attuale ed effettivo atteggiamento intimidatorio dell'associazione ai fini della configurazione della fattispecie di cui all'art. 416bis c.p., specificando al contempo che detto elemento non deve necessariamente assumere connotazioni esplicite, spettacolari o addirittura stragiste, potendo estrinsecarsi anche attraverso modalità evocative e implicite.

Nel caso di specie tali chiarimenti, è bene precisarlo, non si sono rivelati decisivi per ritenere integrata la forza di intimidazione - essendosi dimostrata la pesante "eredità criminale del gruppo associativo e dei suoi vertici che si è creata sul territorio emiliano (in specie reggiano) con la violenza e l'intimidazione fin dagli anni 90, sfociata, addirittura in drammatici fatti omicidiari"²⁹ - ma appaiono di particolare interesse se calati nel dibattito in corso.

Il pregio della pronuncia risiede proprio nel coniugare l'approccio maggiormente fedele al dettato letterale - e al contempo più consoni ai principi di stretta legalità e offensività - con preziose delucidazioni in ordine al significato di "attualità ed effettività dell'intimidazione".

Di particolare rilevanza esplicativa appare il passaggio motivazionale in cui il Tribunale, conscio del suscitato contrasto in seno alla giurisprudenza di legittimità, chiarisce di dover "aderire, rispetto alle nuove ed autonome strutture mafiose - sia che nascano dal nulla, sia che nascano per diaspora da gruppi tradizionali, fenomeno tutt'affatto differenti, posto che nel secondo caso la nuova consorteria porta con sé la storia e la forza criminale della cosca madre - all'orientamento che attribuisce valore fondante ed imprescindibile alla dimensione effettiva e riscontrabile del metodo mafioso", specificando al contempo che tali requisiti "ben possono identificarsi nelle modalità con cui sono commessi i delitti-scopo, nel profilo organizzativo, nella disponibilità di armi e nel conflitto con le tradizionali associazioni operanti sul territorio, purché detti indici denotino la sussistenza delle caratteristiche di stabilità e di organizzazione che dimostrano la reale capacità di intimidazione del vincolo associativo e la condizione di omertà e di assoggettamento che ne deriva"³⁰.

Invero, sembra essere accolta la posizione secondo cui una associazione può considerarsi di “tipo mafioso” ove abbia acquisito una sufficiente fama di *“violenza e di potenzialità sopraffattrice ed abbia, quindi, sviluppato intorno a sé una carica autonoma di intimidazione diffusa destinata a costituire elemento cardine della sua struttura organizzativa”*³¹.

Tale capacità di incutere timore, dunque, deve provenire dalla associazione in quanto tale, e può definirsi attuale nella misura in cui - alla luce del consolidamento della cosiddetta “fama criminale”, derivante anche da una pregressa attività sopraffattrice - sia presente nel territorio di riferimento un obiettivo e riscontrabile alone di intimidazione diffusa, dal quale derivino, conseguentemente, le condizioni di assoggettamento ed omertà.

Come accennato poc'anzi, nel provvedimento in rassegna si specifica altresì che *“non è necessario che la forza di intimidazione sia esternata attraverso specifici atti di minaccia e violenza, potendosi essa desumere anche dal compimento di atti che, sebbene non violenti, siano evocativi della esistenza attuale della fama criminale dell'associazione”*³².

I giudici emiliani sembrerebbero far propria la tesi sostenuta da Giuliano Turone, secondo cui *“in verità i singoli associati ad un sodalizio di tipo mafioso non hanno generalmente bisogno di attivarsi gran che per intimidire, per la semplice ragione che essi possono perlopiù limitarsi a trarre vantaggio da quell'alone di intimidazione diffusa che promana di per sé dall'associazione stessa”*³³.

In sintesi, sebbene l'intimidazione debba derivare dall'associazione in quanto tale, ciò non significa che vada esternata attraverso particolari atti di violenza e minaccia, potendosi manifestare anche solo attraverso il richiamo della fama criminale costruita nel tempo e ben nota al contesto sociale di riferimento.

5. L'effettività dell'intimidazione.

Le argomentazioni spese dal Tribunale emiliano appaiono in linea con il recente provvedimento del Primo Presidente delle Sezioni Unite, e in un certo senso confermano che - malgrado i tentativi di anticipazione della tutela emersi in alcuni arresti - per la giurisprudenza maggioritaria la forza intimidatrice, quale elemento oggettivo di fattispecie, deve in ogni caso caratterizzare l'associazione in sé ed esplicarsi concretamente nel territorio di riferimento.

Tali coordinate ermeneutiche paiono decisive per recuperare un rapporto dignitoso con i principi di

tassatività e materialità, sicché dovrebbero essere osservate anche in presenza di consorterie di nuovo conio radicatesi in territori refrattari alle mafie “storiche”, persino laddove emerga un rapporto di filiazione con un “sodalizio matrice”.

Del resto, così ancorando l'integrazione del reato di associazione di tipo mafioso alla sussistenza di un requisito oggettivo ulteriore, si restituisce centralità al diritto penale del fatto, e si allontana il rischio di alimentare pericolose derive fondate su presunzioni riguardanti il tipo d'autore³⁴.

Secondo queste “linee guida”, ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 416bis c.p. persino la cellula derivata deve manifestare attraverso taluni atti materiali empiricamente verificabili (non necessariamente violenti o minacciosi) una autonoma carica intimidatoria, anche solo rendendo edotto il contesto sociale di riferimento del proprio collegamento con la consorteria “matrice”, e del rischio che venga sprigionata una vis equiparabile a quella utilizzata originariamente da quest'ultima³⁵.

Pertanto, attraverso la reminiscenza di quella capacità sopraffattrice “primordiale”, la cellula periferica può consolidare una “fama criminale secondaria”, dando vita ad un alone di terrore diffuso nell'ambiente circostante senza dover ricorrere a particolari violenze o minacce.

Difatti, nella “spendita” del nome del sodalizio originario e della sua fama criminale potrebbe individuarsi un concreto e materiale avalimento di una intimidazione in grado di determinare soggezione nei terzi.

Riproponendo il paragone con il gruppo d'imprese si potrebbe affermare che in casi del genere la controllata si avvale della notorietà del “marchio” della controllante per occupare più agevolmente una nuova fetta di mercato sino a quel momento inesplorata.

Del resto, la stessa ordinanza presidenziale del luglio 2019 sembrerebbe suggerire queste considerazioni ove chiarisce che l'effettività dell'intimidazione può promanare *“dalla diffusa consapevolezza”* nell'ambiente circostante *“del collegamento”* della cosca decentralizzata *“con l'organizzazione principale”*.

Dunque, rileva la presenza di una originaria forza di intimidazione, attivamente operante anche presso l'inedita area di riferimento grazie alla capacità del nuovo sodalizio di palesarne in modo immanente la coattività, purché poi sia corroborata sul piano probatorio la correlazione eziologica con una condizione di assoggettamento (generica)³⁶.

Tuttavia, sembra opportuno precisare che tale modo di essere potrebbe rivelarsi in sé intimidatorio nella misura in cui la fama criminale della mafia “storica” sia ben nota al contesto sociale ove è radicato il sodalizio periferico.

In quest’ottica, relativamente alle regioni settentrionali, tale presupposto può dirsi (forse) appurato solo con riferimento a certe associazioni, tra le quali l’ndrangheta, stante il suo trasversale prestigio criminale domestico³⁷, fermo restando che tale asserita notorietà dovrebbe di volta in volta essere oggetto di accertamento probatorio in rapporto al particolare *locus commissi delicti*³⁸.

Nondimeno, occorre rilevare che tale impostazione - sebbene per molti raggiunga il “giusto” equilibrio tra esigenze di tutela oggettiva dei beni protetti e garanzie individuali - è criticata aspramente da parte di quella dottrina che richiede un *quid pluris*, nel senso che unitamente al possesso del prestigio criminale acquisito dal sodalizio d’origine dovrebbero essere eseguite specifiche violenze materiali e morali, quantomeno nella forma del tentativo³⁹.

Eppure, si osserva che questa posizione dottrinale detta criteri eccessivamente rigidi e finisce per “chiedere troppo o troppo poco”⁴⁰.

Chiederebbe troppo nei casi in cui l’associazione abbia già ottenuto esternamente una fama criminale talmente solida da consentirle di poter effettivamente intimidire senza nemmeno ricorrere alla soglia minima della minaccia penalmente rilevante.

Chiederebbe troppo poco nei casi in cui reiterati atti di violenza e minaccia siano in grado di costituire il sintomo di una forza intimidatrice ancora in divenire: fino a quando l’associazione non riesce a creare paura e dipendenza di per sé stessa - anche a prescindere da atti concreti di minaccia e violenza - significa che non ha ancora saputo dotarsi di una carica intimidatoria autonoma⁴¹.

6. Osservazioni conclusive.

Al di là della presenza o meno di un collegamento funzionale con una delle mafie “storiche”, appare evidente che i nuovi fenomeni associativi si discostino dal modello preso come riferimento dal legislatore al momento dell’introduzione dell’art. 416bis c.p. perché generalmente non costituiscono i vincoli di assoggettamento e omertà con atti eclatanti.

A questo proposito è stato chiarito che il “metodo mafioso” può dirsi effettivo sebbene esternato “avvalendosi di quella forma di intimidazione, per certi

aspetti più temibile, che deriva dal non detto, dall’acennato, dal sussurrato, dall’evocazione di una potenza criminale cui si ritenga vano resistere”⁴².

Anche questo modo di essere dell’associazione, di fatti, può risultare concretamente idoneo a porsi in relazione causale con l’assoggettamento (generico), e l’omertà che a sua volta ne discende.

Mafia “silente” non può corrispondere ad assenza di forza intimidatrice in termini effettivi: tale terminologia può trovare cittadinanza esclusivamente se utilizzata per rimarcare che certi sodalizi fanno ausilio di un linguaggio evocativo, che si potrebbe dire “criptato”, tra le righe del quale è nascosta un’apprezzabile carica intimidatoria empiricamente riscontrabile. Solo in questi termini può parlarsi di un modo di essere tipicamente mafioso, che semmai, diversamente dal passato, difficilmente si palesa all’osservatore estraneo alle dinamiche dell’ambiente di riferimento: il messaggio intimidatorio promanante dall’associazione in quanto tale viene solo sussurrato e dunque occorre l’obbligo di “decodificarlo”⁴³.

È innegabile, pertanto, che in casi di tal fatta l’accusa sia chiamata ad uno sforzo immane sotto il profilo probatorio⁴⁴, siccome si trova costretta ad individuare la “chiave di volta” attraverso cui accedere ad un linguaggio nuovo e sfuggente, che tuttavia può rivelarsi, se decryptato, in grado di ingenerare un alone di intimidazione diffuso, o quanto meno il controllo di alcuni settori dell’ambiente circostante.

Per tali ragioni chi scrive ritiene vadano accolti con favore i passaggi argomentativi del Tribunale di Reggio Emilia nella parte in cui, ribadendo l’esigenza di verificare la sussistenza di una forza intimidatrice attuale ed effettiva, chiarisce che la stessa può concretizzarsi attraverso lo sfruttamento della fama criminale consolidatasi nel tempo, nonché mediante la capacità di esercitare violenze o minacce anche solo implicite, allusive e ambientali.

A onor del vero, pur trattandosi, astrattamente, di fenomenologie criminali che rientrano nel tipo legale, queste alle volte paiono dotate di una carica offensiva inferiore rispetto a quella che ha caratterizzato in passato alcuni sodalizi “tradizionali”.

Di talché, in nome del principio di proporzionalità, si dovrebbe tenere conto di questo minor grado di offensività non già in termini di *an* - ovverosia in ordine alla sussistenza o meno della fattispecie di cui all’art. 416bis c.p. - bensì nel momento in cui l’organo giudicante debba stabilire il *quantum* di pena da

applicare al caso concreto, tenendo conto dei parametri indicati all'art. 133 c.p..

Ove invece la carica sopraffattrice non venga affatto esternata, nemmeno nelle particolari forme sinora descritte, il fenomeno dovrebbe ritenersi estraneo al perimetro del 416bis c.p.⁴⁵.

Come è stato icasticamente osservato, "essere 'ndranghetista, soprattutto fuori dalla Calabria dove

realmente la 'ndrangheta permea ogni aspetto della vita sociale ed economica, non vuol dire necessariamente, in assenza di concrete dimostrazioni di fatto, fare lo 'ndraghetista"⁴⁶.

Matteo Gambarati

Magistrato ordinario in tirocinio.

¹ Introdotta nel codice penale con la legge Rognoni-La Torre del 1982; sul tema v. ex plurimis, R. BERTONI, *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in *Cass. pen.*, 1983, 1017; G. FORTI, *Art. 416 bis c.p.*, in *Comm. Breve Dir. Pen.*, CRISPI STELLA ZUCCALÀ, (a cura di), 2008, 983 ss.

² Cfr. I. MERANDA e C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416bis tra teoria e diritto vivente*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 24 gennaio 2019.

³ Sul tema si rimanda a G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *corteappellomilano.it*; O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 5 novembre 2012; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano, 2011, 63 e ss.; F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 26 aprile 2016.

⁴ Così letteralmente L. FORNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale?*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 9 giugno 2016.

⁵ Trib. Reggio Emilia, 10 luglio 2019, n. 1155, in questa *Rivista*, <http://www.giurisprudenzapenale.com/2019/11/23/depositata-la-sentenza-del-tribunale-reggio-emilia-nel-processo-aemilia/>.

⁶ Cass. pen., Sez. II, ord. 28 aprile 2015, nn. 15807 e 15808. Con provvedimento presidenziale del 28 aprile 2015, reso ai sensi dell'art. 172 disp. att. cod. proc. pen., gli atti venivano restituiti alla Sezione rimettente.

⁷ Cass. pen., Sez. I, ord. 17 aprile 2019, n. 15768, con nota di L. NINNI, *Alle Sezioni Unite la questione della configurabilità del delitto di associazione di tipo mafioso con riguardo ad articolazioni periferiche di un sodalizio mafioso in aree "non tradizionali"*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, fasc. 6/2019, 23 ss.. Con provvedimento presidenziale del luglio 2019, reso ai sensi dell'art. 172 disp. att. cod. proc. pen., gli atti venivano restituiti alla Sezione rimettente.

⁸ Di certo non avrà colto con favore tale provvedimento C. VISCONTI, *I giudici di legittimità ancora alle prese con la "mafia silente" al Nord: dicono di pensarla allo stesso modo, ma non è così*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 5 ottobre 2015, il quale, già nel 2015, aveva manifestato diverse riserve in ordine alla decisione del Primo Presidente delle Sezioni Unite di non dirimere il contrasto ritenendolo componibile.

⁹ A favore di questa tesi A. BALSAMO e S. RECCHIONI, *Mafie al nord. L'interpretazione dell'art. 416 bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 18 ottobre 2013, 19 ss.; R. BERTONI, *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, cit., 1018; R. M. SPARAGNA, *Metodo mafioso e c.d. mafia silente nei più recenti approdi giurisprudenziali*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 10 novembre 2015; in giurisprudenza Cass. pen., Sez. I, n. 5888, 10 gennaio 2012, Garcea, Rv. 252418; Cass. pen., Sez. II, n. 4304, 11 gennaio 2012, Romeo, Rv. 252205; Cass. pen., Sez. V, n. 45711, 2 ottobre 2003, Peluso, Rv. 227994; Cass. pen., Sez. V, n. 38412, 25 giugno 2003, Di Donna, Rv. 227361.

¹⁰ I. MERANDA e C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416bis tra teoria e diritto vivente*, cit., ove si afferma che "il metodo mafioso oggettivamente inteso, richiedendo una sua esteriorizzazione per essere accertato processualmente, favorisce un giudizio sulle persone per quel che "fanno" e non su quel che "sono"; in giurisprudenza Cass. Pen., sez. F, 12 settembre 2013, n. 44315, Cicero, Rv. 258637; Cass. pen., Sez. I, 16 maggio 2011, Baratto, n. 25242, Rv. 250704; Cass. pen., Sez. I, 10 luglio 2007, n. 34974, Brusca, Rv. 237961; Cass. pen., Sez. V, n. 19141, 13 febbraio 2006, Bruzzaniti, Rv. 234403; Cass. Pen., sez. VI, 11 gennaio 2000, Ferone, Rv. 216632; Cass. pen., Sez. 5, n. 4307, del 19 dicembre 1997, Magnelli, Rv. 211071.

¹¹ Per un'ulteriore argomentazione di tipo storico a sostegno della tesi G. DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico*, Milano, 1988.

¹² R. CANTONE, voce *Associazione di tipo mafioso*, in *Dig. disc. pen.*, Milano, 2011, 12 ss.; G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, III ed. aggiornata, 2015, 124.

¹³ G.A. DE FRANCESCO, voce *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Milano, 1987, 312 ss.; A. INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993.

¹⁴ G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 144; in giurisprudenza tale distinzione tra "assoggettamento generico" e "assoggettamento specifico" è stata recepita da Cass. pen., Sez. VI, 10 aprile 2015, n. 24535.

¹⁵ Contra. L. FORNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale?*, cit., il quale pur riconoscendo che l'associazione di stampo mafioso sia reato di pericolo chiarisce che "lo è nel

senso che la avvenuta realizzazione dei suoi elementi costitutivi mette a rischio l'ordine pubblico, oltre che – almeno quando si tratti di organizzazioni di grandi dimensioni – beni giuridici come l'ordine economico, la libera partecipazione dei cittadini alla vita politica ed altri ancora. Non, invece, nel senso che la presenza degli elementi costitutivi della fattispecie si possa manifestare, o probabilmente si manifesterà, in futuro. Stravolgere questa ovvietà per sostenere l'incriminazione di mere potenzialità, per quanto serie, di futuro avvalimento di un metodo mafioso non ancora in atto (ma semplicemente “pronosticato” in base a legami con associazioni radicate in aree tradizionali) varca i limiti di tipicità della norma, fino a ridurre l'associazione mafiosa a un vero e proprio doppiopone dell'associazione per delinquere”.

¹⁶ I. MERANDA e C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416bis tra teoria e diritto vivente*, cit., ove si afferma “che le finalità programmatiche perseguite dal sodalizio criminale costituiscano la fonte di un pericolo imminente per la collettività e che da questo punto di vista il delitto di associazione mafiosa va considerato un reato di pericolo, sono rilievi in sé non censurabili. Ma l'equivoco è un altro: ossia che la giurisprudenza, enfatizzando la natura di reato di pericolo dell'associazione mafiosa, finisce per ignorare o addirittura escludere la dimensione del danno, attuale ed effettivo, connesso proprio al requisito di fattispecie oggettivamente inteso e incarnato nel metodo mafioso.”

¹⁷ Sono di questo avviso G. DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1998, 385 ss.; C. VISCONTI, *Mafie straniere e 'ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell'art 416bis?*, in Dir. pen. cont. – Riv. trim., 1/2015, 381, ove si afferma che “Se si vuole davvero rimanere fedeli – al di là di comode scorciatoie probatorie di tipo presuntivo – ai vincoli imposti dal ricorso al modello del reato associativo a struttura mista, sembrerebbe allora non residuare altra possibilità se non quella di recuperare, con limitato riferimento ai contesti ambientali tradizionalmente immuni dal controllo mafioso del territorio, l'impostazione ricostruttiva di chi, con più generale riferimento ai contesti territoriali di tradizionale radicamento, aveva ritenuto necessario il compimento di specifici atti di sfruttamento della forza di intimidazione”.

¹⁸ L'espressione è di G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 124 ss.; tuttavia l'utilizzo di tale concetto non è stato accolto con favore da A. INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., 63 ss. perché, secondo l'autore, tale stato permanente di timore diffuso nel territorio in cui opera l'associazione è difficile da distinguere dalla condizione di assoggettamento e di omertà.

¹⁹ È di questo avviso A. MADEO, *Riscossione organizzata di tangenti da parte di pubblici ufficiali, intimidazione dei concussi e configurabilità dell'associazione di tipo mafioso*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1996, 705.

²⁰ G. BORRELLI, *Il metodo mafioso, tra parametri normativi e tendenze evolutive*, in Cass. pen., 2007, 2781 ss.; G.A. DE FRANCESCO, voce *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in Dig. d. pen., vol. I, Milano, 1987, 310; G. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996, 72.

²¹ G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1997; G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 126.

²² Sul problematico rapporto tra le associazioni criminali straniere e l'art. 416bis c.p. si rimanda a G. AMATO, *Mafie etniche, elaborazione e applicazione delle massime di esperienza: le criticità derivanti dall'interazione tra “diritto penale giurisprudenziale” e legalità*, in Dir. pen. cont. – Riv. trim., fasc. 1/2015, 266 ss.; C. VISCONTI, *Mafie straniere e 'ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell'art 416bis?*, cit., 354 ss.; in giurisprudenza Cass. 30 maggio 2001, Hsiang Khe Zi, in Foro it., 2004, 6 (sulla mafia cinese a Firenze); Cass. 13 marzo 2007, I.E.I., in Dir. imm. e citt., 2008, 209 (sulla mafia nigeriana a Torino); Trib. Bari 28 marzo 2003, Chen Jan Zhong, in Foro it., 2004 (sui cinesi levantini a Bari); in Foro it., 2007, II, p. 510.

²³ V. in particolare Cass. pen., Sez. V, 3 marzo 2015, n. 31666, Bandiera, Rv. 264471 (nel processo c.d. Albachiera) ove si afferma che “può senz'altro ritenersi che, una volta raggiunta la prova dei connotati distintivi della 'ndrangheta e del collegamento con la casa madre, la nuova formazione associativa sia, già in sé, pericolosa per l'ordine pubblico, indipendentemente dalla manifestazione di forza intimidatrice nel contesto ambientale in cui è radicata. I singoli partecipanti, che erano, di certo, ben consapevoli di non aderire ad un circolo ricreativo o ad un'associazione no-profit, sono stati giustamente chiamati a rispondere del reato di cui all'art. 416 bis c.p.”; Cass. pen., Sez. V, n. 28722, 24 maggio 2018, Demasi, Rv. 273093 Cass. pen., Sez. II, 28 marzo 2017, n. 24850, Cataldo A., Rv. 270290.

²⁴ Per assoggettamento si intende comunemente una condizione di succubanza o di soggezione psicologica in capo alle potenziali vittime, mentre per omertà si intende il rifiuto generalizzato di collaborare con le autorità statali.

²⁵ In termini critici si sono espressi A. APOLLONIO, *Rilievi critici sulle pronunzie di “mafia capitale”: tra l'emersione di nuovi paradigmi e il consolidamento nel sistema di una mafia solo giuridica*, in Cass. pen., 2016, 112 ss.; L. FORNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al “pericolo d'intimidazione” derivante da un contesto criminale?*, cit.;

²⁶ Tra le tante Cass. pen., Sez. I, n. 55359 del 17 giugno 2016, Pesce, Rv. 269043; Cass. pen., Sez. VI, n. 34874, 15 luglio 2015, Paletta, Rv. 264647; Cass. pen., Sez. II, n. 34147, 30 aprile 2015, Perego, Rv. 264623; Cass. pen., Sez. II, n. 25360, 15 maggio 2015, Concas, Rv. 264120; Cass. pen., Sez. VI, n. 50064, del 16 agosto 2015, Barba, Rv. 26565.

²⁷ Sulla “processualizzazione delle categorie sostanziali”, ovvero sia il fenomeno per cui il materiale probatorio disponibile condiziona la costruzione dei concetti sostanziali, G. AMATO, *Mafie etniche, elaborazione e applicazione delle massime di esperienza: le criticità derivanti dall'interazione tra “diritto penale giurisprudenziale” e legalità*, cit.; C. VISCONTI, *Mafie straniere e 'ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell'art 416bis?*, cit., 379.

²⁸ Trib. Reggio Emilia, 10 luglio 2019, cit., 1942.

²⁹ Trib. Reggio Emilia, 10 luglio 2019, cit., 1934.

³⁰ Trib. Reggio Emilia, 10 luglio 2019, cit., 1933.

³¹ Così letteralmente G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 129.

³² Trib. Reggio Emilia, 10 luglio 2019, cit..

³³ G.M. FLICK, *L'associazione a delinquere di tipo mafioso. Interrogativi e riflessioni sui problemi proposti dall'art. 416-bis c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 855; G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 128, ove con un interessante parallelismo si dice che "la forza intimidatrice de vincolo associativo fa parte del "patrimonio aziendale" dell'associazione di tipo mafioso, così come l'avviamento commerciale fa parte dell'azienda".

³⁴ Sul tema si rimanda a M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "neminco"*, in *Cass. pen.*, 2006, 735 ss.; M. DONINI e M. PAPA, (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, n. 4/2006, 674 ss..

³⁵ G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 126 e 148, ove in tema di forza intimidatrice parla di "una capacità ricollegabile alla "pubblica memoria" della sua pregressa attività sopraffattrice, e quindi ad una geniale percezione della sua terribile efficienza nell'esercizio della coercizione fisica, o comunque della sua consolidata consuetudine di violenza e prevaricazione" e con specifico riferimento alla cellula "delocalizzata" afferma che "l'associazione derivata (il "locale" di 'ndrangheta dislocatosi in area lontana dalla casa madre) sarà configurabile come associazione di tipo mafioso non appena sia apprezzabile un suo sfruttamento (ancorché solo inerziale) della forza di intimidazione ricollegabile alla casa madre, tale da produrre una soglia di assoggettamento generico in un campione significativo di popolazione dimorante e operante in quell'area".

³⁶ Sembraerebbe sostanzialmente di questo parere L. FARNARI, *Il metodo mafioso: dall'effettività dei requisiti al "pericolo d'intimidazione" derivante da un contesto criminale?*, cit. ove reputa corretto "specificare", come sovente avviene, che la "forza di intimidazione" tende a presentarsi, quando sfrutta una reputazione criminale già acquisita, come una "capacità di intimidazione", ma deve essere chiaro che detta capacità si deve radicare nella diffusa consapevolezza di un rischio imminente di esibizioni di una forza già collaudata".

³⁷ In termini *Cass. pen.*, Sez. V, 20 dicembre 2013, n. 14582, D'Onofrio, ove si chiarisce che "in linea di principio, non sarebbe neppure indispensabile la commissione effettiva di condotte di intimidazione per ritenere configurabile un reato associativo siffatto (anche in ambiti geografici diversi da quelli tradizionalmente ricollegabili alle varie tipologie storico-culturali delle organizzazioni criminali italiane), a condizione, però, che risulti aliunde dimostrata una tale diffusione della consapevolezza della capacità criminale dell'associazione da rendere inutile l'esigenza che di quella capacità si sia data prova conclamata. Il che comporta comunque l'adozione di atti materiali, per quanto non intimidatori, dei quali il tessuto sociale in cui l'organizzazione risulti inserita abbia avuto obbiettiva contezza".

³⁸ Dunque non può essere considerato fatto notorio e nemmeno massima d'esperienza destituita di riscontri empirici: occorre verificare in concreto tale notorietà, magari anche attraverso l'ausilio di esperti, come ha fatto Trib. Rimini, 14 marzo 2006, cit.; a questo riguardo si rinvia a G. AMATO, *Mafie etniche, elaborazione e applicazione delle massime di esperienza: le criticità derivanti dall'interazione tra "diritto penale giurisprudenziale" e legalità*, cit. 269 ss..

³⁹ Sono di questa opinione G. DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, cit.; C. VISCONTI, *Mafie straniere e 'ndrangheta. Una sfida alla tenuta dell'art 416bis?*, cit., 381.

⁴⁰ I. MERENDA e C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416bis tra teoria e diritto vivente*, cit., 8; G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 135.

⁴¹ In questi termini Trib. Bari 28 marzo 2003, Chen Jan Zhong, cit., che ha escluso la natura mafiosa di un'associazione di cinesi levantini rilevando che "non è in grado di un'autonoma capacità intimidatrice, che invece è determinata solo da specifici atti di violenza nei confronti dei singoli clandestini che si ribellano".

⁴² Letteralmente *Cass. pen.*, Sez. II, 23 febbraio 2015, n. 15412, Agresta, la quale chiarisce che "meglio sarebbe ridefinire la nozione di cd. mafia silente non già come associazione criminale aliena dal cd metodo mafioso o solo potenzialmente disposta a farvi ricorso, bensì come sodalizio che tale metodo adopera in modo silente"; contra. *Cass. pen.*, Sez. V, n. 19141, 13 febbraio 2006, Bruzzaniti, Rv. 234403, che ritiene incompatibile il concetto di mafia silente con l'esteriorizzazione richiesta dall'art. 416bis c.p..

⁴³ C. VISCONTI, *Mafie straniere e 'ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell'art 416bis?*, cit., 354, il quale sostiene che "molto dipende dalla professionalità degli investigatori: ossia dalla loro attitudine a leggere la realtà indagata in modo complesso e culturalmente disponibile a declinare il "metodo mafioso" in forme – per dir così non etnocentriche".

⁴⁴ AA.VV., *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, GAITO e SPANGHER, (a cura di), Torino, 2013; LA SPINA, *Riconoscere le organizzazioni mafiose oggi: neo-formazione, trasformazione, espansione e repressione in prospettiva comparata*, in M. SANTORO, (a cura di), *Riconoscere le mafie*, Bologna, 2015, 95 e ss..

⁴⁵ In termini *Cass. pen.*, Sez. VI, 22 gennaio 2015, n. 18459, Barbaro, Rv. 254031, ove a chiare lettere si conferma che il delitto di associazione mafiosa si contraddistingue per il "metodo utilizzato, consistente nell'avvalersi della forza intimidatrice che promana dalla stessa esistenza dell'organizzazione, alla quale corrisponde un diffuso assoggettamento nell'ambiente sociale e dunque una situazione di generale omertà. L'associazione si assicura così la possibilità di commettere impunemente



TRIMESTRALE, 1, 2020

più delitti e di acquisire o conservare il controllo di attività economiche private o pubbliche, determinando una situazione di pericolo per l'ordine pubblico economico. La situazione di omertà deve ricollegarsi essenzialmente alla forza intimidatrice dell'associazione. Se essa è invece indotta da altri fattori, si avrà l'associazione per delinquere semplice”.

⁴⁶ Letteralmente G.u.p. Genova, 9 novembre 2012, n. 1351, Barillaro, in *mafieinliguria.it*.

Violenza assistita e maltrattamenti in famiglia: le modifiche introdotte dal c.d. codice rosso.

di **A. Massaro, G. Baffa, A. Laurito**

La crescente attenzione riservata, non solo in ambito giuridico, al fenomeno della violenza assistita si è tradotta in un suo esplicito riconoscimento normativo da parte del legislatore penale, prima con la l. n. 119 del 2013 (legge sulla violenza di genere) e poi con la l. n. 69 del 2019 (c.d. codice rosso).

La legge del 2019, in particolare, è intervenuta sulla formulazione dell'art. 572 c.p. Lo scopo è chiaramente quello di razionalizzare il quadro normativo di riferimento, anche se la nuova versione dell'art. 572 c.p. non manca di suscitare perplessità sul piano ricostruttivo-sistematico.

SOMMARIO. 1. Il superamento del bene/valore “famiglia” come necessaria premessa agli interventi di riforma. – 2. L’escalation di tutela del minore “vittima” di reato. Esigenze politico-criminali e (prevedibili) problemi di coordinamento. – 3. Mancata coincidenza terminologica tra il secondo e il quinto comma dell’art. 572 c.p.: «in presenza o in danno» vs «assiste». – 4. Mancata coincidenza “soggettiva” tra il secondo e il quinto comma dell’art. 572 c.p.: il minore “vale più” della donna in stato di gravidanza e della persona disabile? – 5. Rischio di un *bis in idem* sostanziale? – 6. Verso un nuovo concetto di “persona offesa”?

1. Il superamento del bene/valore “famiglia” come necessaria premessa agli interventi di riforma.

Se nei decenni scorsi il diritto penale privilegiava un atteggiamento di “non ingerenza” nel complesso universo delle dinamiche familiari, la tendenza attuale sembra ispirata a un più marcato interventismo: l’attenzione, tuttavia, si concentra non tanto sulla “famiglia”, intesa come autonomo (e non meglio definito) oggetto di tutela penale, quanto piuttosto sui singoli componenti della stessa, in quanto persone titolari di propri interessi¹.

In questo contesto si inserisce anche la crescente attenzione riservata, da parte del legislatore penale, ai fenomeni di c.d. violenza assistita o indiretta² comprensiva di quelle condotte che, pur non traducendosi in forme di violenza fisica direttamente rivolte, in particolare, a un soggetto vulnerabile cagionino allo stesso sofferenze morali capaci di incidere in maniera negativa sulla sua integrità psico-fisica³. Se la violenza assistita si trova calata entro la più ampia cornice della violenza domestica, la casistica di riferimento è quella del minore costretto ad assistere ad episodi di violenza rivolti a un soggetto, solitamente la madre, cui sia legato da vincoli affettivi.

A fronte di fenomeni di questo tipo, la fattispecie chiamata a sorreggere il peso di una risposta penale indubbiamente non scontata è anzitutto quella dei maltrattamenti contro familiari o conviventi (art. 572

c.p.), che, del resto, ha visto progressivamente ampliare la propria sfera di operatività: si pensi alla rilevanza attribuita dalla giurisprudenza ai c.d. maltrattamenti omissivi⁴ e al concorso per omissione in condotte commissive maltrattanti⁵ o, ancora, alla sostanziale “riscrittura” legislativa del concetto di “famiglia”⁶.

Non è un caso che anche gli interventi legislativi in materia di violenza di domestica e/o di genere, approdati di recente al c.d. codice rosso, abbiano “chiamato in causa” l’art. 572 c.p., modificandone ulteriormente l’ambito applicativo. La linea di tendenza è stata quella di prevedere degli aggravamenti di pena qualora la violenza assistita si collochi nel più ampio contesto dei maltrattamenti in famiglia, anche se il percorso seguito (tanto dal legislatore quanto della giurisprudenza) risulta indubbiamente complesso e non scontato sul piano interpretativo.

2. L’escalation di tutela del minore “vittima” di reato. Esigenze politico-criminali e (prevedibili) problemi di coordinamento.

La l. n. 119 del 2013 (di conversione del d.l. n. 93 del 2013) ha introdotto all’art. 61, n. 11-*quinqies* c.p. una circostanza aggravante applicabile quando, nei delitti non colposi contro la vita e l’incolumità individuale, contro la libertà personale nonché nel delitto di cui all’articolo 572 c.p., il fatto fosse commesso in presenza o in danno di un minore di anni diciotto

ovvero in danno di persona in stato di gravidanza⁷. La stessa legge abrogava l'allora secondo comma dell'art. 572 c.p., che prevedeva un aumento di pena per il fatto commesso in danno di persona minore degli anni quattordici⁸.

Ai fini di pervenire a un coerente coordinamento sistematico tra l'art. 61, n. 11-*quiquies* c.p. e la fattispecie di maltrattamenti in famiglia, la giurisprudenza era pervenuta a distinguere due ipotesi⁹, con evidenti ripercussioni sul piano processuale.

Nel caso in cui le condotte vessatorie commesse nei confronti dell'altro genitore si traducevano in veri e propri maltrattamenti (in forma omissiva) del minore, la Corte di cassazione, sviluppando un orientamento già emerso nella giurisprudenza di legittimità¹⁰, concludeva per la "diretta" applicabilità dell'art. 572 c.p.: in questo caso il minore sarebbe stato considerato persona offesa del reato, con la conseguente possibilità di costituirsi parte civile. Queste sono le ipotesi che si potrebbero definire di *violenza assistita-maltrattamento*¹¹.

Qualora invece il minore "fosse stato presente" agli atti di violenza, senza però che nei suoi confronti potesse considerarsi superata la soglia dei maltrattamenti, avrebbe trovato applicazione l'art. 61, n. 11-*quiquies* c.p. e il minore non avrebbe potuto considerarsi soggetto passivo del reato¹². Queste sono le ipotesi che si potrebbero definire di *violenza assistita "semplice"*.

Intervenendo su questo assetto normativo, la legge n. 69 del 2019 (c.d. codice rosso) ha modificato tanto la formulazione dell'aggravante prevista all'art. 61, n. 11-*quiquies* c.p. quanto quella dell'art. 572 c.p.¹³.

Più nel dettaglio, dall'art. 61, n. 11-*quiquies* c.p. è stato "espunto" il riferimento all'art. 572 c.p., facendo transitare l'aggravante direttamente nel testo dello stesso articolo. L'attuale comma secondo dell'art. 572 c.p. prevede infatti che *la pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso in presenza o in danno di persona minore, di donna in stato di gravidanza o di persona con disabilità come definita ai sensi dell'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero se il fatto è commesso con armi*. Il successivo comma quinto precisa poi che *il minore di anni diciotto che assiste ai maltrattamenti di cui al presente articolo si considera persona offesa dal reato*.

Si tratta chiaramente di una modifica volta a rafforzare la tutela del minore, soprattutto in sede processuale, tentando di stabilizzare per via legislativa quelle conclusioni cui era già pervenuta la giurisprudenza antecedente alla riforma. La formulazione

delle nuove disposizioni, tuttavia, potrebbe presentare delle criticità a livello interpretativo, con le quali è possibile che la giurisprudenza sia chiamata presto a confrontarsi.

3. Mancata coincidenza terminologica tra il secondo e il quinto comma dell'art. 572 c.p.: «in presenza o in danno» vs «assiste».

Il primo aspetto problematico attiene alle scelte terminologiche del legislatore del 2019 e, in particolare, alla necessità (o meno) di coordinarle rispetto al linguaggio che si stava consolidando nella giurisprudenza *ante* riforma.

Il secondo comma dell'art. 572 c.p., riprendendo la formulazione dell'art. 61, n. 11-*quiquies* c.p., parla di "*fatto commesso in presenza o in danno del minore*", mentre nel quinto comma si fa riferimento al "*minore che assiste ai maltrattamenti*".

La giurisprudenza antecedente al 2019 aveva interpretato in senso ampio il concetto di "presenza" ai fini dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-*quiquies* c.p., precisando tanto che non fosse necessaria l'effettiva comprensione, da parte del minore, della portata offensiva delle condotte poste in essere, quanto che l'aumento di pena potesse operare anche nei casi in cui la condotta violenta non fosse avvenuta "davanti agli occhi" del minore: «*L'aggravante – osservavano i giudici di legittimità – è in definitiva configurabile tutte le volte che il minore degli anni diciotto percepisca la commissione del reato, pur non assistendovi direttamente, anche quando la sua presenza non sia visibile all'agente, sempre che costui ne abbia la consapevolezza, ovvero avrebbe dovuto averla usando l'ordinaria diligenza*»¹⁴. Il concetto di "in presenza", detto altrimenti, non sarebbe stato coincidente con quello di "al cospetto", sia dal punto di vista materiale (condotta posta in essere al cospetto e dunque davanti agli occhi del minore), sia dal punto di vista soggettivo (consapevolezza da parte dell'autore che il fatto è commesso in presenza del minore).

La giurisprudenza, dunque, individuava una dicotomia tra il "minore che percepisce" e il "minore che assiste", configurando quest'ultima come ipotesi più restrittiva rispetto alla prima.

Se si mantenesse inalterata questa lettura anche in riferimento ai nuovi commi dell'art. 572 c.p., dovrebbe concludersi che il minore possa assumere la qualifica di persona offesa solo nei casi nei quali assista direttamente ai maltrattamenti, e non in tutte le ipotesi in cui si configurerebbe l'aggravante. A meno

che non si ritenga di poter leggere in maniera omogenea il secondo e il quinto comma, considerando essenzialmente come sinonimi il concetto di “maltrattamenti commessi in presenza del minore” e “maltrattamenti cui il minore assiste”.

4. Mancata coincidenza “soggettiva” tra il secondo e il quinto comma dell’art. 572 c.p.: il minore “vale più” della donna in stato di gravidanza e della persona disabile?

Un secondo elemento di potenziale criticità attiene alla valorizzazione della tutela del minore rispetto a quella di altri soggetti vulnerabili, ai quali pure si riferiscono le disposizioni in materia di violenza assistita.

Il quinto comma dell’art. 572 c.p. attribuisce la qualifica di persona offesa al solo minore di anni diciotto, mentre l’aggravante del secondo comma si applica anche ai maltrattamenti commessi in presenza o in danno di donna in stato di gravidanza o di soggetto disabile. Il disallineamento normativo, che quindi potrebbe considerarsi viziato sul piano della ragionevolezza, sembra giustificarsi, nell’ottica del legislatore, in ragione della maggiore pericolosità (presunta) insita nella condotta di maltrattamento cui assista un minore¹⁵.

Dovrebbe in ogni caso restare ferma la possibilità di considerare come vittima-persona offesa anche la donna incinta o il disabile, qualora si riesca a provare la sussistenza di veri e propri maltrattamenti nei loro confronti, già tipici alla stregua dell’art. 572, primo comma, c.p.

Se così fosse, la disposizione del quinto comma finirebbe per risolversi in una semplificazione probatoria in relazione al soggetto minore: sebbene, come del resto affermato dalla giurisprudenza già prima del 2013, il minore possa costituire “direttamente” persona offesa del reato di maltrattamenti, con la riforma del 2019 è sufficiente provare che abbia assistito a dei maltrattamenti rilevanti ex art. 572 c.p., semplificando di molto l’onere della prova a carico del pubblico ministero.

5. Rischio di un *bis in idem* sostanziale?

Le considerazioni sintetizzate nel punto precedente determinano un’ulteriore questione problematica. Qualora, in effetti, risultasse chiaramente dimostrato che il minore è “direttamente” soggetto passivo del delitto di maltrattamenti, si determinerebbe già, sulla base del solo primo comma dell’art. 572 c.p., un concorso formale tra il reato commesso ai danni

dell’altro componente del nucleo familiare e quello che si configura a danno del minore.

In questi casi non solo l’ultimo comma dell’art. 572 c.p. diverrebbe superfluo, ma, applicando l’aggravante obbligatoria del secondo comma, si perverrebbe a una doppia valutazione negativa della medesima condotta di maltrattamento: come elemento che integra la tipicità del reato e come presupposto della circostanza aggravante. Da ciò deriverebbe una violazione del *ne bis in idem* sostanziale e, in ogni caso, un dubbio di legittimità costituzionale sul piano della proporzione della risposta sanzionatoria¹⁶.

6. Verso un nuovo concetto di “persona offesa”?

Se si volessero “contestualizzare” i recenti interventi legislativi in materia di violenza assistita e di maltrattamenti in famiglia, dovrebbe certamente evidenziarsi la costante tendenza verso un diritto penale orientato non solo e non tanto alla costruzione di “tipi d’autore”, ma anche e soprattutto alla valorizzazione di “tipi di vittima”.

Le costruzioni più tradizionali della teoria generale del reato focalizzano la propria attenzione sul soggetto attivo, tendendo a marginalizzare il possibile ruolo della vittima sul versante tanto degli istituti di parte generale quanto della descrizione delle singole fattispecie incriminatrici.

Lo stesso concetto di “vittima”, del resto, fatica ad affermarsi a livello normativo¹⁷: il codice penale e il codice di procedura penale fanno piuttosto riferimento alla persona offesa dal reato per indicare il soggetto titolare dell’interesse giuridico offeso, distinto dal soggetto danneggiato.

L’attenzione alla vittima ha assunto una rilevanza progressivamente crescente, tanto come possibile strumento di limitazione della responsabilità penale¹⁸ quanto in funzione di criminalizzazione o, comunque, di ampliamento della sfera del penalmente rilevante¹⁹.

In relazione a questo secondo aspetto, il riferimento è soprattutto all’introduzione di norme volte a rafforzare la tutela penale in presenza di soggetti considerati particolarmente vulnerabili²⁰, rispetto alle quali l’emersione di un particolare tipo d’autore è “solo” la conseguenza dell’attenzione posta a un determinato tipo di vittima.

La tendenza cui si è fatto rapido cenno va di pari passo alla emancipazione del concetto criminologico di “vittima” da quello tecnico-giuridico di “persona offesa”²¹.

Posto però che, sulla base dell'attuale diritto positivo, solo alla persona offesa sono attribuite determinate "prerogative" sul piano processuale, il legislatore sembra concedere spazi di ingresso al concetto ampio di vittima attraverso una riscrittura del concetto di persona offesa. Qualora la tendenza in questione risultasse confermata, magari in presenza di altre categorie di vittime vulnerabili, le implicazioni sistematiche che ne conseguirebbero sarebbero certamente di rilievo.

Antonella Massaro

Professore associato di diritto penale nell'Università degli Studi "Roma Tre".

Giulio Baffa

Dottorando di ricerca in diritto penale presso l'Università degli Studi "Roma Tre".

Alessandro Laurito

Dottorando di ricerca in diritto penale presso l'Università degli Studi "Roma Tre".

¹ Per tutti i necessari riferimenti S. RIONDATO, *Introduzione a «famiglia» nel diritto penale italiano*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. IV, Giuffrè, 2011, 3 ss.

² Sul concetto di violenza assistita nell'evoluzione giurisprudenziale v. D. FALCINELLI, *La "violenza assistita" nel linguaggio del diritto penale. Il delitto di maltrattamenti in famiglia aggravato dall'art. 61 n. 11 quinquies c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2017, 173 ss.

³ In particolare, in relazione alla vittima minore, v. *amplius* M. BERTOLINO, *Il minore vittima del reato*, Giappichelli, 2008.

⁴ Cass., Sez. VI pen., 29 gennaio 2015, n. 4332, in *Dejure*, secondo cui possono integrare il delitto di cui all'art. 572 c.p. non solo fatti commissivi, ma anche condotte omissive connotate da una deliberata indifferenza e trascuratezza verso gli elementari bisogni affettivi ed esistenziali della "persona debole" da tutelare. Da queste premesse deriva che il fatto tipico comprende anche la "posizione passiva dei figli minori", qualora gli stessi risultino "sistematici spettatori obbligati" delle manifestazioni di violenza, anche psicologica del padre nei confronti della madre: dovrebbe però trattarsi di «un quadro di fatti commissivi, abitualmente lesivi della personalità materna, ma al tempo stesso connotati, in capo al soggetto maltrattante, e per la parte corrispondente alla "prole-presente", da "indifferenza omissiva", frutto di una deliberata e consapevole insofferenza e trascuratezza verso gli elementari ed insopprimibili bisogni affettivi ed esistenziali dei figli stessi». In dottrina v. per tutti T. VITARELLI, *Maltrattamenti mediante omissione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1998, 179 ss.; F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979, 263; G.D. PISAPIA, voce *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Utet, 1993, 524.

⁵ Cass., Sez. VI pen., 1 febbraio 2018, n. 10763, in *Cass. pen.*, 7-8/2018, 2508 ss. (con nota di M. LEPERA, *Maltrattamenti mediante omissione: una ingiustificata estensione della punibilità*) precisa che il reato di maltrattamenti in famiglia può essere realizzato anche mediante concorso per omissione in condotte commissive e, quindi, anche in assenza di un rapporto diretto tra reo e vittima. Poiché il reato di cui all'art. 572 c.p. è punito a titolo di dolo generico, sarebbe necessario e sufficiente che il soggetto, tenuto ad attivarsi per impedire l'evento lesivo, abbia conoscenza dei presupposti fattuali del dovere di attivarsi e ometta di farlo, risultando per contro irrilevanti le specifiche motivazioni che sorreggano la condotta del soggetto.

⁶ Il punto di partenza pressoché obbligato di un'indagine sulle numerose modifiche legislative dell'art. 572 c.p. è costituito dalla decisa riscrittura dell'oggetto giuridico del reato inteso come «interesse dello Stato di salvaguardare la famiglia quale nucleo elementare, coniugale e parentale, della società e dello Stato e quale istituto di ordine pubblico» (V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VII, Utet, 1984, ed. V, aggiornato da P. Nuvoletti, G.D. Pisapia, 926. Nello stesso senso, A.M. COLACCI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, Jovene, 1963, 25 ss.). Invero, il superamento del bene/valore meta-individuale "famiglia", incardinato su logiche paternalistiche del diritto penale, ha lasciato il posto ad una prospettiva di protezione incentrata sulla persona. Detto altrimenti, l'oggetto specifico della fattispecie delittuosa andrebbe individuato nella tutela dell'intera personalità della vittima (*recte*: soggetto debole) nello svolgimento di rapporti particolari quali appunto sono quelli che nascono con la famiglia o che fanno capo all'altrui autorità o che sono, nel caso di minori, caratterizzati dall'estrema debolezza del soggetto passivo. Così, anche per un esame delle varie teorie in merito all'interesse protetto dall'art. 572 c.p. v. F. COPPI, voce *Maltrattamenti in famiglia*, in *Enc. dir.*, vol. XXV, Giuffrè, 1975, 228 ss. Si tratta, in effetti, di una problematica che si colloca nel più ampio reticolo delle questioni solitamente ricondotte entro la cornice del paternalismo penale, a partire dalle scelte di criminalizzazione in tema di prostituzione e di fine vita: sul punto, valga per tutti il riferimento ad A. CAVALIERE, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in *Arch. pen. web*, 3/2017.

⁷ Per un commento all'art. 61, n. 11-*quinquies* c.p. v. per tutti G.L. GATTA, *Art. 61*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini, G.L. Gatta, Giuffrè, 2015, 1279; D. FALCINELLI, *La "violenza assistita" nel linguaggio del diritto penale*, cit., 173 ss. In

generale sulla l. n. 119 del 2013 si rinvia alle considerazioni critiche di E. LO MONTE, *Repetita (non) iuvant: una riflessione "a caldo" sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/13, con. in l. n. 119/13 in tema di "femminicidio"*, in *Dir. pen. cont.*, 12 dicembre 2013; F. MANTOVANI, *La violenza di genere sotto il profilo criminologico e penale*, in *Criminalia*, 2013, 63 ss. e all'indagine monografica di A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio. Le norme penali di contrasto e la legge n. 119 del 2013 (c.d. legge sul femminicidio)*, Esi, 2015, 133-134.

⁸ È bene ricordare come, in realtà, già il d.l. n. 93 del 2013 prevedeva nell'art. 572 c.p. l'aggravante speciale della c.d. violenza assistita, che, in sede di conversione, fu collocata come aggravante (semi) comune nell'art. 61, n. 11-*quinquies*. Cfr. la Relazione di L. PISTORELLI a *Corte Suprema di Cassazione - Ufficio del Massimario e del Ruolo*, Rel. n. III/03/2013, Roma, 16 ottobre 2013: «Novità legislative: L. 15 ottobre 2013, n. 119 "Conversione in legge del d.l. 14 agosto 2013, n. 93, recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province"», in *Dir. pen. cont.*, 15 ottobre 2013. V., sul punto, altresì, A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, cit., 133-134.

⁹ Per tutti i necessari riferimenti si rinvia alla dettagliata ricostruzione effettuata dalla *Relazione della Corte di Cassazione - Ufficio del Massimario*, 27 ottobre 2019, in www.cortedicassazione.it.

¹⁰ In argomento, celeberrima la pronuncia Cass., Sez. V pen., 22 ottobre 2010, n. 41142, in *Dejure*, secondo cui «Integra il delitto di maltrattamenti (art. 572 c.p.) anche nei confronti dei figli la condotta di colui che compia atti di violenza fisica contro la convivente, in quanto lo stato di sofferenza e di umiliazione delle vittime non deve necessariamente collegarsi a specifici comportamenti vessatori posti in essere nei confronti di un determinato soggetto passivo, ma può derivare anche da un clima generalmente instaurato all'interno di una comunità in conseguenza di atti di sopraffazione indistintamente e variamente commessi a carico delle persone sottoposte al potere del soggetto attivo, i quali ne siano tutti consapevoli, a prescindere dall'entità numerica degli atti vessatori e dalla loro riferibilità ad uno qualsiasi dei soggetti passivi». Nello stesso senso, in precedenza Cass., Sez. VI pen., 21 dicembre 2009, n. 8592, in *Dejure*.

¹¹ Così Cass., Sez. VI pen., 10 dicembre 2014, n. 4332, in *Dejure*; Cass., Sez. VI pen., 23 febbraio 2018, n. 18833, in *Dejure*; Cass., Sez. V pen., 29 marzo 2018, n. 32368, in *Dejure*. Ma anche Cass., Sez. III pen., 17 maggio 2016, n. 45403, in *Dir. pen. cont.*, 7 dicembre 2016, con nota di M. CORTINOVIS, *Violenza in famiglia: anche chi "assiste" è persona offesa dal reato e legittimata a costituirsi parte civile*.

¹² I giudici di legittimità hanno affermato a più riprese che, nel caso di maltrattamenti in famiglia commessi alla presenza di minori, l'aggravante dell'art. 61, n. 11-*quinquies* sussiste «tutte le volte che il minore degli anni diciotto percepisca la commissione del reato, anche quando la sua presenza non sia visibile all'autore del reato, se questi, tuttavia, ne abbia la consapevolezza ovvero avrebbe dovuto averla usando l'ordinaria diligenza». Così Cass., Sez. I pen., 14 marzo 2017, n. 12328, in *Giurisprudenza Penale Web*, 4/2017, con nota di M. TELESICA, *Una nota sull'aggravante della cd. violenza assistita: è sufficiente che il minore percepisca il fatto di reato*, e in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2017, con nota di A. CHIBELLI, *La Cassazione e la latitudine applicativa dell'aggravante di aver commesso il fatto "in presenza di minori"*.

¹³ Per un commento all'art. 9, l. n. 69 del 2019 v. D.M. SCHIRÒ, *Le modifiche agli articoli 61, 572 e 612-bis del codice penale, nonché al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione*, in *Commento alla L. 19 luglio 2019, n. 69 in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, a cura di B. Romano, A. Marandola, Pacini Editore, 2020, 91 ss.; S. BELLOTTI, *Dei reati in generale*, in *Il codice rosso commento organico alla legge 19 luglio 2019, n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, a cura di A. Conz, L. Levita, Dike, 2019, 125 ss.; L. PIRAS, *Il delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi*, ivi, 175 ss. In generale, sulla legge *de qua* L. ALGHERI, *Il c.d. codice rosso: tempi rapidi per la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 10/2019, 1363 ss.

¹⁴ Cass., Sez. I pen., 6 marzo 2018, n. 22859, in *Dejure*. La Suprema Corte precisa che il significato di questa "percezione" non richiede che il minore sia anche in condizione, per il grado di maturità psico-fisica conseguito, di comprendere la portata offensiva o lesiva degli atti commessi a suo cospetto. Una simile conclusione, perfettamente in linea con la formulazione letterale della disposizione, risulterebbe altresì coerente con la *ratio* aggravatrice, ravvisabile nell'esigenza di elevare la soglia di protezione di soggetti i quali, proprio a cagione dell'incompiutezza del loro sviluppo psico-fisico, risultino particolarmente vulnerabili all'altrui condotta aggressiva.

¹⁵ Cfr. M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, Jovene, 2015, 152 ss. che individua nel minore la persona offesa vulnerabile per eccellenza: «[...] la necessità di ritenere la vittima minore come potenziale soggetto passivo debole, a cui la legislazione penale deve guardare con premura, discende, ancor prima che dagli studi vittimologici, dalla Costituzione stessa, dove (in maniera più o meno esplicita) vengono sanciti i diritti fondamentali dei minori, nonché dalle fonti sovranazionali, le quali [...] rivestono un ruolo primario nella promozione dei diritti inviolabili dei minori».

¹⁶ Fermi restando i richiamati problemi di coordinamento, la precedente previsione dell'aggravante all'interno del comma 1, n. 11-*quinquies* dell'art. 61 c.p. sembrava risolvere in radice ogni violazione del canone del *ne bis in idem*, considerando che l'applicabilità delle circostanze comuni è subordinata, già sul piano positivo, alla condizione che esse non siano elementi costitutivi del reato cui accedono. In argomento, seppur in relazione al diverso settore dell'immigrazione clandestina, v. L.

MASERA, *Immigrazione*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, a cura di O. Mazza, F. Viganò, Giappichelli, 2008, 13-14.

¹⁷ M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, cit., 137-138: «Sennonché, nel codice Rocco, pur a fronte di una “valorizzazione” del ruolo della persona offesa rispetto al codice previgente, non è comunque individuabile una dogmatica del soggetto passivo stesso, in quanto [...] le non poche norme in cui rileva quest'ultimo non sono organizzate razionalmente e sistematicamente. Inoltre, quanto meno nelle disposizione presenti nell'impianto originario del codice, manca una coscienza vittimologica specifica, poiché la vittimologia si afferma [...] all'incirca venti anni dopo l'elaborazione del codice penale: infatti, quelle norme incriminatrici che prevedono forme di tutela rafforzata per le vittime deboli costituiscono solamente manifestazione di un principio etico, profondamente radicato in ogni comunità, espressivo della necessità di tutelare la persona debole» (Corsivi dell'A.).

¹⁸ Si pensi, anzitutto, al principio di autoresponsabilità della vittima, che, nella sua accezione “minimale”, rinvia a una ripartizione delle sfere di competenze-responsabilità: l'altra faccia della medaglia del *sibi imputet* è rappresentata, infatti, dall'“effetto liberatorio” che si produce in capo al titolare di una sfera di competenza “contigua” a quella del soggetto autoresponsabile. I luoghi sistematici nei quali il principio di autoresponsabilità trova più frequente applicazione sono quelli che ruotano attorno al baricentro dell'autoesposizione a pericolo da parte del soggetto passivo, nelle diverse articolazioni del consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p., del comportamento colposo della vittima e del concorso di colpe. In argomento, tra le indagini monografiche di riferimento nella dottrina italiana si segnalano O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Giappichelli, 2003; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, 2004; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso della vittima*, Bononia University Press, 2008; G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, 2017.

¹⁹ M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, cit., 151 ss. L'A. osserva come la “tendenza” dell'attuale legislazione penale ad una più ampia tutela della vittima “vulnerabile” sia non di rado dettata dall'utilizzo “simbolico” dello strumento criminale. Con particolare riguardo alla violenza assistita, D. FALCINELLI, *La “violenza assistita” nel linguaggio del diritto penale*, cit., 173 ss. la quale rileva come la sensibilità del legislatore nei confronti del soggetto passivo stia segnando il ritorno all'ideologia del “diritto penale per la vittima” e, quindi, ad una impostazione vittimo-centrica della giustizia criminale.

²⁰ In generale, sulla tutela delle vittime c.d. vulnerabili anche in una prospettiva processualistica, si rinvia a P.P. PAULESU, *Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti, tutele)*, in *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di M. Bargis, H. Belluta, Giappichelli, 2017, 154 ss.

²¹ Sul concetto di persona offesa, necessario il rinvio a A. PAGLIARO, *Tutela penale della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 44 ss; E. AMODIO, *Persona offesa dal reato*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. Amodio, O. Dominion, vol. I, Giuffrè, 1989, 537 ss. Nella prospettiva sovranazionale, S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella direttiva 29/2012/UE*, in *Lo statuto delle vittime di reato*, a cura di L. Luparia, Giuffrè, 2015, 6 ss.

I “rischi del mestiere”. Il concorso del commercialista nel reato del proprio cliente secondo la recente giurisprudenza di legittimità.

di **J.P. Castagno** e **A.A. Stigliano**

La Suprema Corte, con la sentenza n. 28158/2019, ha ribadito come il commercialista, quale professionista coinvolto in attività di consulenza contabile e fiscale di società e persone fisiche, può essere chiamato a rispondere quale concorrente nel reato del proprio cliente anche agendo a titolo di dolo eventuale.

Partendo dall'analisi critica di tale arresto giurisprudenziale, ed affrontando le altre recenti pronunce di legittimità in tema di correttezza del commercialista, in reati tributari e fallimentari e condotte di riciclaggio e autoriciclaggio, vengono elaborate talune direttrici per guidare il professionista nello svolgimento dei propri incarichi.

Sommario. 1. Premessa. – 2. Reati propri, tipicità e contributo atipico. – 3. Il professionista quale concorrente nel reato nella giurisprudenza di legittimità. – 3.1 Reati tributari. – 3.2 Reati fallimentari. – 4. Riciclaggio vs autoriciclaggio. – 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Il commercialista, quale professionista coinvolto in attività di consulenza contabile e fiscale di società e persone fisiche, può essere chiamato a rispondere quale concorrente nel reato del proprio cliente anche agendo a titolo di dolo eventuale: lo ha recentemente ribadito la Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 28158/2019 relativa al reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti.

Nell'affermare la penale responsabilità dell'imputato – il quale agiva da consulente fiscale sia della società la cui dichiarazione era risultata fraudolenta sia dei soci della medesima, all'uopo predisponendo i relativi bilanci di esercizio e disponendo di un "accesso diretto in remoto al sistema informatico della società" per "ottenere dei report contabili periodici" – i giudici di legittimità hanno colto l'occasione per rimarcare i confini del concorso di persone nel reato, identificando i requisiti necessari affinché l'opera del professionista possa assurgere a condotta penalmente rilevante.

Le considerazioni rassegnate dalla Suprema Corte offrono la possibilità di analizzare criticamente la recente giurisprudenza in tema di chiamata in correttezza del commercialista – principalmente legata a reati tributari e fallimentari e condotte di riciclaggio e autoriciclaggio – al fine di elaborare talune direttrici che possano guidare il professionista nello svolgimento dei propri incarichi.

Una tematica che assume, oggi, ancora maggiore rilievo in forza di due fattori. Da un lato, la recentissima

introduzione, nell'ambito dei reati presupposto della responsabilità amministrativa degli enti ex d. lgs. 231/2001, di taluni reati tributari¹; dall'altro lato, l'affermarsi di quell'orientamento giurisprudenziale che prova a includere gli studi professionali associati nel catalogo degli "enti" destinatari di responsabilità amministrativa discendente da reato². A fronte di tale estensione, "oggettiva" e "soggettiva", della responsabilità delle persone giuridiche, ad un addebito di responsabilità concorsuale del commercialista nel reato del proprio cliente potrebbe seguire anche una sanzione nei confronti dello studio professionale nell'ambito del quale il commercialista-concorrente opera.

2. Reati propri, tipicità e contributo atipico.

Molteplici fattispecie penali rilevanti per l'operatività del commercialista, ad esempio in materia tributaria o fallimentare, assumono la forma del reato proprio o a soggettività ristretta, potendo essere commesse esclusivamente da soggetti che rivestono una particolare qualifica: il contribuente, l'imprenditore fallito, ovvero amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori, in quanto soggetti cui – a fronte della previsione di particolari doveri, correlati all'esercizio delle proprie funzioni – corrisponde una speculare responsabilità per il mancato rispetto degli stessi. La particolare qualifica dell'autore rileva anche in relazione alla condotta tipica descritta dalla norma incriminatrice: il contribuente che indica elementi passivi fittizi nella dichiarazione, l'imprenditore o l'amministratore che distrae beni societari o che, approvando

il bilancio di esercizio, espone fatti non rispondenti al vero propedeutici ad una spoliazione.

Anche con riferimento ai reati comuni, ovverosia quei reati che possono essere commessi da “*chiunque*” indipendentemente dal possesso di una determinata qualifica (ad esempio, il reato di riciclaggio), il possibile ruolo del professionista spesso non si concretizza nella realizzazione della condotta descritta dalla norma incriminatrice ma è generalmente legata alla fase ideativa, nella forma della consulenza e della pianificazione.

A fronte di tali problematiche, in che modo può rilevare la condotta di un soggetto che non ricopre la qualifica soggettiva e/o non pone in essere la condotta tipica descritta dalla norma, quale per l'appunto la figura del commercialista?

Un tale quesito trova risposta nella disciplina delle norme sul concorso di persone, le quali, fondendosi con le singole fattispecie di reato, comportano una estensione della tipicità, consentendo così di punire anche azioni atipiche poste in essere da soggetti “terzi”³.

In tale ottica, assume un ruolo chiave il contributo casuale alla realizzazione del fatto tipico: non vi può essere, infatti, concorso se la condotta atipica non abbia esercitato una influenza causale, anche nella forma dell'agevolazione, sul fatto concreto realizzato da altri. In difetto, la condotta del concorrente non sarà punibile, perché neutrale rispetto alla realizzazione della offesa del bene giuridico tutelato⁴.

Uno degli aspetti che desta maggiore interesse in tema di concorso concerne l'identificazione della soglia minima di rilevanza del contributo materiale atipico. In merito, si ritiene che il contributo concorsuale assuma rilevanza non solo quando abbia avuto una efficacia causale, ponendosi come condizione dell'evento lesivo, ma anche quando abbia assunto la forma di un contributo agevolatore, cioè quando il reato, senza la condotta di agevolazione, sarebbe stato ugualmente commesso, ma con maggiori incertezze di riuscita: a tale fine si ritiene sufficiente che la condotta di partecipazione si manifesti in un comportamento esteriore idoneo ad arrecare un contributo apprezzabile alla commissione del reato, mediante l'agevolazione dell'opera degli altri concorrenti ovvero il rafforzamento del proposito criminale nei medesimi, e che il partecipe, per effetto della sua condotta, abbia aumentato la possibilità di produzione del reato.

Come sottolineato anche nell'ultimo arresto giurisprudenziale in analisi, l'atipicità della condotta

criminosa concorsuale non esime il giudice di merito dall'obbligo di motivare sulla prova dell'esistenza di una reale partecipazione nella fase ideativa o preparatoria del reato e di precisare sotto quale forma essa si sia manifestata, in rapporto di causalità efficiente con le attività poste in essere dagli altri concorrenti⁵. Riguardo al requisito dell'elemento soggettivo, affinché si abbia partecipazione è necessario che il terzo agisca con coscienza e volontà del fatto criminoso (rispetto a tutti gli elementi tipici della fattispecie penale, compresa la sussistenza in capo al soggetto *intraneus* della qualifica richiesta dalla norma incriminatrice) nonché nella consapevolezza e volontà di cooperare con altri alla realizzazione della condotta tipica⁶.

È all'interno del paradigma concorsuale, stigmatizzato dalla giurisprudenza di legittimità, che deve essere operata una selezione tra i comportamenti tecnici del professionista, volta a discernere quelli legittimi: doverosi in virtù, oltre che dell'esercizio di un diritto (il libero svolgimento di una attività professionale), dell'adempimento di un dovere (quello adempiere al proprio mandato nell'esclusivo interesse del proprio cliente) da quelli penalmente rilevanti.

3. Il professionista quale concorrente nel reato nella giurisprudenza di legittimità.

La giurisprudenza più volte chiamata a valutare la sussistenza di un concorso commissivo del professionista ha cercato di individuare criteri oggettivi per identificare il contributo penalmente rilevante che, privo delle originarie connotazioni di neutralità tecnica, oltre ad essere condizione del reato, possa considerarsi oggettivamente diretto all'illecito penale.

3.1. Reati tributari.

Prendendo le mosse dalla materia penal-tributaria, nella vicenda oggetto di pronuncia, la Suprema Corte, ripercorrendo i principi di diritto precedentemente ricordati, riteneva che, sotto il profilo materiale, il contributo causale del commercialista alla commissione dei reati di cui al D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 2 fosse stato correttamente individuato dalla Corte territoriale nella predisposizione e nell'inoltro delle dichiarazioni fiscali contenenti l'indicazione di elementi passivi fittizi supportati da fatture per operazioni inesistenti, trattandosi di condotte di sicura agevolazione materiale. Inoltre, una ulteriore forma di contributo causale, rilevante se non altro come rafforzamento dell'altrui proposito criminoso, veniva individuata nella complessiva attività di supporto per

la "sistemazione" documentale di gravi violazioni contabili – quali la preoccupazione di *"giustificare che la merce sta qua nel capannone, (...) che ci stanno tutti questi movimenti e tutto il resto"*, o l'attivazione nel predisporre e "far passare" contratti – funzionali a supportare e rendere attendibili le fatture mendaci registrate in contabilità ed utilizzate per le dichiarazioni.

Sul versante dell'elemento soggettivo, la sentenza si riportava ad un consolidato indirizzo giurisprudenziale in forza del quale il dolo specifico richiesto per integrare il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (*"al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto"*) è compatibile con il dolo eventuale, ravvisabile nell'accettazione del rischio che l'azione di presentazione della dichiarazione, redatta sulla base anche di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, possa comportare l'evasione delle imposte dirette o dell'IVA⁷. A tale riguardo, i giudici valorizzavano la consapevolezza, da parte del ricorrente, quale consulente contabile della società che aveva contabilizzato fatture inesistenti, dei molteplici accertamenti effettuati dalla Guardia di Finanza nei confronti delle società emittenti già in anni precedenti rispetto a quelli oggetto di procedimento.

Passando in rassegna l'ulteriore casistica rilevante, la sentenza evidenziava come sin dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 74 del 2000, si sia affermato che il commercialista può concorrere nel reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti, con l'emittente di queste ultime⁸, nel reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, quale concorrente con il legale rappresentante dell'ente⁹, nonché nel reato di indebita compensazione di cui al D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 10-*quater*¹⁰.

Nelle ipotesi sopra richiamate il contributo del professionista si configurava principalmente come materiale: redazione di bilanci e dichiarazioni fiscali, apposizione del visto di conformità obbligatorio per la certificazione dei crediti ai sensi della ai sensi della Legge del 27 dicembre 2013 n. 147 art. 1 comma 574 ovvero nella forma della ideazione e commercializzazione di *"modelli di evasione fiscale"* attraverso cui sarebbero stati commessi più reati tributari.

L'ultima ipotesi richiamata – relativa alla ideazione di *"modelli di evasione fiscale"* – rappresenta, a seguito della riforma del sistema penale tributario ad opera del D. Lgs. 158/2015, una ipotesi aggravata di *"concorso qualificato"* prevista dal comma 3 dell'art. 13 D.

Lgs. 74/2000. Due le principali tematiche affrontate dalla giurisprudenza: da un punto di vista soggettivo, l'iniziale orientamento restrittivo che limitava l'applicabilità della aggravante ai soli professionisti abilitati alla trasmissione delle dichiarazioni appare oggi superato da un orientamento onnicomprensivo che fa rientrare nel campo di applicazione della norma tutti i professionisti coinvolti nella consulenza fiscale¹¹; da un punto di vista oggettivo, la giurisprudenza richiede *"una particolare modalità della condotta, ovvero la serialità che, se pur non prevista espressamente nell'articolo, è desumibile dalla locuzione ...elaborazione o commercializzazione di modelli di evasione..., rappresentativa di una certa abitudine e ripetitività della condotta incriminata"*¹².

3.2. Reati fallimentari.

Anche la casistica in tema di reati fallimentari offre interessanti spunti di riflessione soprattutto nei casi di concorso morale: quando la consulenza può considerarsi istigazione o agevolazione?

In talune decisioni veniva evidenziato che l'assistenza legale costituisse concorso in bancarotta fraudolenta solo quando il professionista non si limitasse *"a consigliare il cliente sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori"*, bensì lo *"assist[esse] nella stipulazione dei relativi negozi simulati"*¹³. In un caso in cui l'imputato aveva sottratto beni alla garanzia dei creditori mediante l'acquisto di strumenti di ufficio, i giudici di legittimità assegnavano un significato risolutivo alla circostanza che il professionista fosse intervenuto nella *"attuazione"* del disegno criminoso prospettato ad altri, valorizzando la natura *"esecutiva"* del contributo, osservando come il professionista non solo avesse *"ammesso il suo ruolo di guida tecnica in tutte le attività di trasferimenti spoliativi"* ma avesse peraltro *"direttamente partecipato alla distrazione degli strumenti di ufficio, acquistandoli"*¹⁴.

Altre pronunce mettevano, invece, in risalto l'attività di *"promozione"* o *"organizzazione"* del reato come limite negativo all'autentico esercizio (penalisticamente non censurabile) di attività professionale, definendo i contorni del contributo di chi programmi o organizza l'illecito realizzato con altri. Le definizioni più felici sottolineavano che la promozione del reato, vuoi che si realizzi nella forma della *"iniziativa"* ovvero della *"ideazione"*, implichi una attività consistente nel determinare altri all'illecito; l'organizzazione, a sua volta, nella predisposizione dell'insieme di mezzi finalizzati alla sua commissione. Ad entrambe le forme concorsuali è comune un dato, che

va posto nel massimo risalto: si tratta di contributi che implicano la pianificazione del reato; dunque la finalizzazione della condotta dell'organizzatore o del programmatore alla realizzazione dell'illecito.

A titolo esemplificativo, la Suprema Corte di Cassazione, in un caso nel quale il professionista, in qualità di consulente incaricato della tenuta della contabilità di varie società fallite, aveva consapevolmente partecipato alla realizzazione di numerose manipolazioni delle scritture contabili al fine di occultare la distrazione di ingenti somme di denaro, chiariva che: *"concorre in qualità di extraneus nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale il legale o il consulente contabile che, consapevole dei propositi distrattivi dell'imprenditore o dell'amministratore di una società in dissesto, fornisca a questi consigli o suggerimenti sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori o lo assista nella conclusione dei relativi negozi, ovvero ancora svolga un'attività diretta a garantire l'impunità o a rafforzare, con il proprio ausilio e con le proprie preventive assicurazioni, l'altrui progetto delittuoso"*¹⁵.

In assenza di un coinvolgimento nell'attuazione dello schema fraudolento, la giurisprudenza richiede, perché si perfezioni un concorso nel reato, che l'attività professionale svolta dal consulente legale o fiscale esorbits dalla sfera di una ordinaria prestazione, per tradursi in *"ideazione"* o *"programmazione"* del reato. È indubbio che l'orientamento in esame, nel confermare la centralità di un contributo causale qualificato, nasca dall'avvertita necessità di distinguere l'attività professionale vera e propria, sottratta all'impero della norma penale, dalla diversa attività che, pur venata di contenuti riconducibili a un novero di cognizioni tecniche, debordi dai binari del lecito. Il senso dell'indirizzo sembra stare nella delimitazione dei contenuti dell'attività professionale: la *"neutralità"* che ne è il contrassegno verrebbe meno, stando alle sentenze in rassegna, in presenza di una vera e propria pianificazione del reato: quando, cioè, utilizzando l'espressione rinvenibile in una decisione della Cassazione, il professionista assuma un ruolo *"di regia e di comando nella tecnica fraudolenta"*¹⁶. Al di là della semplice esegesi dell'orientamento, non va trascurato come un contributo così penetrante possa collegarsi alla circostanza che il professionista nutra un concreto e personale interesse alla commissione dell'illecito: situazione, questa, che, se verificata, altererebbe in radice il significato obiettivo del contributo prestato, escludendo, come anticipato, ogni

connotato neutrale dell'attività svolta e perciò avallando l'imputazione concorsuale.

4. Riciclaggio vs autoriciclaggio.

Il reato di riciclaggio è una fattispecie che interviene nella fase terminale dell'azione delittuosa: l'autore del delitto, grazie all'apporto di terzi estranei alla sua commissione, fa perdere le tracce della provenienza delittuosa dei beni nella sua disponibilità ovvero li reinveste in attività economiche. Nel caso di autoriciclaggio, invece, vi è perfetta coincidenza tra il soggetto che commette il reato ed il soggetto che ostacola l'identificazione della provenienza dei profitti.

Si tratta di reati che possono essere integrati da qualsiasi comportamento che sia connotato dalla concreta idoneità ad ostacolare la provenienza delittuosa, la quale costituisce una qualificazione oggettiva dello stesso. È tale concreta idoneità a dissimulare l'origine delittuosa del denaro, dei beni o delle altre utilità e quindi ad ostacolare quel particolare aspetto delle indagini tendenti ad accertarne la riconducibilità alla fonte delittuosa da non confondersi con la generica idoneità ad ostacolare le indagini volte al rintraccio del bene¹⁷.

Le considerazioni già svolte in merito ai criteri oggettivi per identificare il contributo concorsuale penalmente rilevante possono essere pacificamente applicate anche ai reati in analisi.

Nella recente giurisprudenza si è assistiti, tuttavia, ad un sempre maggiore interesse per tali fattispecie di reato, anche in ragione dell'attenzione sovranazionale al fenomeno del *"money laundering"*.

Tra i contributi di maggiore interesse, la sentenza n. 17235/2018 approfondisce il tema del titolo di reato per il quale deve rispondere il professionista che, non avendo concorso nel reato presupposto, contribuisca alla realizzazione da parte dell'autore di tale reato alla condotta tipica di autoriciclaggio: risponderà di concorso (con l'autore del reato presupposto) in autoriciclaggio, punito con la reclusione da due a otto anni, ovvero risponderà autonomamente del più grave delitto di riciclaggio, punito con la reclusione da quattro a dodici anni¹⁸.

Secondo la Suprema Corte, in ragione della *ratio* ispiratrice dell'introduzione nel nostro ordinamento del reato di autoriciclaggio, questo reato non potrà mai essere contestato all'*extraneus*: considerato che la nuova incriminazione è stata concepita, in ossequio agli obblighi internazionali gravanti pattiziamente sull'Italia, essenzialmente, se non unicamente, al fine di colmare la lacuna riguardante l'irrelevanza penale

delle condotte di c.d. "auto riciclaggio", poste in essere dal soggetto autore di (o concorrente in) determinati reati-presupposto, non sarebbe possibile ritenere che l'effetto sia quello di prevedere un trattamento sanzionatorio più favorevole di quello precedente, per il soggetto che non abbia preso parte al reato-presupposto, ed abbia successivamente posto in essere una condotta *lato sensu* riciclatoria.

Tale principio di diritto ha conseguenza pratiche rilevanti: laddove un commercialista fornisca un contributo, per esempio, al rimpiego di profitti derivanti da evasione fiscale, questi potrebbe essere punito molto più severamente del proprio cliente.

A ciò si aggiunga che, come espresso dalla recentissima sentenza di legittimità n. 42052/2019, quando si procede per i reati di riciclaggio e autoriciclaggio si assiste ad un meccanismo di prova "facilitata": non è necessario che l'esistenza del reato presupposto sia stata accertata da una condanna passata in giudicato, "essendo sufficiente che il fatto costitutivo di tale delitto non sia stato giudizialmente escluso, nella sua materialità, in modo definitivo, e che il giudice procedente per il riciclaggio ne abbia incidentalmente ritenuto la sussistenza; in difetto, venendo meno uno dei presupposti del delitto di riciclaggio, l'imputato deve essere assolto perché il fatto non sussiste".

Un aumento di sanzioni e una facilitazione probatoria che richiama alla mente, discostandosene, l'antico pensiero "poca prova, poca pena".

5. Conclusioni.

Nonostante la sentenza n. 28158/2019 veniva accolta come un ampliamento della responsabilità del commercialista¹⁹, nella realtà la Suprema Corte non si discostava dai principi in tema di concorso di persone nel reato.

Nell'ineludibile necessità della presenza di tutti gli elementi del concorso, è sempre richiesto che il commercialista ponga in essere una condotta attiva causalmente determinante, non essendo in alcun modo ravvisabile una posizione di garanzia in capo al medesimo, il quale non potrà, quindi, essere chiamato a rispondere penalmente per il sol fatto di aver omesso di dissuadere il proprio cliente dal proposito criminoso.

Con riferimento alle caratteristiche di tale condotta attiva, il criterio ermeneutico che si trae da tali arresti giurisprudenziali permette di definire con maggior precisione il limite tra l'esercizio professionale e l'asservimento di cognizioni tecniche alla realizzazione dell'illecito: limite che, secondo le coordinate

codicistiche, si rinviene nella categoria della "direzione non equivoca" della condotta (professionale) rispetto all'illecito successivamente commesso²⁰. Vale a dire: proprio perché è nella misura in cui effettivamente risulti esclusivamente e riconoscibilmente orientato al reato, anche l'esercizio di mansioni professionali, al pari di ogni altra attività, lungi dal fruire di statuti privilegiati e rifuggendo da ogni preconcetta astrazione, potrebbe essere qualificato come un contributo di partecipazione, a condizione che esso conservi il solo obiettivo significato di un mezzo per la commissione dell'illecito penale. Laddove, per contro, il comportamento serbato o la prestazione resa dal professionista assumano valenza e fisionomia obiettiva conforme alla prassi, riportandosi a una ragione economico-sociale propria ed effettiva, la qualifica di univocità criminosa ed il conseguente addebito di concorso dovrebbero arrestarsi, per veder affermata una sfera di legittimo esercizio di libertà individuali, dinanzi al quale l'eventuale reato che altri commetta, sebbene ipoteticamente favorito dalla pregressa attività del professionista, apparirebbe frutto di scelte esclusivamente proprie e pertanto, dato il principio di autoresponsabilità, non ascrivibile a terzi²¹.

Il criterio guida, quindi, non può che essere rappresentato da una analisi complessiva della natura del contributo e della connessa componente psicologica: minore sarà il coinvolgimento del professionista nella attuazione del proposito criminale maggior sarà la rilevanza, ai fini di un addebito di responsabilità, della finalità cui è volta l'attività del consulente. Laddove, come nel caso oggetto della recente sentenza della Corte di Cassazione in tema di reati tributari, il commercialista sia coinvolto nella fase attuativa (ad esempio redigendo la dichiarazione fraudolenta attraverso la contabilizzazione delle fatture per operazioni inesistenti), la semplice consapevolezza di partecipare a una frode del proprio cliente potrebbe essere di per sé sufficiente a far scattare la sua responsabilità in concorso nel reato tributario.

Nel caso di attività di mera pareristica, la stessa potrà rilevare solo se consista in una effettiva istigazione al reato. Fino a quando, cioè, il consulente si proponga di rendere edotto il proprio cliente sulle possibilità di azione che allo stesso si presentano e sulle relative conseguenze, il parere fornito al cliente si rivela neutro, asettico, privo dei connotati che caratterizzano la spinta morale finalizzata²². Volendo esemplificare, non dovrebbero esservi dubbi sulla legittimità del comportamento del commercialista, che interpellato

da un imprenditore commerciale in forte difficoltà, il quale gli chieda quanto tempo prima dell'ormai probabile fallimento dovrà attivarsi per vendere ad un amico i propri beni immobili senza che questi rischi revocatorie fallimentari, si limiti a fare presente quale sia la disciplina di cui all'art. 67 legge fallimentare: pur se, in tal caso, sarà evidente l'intenzione dell'imprenditore di spogliarsi dei beni immobili prima del fallimento, sottraendo altresì alla garanzia dei creditori il provento della vendita, la mera informazione

tecnica, non pare costituire pressione del consulente diretta a spingere il cliente all'attività criminosa²³.

Jean-Paule Castagno

Avvocato del Foro di Milano.

Andrea Alfonso Stigliano

Avvocato del Foro di Milano.

¹ Come noto, lo scorso 17 dicembre 2019, il Senato approvava definitivamente il disegno di legge n. 1638 (conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 26 ottobre 2019, n. 124) il quale introduceva nel catalogo dei reati presupposto le seguenti fattispecie: dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, occultamento o distruzione di documenti contabili e sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte.

² In particolare, in tema di commercialisti, Cass. Pen. Sez. II, 07 luglio 2015, n. 44512, *"Secondo la giurisprudenza di questa Corte lo studio professionale associato, anche se privo di personalità giuridica, rientra infatti a pieno titolo nel novero di quei fenomeni di aggregazione di interessi (quali le società personali, le associazioni non riconosciute, i condomini edilizi, i consorzi con attività esterna e i gruppi europei di interesse economico di cui anche i liberi professionisti possono essere membri) cui la legge attribuisce la capacità di porsi come autonomi centri di imputazione di rapporti giuridici e che sono perciò dotati di capacità di stare in giudizio come tali, in persona dei loro componenti o di chi, comunque, ne abbia la legale rappresentanza secondo il paradigma indicato dall'art. 36 c.p., (v. Cass. Civ. Sez. 1^a, Sent. n. 17683/2010 Rv. 614594; Cass. Civ. Sez. 1^a, Sent. n. 4628/1997 Rv. 504662)"*. Più di recente, con riferimento ad uno studio associato di avvocati, si veda il decreto di sequestro preventivo emesso in data 23 agosto 2018 da parte del Tribunale di Milano.

³ Cass. Pen., Sez. IV, 16 novembre 2017, n. 1236.

⁴ Sulla base della natura del contributo causale prestato alla realizzazione dell'offesa tipica al bene tutelato, si distingue tra concorso materiale e concorso morale. Si ha concorso materiale quando, con una condotta atipica, si apporta un contributo che agevola l'esecuzione di un reato¹. Risponde, invece, a titolo di concorso morale chi con *"comportamenti esteriori fa nascere in altri il proposito di commettere il fatto che poi viene commesso, ovvero rafforza un proposito già esistente, ma non ancora consolidato"* (CARNUCCIO, *Il concorso di persone nel reato*, 2012).

⁵ Cass. Pen. Sez. Un. 30 ottobre 2003, n. 45276.

⁶ I principi cardine in tema di concorso di persone nel reato hanno, peraltro, trovato granitica interpretazione nel noto arresto giurisprudenziale Mannino (Cass. Pen. Sez. Un., 12 luglio 2005, n. 33748), nell'ambito del quale la Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite, chiamata a svolgere un intervento in tema di rilevanza dell'apporto causale del concorrente esterno nel reato di associazione mafiosa, ha colto l'occasione per fornire ampi chiarimenti proprio sul paradigma strutturale del concorso di persone nel reato, all'uopo osservando, *inter alia*: (i) *il contributo atipico del concorrente esterno, di natura materiale o morale, diverso ma operante in sinergia con quello dei partecipi interni, abbia avuto una reale efficienza causale, sia stato condizione "necessaria" - secondo un modello unitario e indifferenziato, ispirato allo schema della condicio sine qua non proprio delle fattispecie a forma libera e causalmente orientate - per la concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo e per la produzione dell'evento lesivo del bene giuridico protetto*"; (ii) *"la particolare struttura della fattispecie concorsuale comporta infine, quale essenziale requisito, che il dolo del concorrente esterno investa, nei momenti della rappresentazione e della volizione, sia tutti gli elementi essenziali della figura criminosa tipica sia il contributo causale recato dal proprio comportamento alla realizzazione del fatto concreto, con la consapevolezza e la volontà di interagire, sinergicamente, con le condotte altrui nella produzione dell'evento lesivo del "medesimo reato"*"; (iii) *"(...) trattandosi in ogni caso di accertamento di natura causale che svolge una funzione selettiva delle condotte penalmente rilevanti e per ciò delimitativa dell'area dell'illecito, ritiene il Collegio che non sia affatto sufficiente che il contributo atipico - con prognosi di mera pericolosità ex ante - sia considerato idoneo ad aumentare la probabilità o il rischio di realizzazione del fatto di reato, qualora poi, con giudizio ex post, si riveli per contro ininfluente o addirittura controproducente per la verifica dell'evento lesivo. L'opposta tesi, che pretende di prescindere dal paradigma eziologico, tende ad anticipare arbitrariamente la soglia di punibilità in contrasto con il principio di tipicità e con l'affermata inammissibilità del mero tentativo di concorso (...)*.

⁷ Così, in particolare, Cass. Pen. Sez. III, 19 giugno 2018, n. 52411; Cass. Pen. Sez. 3, 23 giugno 2015, n. 30492.

⁸ Cass. Pen. Sez. III, 1 giugno, 28341.

⁹ Cfr., ad esempio, Cass. Pen. Sez. III, 16 aprile 2013, n. 39873; Cass. Pen. Sez. III, 27 febbraio 2018, n. 7384.

¹⁰ Cass. Pen. Sez. III, 14 novembre 2017, n. 1999.

¹¹ Cass. Pen. Sez. III, 18 gennaio 2018, n. 1999. In merito, la Corte richiama l'interpretazione fornita dall'Ufficio del Massimario della Suprema Corte di Cassazione nella relazione 111/5/2015 sulla revisione del sistema sanzionatorio penale tributario, laddove si precisa che la nozione di "professionista" deve essere intesa "in senso sostanziale" e, dunque, comprensiva di chiunque, nell'esercizio della sua professione, svolga attività di consulenza fiscale (commercialisti, consulenti, avvocati e così via).

¹² Cass. Pen. Sez. III, 18 gennaio 2018, n. 1999.

¹³ Cass. Pen., Sez. V, 21 ottobre 1998, n.12752.

¹⁴ Cass. Pen., Sez. V, 3 marzo 2010, n.19545. In merito la Suprema Corte osservava come "Si tratta di un episodio di modesto rilievo contabile, ma di altissimo rilievo dimostrativo, ai fini del convincimento della totale abnegazione del ricorrente nella costruzione e nello sviluppo del piano finalizzato alla scomparsa giuridica dei beni di massimo valore, tanto da spingersi, dal ruolo di regia e di comando nella tecnica fraudolenta, a quello di diretto occultatore di beni residui. Le sentenze di merito pongono in luce come predominante sia stato il ruolo di regia e di comando del commercialista, sia nella stesura dei contratti di locazione degli appartamenti trasferiti alla San Pietro srl, sia nell'autoinvestitura del ruolo di controllore nel collegio sindacale delle società".

¹⁵ Cass. Pen., Sez. V, 6 novembre 2015, n. 8276. In tale ottica, la Corte evidenziava che "non deve essere confusa l'assistenza tecnica, che rimane sempre doverosa e garantita dall'ordinamento, col concorso nel reato. Infatti, mentre è consentita e non è illecita l'opera di consulenza e di intervento svolta da un avvocato o da un consulente contabile a favore di un imprenditore o di una società in dissesto, deve invece ritenersi illecito e penalmente rilevante il fatto del legale o del consulente che, essendo consapevole dei propositi dell'imprenditore, dia a questi consigli o suggerimenti sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori o li assista nella conclusione dei relativi negozi ovvero svolga un'attività diretta a garantire l'impunità o che, comunque col proprio aiuto e con le proprie preventive assicurazioni, favorisca o rafforzi l'altrui progetto delittuoso."

¹⁶ Cass. Pen., Sez. V, 3 febbraio 2010, n. 19545.

¹⁷ CAPPÀ – CERQUA, *Il riciclaggio del denaro. Il fenomeno, il reato, le norme di contrasto*, 2012.

¹⁸ Per completezza, si ricorda che per entrambi i reati è prevista anche una multa del valore compreso tra 5.000 a 25.000 euro.

¹⁹ AMBROSIO- IORIO, *Commercialisti, si amplia il rischio di concorso nei reati*, il Sole 24 Ore, lunedì 29 luglio 2019, (<http://www.quotidianofisco.ilsole24ore.com/art/professione-e-studio/2019-07-26/commercialisti-si-amplia-rischio-concorso-reati-160247.php?uuid=ACXBoVb>).

²⁰ MASUCCI, *Sul "rischio penale" del professionista. Contributo generale alla teoria del concorso di persone nel reato*, 2012.

²¹ *Ibidem*.

²² CERQUA, *Concorso del professionista nei reati commessi dal proprio cliente*, in *dir. prat. soc.*, I, 2000.

²³ ALDOVANDI, *Responsabilità concorsuale del professionista nei reati societari*, in *dir. prat. soc.*, V, 2004. Si tratta cioè di una mera attività di consulenza, in nessun modo volta ad indirizzare il cliente verso la distrazione dei propri beni: "L'attività di consulenza, infatti, rimane lecita fino a che non sia diretta a sospingere l'assistito verso la condotta penalmente rilevante: la responsabilità concorsuale richiede, quindi, un dolo intenzionale, che si ha quando il soggetto ha di mira proprio la realizzazione della condotta criminosa, ovvero la causazione dell'evento".

Covid-19 e infortuni sul lavoro: risvolti penalistici.

di **M. Riverditi** e **L. Amerio**

Il contributo offre una riflessione, a prima lettura, sui profili connessi alla gestione della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro nei giorni del “Coronavirus”.

Partendo dall’analisi delle misure adottate dal Governo per la gestione dell’emergenza, gli autori si interrogano sulle possibili ricadute che potrebbero derivare, sul piano penalistico, dall’avvenuta espressa equiparazione del contagio da Covid-19 ad un infortunio sul lavoro; equiparazione che, proprio in ragione delle peculiarità di un simile “infortunio”, profila sin d’ora l’insorgere di significative difficoltà sul terreno della ricostruzione della regola cautelare violata e del nesso causale che la ricollega all’evento; e, in ogni caso, pone il datore di lavoro di fronte alla necessità di attrezzarsi in modo consapevole e adeguato per far fronte all’emergenza attuale nella prospettiva di potersi tutelare al meglio di fronte a eventuali addebiti futuri.

SOMMARIO. 1. I riflessi futuri dell’emergenza attuale. 2. L’eccezione al lockdown generale: una scelta stretta tra limiti e responsabilità. 3. L’infezione da Covid-19 quale infortunio sul lavoro. Uno scenario (possibile) da prevenire con cautela. 4. Uno sguardo sullo scenario penal-processuale di domani (alla luce degli insegnamenti di ieri).

1. I riflessi futuri dell’emergenza attuale.

Questo periodo di prolungata e generalizzata quarantena finirà. Quello che tarderà a passare saranno le conseguenze (umane ed economiche) che l’esperienza che stiamo vivendo ci lascerà in eredità. Vale la pena, dunque, attrezzarci, non solo con una buona dose di caparbieta ed ottimismo che notoriamente caratterizzano la nostra italianità; ma anche con una altrettanto abbondante dose di capacità di orientare sin d’ora le nostre decisioni e azioni verso lo scenario che ci troveremo ad affrontare in un (speriamo) prossimo domani.

In questa prospettiva, una riflessione particolarmente attenta dev’essere senz’altro dedicata ai profili connessi alla gestione della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro; ben s’intende, quelli che non sono colpiti da un divieto assoluto di prosecuzione delle relative attività.

Per la gestione dell’emergenza sanitaria, il Governo ha elaborato una serie di misure preventive e cautelari d’urgenza, variamente calibrate sulla necessità di contenere il diffondersi del contagio da Covid-19, la cui ispirazione è orientata a consentire la prosecuzione delle attività produttive «solo in presenza di condizioni che assicurino alle persone che lavorano adeguati livelli di protezione» [Protocollo condiviso di

regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro - 14 marzo 2020, premessa].

2. L’eccezione al lockdown generale: una scelta stretta tra limiti e responsabilità.

Il punto di partenza dell’impostazione seguita dal Governo è quella di favorire «il massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza» [Protocollo 14 marzo 2020 – premesse, e DPCM 11 marzo 2020]; sempre che, peraltro, siano rispettati tutti gli obblighi previsti dalle disposizioni emanate per il contenimento del Covid-19.

Nella stessa logica, l’iniziativa imprenditoriale non è più “libera”, giacché si raccomanda di incentivare ferie e congedi retribuiti, nonché gli altri strumenti previsti dalla contrattazione collettiva e si richiede che venga incentivata la modalità del lavoro agile e siano comunque sospese le attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione [Protocollo 14 marzo 2020 e DPCM 11 marzo 2020].

Ebbene, solo ove tutte le raccomandazioni con cui si sollecita la sostanziale interruzione dell’attività lavorativa non possano trovare accoglimento, la

prosecuzione dell'attività è consentita a condizione che vengano adottati specifici «*protocolli di sicurezza anti-contagio e, laddove non fosse possibile rispettare la distanza interpersonale di un metro come principale misura di contenimento, con adozione di strumenti di protezione individuale*» [Protocollo 14 marzo 2020, premesse].

Con particolare riferimento a quest'ultima ipotesi residuale (ossia che, non potendo essere sospesa, l'attività prosegua), la normativa d'urgenza ed il Protocollo condiviso tra le parti sociali hanno elaborato una serie di misure preventive (dalla formazione e informazione dei lavoratori sino all'individuazione dei dispositivi individuali di protezione e di specifiche regole comportamentali) che il datore di lavoro è tenuto ad implementare al fine di contrastare e contenere la diffusione del contagio da Covid-19 negli ambienti di lavoro.

A mo' di chiusura del cerchio, si pone la recentissima previsione contenuta nel D.L. 17 marzo 2020, n. 18, che individua e definisce il contagio sul lavoro come infortunio. In particolare, al secondo comma dell'art. 42, viene espressamente previsto che «*Nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS-CoV-2) in occasione di lavoro*» (e cioè sul luogo di lavoro, nel tragitto casa-lavoro ed in qualunque altra situazione di lavoro), «*il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'INAIL che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato. Le prestazioni INAIL nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro. I predetti eventi infortunistici gravano sulla gestione assicurativa e non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico di cui agli articoli 19 e seguenti del Decreto Interministeriale 27 febbraio 2019. La presente disposizione si applica ai datori di lavoro pubblici e privati*».

Al contempo, l'art. 26 stabilisce che «*Il periodo trascorso in quarantena con sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva di cui all'articolo 1, comma 2, lettere h) e i) del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, dai lavoratori del settore privato, è equiparato a malattia ai fini del trattamento economico previsto dalla normativa di*

riferimento e non è computabile ai fini del periodo di comportamento».

3. L'infezione da Covid-19 quale infortunio sul lavoro. Uno scenario (possibile) da prevenire con cautela.

Dunque: da un lato, si prevede un generalizzato obbligo di limitare la prosecuzione delle attività lavorative a quelle soltanto che assumano carattere di indispensabilità per il mantenimento in vita dell'azienda; dall'altro, ove ciò non sia possibile, si introducono specifiche cautele per il contenimento del contagio.

A questo punto, le probabilità che nel prossimo futuro dovremo occuparci, non solo dal punto di vista umano ed economico, ma anche giuridico e giudiziario, delle conseguenze dei giorni che stiamo trascorrendo è assai elevata.

Per rendersene conto è sufficiente considerare che con l'introduzione del percorso normativo sopra tratteggiato il contagio-infortunio è entrato a piè pari nel tessuto del testo unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (D.Lgs. 81/2008) e, più in generale, nel novero delle disposizioni finalizzate alla «*prevenzione degli infortuni*», la cui violazione può fungere da perno del rimprovero penale per i delitti di lesione ed omicidio colposi.

Se tutto ciò è vero, gli elementi di criticità che si pongono immediatamente all'attenzione e che dovranno essere vagliati con estrema cautela sono due: uno focalizzato sull'oggi; l'altro sui criteri di giudizio che dovranno eventualmente essere impiegati domani per far chiarezza sulle vicende che, malauguratamente, dovranno essere esaminate con la lente del processo penale.

Dal primo punto di vista, è necessario tenere ben presente che le disposizioni vigenti (tanto quelle emanate dal Governo, quanto quelle che sono il frutto dell'accordo tra le parti sociali) non entrano nel merito della valutazione dello specifico rischio-contagio riscontrato nel singolo ambiente di lavoro affidato alla posizione di garanzia del singolo datore di lavoro, ma si limitano a fissare delle indicazioni (queste sì, cogenti) funzionali a rispondere all'esigenza del contenimento del contagio in funzione della specifica modalità relazionale presente (e residuante) in ciascuna realtà lavorativa.

Sennonché, secondo l'impostazione che tipicamente caratterizza l'approccio del D.Lgs. 81/2008 (v. artt. 28 e 29), ciascun datore di lavoro dovrà comunque farsi carico di valutare (non tanto il se, quanto il) come le specifiche modalità lavorative espongono i lavoratori al rischio-contagio e quindi all'infortunio. In funzione di questa analisi preliminare (che è prerogativa indelegabile del datore di lavoro), dovranno essere adottate le cautele tassativamente indicate dalle disposizioni, a carattere cautelare, indicate dalla normazione d'urgenza.

Tutto ciò, peraltro, pone necessariamente in evidenza un'ulteriore conseguenza, inevitabile ed a cascata: quella concernente la necessità di valutare se gli adeguamenti introdotti nell'organizzazione del lavoro (sia per contenere il ciclo produttivo entro i limiti della "necessità", tanto in termini di chiusura di reparti, quanto, e soprattutto, di redistribuzione della forza-lavoro; sia per contenere il rischio-contagio) hanno modificato l'assetto organizzativo e, quindi, le schede di valutazione dei rischi sino ad ora inserite del DVR. Questo passaggio è tutt'altro che secondario e scontato: il pericolo, infatti, è quello di concentrarsi sulle misure anti-contagio, tralasciando di rivalutare il rischio specifico, intrinsecamente connesso alle attività-mansioni interessate dagli adeguamenti introdotti.

Tutto ciò, invero, a valle di una valutazione preliminare, concernente il carattere di indispensabilità dell'attività lavorativa; valutazione che, nell'evenienza di un contagio-infortunio che dovesse verificarsi in tale contesto, dovrà comunque trovare adeguata motivazione, tanto più a fronte dei massicci incentivi alla sospensione dell'attività da cui risultano caratterizzati gli interventi normativi adottati in via d'urgenza (da ultimo il D.L. 18/2020).

4. Uno sguardo sullo scenario penal-processuale di domani (alla luce degli insegnamenti di ieri).

Guardando al futuro, invece, la (senz'altro comprensibile e condivisibile) volontà del legislatore di fornire tutela (anche) assicurativa a coloro che avranno contratto l'infezione da Covid-19 potrebbe aprire scenari problematici laddove se ne dovesse discutere in sede processuale e, in particolare (ma non solo), in ambito penale.

Al riguardo, occorre anzitutto ricordare che la definizione di "infortunio", contenuta nel D.P.R. 1124/1965,

si caratterizza per un evidente approccio finalistico: ai sensi dell'art. 2 del predetto Decreto, infatti, l'infortunio è definito come l'evento «*occorso per causa violenta in occasione del lavoro dal quale sia derivata la morte del lavoratore, un'inabilità permanente al lavoro, assoluta o parziale o un'inabilità temporanea assoluta che comporti l'astensione dal lavoro per più di tre giorni*».

Con il che, "l'occasione di lavoro" (richiesta anche dal citato art. 42, co. 2, D.L. 17 marzo 2020, n. 18), la cui sussistenza è necessaria affinché l'evento infortunistico possa dirsi riconducibile all'ambito lavorativo (con le conseguenze, civili, penali o assicurative del caso), presuppone l'accertamento della sussistenza del nesso causale tra l'evento e l'attività lavorativa svolta.

Ciò premesso, è lecito domandarsi quali potrebbero essere i risvolti applicativi di tale generale (se non anche scontato) principio nell'ambito dell'accertamento della responsabilità penale del datore di lavoro per infortunio-contagio da Covid-19 di un suo dipendente.

Il nodo della questione attiene, infatti, alla natura ubiquitaria del virus da cui l'infezione è prodotta. L'esperienza processual-penalistica maturata in tema di prova scientifica in relazione alle patologie multifattoriali o scatenate da fattori nocivi ubiquitari (proprio come il Covid-19) è sufficientemente collaudata per far presagire l'intensità (per non dire la drammaticità) del dibattito che ne potrebbe derivare.

In siffatte ipotesi, invero, l'affermazione della responsabilità del datore di lavoro è generalmente condizionata all'esistenza di un sapere scientifico largamente accreditato tra gli studiosi che, adeguatamente vagliato e corroborato alla luce delle prove legittimamente acquisite al processo per il singolo caso in giudizio, consenta di escludere (al di là di ogni ragionevole dubbio) spiegazioni causali alternative rispetto quella che afferma il collegamento causale tra condotta ed evento infortunistico/patologia/malattia professionale.

Da qui, la prima, inevitabile, criticità applicativa, poiché, in materia di Covid-19, ancora manca un sapere scientifico accreditato, in grado di supportare un simile giudizio controfattuale; ben sapendo, invero, che a fronte dell'incertezza sulle conseguenze dell'agire, l'indicazione che si rinviene dall'analisi

della giurisprudenza della Suprema Corte è quella che impone l'astensione dal correrne il rischio.

Non solo.

Nel caso di contagio da Covid-19, l'accertamento del nesso causale non potrebbe prescindere dal carattere ubiquitario del virus e dalla conseguente possibilità di contagio al di fuori dei luoghi di lavoro; né potrà essere trascurato, per le ipotesi più nefaste, il carattere multifattoriale dell'evento letale che ne potrebbe derivare.

Dal primo punto di vista, considerata la tristemente nota e drammatica capacità esponenziale di trasmissione del virus, si preannuncia particolarmente complicato (ma non per questo improponibile) giungere alla dimostrazione, in termini di certezza, che il "contagio" si è verificato nei luoghi di lavoro ed a causa del mancato rispetto delle norme comportamentali e igienico-sanitarie a tal fine imposte.

Con il che, il datore di lavoro potrà essere ritenuto responsabile del contagio-infortunio se si potrà dimostrare che l'omessa o inadeguata predisposizione delle cautele antinfortunistiche a tutela del lavoratore (id est: delle misure di contenimento dell'infezione da Covid-19) ha assunto un rilievo causale, quale condizione necessaria, dell'insorgenza dell'infezione.

Dal secondo punto di vista, alla luce delle (invero limitate) informazioni che si possono desumere dagli organi di stampa, non pare arduo preconizzare le difficoltà che, ancora sul terreno dell'accertamento

causale, si porranno per determinare se l'eventuale decesso dell'infortunato sia stato determinato dal contagio piuttosto che dalle pregresse patologie da cui questi era affetto. È pur vero, infatti, che, sul punto, il faro guida è rappresentato dall'equivalenza dei fattori causali sancito dall'art. 41 c.p.; ma è altrettanto ragionevole prevedere che la determinazione dell'autonoma valenza causale della patologia pregressa rispetto all'evento finale assumerà un ruolo importante nella dialettica processuale.

In questo precario contesto applicativo, dunque, un dato è comunque certo: l'adozione, da parte del datore di lavoro, di un'efficiente (sia dal punto di vista documentale, sia da quello schiettamente operativo e di controllo) metodica di valutazione e contrasto del rischio di contagio rappresenta non solo un'indiscussa regola di civiltà (prim'ancora che di rispetto delle disposizioni vigenti); ma anche un modo efficace per fronteggiare, domani, eventuali addebiti per gli infortuni-da-contagio che dovessero approdare sul banco del giudice penale.

Maurizio Riverditi

Professore associato di diritto penale nell'Università degli Studi di Torino.

Avvocato del Foro di Torino.

Lucilla Amerio

Avvocato del Foro di Torino.

Così lontano così vicino: garanzie difensive ai tempi del coronavirus.

di **F. Malagnino**

L'Autore prende le mosse dalla decretazione d'urgenza, relativa all'attuale periodo di diffusione del contagio da coronavirus, in tema di collegamento da remoto delle parti nel procedimento penale, per verificare se e sino a che punto, nel rispetto delle vigenti garanzie difensive, l'attuale assetto normativo consenta la 'dematerializzazione' di aula e soggetti sino alla creazione di una sorta di udienza virtuale, confrontando le possibili ipotesi con le varie prassi oggi diffuse dalla proliferazione dei numerosi protocolli, intese, vademecum, linee-guida concordati nell'emergenza tra Uffici giudiziari e Foro, auspicando che – a breve – siano varate nuove norme che consentano la completa informatizzazione e digitalizzazione dell'udienza penale, così da soddisfare le pressanti ed urgenti esigenze di distanziamento interpersonale, senza il rischio di inquinare il procedimento con vizi e nullità dovuti a forzature dettate dalla logica protocollare dell'emergenza.

SOMMARIO. – **1.** Il coronavirus ai tempi del *soft-law*. **2.** Dibattimento e camera di consiglio: in quale camera? **2.1.** Interessato non detenuto o internato, né in custodia cautelare. **2.2.** Difensore. **2.3.** Pubblico ministero e altre parti private. **2.4.** Giudice. **3.** Comunicazioni e notificazioni.

1. Il coronavirus ai tempi del *soft-law*.

Se l'emergenza Covid-19 fosse intervenuta solo qualche anno addietro, pur eventualmente a parità di digitalizzazione e *social media*, probabilmente la pronta reazione dell'Esecutivo sarebbe stata l'immediata chiusura dei Tribunali o, in gradata alternativa, l'emanazione di norme che consentissero espressamente di fronteggiare l'emergenza mediante l'integrale 'smaterializzazione' delle udienze penali, delocalizzandone i protagonisti tramite collegamenti da remoto.

Invece, nell'attuale era dei protocolli, la disciplina dell'interazione (e, quindi, della salute) fisica dei soggetti coinvolti nei procedimenti penali indifferibili è stata affidata alla solerte ed eterogenea iniziativa dei singoli uffici giudiziari, strettamente dipendente – di luogo in luogo – dal più o meno spiccato spirito collaborativo di questo o quel Foro.

In particolare, quanto alla partecipazione all'udienza, gli emanati d.l. 8-3-2020 n.11 e d.l. 17-3-2020 n.18¹, in relazione al periodo interessato dalla nota e triste pandemia, si sono preoccupati della 'smaterializzazione' delle sole persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare, nulla innovando nel resto, salva la previsione di alcune possibili accortezze logistiche².

Dal che è subito scaturita una vasta messe di protocolli³ condivisi tra organismi più o meno rappresentativi dei giocatori in campo (e dell'arbitro) che, a macchia di leopardo, hanno tentato di estendere ad altri attori del processo le scarse previsioni 'smaterializzanti' della decretazione d'urgenza, invero assai

più ristrette e tassative e tutt'altro che derogatorie rispetto alle ordinarie regole del codice di rito, così di fatto cercando di fronteggiare l'emergenza mediante la creazione 'para-normativa' di una sorta di udienza virtuale, cui sottrarre la presenza fisica del maggior numero possibile di soggetti.

Protocolli, intese, *vademecum*, linee-guida, circolari, ecc.

Come già efficacemente evidenziato⁴, a tali emanazioni può accostarsi la condivisibile definizione di *soft-law*, quale «serie di atti, di natura autoritativa o contrattuale, che pur non avendo la forma propria delle fonti tipiche e pur essendo sprovvisti di vincolatività, sono tuttavia giuridicamente rilevanti e tenuti in considerazione nel momento dell'interpretazione e dunque di soluzione di concrete controversie giudiziali»⁵. E l'associazione con la consuetudine sovviene immediata, quale fonte residuale, originata dalla presa d'atto dell'inadeguatezza della legge a soddisfare le esigenze della collettività, che ricorre pertanto a normazioni alternative in contesti di crisi, quando cioè la regola scritta appaia insufficiente, bisognosa d'essere colmata da fattori esterni, operanti in quanto essenziali a mantenere l'ordine al di là delle lacune normative⁶. E, come tale, essa può convivere con la legge solo ove ne condivida la direzione (*secundum legem*) o ne colmi i vuoti (*praeter legem*).

Di tal che, non può revocarsi in dubbio che, soprattutto in ambito processuale penale, il principio di legalità impone che regole protocollari o similari (e, a maggior ragione, atti dei vertici degli uffici) giammai

possano trovare applicazione in contrasto con le norme del codice di rito⁷.

Alla verifica delle varie possibilità è dedicato il presente contributo.

2. Dibattimento e camera di consiglio: in quale camera?

Come anticipato, con riferimento alla collocazione fisica dei soggetti del procedimento, il d.l. 8-3-2020 n.11, all'art.2 co.7, si è limitato a prevedere che, in relazione al periodo in questione, *«la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'articolo 146-bis del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271»*.

Ed il D.G.S.I.A., da parte sua, con nota n.3413 del 10-3-2020, ha sancito all'art.3 che, nelle ipotesi di cui al precitato art.2 co.7, *«possono essere utilizzati i collegamenti da remoto previsti dall'art. 2 del presente provvedimento [n.d.r.: "Skype for Business" e "Microsoft Teams"] laddove non sia necessario garantire la fonia riservata tra la persona detenuta, internata o in stato di custodia cautelare ed il suo difensore e qualora il numero degli imputati, che si trovano, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione in luoghi diversi, consenta la reciproca visibilità»*, così introducendo nel processo penale i due suddetti strumenti di comunicazione digitale.

Poco dopo, il d.l. 17-3-2020 n.18 ha sostituito il citato art.2 co.7 con il proprio art.83 co.12, di identico contenuto, lasciando dunque immutata la disciplina.

Tutto questo, quindi, al netto delle possibili accortezze logistiche di cui al co.7 lett. da a) ad h) del citato art.83, comporta che l'unico soggetto di cui si è favorita la 'smaterializzazione' è stata la sola parte personalmente *in vinculis* (tralasciandosi in questa sede la disamina di eventuali ruoli accessori, quale ad esempio quello testimoniale).

Ciò posto, ci si chiede se sia possibile, in questo periodo di pandemia, al cospetto del vigente ordito normativo, attuare un collegamento da remoto per tutti i soggetti del procedimento, detenuti o meno, pubblici o privati, a partecipazione necessaria o eventuale, così da evitare la compresenza di più persone nell'aula d'udienza.

In generale, potrebbe provarsi a sostenere che tale pratica, pur non espressamente prevista dalle

precitate norme, possa nondimeno, se condivisa e sottoscritta da Uffici e Foro, considerarsi come *soft-law* processuale, *secundum* o *praeter legem*, idonea cioè ad integrare lo *ius scriptum* in aspetti resi assai rilevanti, se non addirittura cogenti, dalla logica dell'emergenza e da espressi provvedimenti aventi giuridica rilevanza, quali:

- lo stesso art.83 d.l. 17-3-2020 n.18, il quale, ai co.6 e 7, esplicita come le sue previsioni siano adottate *«per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria...al fine di evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone»*, ivi compresa *«la limitazione dell'accesso del pubblico agli uffici giudiziari, garantendo comunque l'accesso alle persone che debbono svolgervi attività urgenti»*;

- la previsione dell'art.1 co.1 D.P.C.M. 9 marzo 2020, attuativo del d.l. 23-2-2020, n. 6, che estende all'intero territorio nazionale il divieto, sancito dall'art.1 co.1 lett. a) D.P.C.M. 8 marzo 2020, di *«spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo, nonche' all'interno dei medesimi territori»*;

- l'ulteriore previsione dell'art.1 co.1 lett. b) D.P.C.M. 22-3-2020, attuativo del d.l. 23-2-2020, n. 6, che vieta *«a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un comune diverso rispetto a quello in cui attualmente si trovano»*. Sennonché, ad escludere l'efficacia persuasiva esercitata in tal senso dai menzionati D.P.C.M. è il rilievo che tutti i divieti di spostamento ivi imposti soffrono la deroga data dalle *«esigenze lavorative»*, il che lascia ampia libertà di accesso all'aula a tutti i soggetti professionali coinvolti nel procedimento. E parimenti, quanto ai soggetti privati, la loro libertà di movimento è garantita dall'ulteriore deroga rappresentata da *«situazioni di necessità»*, tale potendosi intendere quella di partecipare ad un procedimento penale in cui essi stessi sono personalmente interessati. In ogni caso, però, non può sottacersi che, in relazione agli spostamenti intercomunali, la maggior restrizione introdotta per il periodo di operatività del solo D.P.C.M. 22-3-2020, accanto alla deroga per lavoro, non prevede più la deroga per necessità, sostituita dalla più stringente deroga per *«assoluta urgenza»*, più ardua da identificare nell'esigenza di personale e fisica partecipazione al procedimento⁸.

E parimenti non convincenti appaiono i richiami alle finalità di cui ai citati co. 6 e 7 dell'art.83 d.l. 17-3-2020 n.18, che, con la loro astrattezza, non sembrano poter prevalere sulla concreta vigente disciplina

generale della materialità e fisicità dell'aula e delle parti, a partire dalla previsione di cui all'art.146 disp. att. c.p.p., che disegna addirittura quale debba essere la posizione dei banchi e dove debbano sedersi parti, difensori e testimoni.

A fronte di ciò, ed all'esistenza di altre previsioni espresse che equiparano, *ubi voluerunt*, altri luoghi all'aula d'udienza, come quella di cui all'art.146 *bis* co.5 disp. att. c.p.p.⁹, sembra doversi concludere che la mancata previsione normativa di ulteriori partecipazioni da remoto sia stata voluta dal legislatore e, quindi, vada considerata *contra legem* ogni iniziativa in senso ampliativo.

Condivisibile è dunque la giurisprudenza secondo cui «la partecipazione a distanza è ammessa, per sistema, in casi tassativamente previsti. Si tratta di ipotesi d'eccezione e di stretta interpretazione, che non sono suscettibili di applicazione analogica, né di letture estensive, oltre i casi espressamente contemplati dall'Ordinamento»¹⁰.

Ciò posto, occorre pertanto verificare se l'attuazione di ciascuna di tali ulteriori e supplementari (non previste) partecipazioni a distanza integri o meno ipotesi di nullità e, in caso di risposta affermativa, verificare se la prodotta nullità possa o meno ritenersi superata dall'eventuale consenso delle parti.

2.1. Interessato non detenuto o internato, né in custodia cautelare.

Innanzitutto, viene in mente l'ipotesi della partecipazione a distanza dell'interessato (così per brevità verrà qui genericamente indicato nel prosieguo l'indagato/imputato/condannato/proposto) non detenuto o internato, né in custodia cautelare.

Sul punto, occorre rilevare che il dato normativo di partenza è rappresentato dal carattere meramente eventuale della sua partecipazione a qualsiasi tipo di procedimento, non essendo mai necessaria la sua presenza ai fini della celebrazione del rito.

Ciò sposta poco nei casi in cui il collegamento a distanza sia contrario alla volontà dell'interessato: infatti, allorché egli abbia intenzione di essere presente all'udienza (eventualmente adempiendo ai connessi oneri di tempestiva richiesta, ove previsti, come ad es. a mente dell'art.309 co.6 c.p.p.), la violazione del suo diritto d'essere fisicamente presente in aula integra senz'altro e comunque la nullità prevista dall'art.178 lett. c) c.p.p.¹¹.

Nondimeno, non rinvenendosi nell'art.179 c.p.p. riferimenti a siffatta ipotesi, occorre ritenere che la ravvisata nullità non sia assoluta, bensì d'ordine generale a regime cd. 'intermedio' (art.180 c.p.p.)¹².

Come tale, essa, oltre a soggiacere ai generali termini di deducibilità di cui all'art.180 c.p.p., non può essere eccepita dalle altre parti, per carenza d'interesse ex art.182 co.1 seconda parte c.p.p., e non può essere eccepita in udienza dall'interessato che abbia in precedenza dato luogo alla predisposizione del collegamento a distanza, per aver egli concorso a dare causa alla nullità medesima ex art.182 co.1 prima parte c.p.p.

E, soprattutto, essa va immediatamente eccepita in udienza ex art.182 co.2 prima parte c.p.p. ed è sanata dall'eventuale rinuncia ex art.183 co.1 lett. a) c.p.p., il che sembra dunque poter aprire la strada alla possibile attuazione concordata di atipiche forme di collegamento a distanza.

Ed a maggior ragione possono ritenersi valide le ipotesi in cui l'interessato abbia consentito espressamente al collegamento atipico da remoto. In tal caso, oltre alle sanatorie appena menzionate, è la stessa non necessità della sua partecipazione al procedimento ad assumere – a parere di chi scrive – rilievo corroborante: in altre parole, se l'interessato ha la facoltà di scegliere se partecipare o meno al procedimento, nulla sembra ostare al riconoscimento dell'esistenza, in capo allo stesso, della facoltà di prediligere eventuali modalità alternative e atipiche di partecipazione (nella specie, a distanza), che – per quanto possano a taluno apparire poco effettive o poco partecipative – sono senz'altro un qualcosa in più rispetto all'assoluta mancata partecipazione.

Certamente però – e questo non è tema su cui può prevalere alcun principio dispositivo – occorre che l'identità e la libertà d'autodeterminazione dell'interessato siano certe e garantite¹³, di tal che non potrebbe ritenersi legittimo un collegamento da remoto senza la presenza *in loco* di un pubblico ufficiale che ciò attesti. O meglio, siffatto collegamento senza attestazione non potrebbe in realtà considerarsi neanche 'esistente' e ciò, evidentemente, esclude in radice la possibilità di rinunce, consensi e sanatorie, proprio per l'insanabile incertezza che ne deriverebbe in ordine a identità e capacità del soggetto collegato.

Ai fini di effettuare un collegamento in presenza di idoneo pubblico ufficiale, si potrebbero prediligere caserme o stazioni C.C. o similari¹⁴, senza comunque escludere la giuridica possibilità che il collegamento avvenga presso la stessa abitazione dell'interessato, ove egli acconsenta all'ingresso di personale pubblico finalizzato alle richieste attestazioni¹⁵.

Inoltre, va assicurata all'interessato la possibilità di avere contatto audio riservato con il proprio

difensore, ove fisicamente posto in luogo differente. Del resto, lo stesso art.3 della succitata nota D.G.S.I.A. n.3413 del 10-3-2020, ha in ogni caso escluso la possibilità del ricorso ai collegamenti da remoto diversi dalla videoconferenza (“Skype for Business” e “Microsoft Teams”) «*laddove...sia necessario garantire la fonia riservata tra la persona detenuta, internata o in stato di custodia cautelare ed il suo difensore*»: in proposito, pur dovendosi riconoscere che il tenore testuale della previsione sembra categorico nell'escludere a monte l'utilizzo di “Skype for Business” e “Microsoft Teams” in tale ipotesi, nondimeno sembrerebbe poter esservi spazio per interpretare la previsione nel senso, più elastico, di consentire l'utilizzo di tali strumenti digitali alternativi allorché la predetta fonia riservata sia comunque garantita mediante ulteriori ausili, quale – ad es. – separato collegamento telefonico (se non altro perché, diversamente opinando, ne deriverebbe la sostanziale abrogazione implicita di buona parte dello stesso art.83 co.12 d.l. 17-3-2020 n.18, la cui portata verrebbe invece in larga misura annientata). Peraltro, ogni questione in proposito rientrerebbe comunque nello spettro di cui all'art.178 lett.c) c.p.p., con relativo regime di rinunciabilità, deducibilità e sanabilità ex artt.180, 182 e 183 c.p.p.

Per concludere, un cenno a parte meritano figure ‘intermedie’ quali quelle dell'interessato agli arresti domiciliari o in detenzione domiciliare. Sembra, in tali ipotesi, potersi direttamente applicare la disciplina dell'art.83 co.12 d.l. 17-3-2020 n.18, senza operazioni interpretative di stampo analogico o estensivo, atteso che: quanto al primo, l'art.284 co.5 c.p.p. lo considera espressamente in custodia cautelare e, quanto al secondo, è la stessa dizione normativa a qualificare come «*detenzione*» il suo stato (senza contare che risponde di evasione ex art.385 c.p. colui che vi si sottragga).

Ovviamente, valgono in relazione ad essi le medesime considerazioni logistiche appena svolte a proposito di certezza su identità e libertà d'autodeterminazione ed a proposito di garanzia di fonia riservata con il proprio difensore.

2.2. Difensore.

Problemi in parte analoghi, ed in parte più spinosi, sono posti dalla figura processuale del difensore dell'interessato (come sopra inteso).

Innanzitutto, nonostante non sembri esser mai stata prevista (né dall'art.146 bis cit., né dall'art.83 co.12 cit.) la sua partecipazione a distanza da luogo diverso dall'aula d'udienza e dal sito di collegamento

dell'assistito¹⁶, va tuttavia rilevato che la previsione del co.4 bis del predetto art.146 bis consente alle varie «*parti e ai loro difensori di intervenire a distanza*» (a proprie spese) in tutti i processi nei quali si procede con il collegamento audiovisivo.

Ora, se si predilige una lettura organica e sistematica, non legata alla logica dell'emergenza¹⁷, il fisiologico significato del predetto co.4 bis non può prescindere dal contesto normativo in cui esso è andato a fondersi. E tale contesto normativo ha come oggetto la sola videoconferenza ‘tradizionale’, attuata ed attuabile con ben specifici strumenti nell'esclusiva disponibilità dei soli istituti a ciò preposti. Così ragionando, sembra non esservi spazio per interpretazioni più ampie rispetto a quella testuale: il comma *de quo*, nei processi in cui è stato disposto il collegamento in videoconferenza dell'imputato, consente alle altre parti private di chiedere al giudice di partecipare anch'esse a proprie spese in videoconferenza, ed i loro difensori possono in tal caso partecipare accanto a loro (come previsto dal co.4) anziché nell'aula d'udienza.

Se, invece, si predilige un'interpretazione dinamica del co.4 bis in questione, partendo dal dato normativo attuale (art.83 co.12 cit.) che estende il concetto di videoconferenza a fenomeni di collegamento da remoto più agili e anche ‘casalinghi’, lo si potrebbe intendere come legittimante parti e difensori, anche indipendentemente le une dagli altri, a partecipare a distanza (ognuno da autonomo sito, eventualmente anche dallo studio professionale) al procedimento in corso. Rimarrebbe, però, l'ostacolo rappresentato dal fatto che il predetto co.4 bis non è richiamato dall'art.83 co.12 cit. e tale scelta non può apparire casuale, dato che il medesimo art.83 co.12 richiama tutti i commi 3, 4 e 5 dell'art.146 bis, saltando proprio il co.4 bis. In ogni caso, tale mancato richiamo potrebbe anche non risultare decisivo nella risoluzione della presente questione, in virtù dei rilievi sul coordinamento fra norme sviluppati nel paragrafo successivo a proposito delle facoltà delle parti private.

A qualunque conclusione si ritenga di giungere, occorre in ogni caso tenere presente che il ricorso al co.4 bis non consentirebbe di chiudere completamente il cerchio, attuando una piena equiparazione tra ‘smaterializzazione’ dell'interessato e ‘smaterializzazione’ del difensore, poiché lo schema disegnato dal suddetto comma è attuabile solo a richiesta di parte, di tal che esso non può essere deciso ed imposto dall'autorità giudiziaria, come invece accade per tutte le altre modalità di collegamento in videoconferenza o da remoto positivamente disciplinate.

E a questo punto, volendo considerare *contra legem* l'ipotizzato autonomo collegamento da remoto del difensore, occorre verificarne le conseguenze.

Qui il tenore dell'art.179 c.p.p. è meno indulgente rispetto agli altri soggetti processuali, prevedendo come nullità assoluta ed insanabile (rilevabile in ogni stato e grado del procedimento) l'assenza del difensore nei casi in cui ne sia obbligatoria la presenza.

Ora, poiché, nel caso del difensore, il dettato del codice fa riferimento al concetto fisico di «*presenza*»¹⁸, laddove altrove, riguardo ad altri soggetti, si riferisce più genericamente agli immateriali concetti di «*intervento*»¹⁹ o «*partecipazione*»²⁰, sembra doversi propendere per un'interpretazione rigida della norma in questione, che conduce a ravvisare nullità assoluta in caso di atipico e non previsto collegamento da remoto del difensore stesso. Del resto, lo scrupolo dimostrato dal legislatore nel disciplinare puntualmente la collocazione fisica del difensore nel co.4 dell'art.146 *bis* disp. att. c.p.p. sembra confermare ulteriormente l'estrema rilevanza attribuita dal codice di rito al luogo di materiale presenza del difensore medesimo rispetto all'udienza²¹.

Le conseguenze di siffatta impostazione sono note ed evidenti, e conducono alla perfetta irrilevanza di eventuali consensi o rinunce.

Qualora, invece, si propendesse per una concezione meno 'fisica' della garanzia apprestata dall'art.179 c.p.p., allora la nullità ravvisabile sarebbe quella – meno severa – prevista dall'art.178 lett.c) c.p.p. per le violazioni inerenti l'assistenza e la rappresentanza dell'interessato, con tutto ciò che ne conseguirebbe in tema di rinunciabilità, deducibilità e sanabilità delle relative questioni *ex artt.*180, 182 e 183 c.p.p. (secondo quanto già esposto nel paragrafo precedente), e con tutte le già illustrate avvertenze in tema di certezza su identità e libertà d'autodeterminazione, nonché garanzia di fonia riservata²².

Meno drammatica, infine, è la situazione che si crea allorché la presenza del difensore sia meramente facoltativa: in tal caso, infatti, analogamente a quanto osservato nel paragrafo precedente, poiché è sua facoltà scegliere se partecipare o meno al procedimento, nulla sembra ostare al riconoscimento dell'esistenza, in capo allo stesso, della facoltà di prediligere eventuali modalità alternative e atipiche di partecipazione (e, soprattutto, non ricorrono le condizioni di operatività dell'art.179 c.p.p.).

2.3. Pubblico ministero e altre parti private.

Quella del p.m. potrebbe apparire la figura che crea i minori problemi applicativi.

Andando per ordine: alla luce della giurisprudenza sin qui esaminata, la 'dematerializzazione' del rappresentante della pubblica accusa mediante suo collegamento da remoto, in quanto non prevista da alcuna norma processuale, dovrebbe condurre alla nullità sancita dall'art.178 lett. b) c.p.p.

E, alla luce dei già esposti argomenti, analogamente a quanto osservato a proposito dell'imputato (e affini), non rinvenendosi nell'art.179 c.p.p. riferimenti a siffatta ipotesi, occorre ritenere che la ravvisata nullità non sia assoluta, bensì d'ordine generale a regime cd. 'intermedio' (art.180 c.p.p.)²³.

Ciò posto, dovrebbero valere in relazione al p.m. le medesime considerazioni già svolte in tema di disponibilità – in capo all'imputato – del proprio diritto di partecipazione all'udienza (rinunciabilità, deducibilità e sanabilità delle relative questioni *ex artt.*180, 182 e 183 c.p.p.), di tal che potrebbe apparire quanto mai semplice la collaborazione tra Ufficio e Procura al fine di attuare ogni agile e snella forma di collegamento a distanza, a prescindere dall'eventuale consenso o dissenso delle altre parti, in virtù del filtro imposto alle loro eccezioni dal riferimento all'interesse contenuto nell'art.182 co.1 seconda parte c.p.p. Del resto, è già recepito in giurisprudenza il principio della possibile e legittima decontestualizzazione della partecipazione del p.m. al contraddittorio in essere, come – ad es. – nelle pronunce che riconoscono la possibilità di 'cartolarizzarne' l'intervento al posto della sua partecipazione all'udienza²⁴.

Sennonché, a tutto ciò potrebbe frapporsi la peculiare funzione pubblica svolta dal p.m., quale parte *sui generis* (in quanto non portatrice di un proprio privato interesse), che rende configurabile un possibile interesse delle parti private ad eccepire vizi inerenti alla sua partecipazione al procedimento: peraltro, non mancano pronunce in questo senso²⁵.

Sul punto, decisiva può essere la distinzione tra procedimenti a partecipazione necessaria e procedimenti a partecipazione eventuale: nel secondo caso, difficilmente le parti private potranno dolersi dell'atipica partecipazione a distanza del p.m., essendo rimessa alla sua esclusiva discrezionalità la scelta se partecipare o meno.

Quanto, infine, al collegamento da remoto di tutte le altre parti private, non sembrano porsi questioni differenti da quelle sin'ora esaminate, attesa la previsione comune di cui al citato art.178 lett. c) c.p.p. (che equipara la partecipazione dell'imputato a quella delle altre parti private) e tenuto peraltro conto che, allorché la parte privata sia impersonata da soggetto detenuto, internato o in custodia cautelare, si

applica *de plano* al predetto la disciplina dell'art.83 co.12 d.l. 17-3-2020 n.18, non confinata al solo protagonista passivo del procedimento.

Per contro, ciò che merita in questa sede sottolineare è che l'art.83 co.12 cit., nel richiamare l'art.146 *bis* co.3, 4 e 5 disp. att. c.p.p., non ne richiama anche il co.4 *bis* (riferito appunto alle altre parti diverse dall'imputato).

Quindi, in relazione ai soggetti-parti private non detenuti o internati, né in custodia cautelare, se ne potrebbe dedurre che è a loro preclusa la possibilità di collegarsi con mezzi diversi dall'ordinaria videoconferenza, pur allorché tale possibilità sia data dallo stesso art.83 co.12 cit. all'imputato detenuto, magari nello stesso procedimento: la *ratio* di siffatta differenziazione non appare peregrina, potendo ragionevolmente ritenersi che la norma abbia voluto tenere distinta la figura del soggetto *in vinculis* da quella del soggetto libero, intendendo favorire la delocalizzazione digitale solamente del primo (perché maggiormente sentita l'esigenza di ridurre al minimo i contatti esterni per la popolazione carceraria o comunque ristretta in istituto).

Non può però ignorarsi l'esistenza di una diversa (e più possibilista) chiave di lettura.

Poiché l'art.146 *bis* cit. si riferisce fisiologicamente alla sola partecipazione a distanza dell'imputato, l'introduzione in esso del citato co.4 *bis* ha avuto la funzione di estendere alle altre parti private (a loro spese) la relativa disciplina; viceversa, poiché l'art.83 co.12 cit. si riferisce indistintamente a qualsiasi soggetto e parte, un eventuale richiamo da parte sua al citato co.4 *bis* sarebbe apparso superfluo ed ultro-neo, oltre che potenzialmente fuorviante, perché avrebbe rischiato di creare confusione circa la spettanza dell'onere economico del collegamento digitale alternativo relativo alla parte privata *in vinculis* (che l'art.83 co.12 cit. presuppone essere a carico del procedimento e il co.4 *bis* pone invece a carico della parte).

Una considerazione conclusiva in relazione alla validità della 'remotizzazione' delle parti private riguarda poi la sostanziale irrilevanza del carattere necessario o eventuale della loro partecipazione al procedimento, poiché sarebbe comunque rimessa alla loro esclusiva disponibilità – per quanto *supra* osservato – ogni possibile doglianza sul punto.

2.4. Giudice.

Last but not least, va affrontata una questione che, prima dell'avvento della triste pandemia,

difficilmente sarebbe stata sollevata, a parità di contesto normativo.

È abbastanza chiaro che le ormai più volte richiamate disposizioni in materia di collegamento da remoto (dall'art.146 *bis* all'art.83 co.12 cit.) non prendano in considerazione l'ipotesi di 'delocalizzazione' dello stesso giudice rispetto all'aula d'udienza.

Neanche il citato d.l. 17-3-2020 n.18 ha inteso derogare a tale sistema, pur essendosi fatto carico di attuare e consentire nel settore civile un efficace modello di udienza virtuale, mediante le previsioni di cui all'art.83 co.7 lett. f) ed h), così confermando la scelta dell'Esecutivo di non intervenire nel settore penale.

Ciò premesso, ci si è chiesti – come per gli altri soggetti – se l'irregolare attuazione di un'eventuale 'remotizzazione' del giudice penale possa creare danni irreparabili o, semplicemente, invalidità suscettibili di sanatoria.

A parere di chi scrive, nell'attuale contesto penale, ivi compresa la recente decretazione d'urgenza, attesi gli odierni numerosi riferimenti normativi alla fisicità e materialità dell'aula d'udienza, alla sua disciplina ed ai connessi poteri di polizia, si può in astratto ipotizzare il collegamento da remoto di qualunque soggetto, ma – allo stato – non del giudice: rischierebbe di venire a mancare la nozione stessa di 'esistenza' di qualsiasi atto del procedimento. Peraltro, non può sottacersi che l'art.126 c.p.p. prevede la necessaria assistenza del giudice, in ogni atto, da parte di idoneo ausiliario, il quale deve provvedere alla relativa verbalizzazione ex art.135 c.p.p. (sebbene la giurisprudenza, galantemente, sia da tempo orientata nel senso di considerare mera irregolarità la mancanza dell'ausiliario e della relativa sottoscrizione del verbale)²⁶.

Certo, si potrebbe provare a invertire i termini della questione, e replicare che può considerarsi aula d'udienza qualunque luogo fisico da cui il giudice, con accanto il proprio ausiliario, si colleghi: del resto, se si consente la delocalizzazione di tutte le parti, pubbliche e private, potrebbe divenire in effetti alquanto irrilevante che il giudice e l'ausiliario siedano in aula piuttosto che altrove (e salvo l'intervento di testimoni o altri soggetti terzi, che meriterebbero un discorso a parte)²⁷.

In tale ottica, non sarebbe il giudice ad essere assente, bensì sarebbe semplicemente l'aula d'udienza a non essere quella istituzionale.

Probabilmente (e salva una miriade di implicazioni di altra e diversa natura), ciò non inciderebbe negativamente sull'esistenza degli atti, né sulle condizioni di

capacità del giudice rilevanti ai fini della configurabilità di nullità assolute ex artt.179 e 178 lett.a) c.p.p. Ne potrebbe derivare semmai una nullità d'ordine generale a regime cd. 'intermedio' ex art.178 lett.b) e c) c.p.p., per l'avvenuto illegittimo trasferimento dell'aula d'udienza, potenzialmente idoneo ad incidere sulla partecipazione al procedimento di tutte le parti, le quali, a loro volta, sarebbero soggette ai già evidenziati criteri di rinunciabilità, deducibilità e sanabilità delle relative questioni ex artt.180, 182 e 183 c.p.p. (vd. *supra*).

Nel percorrere siffatto cammino inesplorato, occorrerebbe però tener presenti dei limiti dirimenti.

Innanzitutto, una simile impostazione si mantiene coerente con i propri stessi presupposti solo ove si attui una 'smaterializzazione', mediante collegamento da remoto, di tutte le parti processuali, poiché altrimenti sarebbe nuovamente il giudice (e non le parti) a non essere presente in aula.

In secondo luogo, l'ipotizzata udienza virtuale non potrebbe comunque condurre all'individuale separazione fisica dei componenti di un eventuale organo giudicante collegiale, poiché altrimenti – per quanto anzidetto – si dovrebbe assistere ad abnormi sdoppiamenti degli ausiliari e, ciò che è ancor meno concepibile, delle aule.

Infine, l'ipotetico ragionamento in esame potrebbe valere solo per i procedimenti in camera di consiglio e per quelli a porte chiuse (che dovrebbero comunque essere la regola in periodo di pandemia, ex art.83 co.5 e 7 lett.e) d.l. 17-3-2020 n.18), non potendo ovviamente ipotizzarsi trasferimenti *ad libitum* dell'aula di udienza pubblica²⁸.

Pertanto, a ben vedere, tutto ciò considerato, sembra che la delocalizzazione del giudice penale si riveli in definitiva, se praticabile, comunque a tutt'oggi ancora poco utile in ragione di tutti i suesposti limiti, da potersi superare solo con opportuna novella (anche d'urgenza) in materia.

3. Comunicazioni e notificazioni.

Altra rilevante innovazione dettata dall'emergenza riguarda le comunicazioni e le notificazioni relative agli avvisi ed ai provvedimenti adottati nei procedimenti penali ai sensi dell'art.83 d.l. cit.: esse, ai sensi del co.14 del predetto art.83, ove indirizzate agli imputati ed alle altre parti, «sono eseguite mediante invio all'indirizzo di posta elettronica certificata di sistema del difensore di fiducia, ferme restando le notifiche che per legge si effettuano presso il difensore d'ufficio».

È un'innovazione d'urgenza quanto mai felice ed opportuna, anche e se non altro per dare respiro alle cancellerie, in questo periodo subissate da ingestibile mole di provvedimenti (per lo più di rinvio) da comunicare e notificare alle varie parti.

Anche sotto questo profilo, però, il *soft-law* in agguato ha preso strade pericolose.

La prima tentazione, in alcuni uffici, è stata quella di dilatare oltremodo, in via protocollare, il nuovo riferimento normativo al difensore d'ufficio, onerando anche quest'ultimo (al pari del difensore di fiducia) dell'incombente di ricevere in ogni caso via PEC le notificazioni per l'assistito, da informare poi a sue spese e cure. Orbene, in queste ipotesi di indiscriminata investitura del difensore d'ufficio, si è senz'altro di fronte ad una notificazione nulla, come osservato da condivisibile giurisprudenza secondo cui «la qualità del rapporto intercorrente tra questi e l'imputato non consente alcuna presunzione fisiologica di concreta conoscenza da parte del secondo»²⁹. Rimangono ovviamente valide, come del resto precisato (pleonasticamente) dallo stesso art.83 cit., le notificazioni effettuate presso il difensore d'ufficio nei casi già previsti dalla legge (come, ad es., nel caso di domiciliata presso di lui ex art.161 co.1 c.p.p. o in caso di domiciliata inidonea ex art.161 co.4 c.p.p.). La seconda tentazione, più *soft* (in quanto rappresenta una variante temperata della prima), sempre in tema di difesa d'ufficio, è stata quella di considerare superflua la notificazione del rinvio all'imputato nei cui confronti si sia già instaurato il rapporto processuale a seguito di costituzione delle parti: in altre parole, riconoscendo che l'art.83 co.14 cit. non ha attribuito al difensore d'ufficio alcun nuovo ruolo in tema di notificazioni, si è sostenuto che, nondimeno, in tutti i processi in cui l'imputato sia già stato dichiarato presente o assente, egli è comunque rappresentato dal difensore e, quindi, l'avviso del rinvio ben potrebbe esser notificato al solo difensore che lo rappresenta, anche se d'ufficio. Orbene, anche in questi casi, ad avviso di chi scrive, si è di fronte ad una notificazione nulla, poiché è ben vero che, a mente dell'art.420 bis co.3 c.p.p., l'imputato assente o già presente è rappresentato dal difensore, ma è anche vero che siffatta norma mirata e speciale va riferita alla sola attività (ed ai soli avvisi) d'udienza, e non certo a tutte le comunicazioni estranee all'udienza medesima, atteso il chiaro riferimento testuale dell'art.420 bis c.p.p. alla sola attività svolta innanzi al giudice («il giudice procede»). Del resto, l'art.148 co.5 c.p.p. è chiaro nel prevedere che le notificazioni possano essere sostituite solo da avvisi ai

presenti in udienza (dovendo esserne fatta menzione nel verbale). Peraltro, diversamente opinando, si dovrebbe giungere all'inaccettabile conclusione che l'instaurazione di ogni processo travolgerebbe il senso e significato di qualunque elezione o dichiarazione di domicilio, in contrasto con gli attuali principi – anche convenzionali – in tema di conoscenza e conoscibilità del procedimento, nonché in contrasto con la stessa giurisprudenza delle Sezioni Unite che, a proposito della portata dell'art.157 co.8 *bis* c.p.p., riguardante addirittura il difensore di fiducia, ne ha subordinato l'operatività, appunto, all'assenza di una dichiarazione o elezione di domicilio³⁰.

Sembra, dunque, inevitabile, in caso di difesa d'ufficio, dover notificare all'assistito, nelle ordinarie forme di legge, ogni avviso e provvedimento adottato nei procedimenti penali ai sensi dell'art.83 d.l. cit. Né sembrano praticabili soluzioni alternative, eventualmente concordate con C.O.A., Camere penali o altro, in quanto eventuali nullità prodotte da prassi difformi e *contra legem* non potrebbero certo essere sante da condotte che prescindano dal consenso o dalla conoscenza dell'assistito medesimo.

E tornando, invece, alla nuova ipotesi di notificazione via PEC al difensore di fiducia, non sembra che essa desti particolari perplessità: trattasi, in sostanza, di una sorta di rinvigorismento del già promulgato art.157 co.8 *bis* c.p.p., sfrondata della limitazione rappresentata dalla possibilità di rifiutare la notifica e liberato dal succitato depotenziamento giurisprudenziale inerente all'avvenuta elezione o dichiarazione di domicilio. In altre parole, l'attuale dicitura, per il suo carattere perentorio ed assoluto, sembra non poter soffrire di deroga alcuna, né in caso di domicilio dichiarato o eletto, né in caso di assistito detenuto, né altro.

E quanto al numero di copie dell'atto da notificare via PEC al difensore di fiducia ex art.83 co.14 cit., sembra attagliarsi agevolmente al caso la

giurisprudenza già formatasi a proposito di doppia notifica al difensore domiciliatario, secondo cui «in tema di notificazione al difensore mediante posta elettronica certificata (c.d. pec), l'invio dell'atto da notificare in un'unica copia al difensore, sia in tale qualità sia in quanto domiciliatario dell'imputato non dà luogo a nullità»³¹.

Concludendo, va osservato che potrebbe destare qualche perplessità la previsione di questa sorta di interruzione legale della conoscenza della progressione del procedimento ai danni dell'interessato, nel caso in cui egli abbia eletto o dichiarato domicilio presso luogo diverso dal difensore di fiducia (poiché, in sostanza, a un certo punto, il procedimento viene differito senza che egli riceva notizia del differimento e comunicazione alcuna della data del prosieguo, rimanendo 'nelle mani' del difensore di fiducia); nondimeno, anche in virtù della peculiare ottica dell'attuale periodo d'emergenza, sembra proprio potersi ragionevolmente riporre giuridico affidamento sulla consistenza del rapporto fiduciario intercorrente tra difensore ed assistito.

A questo punto, non resta che aggiungere un grande in bocca al lupo a tutti, con l'auspicio che, nelle more della pubblicazione di questi appunti, l'Esecutivo abbia varato nuove norme processuali volte a favorire, nell'attuale fase emergenziale, l'utilizzo di ogni possibile modalità di svolgimento dell'udienza penale da remoto, così da dissolvere ognuno degli evidenziati ostacoli e rendere il presente scritto nulla più che una sorta di promemoria per l'ordinario processo nei tempi a venire...

Fabrizio Malagnino

Magistrato presso il Tribunale di Lecce, Sezione dibattimento, esecuzione e misure di prevenzione.

¹ Segnatamente, art.2 co.7 d.l. 8-3-2020 n.11, sostituito dopo pochi giorni dall'identico art.83 co.12 d.l. 17-3-2020 n.18.

² Dettagliatamente elencate nell'art.83 co.7, lett. da a) ad h), del citato d.l. 17-3-2020 n.18.

³ Ma anche atti organizzativi dei vari dirigenti degli uffici.

⁴ F. TRAPELLA, *Brevissimo viaggio nel soft-law processuale, ovvero il giudizio penale al tempo dei protocolli*, in *Cass. Pen.*, 542, n.11, 2018.

⁵ A. MOSCARINI, *Le fonti dei privati*, in *Giur. Cost.*, 2012.

⁶ In questo senso A.L. TARASCO, *La consuetudine nell'ordinamento amministrativo. Contributo allo studio delle fonti non scritte*, Editoriale Scientifica, 2003.

⁷ Infatti, quanto alle regole condivise, «se le fonti *de quibus* aspirano a riempire una *littera legis* lacunosa, l'attenzione all'aspetto – forse, correttamente, meccanico – del “fare presto e bene” non può ripercuotersi in modo negativo sull'effettività dei diritti di parte, pena l'annullamento stesso del fine primario del procedere, con l'automatico tradursi della regola protocollare in una *contra legem* e, perciò stesso, illegittima». E quanto alle statuizioni verticistiche, è ancor prima la logica a impedire al giudice «unilaterali *actiones finium regundorum* delle proprie prerogative, rimesso come egli dev'essere

al proprio ruolo di interprete...Ne deriva, ad esito dell'applicazione del criterio gerarchico, l'annullamento della norma in conflitto con quella sovraordinata, *id est* la sua espunzione, sì da considerarla come mai esistita *in rerum natura*. Questo, insomma, è il destino di regole unilateralmente poste dai vertici di un ufficio – si diceva prima: circolari – in contrasto con le (qui, legittime) prerogative delle parti...Ecco, allora, che diviene inconcepibile un *soft-law* processuale imposto dall'alto, a deviazione dal modello di un processo giusto, nel senso tratteggiato dal codice»: F. TRAPELLA, *cit.*

⁸ In proposito, quanto meno per l'imputato (e affini), sarebbe forse più agevole ricorrere all'istituto, peraltro positivamente disciplinato, dell'assoluta impossibilità a comparire per legittimo impedimento (si pensi all'ipotesi di due imputati sottoposti a misura cautelare personale non custodiale, dei quali uno chieda che si proceda ex art.83 co.3 lett. b) n.2 d.l. 17-3-2020 n.18 e l'altro risieda in comune diverso da quello che ospita il palazzo di giustizia).

⁹ L'art.146 bis disp. att. c.p.p. è richiamato in relazione ai procedimenti in camera di consiglio dall'art.45 bis disp. att. c.p.p.

¹⁰ Cass., Sez.I, sent. 27-5-2016, n.47195.

¹¹ L'art.178 lett. c) c.p.p. si riferisce testualmente all'imputato; l'art.61 co.1 c.p.p. ne estende la portata all'indagato; l'art.127 co.5 c.p.p. ne estende la portata agli interessati alla camera di consiglio, a sua volta paradigma alla base del procedimento contemplato dall'art.666 c.p.p., a sua volta richiamato dalle norme in materia di sorveglianza e prevenzione.

¹² In tal senso Cass., Sez.IV, sent. 12-04-2018, n.22039, secondo cui «il provvedimento con cui il giudice dispone la partecipazione a distanza dell'imputato al dibattimento, fuori dei casi previsti dalla legge, è affetto da nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'art. 180 c.p.p., in quanto relativa all'osservanza delle disposizioni concernenti l'intervento e l'assistenza dell'imputato, di cui all'art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p., e pertanto, quando la parte vi abbia assistito, tale nullità deve essere eccepita nei termini di cui all'art. 182, comma 2, c.p.p.».

¹³ Tale garanzia è assicurata, nell'ordinaria videoconferenza, dall'art.146 bis co.6 disp. att. c.p.p., non richiamato dall'art.83 co.12 d.l. 17-3-2020 n.18 sol perché i soggetti contemplati dal predetto art.83 sono ben noti, controllati e ristretti in istituto, con conseguente affievolimento della corrispondente esigenza attestativa rispetto alla prevalente necessità di celerità e distanziamento sottesa all'esistenza stessa dell'art.83 cit.

¹⁴ Del resto, già la giurisprudenza formatasi in ordine all'operatività dell'art.146 bis co.6 disp. att. c.p.p. ha avuto modo di evidenziare come la mancanza di ausiliario abilitato, e la sua sostituzione con altro pubblico ufficiale, non integri alcuna ipotesi di nullità (Cass., Sez.I, 1-7-2002, n.25053).

¹⁵ Dal presente scritto esula qualsiasi considerazione in ordine ad opportunità ed economicità delle prospettate possibilità di collegamento, anche perché trattasi di discorsi a sé stanti, strettamente legati al peculiare periodo d'emergenza epidemiologica: in questa sede si affronta la sola questione della possibilità giuridica delle varie ipotesi.

¹⁶ L'espresso riferimento al difensore, contenuto nel co.4 dell'art.146 bis cit., richiamato dall'art.83 co.12 cit., gli consente di essere presente nel luogo dove si trova l'assistito.

¹⁷ Va tenuto presente che il comma in questione è stato introdotto in un ordinario contesto normativo, anteriore alla decretazione d'urgenza, ed è destinato ad operare in via generale e permanente nel sistema, nel quale va dunque calato con ragionevolezza ed armonia.

¹⁸ Tale è il tenore testuale dell'art.179 c.p.p.

¹⁹ Come nel caso delle parti private (art.178 lett.c) c.p.p.).

²⁰ Come nel caso del pubblico ministero (art.178 lett. b) c.p.p.).

²¹ Un interessante spunto in materia potrebbe derivare da Cass., SS.UU., 26-3-2015, n.24630, che, in tema di nullità assoluta per assenza del difensore, ha sancito espressamente il «diritto dell'imputato di scegliere le modalità della propria difesa, riconosciuto anche dall'articolo 6, comma 3, lettera c), della Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

²² Con la precisazione che, nel caso del difensore, non sembrano attuabili (poiché non previste) forme, pur da taluno proposte, di auto-attestazione delle necessarie condizioni da parte del difensore medesimo, di tal che non sembra attuabile un collegamento da remoto del difensore 'in solitaria'.

²³ In tal senso Cass., Sez. I, 18-6-2013, n.35615, che tale ipotesi di invalidità riconnette ai vizi inerenti alla partecipazione del p.m.

²⁴ Cass., Sez. I, 24-1-2019, n.12660 sostiene infatti che, in materia d'esecuzione, «qualora il giudice, intenda procedere al di fuori dell'udienza instaurando un contraddittorio soltanto cartolare, deve assicurare una effettiva partecipazione del pubblico ministero e, pertanto, può provvedere soltanto dopo che sia decorso il termine minimo di dieci giorni, previsto dall'art. 666, comma 3, c.p.p., tra l'avviso di fissazione dell'udienza ed il suo svolgimento».

²⁵ Cfr. Cass., Sez. I, 17-2-1997, n.1142, secondo cui, in materia d'esecuzione, «l'assenza del p.m. all'udienza camerale prevista dall'art. 666 c.p.p. non è causa di nullità assoluta ed insanabile e deve, pertanto, essere dedotta dalla parte privata che intenda dolersene e che sia presente, entro il termine fissato dall'art. 182 comma 2 c.p.p.».

²⁶ Cass., Sez.IV, 11-2-1998, n.3352.



²⁷ Lo stesso modello di udienza virtuale previsto dall'art.83 co.7 lett. *f*) d.l. 17-3-2020 n.18, in relazione al processo civile, ha un'operatività limitata alle sole udienze che non richiedano la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti (e quello di cui alla lett.*h*), praticamente 'cartolarizzato', è limitato ai soli difensori delle parti).

²⁸ Salvo ipotizzare, nei casi di pubblica udienza, trasmissioni in diretta e/o streaming dell'attività processuale su media di vario tipo, il che implicherebbe però inversi problemi di privacy nei confronti dei soggetti interessati, secondo i dettami dell'art.147 disp. att. c.p.p.

²⁹ Cass., Sez.III, 8-10-2019, n.2196.

³⁰ Cass., SS.UU., 27-3-2008 (dep. 15-5-2008), n.19602

³¹ Cass., Sez.II, 17-1-2019, n.8887.

Compliance aziendale, tutela dei lavoratori e gestione del rischio pandemico.

di **C. C. Corsaro** e **M. Zambrini**

L'emergenza pandemica in atto ha costretto il Presidente del Consiglio dei Ministri ad adottare una serie di misure volte a contenere il diffondersi del c.d. Covid-19, attraverso la limitazione della libertà di circolazione delle persone, ed in particolare la sospensione di tutte le attività industriali e commerciali non essenziali e non strategiche.

Si tratta di misure che hanno di fatto diviso gli italiani in due categorie: una parte invitata a non allontanarsi dal proprio domicilio (se non per comprovate esigenze lavorative, di sostentamento o sanitarie) usufruendo di forme di lavoro agile, un'altra parte autorizzata a portare avanti la propria attività lavorativa.

Consentire ad alcune categorie di lavoratori di continuare a prestare la propria attività li espone a rischio contagio ma, al contempo, espone i datori di lavoro e le società a rischio di sanzioni penali e amministrative per l'omessa predisposizione di ogni cautela atta a tutelare i propri dipendenti.

È evidente che gli oneri gravanti sui datori di lavoro, in questa situazione emergenziale, siano plurimi, eterogenei e non sempre direttamente connessi alla tutela della salute. Essi possono riguardare: il rispetto delle regole dettate in materia di infortuni sui luoghi di lavoro, l'adeguamento dei modelli organizzativi in essere, la rispetto della normativa privacy e data protection.

In sintesi, la salubrità del luogo di lavoro, intesa in senso lato, comporta l'implementazione dell'intero sistema di compliance aziendale che deve essere uniforme e coordinato.

La necessità di prevenire e contenere il rischio di contagio, infatti, non può dirsi adempiuta se non adeguando ed integrando i protocolli ed i sistemi di controllo in essere.

In altri termini, al fine di andare esenti da responsabilità, datori di lavoro e società, anche in casi di emergenza nazionale, per non dire mondiale, come quella in essere, dovranno sempre leggere la singola norma, cercando di integrarla al complesso delle regole di cui si è dotato l'Ente.

Il presente elaborato ha quale obiettivo quello di evidenziare brevemente i rischi e le azioni richieste agli enti datoriali per andare esenti da responsabilità o quantomeno prevedere gli effetti secondari dell'emergenza in atto sulla organizzazione aziendale.

SOMMARIO. 1. Emergenza Covid-19 e decretazione d'urgenza. Quali rischi. – 2. Rischio pandemico e tutela della salute dei lavoratori. – 3. Obbligo di aggiornamento dei DVR/DUVRI. – 4. Necessità di aggiornamento dei modelli 231. – 5. Obblighi di comunicazione e tutela della privacy. – 5.1. Tutela della privacy del lavoratore. – 5.2. Tutela dei dati aziendali. – 6. Conclusioni.

1. Emergenza Covid-19 e decretazione d'urgenza. Quali rischi.

L'emergenza pandemica in atto ha costretto ha costretto lo Stato e per esso il Presidente del Consiglio dei Ministri ad adottare una serie di misure volte a contenere il diffondersi del c.d. Covid-19 attraverso la limitazione della libertà di circolazione delle persone. Tra le misure di maggiore rilievo vi è la sospensione di tutte le attività industriali e commerciali non essenziali e non strategiche, non rientranti in quelle dettagliatamente indicate nei decreti presidenziali¹. Tali interventi adottati in via d'urgenza hanno, di fatto, diviso gli italiani in due categorie: una parte

invitata a non allontanarsi dal proprio domicilio (se non per comprovate esigenze lavorative, di sostentamento o sanitarie) usufruendo di forme di lavoro agile, un'altra parte autorizzata a portare avanti la propria attività lavorativa.

È di palmare evidenza che consentire ad alcuni lavoratori di continuare a prestare la propria attività equivalga alla possibilità, espressamente prevista e tutelata, di esporli al rischio contagio. Da tale rischio, non remoto, discendono precisi obblighi e sanzioni per il datore di lavoro e per la società in caso di accertata omessa predisposizione di ogni cautela atta a tutelare i propri dipendenti.

Il presente elaborato ha quale obiettivo quello di evidenziare brevemente i rischi e le azioni richieste agli enti datoriali in ossequio alle disposizioni del governo per andare esenti da responsabilità o quantomeno prevedere gli effetti secondari dell'emergenza in atto sulla organizzazione aziendale.

2. Rischio pandemico e tutela della salute dei lavoratori.

Quali sono le precauzioni adottate o imposte per quella parte di lavoratori costretti a proseguire la propria attività, posto che lo scopo unico è quello di contenere il diffondersi del contagio?

Nei testi normativi richiamati sono dettate delle raccomandazioni quali contenere al massimo le presenze *on site* privilegiando forme di lavoro agile (c.d. *smartwork*), ovvero ricorrere a strumenti quali quello della cassa integrazione espressamente prevista per questa contingenza, ad usufruire di congedi o ferie, per rispettare la prescrizione di limitare le uscite per contenere il diffondersi della pandemia in atto (art. 1, lett. a) del DPCM 8.3.2020² ed 1 del DPCM 9.3.2020³ e successive modifiche e integrazioni).

Al contempo è stata prevista la sanificazione nei luoghi di lavoro, l'adozione di protocolli di sicurezza anti-contagio, l'utilizzo di specifici DPI nei luoghi e, nelle attività lavorative ove non sia possibile rispettare la distanza interpersonale di un metro, la limitazione degli spostamenti all'interno dei siti e degli accessi agli spazi comuni.

Si tratta di misure di cautela insufficienti, se non adeguate alla realtà lavorativa in cui devono essere impiegate, allo scopo di preservare l'incolumità dei lavoratori e di chiunque entri in azienda.

A tal fine il 14.3.2020 è stato adottato un *'protocollo di sicurezza anti-contagio'*⁴ volto a *"coniugare la prosecuzione delle attività produttive con la garanzia di condizioni di salubrità e sicurezza degli ambienti di lavoro e delle modalità lavorative"* secondo la *"logica della precauzione"*.

Si tratta delle seguenti tredici raccomandazioni non esaustive che possono essere integrate *"con altre equivalenti o più incisive secondo le peculiarità della propria organizzazione, previa consultazione delle rappresentanze sindacali aziendali"*.

1. Obblighi di *'informazione'* circa le prescrizioni impartite dai recenti decreti per contrastare e contenere il contagio in atto, sulle norme igienico sanitarie da adottare, e sulle altre misure precauzionali adottate in quella specifica azienda.

2. Regolamentazione e limitazione delle *'modalità di ingresso in azienda'* da parte del personale dipendente.

3. Regolamentazione delle *'modalità di accesso dei fornitori esterni'* secondo procedure di ingresso, transito e uscita, anche dai cantieri temporanei e provvisori, atte a ridurre le occasioni di contatto con il personale e nel rispetto delle regole aziendali.

4. Obblighi di *'pulizia e sanificazione'*, rispettivamente, giornaliera e periodica dei locali, degli ambienti, delle postazioni di lavoro e delle aree comuni e di svago, bonifica delle aree in presenza di casi di contagio.

5. *'Precauzioni igieniche e sanitarie'*, specialmente il frequente lavaggio delle mani, per il quale l'azienda assume l'obbligo di mettere a disposizione dei lavoratori idonei mezzi detergenti.

6. Utilizzo dei *'dispositivi di protezione individuale'*, mascherine e, nel caso in cui la mansione imponga di lavorare a distanza interpersonale minore di un metro e non siano possibili altre soluzioni organizzative, guanti, occhiali, tute, cuffie, camici, ecc., conformi alle disposizioni delle autorità scientifiche e sanitarie.

7. *'Gestione spazi comuni (mensa, spogliatoi, aree fumatori, distributori di bevande e/o snack)'*, contingentati con previsione di ventilazione continua dei locali e obbligo di mantenere la distanza di sicurezza di 1 metro; anche ai detti locali si applicano le norme di pulizia e sanificazione di cui al punto 4).

8. *'Organizzazione aziendale (turnazione, trasferte e smart work, rimodulazione dei livelli produttivi)'* con ricorso agli ammortizzatori sociali e ove ciò non risulti sufficiente, si utilizzeranno i periodi di ferie arretrati e non ancora fruiti, verranno garantiti turni e rimodulazione dei cicli produttivi.

9. Scaglionamento della *'entrata e uscita dipendenti'* e ove possibile individuazione di punti distinti per l'ingresso e per l'uscita dai locali.

10. Limitazione degli *'spostamenti interni, riunioni (in presenza), sospensione degli eventi interni e formazione'* a distanza con salvezza dei ruoli e delle funzioni in caso di mancato completamento del percorso formativo.

11. Procedure di *'gestione di una persona sintomatica in azienda'* nel rispetto della normativa privacy: isolamento, ricostruzione catena contagi, obbligo di quarantena per i possibili contatti stretti presenti nei locali aziendali.

12. Garanzia di prosecuzione dei servizi di *'sorveglianza sanitaria/medico competente/RLS'* anche al fine dell'implementazione delle misure di regolamentazione legate al COVID-19 da parte del medico

competente in collaborazione con il datore di lavoro e le RLS/RLST.

13. *'Aggiornamento del Protocollo di regolamentazione'* con la partecipazione delle rappresentanze sindacali aziendali e del RLS.

Confindustria, in data 17.3.2020, ha cercato di tradurre tali norme in modelli pratici di protocolli predisponendo un fac-simile⁵ per l'adozione del Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus COVID 19 negli ambienti di lavoro, cui è allegato il modello⁶ per l'informativa sul trattamento dei dati personali da utilizzare per l'accesso di terzi negli ambienti aziendali.

Tali interventi, tuttavia, non possono dirsi in alcun modo esaustivi se non vengono integrati con i sistemi di compliance aziendale sotto tre profili: il rispetto delle regole dettate in materia di infortuni sui luoghi di lavoro, l'adeguamento dei modelli organizzativi in essere, la rispetto della normativa privacy e data protection. L'Azienda, pertanto, nel rispetto delle disposizioni vigenti per effetto della normativa in evoluzione e in ossequio alle nuove disposizioni in corso di emanazione deve impegnarsi ad aggiornare tutti i protocolli aziendali allo scopo di individuare le migliori cautele in funzione di garanzia e di tutela del lavoratore.

3. Obbligo di aggiornamento dei DVR/DUVRI.

A mente dell'art. 15 del D. lgs. 81/2008 le misure precauzionali da adottare concernono, tra le altre, *"la valutazione di tutti i rischi per la salute e sicurezza"*, *"la programmazione della prevenzione"* anche con riferimento alla *"influenza dei fattori dell'ambiente"*, *"l'eliminazione dei rischi"* o *"la loro riduzione al minimo"*, *"la limitazione al minimo del numero dei lavoratori che sono, o che possono essere, esposti al rischio"* nonché obblighi di *"formazione ed informazione"* specifici.

L'art. 271, più nello specifico, impone al datore di lavoro la valutazione del rischio biologico.

La decretazione d'urgenza ovviamente non può tradursi in un *minus* rispetto allo standard dettato dalla normativa di settore ma, al più, deve sommarsi ad essa. Per tale ragione, lasciano pertanto non pochi dubbi le disposizioni di cui agli artt. 15 e 16 del D. L. 18/2020 che sembrano derogare alla normativa in materia di DPI fino al termine dello stato di emergenza, nella misura in cui prevedono che:

- *"è consentito produrre, importare e immettere in commercio mascherine chirurgiche e dispositivi di protezione individuale in deroga alle vigenti"*

disposizioni" sulla base di una *"autocertificazione nella quale, sotto la propria esclusiva responsabilità, attestano le caratteristiche tecniche delle mascherine e dichiarano che le stesse rispettano tutti i requisiti di sicurezza di cui alla vigente normativa"*;

- *"per i lavoratori che nello svolgimento della loro attività sono oggettivamente impossibilitati a mantenere la distanza interpersonale di un metro, sono considerati dispositivi di protezione individuale (DPI) le mascherine chirurgiche reperibili in commercio"*;
- i lavoratori sono *"autorizzati all'utilizzo di mascherine filtranti prive del marchio CE e prodotte in deroga alle vigenti norme sull'immissione in commercio"*.

Se questo è l'attuale quadro normativo che obblighi ha il datore di lavoro rispetto all'aggiornamento dei DVR?

Se, infatti, è vero che il rischio di contagio da COVID-19 non è direttamente legato all'attività lavorativa svolta, è tuttavia indiscutibile che il rischio di contagio sul luogo di lavoro rientri certamente tra i rischi da prevedere ed evitare. Lo stesso è a dirsi per l'aggiornamento dei DUVRI a carico dell'appaltatore e del committente.

Sicuramente un primo strumento da adottare, dopo adeguata valutazione, è il 'protocollo di sicurezza anticontagio' che dovrà integrare, adeguandole, le misure adottate in materia di DPI – specifici per quel settore – in quanto necessarie a prevenire l'ulteriore rischio contagio da agenti biologici (mascherine, tute, guanti, occhiali).

Analoghe valutazioni, nel caso di situazioni promiscue di accesso ai locali aziendali da parte dei terzi, andranno adottate per evitare, limitare e contenere il contatto con i terzi, così come il passaggio da settori o aree differenti (collocazione bande divisorie, apposizione di schermi protettivi, utilizzo di distanziatori per garantire le distanze di un metro).

Per ciò che concerne l'attività di cantiere – per vero drasticamente limitata al completamento di opere prevalentemente pubbliche o di manutenzione stradale non differibili – spetta alle stazioni appaltanti la verifica del rispetto dei protocolli anti-contagio adottati e adeguati al caso di specie con previsione dei DPI indispensabili a proteggere i lavoratori.

4. Necessità di aggiornamento dei modelli 231.

Gli obblighi appena descritti si traducono in caso di inadempimento e conseguente malattia o morte del lavoratore in sanzioni penali per il datore di lavoro

ma anche in sanzioni ex art. 25, *septies*, D. lgs. 231/2001 per le società.

Viene in rilievo l'ipotesi della colpa organizzativa ovvero l'omessa predisposizione delle misure ideone a prevenire il rischio di contagio. In tale ottica la predisposizione del 'protocollo anticontagio' va ad integrare il modello adottato e la sua violazione può assumere rilevanza ai fini della responsabilità amministrativa dell'ente.

La previsione di standard di cautela/prevenzione del rischio contagio, pertanto, non può essere scevra dalla rivalutazione complessiva dei processi e dalla implementazione dei modelli di organizzazione e gestione. Saranno gli Organismi di vigilanza, coordinandosi con i responsabili della sicurezza sui luoghi di lavoro, a segnalare all'organo direttivo la necessità di adeguamento dei modelli in essere sino al termine dello stato di emergenza, adottando ogni modifica od integrazione dei processi in atto se ritenuti incompatibili con l'esigenza di prevenire il rischio contagio. Allo stesso modo andrà rivisto il sistema dei controlli.

Solo in questi termini l'ente potrà andare esente da responsabilità.

5. Obblighi di comunicazione e tutela della privacy.

5.1. Tutela della privacy del lavoratore.

Le disposizioni adottate per il contenimento del rischio pandemico impongono al lavoratore o al terzo che frequenti i locali aziendali di comunicare dati sensibili relativi alla propria persona per esempio se sia recato nei quattordici giorni precedenti nelle c.d. zone rosse, quali siano le sue condizioni di salute, se abbia in atto un provvedimento limitativo per sospetto contagio, se abbia familiari risultati positivi ovvero per i quali è stato imposto cautelativamente un periodo di quarantena.

Ma tale raccolta di informazioni non può essere condotta nel rispetto della normativa cogente, se non dopo l'adeguamento dei processi di trattamento dei dati personali secondo i parametri del GDPR e della normativa vigente in materia di protezione dei dati personali.

In base al protocollo sottoscritto il 14.3.2020 le aziende dovranno trattare i dati acquisiti nel rispetto dei principi di necessità del trattamento e di minimizzazione dei dati sia in caso di acquisizione dei dati preliminari sia, e soprattutto, in caso di gestione di un caso sintomatico o di conclamato contagio.

Il primo adempimento imposto è la predisposizione dell'informativa sul trattamento dei dati personali

che dovrà contenere, in esecuzione del Protocollo, l'indicazione di:

- finalità del trattamento (prevenzione dal contagio da COVID-19);
- legittimità della richiesta ex art. 1, n. 7, lett. d) del DPCM 11 marzo 2020;
- durata della conservazione dei dati (sino al termine dello stato d'emergenza);
- soggetti incaricati dello specifico trattamento;
- non divulgabilità dei dati acquisiti se non a soggetti operanti nelle Forze di polizia, nel Servizio nazionale di protezione civile e in strutture pubbliche e private che operano nell'ambito del Servizio sanitario nazionale (art. 14 D.L. 14/2020).

Sul punto della compatibilità della decretazione di urgenza con il dettato normativo in materia di privacy e tutela dei dati personali si sono espressi anche l'Autorità Garante con un parere del 2.3.2020⁷, imponendo ai datori di lavoro di *"astenersi dal raccogliere, a priori e in modo sistematico e generalizzato, anche attraverso specifiche richieste al singolo lavoratore o indagini non consentite, informazioni sulla presenza di eventuali sintomi influenzali del lavoratore e dei suoi contatti più stretti o comunque rientranti nella sfera extra lavorativa"* in quanto tale attività deve *"essere svolta da soggetti che istituzionalmente esercitano queste funzioni in modo qualificato"* ovvero *"operatori sanitari e al sistema attivato dalla protezione civile"*, nonché il Comitato europeo per la protezione dei dati con parere del 19.3.2020⁸, confermando che le norme sulla protezione dei dati personali non ostacolano la lotta contro la Pandemia che *"è un importante obiettivo condiviso da tutte le nazioni e, pertanto, dovrebbe essere sostenuta nel miglior modo possibile"* onerando in ogni caso i *"titolari e responsabili del trattamento"* a *"garantire la protezione dei dati personali degli interessati"* in quanto *"l'emergenza è una condizione giuridica che può legittimare limitazioni delle libertà, a condizione che tali limitazioni siano proporzionate e confinate al periodo di emergenza"*.

5.2. Tutela dei dati aziendali.

Le modalità di lavoro agile sollecitano una ulteriore riflessione con riferimento alla data protection policy adottata dalle aziende. Si pensi alla "remotizzazione" del lavoro degli istituti di credito che abbiano accesso ad un rilevante numero di dati sensibili i quali, fruiti all'infuori del luogo di lavoro (dispositivi e connessioni di rete personali), devono elevare la soglia di attenzione del lavoratore ma soprattutto del datore di lavoro.

Anche sotto tale profilo andranno dunque adottate misure di sicurezza per proteggere le informazioni trattate al di fuori dei luoghi fisici di lavoro quali, a mero titolo esemplificativo, l'implementazione di un sistema di gestione remota del PC, l'attivazione di una connessione VPN, l'adozione di sistemi di autenticazione a due fattori, l'implementazione dei sistemi antivirus e riconoscimento *malware* e *spyware*.

6. Conclusioni.

Quanto sinora rappresentato non lascia dubbi in ordine alla circostanza che gli oneri gravanti sui datori di lavoro, in questa situazione emergenziale, siano plurimi ed eterogenei e non sempre direttamente connessi alla tutela della salute.

La salubrità del luogo di lavoro, intesa in senso lato comporta l'implementazione dell'intero sistema di compliance aziendale che deve essere uniforme e coordinato.

La necessità di prevenire e contenere il rischio di contagio, infatti, non può dirsi adempiuta se non adeguando ed integrando i protocolli ed i sistemi di controllo in essere.

In altri termini al fine di andare esenti da responsabilità datori di lavoro e società, anche in casi di emergenza nazionale, per non dire mondiale, come quella in essere dovranno sempre approcciarsi alla singola norma cercando di integrarla al complesso delle regole di cui si è dotato l'Ente.

È pertanto necessaria una costante (e quotidiana) attività di armonizzazione e adeguamento della realtà aziendale alle mutevoli necessità richieste ed imposte dalla azione normativa del governo e delle massime autorità dello Stato per fronteggiare la emergenza sanitaria del momento: la Azienda si impegna ad essere in ogni momento ed in ogni modo disponibile ad adempiere a tali disposizioni e comunque a modificare su segnalazione ovvero di iniziativa, le procedure aziendali e la propria azione nel rispetto dei principi di tutela dei diritti dei lavoratori.

Claudia C. Corsaro

Avvocato del Foro di Bari.

Marco Zambrini

Avvocato del Foro di Bari.

¹ Tale misura, in particolare, è adottata dal D.P.C.M. 22.3.2020, accessibile al seguente [link](#).

² Il D.P.C.M. 8.3.2020 è disponibile al seguente [link](#).

³ Il D.P.C.M. 9.3.2020 è disponibile al seguente [link](#).

⁴ Il Protocollo è accessibile al seguente [link](#).

⁵ Il fac-simile è disponibile al seguente [link](#).

⁶ Il modello è disponibile al seguente [link](#).

⁷ Il parere del Garante è disponibile al seguente [link](#).

⁸ Il parere del Comitato europeo è disponibile al seguente [link](#).

Utilizzo dei droni nel contrasto al Covid-19. Il complesso bilanciamento tra la salute pubblica e la riservatezza personale.

di **M. Fardo**

Il contributo si pone l'obiettivo di analizzare il provvedimento del 23 marzo 2020, con cui l'ENAC autorizza le forze dell'ordine all'utilizzo dei droni in deroga alle ordinarie disposizioni regolamentari per monitorare il rispetto delle restrizioni agli spostamenti previste dai Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'8 e 9 marzo 2020.

Muovendo dal difficile bilanciamento tra la salute pubblica e il diritto alla riservatezza, l'autore conduce una valutazione sulla compatibilità della nota ENAC agli standard europei di protezione dei dati personali alla luce delle indicazioni fornite dall'European Data Protection Board.

Tali considerazioni sono, poi, funzionali ad una riflessione processual-penalistica circa l'utilizzabilità delle immagini raccolte mediante l'impiego dei droni nel procedimento penale per la prova del reato di cui all'art. 260 Testo Unico leggi sanitarie, nonché per l'accertamento di fattispecie diverse.

SOMMARIO. 1. Il contesto di emergenza. – 2. La nota dell'Enac sull'utilizzo dei droni in deroga. – 3. Il bilanciamento tra il bene giuridico salute e il diritto alla riservatezza. – 4. Riflessioni processuali-penalistiche.

1. Il contesto di emergenza.

“L'emergenza è un presupposto legale che può legittimare restrizioni alle libertà a patto che queste restrizioni siano proporzionate e limitate al periodo di emergenza” ha affermato l'Edpb (European Data Protection Board) nella propria “dichiarazione sul trattamento dei dati personali nel contesto dell'Epidemia Codiv-19” del 20 marzo scorso¹.

Proporzionalità e minimizzazione, dunque, sono i principi che devono ispirare le Autorità Nazionali nel complesso contemperamento tra la salute pubblica e le altre libertà fondamentali e che in uno Stato democratico fungono da parametro di costituzionalità delle misure di monitoraggio sistematico della popolazione.

A seguito delle necessarie e progressive restrizioni alla libertà di assembramento di cui all'art. 17 Cost. e alla libertà di circolazione e soggiorno di cui all'art. 16 Cost., in questi giorni la pubblica funzione ha iniziato a perseguire l'obiettivo ineccepibile del contenimento dell'epidemia “Coronavirus” con provvedimenti limitativi anche del diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali, espressione del generale diritto alla libertà personale².

In questo contesto si iscrive il provvedimento³ del 23 marzo 2020 con cui l'ENAC (Ente Nazionale per l'Aviazione Civile), “nell'ottica di garantire il contenimento dell'emergenza epidemiologica 'coronavirus’”

autorizza in via generalizzata le forze dell'ordine all'utilizzo dei droni per “le operazioni di monitoraggio degli spostamenti dei cittadini sul territorio comunale” e, dunque, controllare il rispetto delle restrizioni previste dai Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'8 e 9 marzo 2020.

2. La nota dell'Enac sull'utilizzo dei droni in deroga.

Si tratta, nello specifico, di una nota – rivolta ai Ministri competenti (Ministero dell'Interno, delle Infrastrutture e Trasporti, Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria del Ministero della Giustizia) e agli altri Enti interessati, tra i quali il Dipartimento della Protezione Civile e i Comandi di Polizia – che si sostanzia in una deroga ad alcune disposizioni del Regolamento ENAC sull'impiego dei “Mezzi Aerei a Pilotaggio Remoto”, Edizione 3 del 11 novembre 2019, finalizzate a garantire adeguati livelli di sicurezza per le diverse tipologie di operazioni che possono essere condotte con l'utilizzo di SAPR (Sistemi Aeromobili a Pilotaggio Remoto).

Nello specifico, i Comandi di Polizia locale possono oggi controllare il rispetto delle restrizioni agli spostamenti dei cittadini con droni nella loro disponibilità anche non registrati sul portale D-Flight e privi del codice identificativo.

Gli stessi possono, altresì, effettuare operazioni critiche⁴ in Visual Line of Sight⁵ *“anche su aree urbane dove vi è scarsa popolazione esposta al rischio di impatto”*, senza che sia necessario il rilascio di specifica autorizzazione dall'Ente regolatore anche quando non vi sia rispondenza delle operazioni agli scenari standard pubblicati.

Da ultimo, sia agli Enti di Stato indicati nell'art. 744 del Codice della Navigazione⁶ sia alle Polizie Locali dei Comuni italiani è consentito utilizzare droni con finalità di contrasto all'epidemia Covid-19 nelle *“aree prospicienti di tutti gli aeroporti civili e identificate come ‘aree rosse’”*, con la sola necessità di una previa comunicazione di coordinamento alla Torre di controllo del traffico dell'aeroporto limitrofo alla zona interessata dall'impiego del drone.

Bene sottolineare che, stando al tenore letterale della nota e alla successiva specifica pubblicata sul sito dell'ENAC, la deroga alle ordinarie previsioni regolamentari è valida fino al 3 aprile 2020 ed esclusivamente per gli Enti indicati all'art. 744 del Codice della Navigazione e per le Forze di Polizia (nazionali e locali) per lo svolgimento delle operazioni di monitoraggio degli spostamenti finalizzate alla prevenzione del contagio e al contenimento dell'emergenza epidemiologica *“coronavirus”*.

D'altra parte, non è dato oggi sapere con completezza quanti e quali Enti pubblici – giovandosi dell'autorizzazione dell'ENAC – decideranno di attivare i controlli mediante i SAPR, quali zone saranno monitorate, quanti droni verranno in concreto impiegati, né le modalità di acquisizione e utilizzazione dei dati acquisiti.

Certo è che, attraverso l'installazione di videocamere sui sistemi aeromobili, le forze dell'ordine potranno acquisire una grande mole di immagini di persone e targhe di auto, individuare la localizzazione spaziale dei cittadini, tracciare i relativi percorsi: potranno, in definitiva, attuare un monitoraggio sistematico della popolazione per, da un lato, effettuare il *contact tracing* e, dall'altro, accertare le violazioni delle disposizioni dei decreti emergenziali.

3. Il bilanciamento tra il bene giuridico salute e il diritto alla riservatezza.

Si pone, dunque, un problema di bilanciamento tra l'obiettivo perseguito dal provvedimento dell'ENAC (la prevenzione del contagio da Covid-19 e, dunque, la salute pubblica) e la tutela del diritto alla riservatezza che il medesimo provvedimento inevitabilmente menoma.

In questo bilanciamento, è indiscutibile il carattere prioritario del bene giuridico salute, tutelato dall'art. 32 della Carta costituzionale sia nella dimensione individuale di diritto fondamentale di ogni persona, quanto nella dimensione collettiva di interesse pubblico.

Nondimeno, non si può sconfiggere la progressiva presa di coscienza dell'importanza del diritto alla riservatezza, a cui anche è stato riconosciuto un fondamento costituzionale come espressione della libertà personale e della matrice democratica dello Stato, in quanto limite al potere autoritativo del Governo⁷.

Il *“legittimo interesse”* alla riservatezza è, inoltre, espressamente previsto dall'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea come componente del più generale *“diritto ad una buona amministrazione”* e trova attuazione nella disciplina sulla protezione dei dati personali riformata con il Regolamento UE n. 2016/679.

Pertanto, il perseguimento – doveroso – dell'obiettivo di contenere la diffusione dell'epidemia coronavirus, se certamente giustifica l'adozione di misure limitative delle prerogative individuali, non può risolversi in un'incontrollata ed esorbitante compromissione degli altri diritti fondamentali, tra cui quello alla riservatezza, che costituiscono altrettante pietre miliari dello Stato di Diritto.

Queste considerazioni trovano conferma nella dichiarazione dell'*European Data Protection Board* menzionata in apertura, con cui il Comitato riconosce che *“le regole sulla protezione dei dati (come il GDPR) non sono di ostacolo alle misure prese nella lotta all'epidemia coronavirus”*, flagello per molte parti del Mondo, ma ribadisce che anche in questi momenti eccezionali, le Autorità che acquisiscono, controllano e trattano i dati sono tenute a garantire la protezione degli stessi.

Nello specifico, il Comitato ritiene che i controlli autoritativi che limitano la riservatezza dei cittadini siano consentiti in forza della base giuridica della tutela di *“interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica”* prevista dall'art. 6, §1, lett. d) Regolamento UE n. 2016/679 *“quando questo ricada sotto un mandato legale della pubblica autorità previsto dalla legislazione nazionale e alle condizioni sancite dal gdpr”*, a patto che le *“restrizioni siano proporzionate e limitate al periodo di emergenza”*.

Ora, il provvedimento ENAC riguarda una misura limitativa della riservatezza che comporta un trattamento di dati personali (acquisizione di immagini di persone e cose riconducibili alle persone, nonché

registrazione di dati di localizzazione degli individui), limitando temporalmente al 3 aprile 2020 la validità dell'autorizzazione all'uso in deroga dei droni per il monitoraggio degli spostamenti degli individui.

Il suo presupposto normativo è identificabile nel decreto legge del 25 marzo 2020, n. 19 che succede ed abroga il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13. Entrambi, infatti, fanno salve le misure adottate con i decreti del Presidente della Repubblica dell'8 e 9 marzo, richiamati dalla nota dell'Autorità amministrativa.

Ciò che risulta carente, rispetto ai presupposti indicati dall'Edpb, è la specificazione legislativa degli elementi elencati dall'art. 23, § 2 Regolamento UE n. 2016/679, anche a giustificazione della proporzionalità della misura adottata.

Dovrebbero essere esplicitate, nell'atto avente forza di legge, le finalità del trattamento limitativo della riservatezza dei cittadini, con la specificazione se le immagini e i dati di posizionamento registrati verranno impiegati per l'individuazione della catena del contagio, la perimetrazione delle "zone rosse" e anche l'accertamento e punizione delle violazioni nei procedimenti amministrativi e penali.

Lo stesso dovrebbe, poi, contenere una chiara informazione circa le garanzie (anche giurisdizionali) previste e adottate per prevenire abusi nell'impiego degli strumenti di controllo per finalità diverse da quelle consentite ovvero l'accesso e il trasferimento illeciti dei dati acquisiti.

Ancora, il decreto dovrebbe fornire indicazioni sul periodo di conservazione delle immagini e dei dati, operando dunque una distinzione a seconda che i predetti vengano o meno a costituire la prova di una violazione.

In definitiva, per scongiurare ogni rischio che la disciplina emergenziale sull'utilizzo dei droni non superi il vaglio di compatibilità con gli standard europei, sarebbe necessario un ulteriore sforzo legislativo di valutazione e regolamentazione di tutti gli effetti collaterali che derivano da un'acquisizione massiccia di dati relativi alla vita personale dei cittadini.

4. Riflessioni processuali-penalistiche.

Il rispetto dei presidi legali sopra indicati assume ancora maggiore importanza se si considera che il monitoraggio degli spostamenti mediante i droni è finalizzato all'accertamento delle violazioni alle restrizioni imposte dai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Dunque, i dati acquisiti consentiranno di sanzionare l'illecito amministrativo di cui all'art. 4 del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 e, in caso di violazione della quarantena imposta a persone risultate positive al Covid-19, costituiranno la notizia di reato per la fattispecie di cui all'art. 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265 (c.d. Testo Unico leggi sanitarie).

Non si può, inoltre, trascurare la possibilità che l'impiego diffuso dei sistemi aeromobili consenta in via incidentale l'emersione e l'accertamento di altre fattispecie incriminatrici (si pensi, a titolo esemplificativo, ad un furto) non rientranti negli obiettivi perseguiti dalla nota dell'ENAC del 23 marzo 2020.

Quanto al regime di utilizzabilità dei risultati ottenuti con le videoriprese, difettando una regola probatoria *ad hoc*, la giurisprudenza di legittimità faceva riferimento a due diversi istituti processuali.

Secondo un primo orientamento, le videoriprese erano inquadrabili nella categoria delle prove documentali, acquisibili al procedimento per il tramite dell'art. 234 c.p.p. che definisce come documento qualsiasi rappresentazione di «fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo»⁸.

È prevalso, tuttavia, un diverso orientamento, che trova anche conferma in una pronuncia a Sezione Unite, secondo cui l'art. 234 c.p.p. trova applicazione solo per il documento cinematografico "precostituito", vale a dire per le video registrazioni effettuate dal privato al di fuori del procedimento penale. Quando, invece, l'immagine o il video da acquisire è il frutto di una ripresa della polizia giudiziaria costituente un mezzo di ricerca della prova, «le riprese visive rappresenterebbero piuttosto una prova atipica (art. 189 c.p.), da acquisire con modalità che non si pongano in conflitto con norme di legge e, qualora venissero effettuate (per fini di interesse pubblico quali quelli della prevenzione e repressione di reati) in un luogo pubblico o aperto al pubblico, non incontrerebbero alcun limite, perché la natura del luogo in cui si svolge la condotta implicherebbe una implicita rinuncia alla riservatezza»⁹.

Quanto invece alle video riprese di atti di vita privata all'interno del domicilio, la Suprema Corte esclude la legittimità del mezzo di ricerca e afferma la conseguente inutilizzabilità della prova, poiché la mancanza di disciplina sulle modalità acquisitive rende impossibile attuare le garanzie sancite dall'art. 14 della Costituzione¹⁰.

Da ultimo, viene anche in rilievo come disposizione generale l'art. 191 c.p.p. che esclude l'utilizzabilità

delle «prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge».

Effettuata una breve disamina del regime probatorio applicabile alle video riprese, si può concludere che le immagini acquisite mediante le videocamere installate sui droni potranno essere utilizzate come prove atipiche ex art. 189 c.p.p. per l'accertamento tanto del reato di cui all'art. 260 Testo Unico leggi sanitaria quanto di ogni altro reato, a condizione che le operazioni siano conformi alla normativa nazionale e sovranazionale in tema di trattamento dei dati personali e alle disposizioni del Regolamento ENAC "Mezzi Aerei a Pilotaggio Remoto", Edizione 3 del 11

novembre 2019, non espressamente derogate dalla nota del 23 marzo 2020.

Ne consegue che il rispetto dei presidi legali a tutela della riservatezza personale, oltre a costituire un'irrinunciabile garanzia delle prerogative individuali di fronte al potere statale, è anche condizione per la finalizzazione degli obiettivi di accertamento perseguiti dalle Autorità.

Marika Fardo

Avvocato del Foro di Milano.

¹ European Data Protection Board, Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak, 20 marzo 2020, disponibile al seguente [link](#).

² È riconducibile a questa nuova linea di intervento, ad esempio, il Progetto "Innova per l'Italia" (di iniziativa congiunta del Ministro dell'Innovazione Tecnologica e digitalizzazione, Ministro dello Sviluppo Economico nonché del Ministro delle Università e Ricerca) con cui vengono invitate le persone giuridiche a proporre tecnologie e strumenti (come le *app mobile*) che consentano – tra le altre possibili finalità – "il monitoraggio, la localizzazione e la gestione del controllo", nonché la "prevenzione e il controllo della diffusione del Covid-19 nelle sue diverse forme" (cfr. www.innovaperlitalia.agid.gov.it).

³ Il Provvedimento dell'ENAC del 23 marzo 2020 è disponibile al seguente [link](#).

⁴ Per operazioni "critiche" si intendono quelle operazioni che prevedono il sorvolo di aree congestionate, assembramenti di persone, agglomerati urbani ed infrastrutture sensibili, ai sensi dell'art. 9 del Regolamento ENAC Mezzi Aerei a Pilotaggio Remoto dell'11 novembre 2019.

⁵ Si parla di Visual Line of Sight (VLOS), secondo l'art. 5 del Regolamento ENAC Mezzi Aerei a Pilotaggio Remoto dell'11 novembre 2019, in presenza di "operazioni condotte entro una distanza, sia orizzontale che verticale, tale per cui il pilota remoto è in grado di mantenere il contatto visivo continuativo con il mezzo aereo, senza aiuto di strumenti per aumentare la vista, tale da consentirgli un controllo diretto del mezzo per gestire il volo, mantenere le separazioni ed evitare collisioni".

⁶ Gli Enti richiamati dall'art. 744 del Codice della Navigazione sono le "Forze di Polizia dello Stato, della Dogana, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, del Dipartimento della Protezione civile e di ogni altro servizio dello Stato".

⁷ Corte cost., sent. 11 marzo 1993, n. 81 ravvisa il fondamento costituzionale del diritto alla riservatezza nell'art. 15 Cost., specificando che "l'ampiezza della garanzia apprestata dall'art. 15 della Costituzione alle comunicazioni che si svolgono tra soggetti predeterminati entro una sfera giuridica protetta da riservatezza è tale da comprendere non soltanto la segretezza del contenuto della comunicazione, ma anche quella relativa all'identità dei soggetti e ai riferimenti di tempo e di luogo della comunicazione stessa". In precedenza, la Corte di Cassazione, con sentenza del 27 maggio 1975 n. 2129, aveva individuato il fondamento costituzionale del diritto alla riservatezza negli articoli 2, 3, 13, 14, 15, 27, 29 e 41 Cost., oltre che nell'art. 8 della CEDU, precisando che "la tutela giuridica deve ammettersi in caso di violazione del diritto assoluto di personalità, inteso quale diritto erga omnes, alla libertà di autodeterminazione nello svolgimento della personalità dell'uomo come singolo".

⁸ In questo senso, Cass. pen., Sez. V, sent. 20 ottobre 2004, n. 46307 relativa a riprese tramite telecamere a circuito chiuso; Cass. pen., Sez. III, sent. 15 giugno 1999 n. 11116 relativa a riprese aeree; Cass. pen., Sez. V, sent. 18 ottobre 1993, n. 10309.

⁹ Così, Cass. pen., Sez. Un., sent. 28 marzo 2006, n. 26795, a cui si è tendenzialmente uniformata la giurisprudenza successiva, tra cui Cass. pen., Sez. V., sent. 10 marzo 2020, n. 9396; Cass. pen., Sez. VI, sent. 13 maggio 2019, n. 20560.

¹⁰ Cass. pen., Sez. Un., sent. 28 marzo 2006, n. 26795 secondo cui "è chiaro che le regole di garanzia richieste dall'art. 14 Cost. e la disciplina dei casi e dei modi delle "intrusioni" domiciliari non possono rinvenirsi nell'art. 189 c.p.p., dato che la disposizione non le contiene, e per la sua naturale genericità non le potrebbe contenere, dovendo riferirsi a tutte le prove non disciplinate dalla legge". Da tale dato "se ne dovrebbe dedurre che la mancanza renda illegittima la ripresa visiva e inammissibile la prova che si fonda sui risultati della stessa".



TRIMESTRALE, 1, 2020

