

PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

Diretta da Adolfo Scalfati

5-2019

Comitato di direzione:

Ennio Amodio, Lorena Bachmaier Winter, Mar Jimeno Bulnes, Giuseppe Di Chiara, Paolo Ferrua, Giulio Garuti, Luigi Kalb, Sergio Lorusso, Cristina Mauro, Mariano Menna, Gustavo Pansini, Francesco Peroni, Stephen C. Thaman

Giudizio abbreviato e reati "da ergastolo"
Summary Proceeding and Life Imprisonment Crimes

La gestione del rischio di un'imputazione incompleta
The regulation of the risk of an incomplete accusation

Primi disorientamenti interpretativi in tema di OEI
First misinterpretations about EIO

Processo per reati tributari e doppio binario
Trial for tax crimes and double track

Direttiva 2016-2019-UE sul patrocinio a spese dello Stato
The 2016-2019-UE Directive on legal aid

La messa alla prova nell'esperienza giurisprudenziale
Probation in the jurisprudential experience



G. Giappichelli Editore – Torino

PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

Diretta da Adolfo Scalfati

5-2019

Comitato di direzione:

Ennio Amodio, Lorena Bachmaier Winter, Mar Jimeno Bulnes, Giuseppe Di Chiara, Paolo Ferrua, Giulio Garuti, Luigi Kalb, Sergio Lorusso, Cristina Mauro, Mariano Menna, Gustavo Pansini, Francesco Peroni, Stephen C. Thaman



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2019 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

COMITATO DI DIREZIONE

Ennio Amodio, professore di procedura penale, Università di Milano Statale
Lorena Bachmaier Winter, professore ordinario di Diritto processuale, Università Complutense di Madrid
Mar Jimeno Bulnes, professore ordinario di diritto processuale, Università di Burgos
Giuseppe Di Chiara, professore ordinario di procedura penale, Università di Palermo
Paolo Ferrua, professore di procedura penale, Università di Torino
Giulio Garuti, professore ordinario di procedura penale, Università di Modena e Reggio Emilia
Luigi Kalb, professore ordinario di procedura penale, Università di Salerno
Sergio Lorusso, professore ordinario di procedura penale, Università di Foggia
Cristina Mauro, professore ordinario di Scienze criminali, Università di Poitiers
Mariano Menna, professore ordinario di procedura penale, Seconda Università di Napoli
Gustavo Pansini, professore di procedura penale, Università di Napoli SOB
Francesco Peroni, professore ordinario di procedura penale, Università di Trieste
† *Giorgio Santacroce*, primo presidente della Corte di cassazione
Stephen C. Thaman, professore emerito di diritto processuale penale comparato, Università di Saint Louis

NUCLEO DI COORDINAMENTO

Teresa Bene, professore ordinario di procedura penale, Università della Campania L. Vanvitelli (*Sezioni Unite Corte di cassazione*)
Marilena Colamussi, professore associato di procedura penale, Università di Bari Aldo Moro (*Rassegna bibliografica*)
Paola Corvi, professore associato di procedura penale, Università Cattolica di Piacenza (*Decisioni in contrasto*)
Donatella Curtotti, professore ordinario di procedura penale, Università di Foggia (*Corte costituzionale*)
Rosa Maria Geraci, professore associato di procedura penale, Università di Roma, Tor Vergata (*Corte di Giustizia europea*)
Mitja Gialuz, professore associato di procedura penale, Università di Trieste (*Corte di Giustizia europea*)
Vania Maffeo, professore associato di procedura penale, Università di Napoli Federico II (*Novità sovranazionali*)
Carla Pansini, professore associato di procedura penale, Università di Napoli Parthenope (*Novità legislative interne*)
Alessandra Sanna, professore associato di procedura penale, Università di Firenze (*Rassegna bibliografica*)
Nicola Triggiani, professore ordinario di procedura penale, Università di Bari Aldo Moro (*De jure condendo*)
Cristiana Valentini, professore associato di procedura penale, Università degli Studi G. d'Annunzio, Chieti-Pescara (*Corte europea dei diritti dell'uomo*)
Daniela Vigoni, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Statale (*Novità sovranazionali*)

RESPONSABILI DELLA REDAZIONE

Giuseppe Biscardi
Orietta Bruno
Laura Capraro
Ada Famiglietti

REDAZIONE

Teresa Alesci, assegnista di ricerca, Università della Campania L. Vanvitelli – *Gastone Andreatza*, magistrato – *Fulvio Baldi*, magistrato – *Antonio Balsamo*, magistrato – *Giuseppe Biscardi*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Orietta Bruno*, ricercatore di procedura penale, Università

di Roma Tor Vergata – *Lucio Camaldo*, professore associato di diritto processuale penale, Università di Milano Statale – *Sonia Campailla*, ricercatore di diritto dell’Unione europea, Università di Roma Tor Vergata – *Laura Capraro*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Assunta Cocomello*, magistrato – *Antonio Corbo*, magistrato – *Gaetano De Amicis*, magistrato – *Jacopo Della Torre*, assegnista di ricerca Università di Trieste – *Francesca Delvecchio*, dottore di ricerca in procedura penale, Università di Foggia – *Alessandro Diddi*, professore associato di procedura penale, Università della Calabria – *Ada Famiglietti*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Rita Lopez*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Paola Maggio*, ricercatore di procedura penale, Università di Palermo – *Antonio Pagliano*, ricercatore di procedura penale, Seconda Università di Napoli – *Giorgio Piziali*, magistrato – *Nicola Russo*, magistrato – *Alessio Scarcella*, magistrato – *Paolo Troisi*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Elena Zanetti*, ricercatore di procedura penale, Università di Milano Statale

PEER REVIEW

La “revisione dei pari” garantisce il livello qualitativo dei contenuti della Rivista.

La valutazione viene compiuta tenendo conto della fisionomia tradizionale dei generi letterari (Articolo e Nota), misurandone la chiarezza espositiva, i profili ricostruttivi, il grado di ricerca, la prospettiva critica e le soluzioni interpretative offerte. La verifica è effettuata a rotazione da due professori ordinari di discipline corrispondenti o affini alle materie oggetto dei lavori, i quali esprimono un giudizio sulla meritevolezza o meno della pubblicazione dei contributi. Nell’ipotesi di valutazioni contrastanti tra i revisori, detto giudizio è rimesso al Direttore della Rivista.

Il controllo avviene in forma reciprocamente anonima.

I contenuti editi nella Sezione denominata “Scenari” non sono soggetti a revisione.

PEER REVIEWERS

Enrico Mario Ambrosetti, professore ordinario di diritto penale, Università di Padova
Giuseppe Bellantoni, professore ordinario di procedura penale, Università Magna Grecia di Catanzaro
Alessandro Bernasconi, professore ordinario di procedura penale, Università di Brescia
Piermaria Corso, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Statale
Agostino De Caro, professore ordinario di procedura penale, Università del Molise
Mariavaleria del Tufo, professore ordinario di diritto penale, Università di Napoli SOB
Marzia Ferraioli, professore ordinario di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata
Carlo Fiorio, professore straordinario di procedura penale, Università di Perugia
Novella Galantini, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Statale
Maria Riccarda Marchetti, professore ordinario di procedura penale, Università di Sassari
Oliviero Mazza, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Bicocca
Paolo Moscarini, professore ordinario di procedura penale, Università di Roma LUISS
Angelo Pennisi, professore di procedura penale, Università di Catania
Tommaso Rafaraci, professore ordinario di procedura penale, Università di Catania
Antonio Scaglione, professore ordinario di procedura penale, Università di Palermo
Andrea Scella, professore ordinario di procedura penale, Università di Udine
Nicola Triggiani, professore ordinario di procedura penale, Università di Bari Aldo Moro
Gianluca Varraso, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Cattolica

Email per la corrispondenza: actis@giappichelli.it

Email dell’Editore: editoriale@giappichelli.it

Sommario

Editoriale | *Editorial*

GIUSEPPE DI CHIARA

- Giudizio abbreviato, reati “da ergastolo”, populismo penale e Stato di diritto / Summary Proceedings (“giudizio abbreviato”), Life Imprisonment Crimes, Penal Populism and Rule of Law** 1037

Scenari | *Overviews*

- Novità legislative interne / *National Legislative News* (ADA FAMIGLIETTI) 1044
- Novità sovranazionali / *Supranational News* (LUCIO CAMALDO) 1050
- De jure condendo* (NICOLA TRIGGIANI) 1058
- Corte europea dei diritti dell’uomo / *European Court of Human Rights* (GIORGIO CREPALDI) 1063
- Corte di Giustizia UE / *Court of Justice EU* (ELISA GRISONICH) 1072
- Corte costituzionale (WANDA NOCERINO) 1075
- Sezioni Unite (TERESA ALESCI) 1081
- Decisioni in contrasto (GIADA BOCELLARI) 1087
- Rassegna bibliografica (ALESSANDRA SANNA) 1089

Avanguardie in giurisprudenza | *Cutting Edge Case Law*

- Necessaria l’autorizzazione della Camera di appartenenza per l’acquisizione di tabulati “casuali”**
- Corte costituzionale, sentenza 6 marzo 2019, n. 38 – Pres. Lattanzi; Rel. Zanon 1093
- Tabulati telefonici relativi a parlamentari tra autorizzazione e dubbi di legittimità costituzionale / *Parliamentary phone records between authorization and doubts about constitutionality* (MAURO VIOLANTE) 1101
- Contestazione fisiologica al dibattimento del reato concorrente e patteggiamento**
- Corte costituzionale, sentenza 11 aprile 2019, n. 82 – Pres. Lattanzi; Rel. Modugno 1111
- La gestione del rischio di un’imputazione incompleta / *The regulation of the risk of an incomplete accusation* (CHIARA BUFFON) 1121
- Correlazione tra accusa e sentenza**
- Corte di cassazione, Sezione III, sentenza 9 aprile 2019, n. 15500 – Pres. Cervadoro; Rel. Di Nicola 1134
- I poteri del giudice nel principio di necessaria correlazione fra accusa e sentenza / *The power of the judge regarding the principle of necessary correlation between the accusation and the sentence* (LORENZO PELLI) 1141
- Ordine europeo di indagine e riconoscimento del P.M.**
- Corte di cassazione, Sezione VI, sentenza 2 aprile 2019, n. 14413 – Pres. Petruzzellis; Rel. De Amicis 1151
- Primi disorientamenti interpretativi in tema di OEI: la Cassazione interviene sulle corrette modalità del giudizio di riconoscimento / *First misinterpretations about EIO: the Cassation clarifies right recognition procedure* (ROSA MARIA GERACI) 1157

L'interpretazione adeguatrice non è assimilabile allo *ius superveniens*

Corte costituzionale, sentenza 23 gennaio 2019, n. 25 – Pres. Lattanzi; Rel. Amoroso	1165
Il giudice delle leggi nelle strettoie processuali del ricorso per manifesta infondatezza / <i>The judge of the laws in the procedural bottlenecks of the appeal for manifest groundlessness</i> (CLELIA IASEVOLI)	1175

Dibattiti tra norme e prassi | *Debates: Law and Praxis*

Processo per reati tributari: tramonto o ascesa del doppio binario? / <i>Trial for tax crimes: double track in or out?</i> (GIUSEPPE BISCARDI)	1188
Inammissibile l'abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo: osservazioni a margine della l. 12 aprile 2019, n. 33 / <i>The summary procedure is not available for crimes punished by life imprisonment: a short comment about law no. 33 of 12 april 2019</i> (FRANCESCO ZACCHÈ)	1202
Vizi e virtù dell'attuazione della Direttiva 2016/1919/UE sul patrocinio a spese dello Stato: una prima lettura / <i>Defects and virtues of implementation of the 2016/1919/UE Directive on legal aid: a first reading</i> (FRANCESCA DRI)	1209
I decreti 'Salvini': profili di diritto penale sostanziale, processuale e securitari / <i>New Criminal Provisions on Public Security</i> (ORIETTA BRUNO)	1230

Analisi e prospettive | *Analysis and Prospectives*

Il sequestro preventivo funzionale alla confisca: un istituto senza «confini» / <i>The preventive attachment functional to confiscation: a subject without no frontier</i> (MATTEO RAMPIONI)	1322
La messa alla prova nell'esperienza giurisprudenziale: un faticoso percorso verso l'allineamento costituzionale / <i>Probation in the jurisprudential experience: a tiring journey towards the constitutional alignment</i> (MARIA CHIARA SAPORITO)	1331

Indici | *Index*

Autori / <i>Authors</i>	1346
Provvedimenti / <i>Measures</i>	1347
Materie / <i>Topics</i>	1348

GIUSEPPE DI CHIARA

Professore ordinario – Università degli Studi di Palermo

Giudizio abbreviato, reati “da ergastolo”, populismo penale e Stato di diritto

Summary Proceedings (“giudizio abbreviato”), Life Imprisonment Crimes, Penal Populism and Rule of Law

Al culmine di trent'anni di tensioni e di incomprensioni, le scelte trancianti coagulatesi nella l. n. 33 del 2019 escludono radicalmente dall'accesso al rito abbreviato le imputazioni per reati punibili con la pena dell'ergastolo. Sul piano delle politiche di sistema nella stagione del populismo penale, la filigrana della novella del 2019 appare emblematica di nuove preoccupanti disinvolture: la riscrittura delle regole del processo è stata elettivamente finalizzata all'irrigidimento della previsione edittale, convergendo sull'obiettivo di rendere inesorabile la sanzione della pena “a vita”, sottratta a ogni flessibilità; il processo penale regredisce, così, allo stadio del “servo muto”, asservito a una pervicace esigenza di spettacolarizzazione degli scopi repressivi.

Thirty years later many doubts and misunderstanding, in 2019 a reform of Italian Criminal Procedure has radically excluded the summary proceedings (“giudizio abbreviato”) for life imprisonment crimes. On the level of systemic policies in the era of penal populism, the rewriting of special proceedings rules has been electively finalized to the stiffening of the penal treatment, converging on the goal of making life imprisonment rigid, subtracted from any flexibility; the criminal trial then regresses to the “silent servant” stage, enslaved to the need to magnify the repressive goals in the construction of a security and fear mass society.

CRIMINI “SPECIALI” E STATO DI ECCEZIONE: UNA PREMESSA

Hannah Arendt lo aveva rimarcato, adoperando la lama tagliente della sua intuizione, gli anfratti oscuri della sua esperienza, la sua nitidezza di eloquio: «ci sono crimini che gli uomini non possono né punire né perdonare»¹, condotte «imperdonabili che trascendono il dominio delle cose umane»². In una lettera del 17 agosto 1946, incastonata nello spessore del carteggio con Karl Jaspers, scriverà che «simili delitti non sono più concepibili dal punto di vista giuridico, e proprio in ciò sta la loro mostruosità», sicché «per delitti di tal fatta non c'è più alcuna punizione adeguata»: insomma, «questa colpa, diversamente da ogni altro crimine, sopravanza e infrange qualsiasi ordinamento giuridico»³.

Ma Hannah Arendt si riferiva alla Shoah: a una macchina mostruosa che oggettivamente travalica i crimini, pur talora gravissimi, previsti dai codici penali e oggetto di accertamento nelle aule giudiziarie; a un baratro che – sono sue parole – sopravanza qualsiasi ordinamento giuridico, diversamente da ogni altro crimine, previsto, invece, dalle *Rules of Law*.

L'idea di crimini, tipizzati dai codici penali, che *sopravanzano* e che, perciò, inducono meritevolezze di pena “speciali” e impongono inflessibilità insuperabili lungo l'intero asse che va dalla comminatoria edittale all'irrogazione giudiziale della sanzione, all'inesorabilità della sua esecuzione, è, per contro, at-

¹ H. Arendt, *Le origini del totalitarismo* (1948), Milano, Comunità, 1989, p. 628.

² H. Arendt, *Vita activa. La condizione umana* (1958), Milano, Bompiani, 1989, p. 178.

³ H. Arendt – K. Jaspers. *Carteggio 1926-1969. Filosofia e politica*, a cura di A. Dal Lago, Milano, Feltrinelli, 1989, p. 67.

trezzatura ideologica che appartiene al nucleo stesso del populismo penale⁴: crimini “speciali”, si direbbe; crimini che si vorrebbero collocare nell’*humus* di un riforgiato stato di eccezione⁵.

Nel panorama variegato dell’esperienza dei bradisismi dell’ultimo scorcio, la l. n. 33 del 2019 occupa, allora, uno spazio peculiare: assume un ruolo iconico, in grado di riscrivere equilibri, ben oltre i perimetri e i pesi specifici del trapezio descritto dalle sue coordinate normative di superficie; un ruolo che coinvolge le carature del sistema penale nel suo complesso, e che rimodula, deformandoli, i raggi di curvatura dei rapporti tra diritto sostanziale e processo.

“FINE PENA 31.12.9999”: ICONISMO, INESORABILITÀ, POLITICHE DELLA PAURA

L’ergastolo, politicamente e ideologicamente, è uno snodo di coagulo della categoria dell’inesorabile: le sfilacciate del suo plumbeo *background* storico non mancano di mostrarlo con nitidezza⁶. Il populismo penale dell’ultimo scorcio, consapevole della dimensione simbolica della pena “a vita”, dei suoi impatti radianti nell’immaginario sociale e delle sue ricadute politico-elettorali, ha investito sul consolidamento dell’ergastolo, coltivando allo scopo una gamma diversificata di manovre.

Sotto il profilo delle scelte di linguaggio nel discorso pubblico si è, così, anzitutto insistito sul *refrain* di una sbandierata “certezza della pena”, sclerotizzandone i contenuti in chiave di immutabilità di quanto previsto nel *sentencing* del giudicato di condanna: certezza della pena equivarrebbe, così, a fissità del *quantum* e del *quomodo* della sanzione⁷. Il colpevole – potrebbe dirsi – è il suo reato e dunque è la sua pena: affermazione, a tacer d’altro, miope, oltre che culturalmente e costituzionalmente distonica e distopica.

Sotto il profilo operativo, i cantieri parlamentari hanno, da ultimo, implementato in sistema nuove fattispecie punite con la pena edittale “a vita”: è quanto, come è noto, ha disposto il più recente intervento – che pur evidenzia contenuti per altri versi talora condivisibili – in tema di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere⁸.

In sintonia con questo *trend* si colloca la l. n. 33 del 2019, che ha escluso in radice la celebrabilità del giudizio abbreviato se l’imputazione è “da ergastolo”⁹. La rigidità della manovra condotta a termine dal legislatore del 2019 eleva la previsione edittale della pena “a vita” a presupposto di un meccanico

⁴Sul concetto di populismo penale cfr., tra gli altri, V. Manes, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione* (2019), in *www.questionegiustizia.it*, e D. Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, p. 235 ss.

⁵Sull’apparato concettuale dello stato di eccezione e sulle sue ascendenze schmittiane cfr., per tutti, G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

⁶Per recenti documentati affreschi sulle vicende storiche dell’ergastolo e sulla sua configurazione contemporanea cfr., per tutti, E. Dolcini, *La pena detentiva perpetua nell’ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Dir. pen. cont.*, 17 dicembre 2018, e M. Pisani, *La pena dell’ergastolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 575 ss.; nell’ambito della vasta letteratura in tema cfr., altresì, tra gli altri, gli importanti contributi pubblicati in F. Corleone – A. Pugiotto (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, Ediesse, 2012.

⁷Per la lucida stigmatizzazione di un simile atteggiamento cfr., *ex plurimis*, le pagine nitide di G. Giostra, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 4, p. 119 ss. e spec. p. 124.

⁸Ci si riferisce, come è noto, alla l. 19 luglio 2019, n. 69, recante “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere”, che il dibattito politico ha indicato con la formula “codice rosso”: la novella estende, tra l’altro, la pena dell’ergastolo all’omicidio volontario di persona legata all’agente da relazione affettiva o nel caso di stabile convivenza, nonché all’omicidio nei confronti del discendente anche per effetto di adozione di minorenne (art. 577 c.p., come modificato dall’art. 11 l. n. 69 del 2019); la pena dell’ergastolo è, altresì, estesa al caso di omicidio posto in essere dall’agente che abbia commesso il delitto di deformazione dell’aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso, previsto dal “nuovo” art. 583 *quinquies* c.p. (art. 576 c.p., come modificato dall’art. 12 l. n. 69 del 2019).

⁹Sulla novella del 2019 cfr., tra gli altri, G. Spangher, *Incidere sui benefici e sulle sanzioni come strada ulteriore*, in *Guida dir.*, 2019, n. 21, p. 19 ss., e Id., *Ruolo della pena* (2019), in *www.giustiziainsieme.it*, nonché A. Cisterna, *I consistenti impatti di una novella sulle corti di assise*, in *Guida dir.*, 2019, n. 21, p. 22 ss., e F. Giunchedi, *De profundis per i procedimenti speciali. Considerazioni a margine della legge di inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con l’ergastolo*, in *Arch. pen. web*, 2019, n. 2; per importanti rilievi, pendente il cantiere di lavorazione parlamentare della novella, cfr. A. De Caro, *Le ambigue linee di politica penale dell’attuale legislatore: giudizio abbreviato e reati puniti con la pena dell’ergastolo*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1627 ss.; A. Scalfati, *L’uso strategico dei procedimenti “differenziati”*, in *Arch. pen.*, 2019, spec. p. 5 s.; nonché N. Triggiani, *Considerazioni sulle proposte di legge in tema di inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell’ergastolo*, in *Annali Dipart. Jonico*, 2018, p. 629 ss.

no trespass: “fuori i mercanti dal tempio” ne appare la semplicistica, spigolosa, approssimata filosofia di fondo.

Furia iconoclasta, dunque. L’ergastolo è un’icona: a condotte incommensurabili si fanno corrispondere pene inesorabili; la massima pena assume, così, la veste di icona dell’inesorabilità della reazione dello Stato.

L’incrocio, d’altronde, di giudizio abbreviato e reati “da ergastolo” è additato, dal legislatore del 2019, alla stregua di icona di lassismo e di mercanteggiamento, di resa dello Stato, di cedimento decadente. Lotta iconica contro un oggetto iconico, dunque: crociata contro uno specchio da infrangere. Dichiarerà il Ministro della Giustizia, il giorno dell’approvazione della legge in Senato: «Diamo un segnale fortissimo a tutti i cittadini di questo Paese. Ora c’è la certezza della pena, non ci sono più gli sconti di pena a cui i criminali si sono abituati in questo Paese quando ci sono reati gravissimi»¹⁰.

Palese risulta il traguardo cui mira questa rinnovata passione per l’ergastolo, proiezione attrezzata dell’*affectio* del più recente legislatore per gli inasprimenti di pena e per le fissità meccaniche di computo, costruite erodendo spazi alla discrezionalità giudiziale: l’obiettivo rimane la coltivazione dell’ergastolo come totem, il suo mantenimento in vita facendo crescerne rigogliosa la piantagione, così accreditando come necessaria e, insieme, socialmente virtuosa l’idea del *neverending* nelle sagomature edittali.

Sotto il profilo segnico si consolida, in tal modo, sinistramente la sostituzione dell’antica formula analogica del “fine pena mai” con il suo grottesco corrispettivo digitale: i *format* elettronici impongono comunque, è noto, il completamento del campo della data, e il requisito è soddisfatto attraverso l’apposizione di un convenzionale “31.12.9999”; è stato scritto, in proposito, che «il senso dell’eternità senza sbocco rimane intatto»¹¹, pur se, forse, il sarcasmo feroce che detona da questa cifra inaudita amplifica ancor più gli interrogativi sulla china minacciosa che questa nostra era informe sta scegliendo di percorrere.

Così, dunque, la manovra può essere riassunta per descrittori linguistici di obiettivi: sclerotizzare il *neverending*, sotto il paradigma stucchevolmente espresso dal *claim* “certezza della pena”; introdurre in sistema una clausola che esautorì ogni spazio discrezionale, rendendo fissa e, perciò, immutabile l’enormità del 31.12.9999; sancire che non v’è modo di incidervi, ostruendo gli itinerari processuali modulati sul consenso *ex art.* 111, comma 5, Cost., e perciò interdicensi in radice la formulabilità di richieste di giudizio abbreviato.

OSCILLAZIONI E IMPATTI OPERATIVI: APORIE, ESPERIENZE, SGUARDI PROSPETTICI

I rapporti tra rito abbreviato e reati puniti con la pena dell’ergastolo sono scanditi – è ben noto – da una storia difficile, connotata da andamenti sinusoidali, condotte carsiche, itinerari giurisprudenziali sormontati da *offendicula*, cocci di bottiglia aguzzi e variopinti, che non converrà, qui, ripercorrere¹².

Eppure, nella pratica giudiziaria, il connubio aveva funzionato in termini quanto mai incisivi. I dati disponibili¹³ segnalano un rapporto tra procedimenti definiti con rito abbreviato e con rito ordinario pari al 17% per l’anno 2016 e al 21% per l’anno 2017. I procedimenti per delitti puniti con la pena dell’ergastolo definiti con rito abbreviato risultano, d’altronde, per il 2016 pari al 68% e per il 2017 al 79%: grandezze che si impongono come davvero estremamente significative.

È su questi così cospicui assorbimenti di carico che ha inciso la l. n. 33 del 2019.

È palese come, già sul piano organizzativo, elidere la possibilità di celebrare giudizi abbreviati per reati punibili con l’ergastolo importa, in primo luogo, impatti cospicui sul carico di lavoro delle corti di

¹⁰ Le dichiarazioni del Guardasigilli alle agenzie di stampa sono documentate, ad esempio, da F.Q., *Rito abbreviato, Senato approva. Riforma è legge: sarà inapplicabile se reati gravi. Bonafede: “con noi chi sbaglia paga”*, in www.ilfattoquotidiano.it, 2 aprile 2019.

¹¹ Così significativamente E. Fassone, *Fine pena ora*, 6^a ed., Sellerio, Palermo, 2016, p. 13; per importanti sottolineature sulla digitalizzazione del “fine pena mai” cfr. altresì *ivi*, p. 184.

¹² Sia consentito, per brevità, per questa mappatura e per la griglia essenziale dei riferimenti di letteratura e giurisprudenza, rinviare a G. Di Chiara, sub *art.* 442 *c.p.p.*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, Ipsoa, 2017, p. 1643 s. e 1654 ss.

¹³ Si tratta dei dati di fonte ministeriale forniti a supporto del parere del Consiglio superiore della magistratura sulla proposta di legge AC 392/C, abbinata alla proposta di legge AC 460/C, avente ad oggetto “Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai reati puniti con la pena dell’ergastolo”, deliberato dal *Plenum* del Consiglio il 6 aprile 2019 (in www.csm.it), p. 6 ss.

assise, peraltro con una redistribuzione delle precedenti competenze distrettualizzate: per i reati di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p. il giudizio abbreviato si era finora celebrato avanti al giudice dell'udienza preliminare del capoluogo di distretto di corte di appello, mentre la corte di assise avanti a cui, dopo la novella del 2019, dovrà celebrarsi il dibattimento non potrà che essere quella circondariale. La nuova normativa riverbererà, altresì, i suoi effetti sul carico di lavoro dei tribunali, posto che, come è noto, i magistrati togati di assise sono incardinati negli organici dei tribunali. È, d'altronde, palese come le necessarie ricalibrature organizzative incideranno sulla durata dei procedimenti, con effetti riflessi che è fatale trascenderanno i soli dibattimenti per reati punibili con la pena dell'ergastolo.

Ma l'iconicità della manovra ha sopravanzato su tutto: la furia iconoclasta ha prevalso, anche a costo di forzare la mano sull'ossequio formale ai principi costituzionali, additando, anzi, attraverso singolari *excusationes non petitae*, la modifica abrogatrice come fosse imposta da una sorta di doveroso adempimento delle *Grundnormen* di sistema.

Basterebbe, in tal senso, ripercorrere alcuni tratti dell'intervento in aula del relatore del progetto di legge: «grazie a questo testo», è stato detto, «chi compie gravissimi delitti non potrà più accedere a sconti di pena, il tutto nel pieno rispetto del dettato costituzionale»: infatti – si è proseguito – «con l'approvazione di questo testo il Parlamento non toglie garanzie agli imputati, non sminuisce il diritto alla difesa e soprattutto non lede la Costituzione, anzi, ne rafforza i dispositivi, portando a pieno compimento il terzo comma dell'art. 102», a proposito della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia; «da domani» – si è rimarcato – «chi compirà reati quali ad esempio l'omicidio volontario aggravato, la strage o la violenza sessuale aggravata sarà necessariamente sottoposto al giudizio di una Corte composta anche da giudici popolari e non più quindi da un solo magistrato; e, se condannato, non accederà automaticamente ad odiosi sconti di pena, che troppe volte hanno offeso la dignità delle vittime, dei loro congiunti e del lavoro delle Forze dell'ordine e degli inquirenti»; sicché – si è concluso – «la riforma che votiamo oggi contribuisce a rendere la nostra giustizia più giusta e a rimettere al centro la dignità delle vittime senza sconti per i colpevoli, mantenendo tuttavia intatto e inalterato il sacrosanto diritto alla difesa secondo quanto previsto dalla nostra Costituzione»¹⁴.

Omettendo, qui, di chiosare ciascuno dei rilievi appena riprodotti, converrà far cenno, piuttosto, a un nodo che innegabilmente caratterizzava l'ormai tramontato assetto. Esisteva, invero, un problema – per dir così – di scala commisuratoria discreta, discontinua, che muoveva dalla configurazione normativa della riduzione premiale per i reati “da ergastolo” incrociata con la disciplina del concorso tra circostanze eterogenee¹⁵: ove l'aggravante *ex artt. 576 e 577 c.p.* fosse stata considerata prevalente rispetto alle circostanze attenuanti, la pena base sarebbe rimasta l'ergastolo “semplice”, ridotto in giudizio abbreviato a 30 anni di reclusione; se, per contro, il giudice del giudizio abbreviato avesse formulato un giudizio di equivalenza dell'aggravante *ex artt. 576 e 577* rispetto alle riconosciute attenuanti, la pena base si sarebbe attestata su 24 anni di reclusione, sicché, per effetto della riduzione premiale del terzo, sarebbe pervenuta, in giudizio abbreviato, a 16 anni di pena detentiva.

Rimaneva – avrebbero detto i fisici teorici – un intervallo oscuro, una voragine tra 16 e 30 anni, interdetta alla discrezionalità giudiziale: un baratro che dava luogo a una distorsione del sistema.

Ma la pur preesistente stortura non giustificava certo, né – meno che mai – la rendeva doverosa, la soluzione estrema dell'eliminazione del giudizio abbreviato per i reati “da ergastolo”: una «soluzione disfunzionale», è stato ancora rimarcato, espressione dell'ideologia del «penale perpetuo»¹⁶. Non per nulla, l'Unione delle Camere penali italiane, all'indomani della definitiva approvazione della novella del 2019 in Senato, si è espressa in termini di «idolatria della pena eterna, che risponde solo all'esigenza di assicurarsi un facile quanto effimero consenso in termini di esemplarità, senza curarsi non solo dei costi umani, ma anche delle gravi inefficienze che si producono sul sistema giudiziario»¹⁷.

¹⁴ *Atti parlamentari, XVIII Leg., Senato della Repubblica, Aula, 105ª sed. pubbl., 2 aprile 2019, resoc. sten., intervento del Sen. Ostellari, pag. 5.*

¹⁵ Lo ha posto in evidenza, con grande lucidità, D. Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 3, p. 244 s.

¹⁶ Così D. Pulitanò, *Sulle politiche penali in discussione* (2018), in *www.giurisprudenzapenale.com*, p. 2.

¹⁷ In questi termini il documento approvato dalla Giunta dell'Unione delle Camere penali italiane il 3 aprile 2019, in *www.camerepenali.it*; per ulteriori chiose cfr. altresì la delibera adottata dalla medesima Giunta dell'Unione delle Camere penali il 5 aprile 2019, *ivi*.

REGOLE PROCESSUALI “SERVENTI”, PARADIGMA SANZIONATORIO E COMPONENTISTICHE DELLA CORNICE EDITTALE: UNA REGRESSIONE ALL’ERA DEL “SERVO MUTO”?

Ulteriori profili di politiche di sistema vanno, peraltro, rimarcati.

È superfluo sottolineare come, su un piano generale di metodo, gli strumentari che forgiavano la previsione edittale e le regole del processo, che pur intrecciano fasci dialogici continui, si collochino, tuttavia, su piani d’officina distinti. La l. n. 33 del 2019 sovverte, per contro, l’ordine fisiologico delle due piattaforme: è palese come le regole del processo vengano, qui, rimodulate in chiave di integrazione della previsione edittale.

Ci si trova, appar chiaro, su un piano del tutto diverso dalle logiche del doppio binario processuale. Nei segmenti di doppio binario implementati in sistema, la diversità delle regole risponde alla logica di rendere più efficiente il rito penale in funzione di talune specificità della materia oggetto del processo: così, nei procedimenti per reati in materia di criminalità organizzata, i termini per le indagini hanno una cronologia diversa e il procedimento di proroga è coperto, non essendo previsto alcun avviso al sottoposto alle indagini o al difensore di questi; l’ammissione della prova è inibita se tende alla ripetizione, sul medesimo oggetto, di dichiarazioni già rese in contraddittorio con la partecipazione del difensore dell’imputato; le intercettazioni ambientali domiciliari prescindono dal requisito della *suspicio perdurantis criminis*; nell’individuazione della misura cautelare personale da adottare si presume *iuris et de iure* l’inadeguatezza di misure diverse dalla custodia in carcere. Anche laddove le scelte di doppio binario diano luogo a limitazioni del diritto di difesa, il raggio d’azione di queste è perimetrato dai confini del processo.

La logica su cui si coagula la l. n. 33 del 2019 è ben diversa: se l’imputazione è “da ergastolo”, il rito abbreviato viene espunto dal ventaglio delle alternative processuali possibili, e ciò avviene non in funzione delle caratteristiche del rito, al fine di realizzare scopi funzionali rispetto alle finalità del processo, ergo all’accertamento efficiente del fatto, ma allo scopo di irrigidire le soglie del trattamento sanzionatorio, spingendole verso l’alto e implementando in sistema una manovra di esautoramento progressivo degli spazi di discrezionalità giudiziale.

Potrebbe, sul piano formale, obiettarsi che l’art. 111, comma 5, Cost. è comunque osservato: è sottoposta a riserva di legge la disciplina dei casi in cui la prova non si forma in contraddittorio per consenso dell’imputato; qui, per i reati “da ergastolo”, è la legge a scegliere di escludere la celebrabilità del giudizio abbreviato, devolvendo, dunque, la *plena cognitio* del merito alla centralità esclusiva del giudice dibattimentale.

V’è, però, un problema significativo di ragionevolezza delle scelte adottate dal legislatore ordinario: un problema che pone in evidenza ferite aperte di sistema.

Basterà, qui, a titolo esemplificativo, porre a raffronto le fattispecie di omicidio volontario del coniuge divorziato e di omicidio del coniuge separato: nel primo caso, prevedendosi una pena edittale da 24 a 30 anni di reclusione, l’accesso al giudizio abbreviato è ammesso, sicché, in esito al rito speciale, applicata la diminuzione premiale, la fascia sanzionatoria spazierà da 16 a 20 anni di reclusione; nel caso, invece, dell’omicidio volontario del coniuge separato che si consumi prima della sentenza di divorzio, la pena edittale permarrà l’ergastolo, insuscettibile di riduzione premiale in quanto, per effetto della l. n. 33 del 2019, l’accesso al giudizio abbreviato risulta qui radicalmente interdetto. Quale ragionevolezza, dunque? Può dirsi che, attraverso la novella del 2019, si sia ricondotto il sistema a più coerenti *standard* di accettabilità sociale? Non si propone ancora, pur sotto altre spoglie, a fronte di due condotte – l’omicidio del coniuge separato e del coniuge divorziato – che non sembrano giustificare solchi così radicali, la già stigmatizzata banda oscura che separa, in questo caso, i 16 anni di reclusione frutto della diminuzione premiale e l’irriducibilità dell’ergastolo reso insuscettibile di qualsiasi flessione?

È palese, dunque, come, per i reati “da ergastolo”, l’esclusione del giudizio abbreviato entri, in termini del tutto anomali, a far parte del paradigma sanzionatorio: vi sono condotte considerate tanto gravi da imporre una meritevolezza di pena connotata da una rigida gravità che drena con sé l’esclusione di un rito il quale, ove celebrato, importerebbe una riduzione premiale di matrice processuale.

Potrebbe ritenersi, *prima facie*, che il quadro edittale interferisce con la gamma di strumenti processuali adoperabili: *nihil novi sub sole*, se così fosse. V’è, qui, tuttavia, come si è mostrato, ben più: l’esclusione del giudizio abbreviato, i cui effetti riflessi si riverberano, oltre la linea del giudicato, sulla dosimetria della pena, entra a far parte del quadro edittale, ne costituisce elemento integrante; si incardina su questo fulcro, per intero, la dichiarata *intentio legis*.

L'interferenza tra le due anime del sistema penale assume, allora, connotati peculiari. L'esigenza di solidificare effetti *tranchant* sul terreno sostanziale – con ogni sbandierato risolto in termini di orientamento culturale dei consociali – strumentalizza le regole processuali, rendendone recessiva l'intrinseca funzione, e riduce nuovamente il processo penale a servo muto – riprendendo una metafora suggestiva – del diritto penale sostanziale¹⁸: un riflusso a uno stato servile, una regressione delle ere geologiche dai solchi di una penalità di sistema all'evo oscuro di un'afasia del processuale asservito a una spettacolarizzazione degli scopi repressivi.

L'attuale Pontefice – che, sull'ergastolo come «pena di morte nascosta», aveva avuto modo di adoperare linguaggi di grande trasparenza¹⁹ – ha di recente rimarcato, nel corso della visita a una delle periferie suburbane della diaspora che reclamano rammendi sapienti, come sia «triste vedere con quanta facilità oggi (...) si maledice, si disprezza, si insulta»: presi – ha chiarito – «da troppa frenesia, non ci si contiene e si sfoga rabbia su tutto e tutti», sicché «spesso, purtroppo, chi grida di più e più forte, e chi è più arrabbiato, sembra avere ragione e raccogliere consenso»; e ha esortato a non lasciarsi «contagiare dall'arroganza»²⁰. Sembrano, queste parole, pur riferite in via diretta ai contesti comuni di convivenza quotidiana, suscettibili di estensione ai profluvii della cantieristica normativa nell'era del populismo penale e delle logiche del nemico: meritano, queste parole, di essere raccolte, *si parva licet*, più laicamente, certo, ma con la medesima appassionata convinzione.

¹⁸ Il noto riferimento è al saggio di T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 431 ss.

¹⁹ Papa Francesco, *Discorso alla delegazione dell'Associazione internazionale di diritto penale*, 23 ottobre 2014, in www.vatican.va.

²⁰ Papa Francesco, *Omelia a Casalbertone (Roma)*, 23 giugno 2019, in www.vatican.va.



Processo penale e giustizia n. 5 | 2019

Scenari

Overviews

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE

NATIONAL LEGISLATIVE NEWS

di Ada Famiglietti

MODIFICHE AL CODICE PENALE, AL CODICE DI PROCEDURA PENALE E ALTRE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI TUTELA DELLE VITTIME DI VIOLENZA DOMESTICA E DI GENERE

(L. 19 luglio 2019, n. 69)

La l. 19 luglio 2019, n. 69 (G.U., Sr. gen., 25 luglio 2019, n. 173) denominata “Codice Rosso”, in ossequio alla direttiva 2012/29/UE, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, intende potenziare gli strumenti delle indagini e dell’azione giudiziaria nei procedimenti relativi ai delitti di violenza domestica e di genere. Sono due le aree operative del provvedimento: da un lato, l’inasprimento sanzionatorio e l’introduzione di nuove fattispecie criminose per contrastare l’espansione di violenze, maltrattamenti e femminicidi; dall’altro, il potenziamento del “fattore tempo” per garantire l’immediata instaurazione e prosecuzione del procedimento penale, prevedendo l’adozione, ove necessario e senza ritardi, di eventuali provvedimenti di protezione delle vittime.

La legge approvata si compone di 21 articoli, che individuano un catalogo di reati attraverso i quali si esercita la violenza domestica e di genere. In particolare, essa viene ricondotta alle seguenti fattispecie: maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.); violenza sessuale, aggravata e di gruppo (artt. 609-bis, 609-ter e 609-octies c.p.); atti sessuali con minorenne (art. 609-quater c.p.); corruzione di minorenne (art. 609-quinquies c.p.); atti persecutori (art. 612-bis c.p.); diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 612-ter c.p.); lesioni personali aggravate e deformazione dell’aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (artt. 582 e 583-quinquies, c.p., aggravati ai sensi dell’art. 576, comma 1, nn. 2, 5 e 5.1, e ai sensi dell’art. 577, comma 1, n. 1, e comma 2).

Sotto il profilo processuale, l’art. 347, comma 3, c.p.p. è novellato, stabilendo che, relativamente ai delitti di violenza domestica e di genere, la polizia giudiziaria, acquisita la notizia di reato, riferisce immediatamente al pubblico ministero, anche in forma orale; in tali ipotesi, alla comunicazione orale seguirà senza ritardo quella scritta. Viene così interpolata la norma che prevedeva questa possibilità solo per i gravi delitti indicati nell’art. 407, comma 2, lett. a), nn. 1-6, c.p.p. (tra i quali l’omicidio e i reati di associazionismo mafioso o con finalità di terrorismo) e, in ogni caso, quando sussistono ragioni di urgenza, con una presunzione assoluta di “urgente trattazione” per le citate condotte criminose.

Parallelamente, è inserito nell’art. 362 c.p.p., relativo all’assunzione di informazioni da parte del p.m., un nuovo comma 1-ter, a norma del quale, il pubblico ministero, entro tre giorni dall’iscrizione della notizia di reato, assume informazioni dalla persona offesa o da chi ha denunciato i fatti di reato. Attualmente, il codice di rito non specifica un termine entro il quale il p.m. debba procedere all’assunzione di informazioni dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini, e la riforma introduce tale limite temporale esclusivamente per i reati di violenza domestica e di genere. Il termine di tre giorni può essere prorogato solo in presenza di imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell’interesse della persona offesa. Si tratta, però, di una disposizione avente scarsa portata precettiva, non essendo previsto alcun rimedio o sanzione all’eventuale “inerzia” dell’organo requirente.

Viene poi integrato il contenuto dell’art. 370 c.p.p., sugli atti di indagine compiuti direttamente e delegati dal p.m., con l’inserimento di due nuovi commi (2-bis e 2-ter), a norma dei quali, nei procedimenti relativi ai reati di maltrattamenti, violenza sessuale, atti persecutori e lesioni aggravate, commessi in contesti familiari o nell’ambito di relazioni di convivenza, la polizia giudiziaria procede senza ritardo al compimento degli atti di indagine delegati dal pubblico ministero, ponendo, sempre senza ritardo, a disposizione del p.m. la documentazione delle attività svolte.

Altro importante segmento di modifica interessa la protezione delle vittime dei reati di violenza di genere. La Relazione di accompagnamento segnala la necessità di colmare il vuoto di tutela presente nei casi in cui la vittima non sia ritenuta “particolarmente vulnerabile”, ai sensi dell’art. 90-*quater* c.p.p., introdotto dal d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

In particolare, la riforma novella l’art. 90-*bis* c.p.p., relativo alle informazioni che devono essere fornite alla persona offesa dal reato, sin dal primo contatto con l’autorità procedente: alle informazioni sulle strutture sanitarie presenti sul territorio, sulle case famiglia, sui centri anti-violenza e sulle case rifugio vengono aggiunte quelle sui servizi di assistenza alle vittime di reato.

Le medesime finalità di difesa delle vittime sono perseguite attraverso la modifica dell’art. 90-*ter* c.p.p., con la comunicazione obbligatoria alla persona offesa da un reato di violenza domestica o di genere, e al suo difensore, dell’adozione di provvedimenti di scarcerazione, di cessazione della misura di sicurezza detentiva, di evasione. Rispetto alla formulazione previgente, che prevedeva tale comunicazione per tutti i reati commessi con violenza alla persona, ma solo previa richiesta della vittima, la riforma aggiunge l’obbligo di comunicazione per le vittime degli specifici delitti di violenza domestica.

Degna di nota è anche l’innovazione dell’art. 190-*bis* c.p.p., dedicato ai requisiti della prova nei casi particolari. In base alla nuova formulazione, il divieto di ripetibilità in dibattimento delle dichiarazioni assunte nella sede incidentale, ai sensi dell’art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, non è più limitato ai casi in cui il dichiarante sia minore di sedici anni e testimone di alcuni reati, ma viene esteso a tutti i testimoni minorenni. Nella versione previgente, la norma interessava i soli infrasedicenni e le persone offese in condizione di particolare vulnerabilità, per effetto delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 212 del 2015.

Con la legge in commento si riconosce, invece, la necessità di limitare il numero delle dichiarazioni sia del testimone minorenni sia della vittima vulnerabile, evitando ripetizioni che possono pregiudicare la serenità del dichiarante. In tal modo il legislatore del 2019 ha colmato un vuoto di tutela, ponendo le basi per uno statuto uniforme del testimone debole nel processo penale.

Importanti novità interessano anche le misure cautelari; in primo luogo, è modificato l’art. 275, comma 2-*bis*, c.p.p. sui criteri di scelta. In esso, attualmente si prevede che la custodia cautelare in carcere non possa più essere applicata se il giudice ritenga che, «*all’esito del giudizio*», la pena detentiva «*irrogata*» non sarà superiore a tre anni. Tale previsione non trova applicazione con riguardo ad una serie di reati: l’incendio boschivo (art. 423-*bis* c.p.), i maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.), il furto in abitazione o con strappo (art. 624-*bis* c.p.) e lo stalking (art. 612-*bis* c.p.). Ad essi la legge in commento aggiunge l’ipotesi di «*Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*», disciplinata dall’art. 612-*ter* c.p. ed introdotta per arginare il grave fenomeno del c.d. *revenge porn*.

Per consentire al giudice di garantire il rispetto della misura cautelate del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, di cui all’art. 282-*ter* c.p.p., sono estese le procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici (c.d. braccialetto elettronico), già previste dall’art. 275-*bis* c.p.p. per la misura degli arresti domiciliari.

La l. n. 69 del 2019 interviene, altresì, sull’art. 282-*quater* c.p.p., disponendo che dell’applicazione delle misure dell’allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, debba essere data comunicazione anche al difensore della stessa. È modificato, inoltre, l’art. 299 c.p.p., in base al quale, nei procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alla persona, la revoca o la sostituzione di misure coercitive o interdittive a carico dell’indagato debba essere immediatamente comunicata, oltre che al difensore, anche alla persona offesa.

Infine, in base al nuovo testo dell’art. 659 c.p.p., il pubblico ministero, chiamato a dare esecuzione ai provvedimenti del giudice di sorveglianza, deve immediatamente comunicare la scarcerazione del condannato alla persona offesa da un delitto di violenza domestica e di genere e al suo difensore. Il p.m. procederà alla comunicazione attraverso la polizia giudiziaria.

L’art. 17 modifica l’art. 13 ord. penit., che prevede la possibilità per i condannati per delitti sessuali in danno di minori, di sottoporsi a un trattamento psicologico con finalità di recupero e di sostegno, suscettibile di valutazione ai fini della concessione dei benefici penitenziari. La legge approvata aggiunge al catalogo di reati in oggetto, i delitti di: maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.), deformazione dell’aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (art. 583-*quinquies* c.p.) e *stalking* (art. 612-*bis* c.p.).

Si interviene anche sulle norme att. c.p.p., inserendo l’art. 64-*bis*, in base al quale, se sono in corso procedimenti civili di separazione dei coniugi o cause relative ai figli minori di età o relative alla potestà genitoriale, il giudice penale deve trasmettere, senza ritardo, al giudice civile copia dei seguenti

provvedimenti, adottati in relazione a un procedimento penale per un delitto di violenza domestica o di genere: ordinanze relative a misure cautelari personali, avviso di conclusione delle indagini preliminari, provvedimento di archiviazione, sentenza.

Sul versante sostanziale si introducono quattro nuove fattispecie incriminatrici. In primo luogo, l'art. 558-bis c.p. disciplina il delitto di costrizione o induzione al matrimonio, che punisce con la reclusione da uno a cinque anni, chiunque: «con violenza o minaccia costringe una persona a contrarre vincolo di natura personale o una unione civile»; ovvero «la induce a contrarre matrimonio o unione civile, approfittando delle condizioni di vulnerabilità o di inferiorità psichica o di necessità di una persona, con abuso delle relazioni familiari, domestiche, lavorative o dell'autorità derivante dall'affidamento della persona per ragioni di cura, istruzione o educazione, vigilanza o custodia». Si stabilisce che il reato è punito anche quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia, ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia. Il nuovo art. 558-bis c.p. reca poi le circostanze aggravanti del reato di matrimonio forzato; in particolare, la pena è aumentata se i fatti sono commessi in danno di un minore di anni diciotto, ed è da due a sette anni di reclusione se i fatti sono commessi in danno di un minore di anni quattordici.

Significativa è anche l'introduzione del delitto di «Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti», disciplinata dall'art. 612-ter c.p., che punisce con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 5.000 a euro 15.000, la condotta di «chiunque, dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde, senza l'esplicito consenso delle persone interessate, immagini o video sessualmente espliciti, destinati a rimanere privati». L'art. 612-ter c.p. punisce, altresì, con la stessa pena «la diffusione – posta in essere da soggetto diverso da quello che per primo ha diffuso il materiale illecito – di immagini o video privati sessualmente espliciti senza il consenso delle persone rappresentate al fine di recare loro nocimento». In tal caso, si segnala la difficoltà di provare l'effettiva conoscenza da parte del “condivisore” della mancanza di consenso da parte della vittima. La fattispecie è aggravata se i fatti sono commessi nell'ambito di una relazione affettiva, anche cessata, ovvero mediante l'impiego di strumenti informatici.

Lungamente atteso anche il reato di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso, disciplinato dall'art. 583-quinquies c.p. e punito con la reclusione da otto a quattordici anni. La condanna ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 c.p.p. per il reato di sfregio comporta l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno. Quando, per effetto del delitto in questione, si provoca la morte della vittima, la pena è l'ergastolo.

Altra novità concerne l'art. 387-bis c.p., che disciplina il reato di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa. La nuova fattispecie punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni chiunque violi gli obblighi o i divieti derivanti dal provvedimento che applica le misure cautelari dell'allontanamento dalla casa familiare (art. 282-bis c.p.p.) e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282-ter c.p.p.) o l'ordine di allontanamento d'urgenza dalla casa familiare (art. 384-bis c.p.p.).

Sul versante sanzionatorio, si segnala un consistente inasprimento di pene già previste dal codice sostanziale. A tal fine, il delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi, da un intervallo compreso tra un minimo di due a un massimo di sei anni, subisce un incremento da un minimo di tre a un massimo di sette anni di reclusione. Analogamente, lo *stalking* passa da un minimo di sei mesi e un massimo di cinque anni a un minimo di un anno e un massimo di sei anni e sei mesi di reclusione. La violenza sessuale è punita da sei a dodici anni, mentre prima era prevista la pena da un minimo di cinque a un massimo di dieci anni. Infine, la violenza sessuale di gruppo è punita da un minimo di otto anni a un massimo di quattordici anni, a fronte dei precedenti minimo sei anni e massimo dodici anni di reclusione.

In relazione alla violenza sessuale viene esteso il termine concesso alla persona offesa per sporgere querela, dagli attuali sei mesi a dodici mesi, ed incrementate le aggravanti ove il reato sia commesso in danno di minorenne. Inoltre, è stata inserita un'ulteriore circostanza aggravante per il delitto di atti sessuali con minorenne: la pena è aumentata fino a un terzo quando gli atti sono posti in essere con individui minori di 14 anni, in cambio di denaro o di qualsiasi altra utilità, pure solo promessa. Nell'omicidio viene estesa l'applicazione delle circostanze aggravanti, facendovi rientrare anche le relazioni personali.

È modificata, inoltre, la sospensione condizionale della pena: qui il novellato art. 165 c.p. prevede che, relativamente ai reati di violenza domestica e di genere, la concessione del beneficio è comunque

subordinata alla partecipazione a specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i medesimi reati. Gli oneri derivanti dalla partecipazione a tali corsi di recupero sono a carico del condannato.

Si prevede, inoltre, l'attivazione di specifici corsi di formazione per il personale della Polizia di Stato, dell'Arma dei Carabinieri e della Polizia penitenziaria, che esercita funzioni di pubblica sicurezza e di polizia giudiziaria, in relazione alla prevenzione e al perseguimento dei reati di violenza domestica e di genere. I corsi dovranno essere attivati dagli istituti di formazione dei diversi corpi, entro dodici mesi dall'entrata in vigore della legge, e sulla base di contenuti omogenei che dovranno essere individuati con decreto del Presidente del Consiglio, di concerto con i Ministri per la pubblica amministrazione, dell'interno, della giustizia e della difesa. Per il personale individuato dalle diverse amministrazioni, la frequenza dei corsi è obbligatoria.

In materia di riparto di somme tra le regioni per il rafforzamento della rete dei servizi territoriali, dei centri antiviolenza e dei servizi di assistenza alle donne vittime di violenza, la riforma elimina la previsione che imponeva di riservare un terzo dei fondi disponibili all'istituzione di nuovi centri e di nuove case-rifugio. Conseguentemente, nel riparto annuale tra le regioni si dovrà solo perseguire l'obiettivo di redistribuire i centri antiviolenza e le case-rifugio in ogni regione.

Inoltre, è modificato il d.lgs. 9 novembre 2007, n. 204 (Attuazione della direttiva 2004/80/CE relativa all'indennizzo delle vittime di reato); si individua nella procura della Repubblica presso il tribunale, in sostituzione della procura presso la Corte d'appello, l'autorità di assistenza cui rivolgersi quando il reato che dà diritto all'indennizzo sia stato commesso nel territorio di uno Stato membro dell'Unione europea e il richiedente l'indennizzo sia stabilmente residente in Italia.

Infine, in materia di fondo per l'indennizzo delle vittime dei reati intenzionali violenti di cui al d.lgs. n. 204 del 2007, si inserisce anche il nuovo reato di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (art. 583-*quinquies* c.p.).

L'ultima disposizione reca la clausola di invarianza finanziaria; le amministrazioni dovranno provvedere all'attuazione della legge con le risorse disponibili a legislazione vigente.

* * *

CONVERSIONE IN LEGGE, CON MODIFICAZIONI, DEL D.L. 14 GIUGNO 2019, N. 53, RECANTE DISPOSIZIONI URGENTI IN MATERIA DI ORDINE E SICUREZZA PUBBLICA

(L. 8 agosto 2019, n. 77)

E' entrata in vigore la l. 8 agosto 2019, n. 77 (G.U., Sr. gen., 9 agosto 2019, n. 186) di conversione con modificazioni del d.l. 14 giugno 2019, n. 53, noto come «*decreto sicurezza-bis*». Tale legge si pone in linea di continuità con il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni dalla l. 1 dicembre 2018, n. 132.

Sono tre le direttrici d'intervento del provvedimento, corrispondenti ai capi in cui è suddiviso il decreto: contrasto all'immigrazione illegale, ordine e sicurezza pubblica (capo I); potenziamento dell'efficacia dell'azione amministrativa a supporto delle politiche di sicurezza (capo II); contrasto alla violenza in occasione di manifestazioni sportive (capo III).

Il capo I racchiude alcune disposizioni dedicate al contrasto dell'immigrazione irregolare. A tal fine l'art. 1 modifica l'art. 11 t.u. immigrazione, recante le misure sui controlli alle frontiere, introducendo il nuovo comma 1-*ter*. La norma conferisce al Ministro dell'Interno – di concerto con i Ministri della difesa e dei trasporti, e informato il Presidente del Consiglio – il potere di emanare provvedimenti volti a vietare o limitare l'ingresso, il transito o la permanenza nelle acque territoriali di navi (escluse quelle militari o in servizio governativo non commerciale), laddove ricorrano due ordini di presupposti alternativi: «*motivi di ordine e sicurezza pubblica*»; passaggio offensivo di nave straniera nelle acque territoriali, nel caso in cui tale nave effettui «*il carico o lo scarico di [...] persone in violazione delle leggi di immigrazione vigenti nello Stato costiero*».

L'art. 2 d.l. n. 53 del 2019, come modificato dalla l. n. 77 del 2019, interviene sull'art. 12 t.u. immigrazione, ossia la fattispecie incriminatrice del c.d. favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, introducendo un nuovo comma 6-*bis*. Si stabilisce che nei confronti del comandante e dell'armatore della nave,

quale responsabile solidale, è prevista una sanzione amministrativa pecuniaria da 150 mila a 1 milione di euro. È sempre prevista, inoltre, la sanzione accessoria della confisca della nave, utilizzata per commettere la violazione, con immediato sequestro cautelare. A seguito di provvedimento definitivo di confisca, sono imputabili all'armatore e al proprietario della nave gli oneri di custodia delle imbarcazioni sottoposte a sequestro cautelare. Si applicano, in assenza di ulteriori specificazioni, le regole generali sul sequestro cautelare e la confisca amministrativa di cui agli artt. 13, 19 e 20, l. 24 novembre 1981, n. 689.

Sotto il profilo processuale, si segnalano le modifiche apportate all'art. 51 c.p.p.: la competenza delle procure distrettuali, fino ad oggi prevista soltanto per i reati di associazione finalizzata a commettere le ipotesi aggravate di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, è estesa anche ai casi di associazione diretta a commettere la fattispecie "base" di cui all'art. 12, comma 1, t.u. immigrazione. Per effetto della stessa modifica, nell'ambito delle indagini per il reato associativo in questione sarà possibile disporre intercettazioni, ai sensi dell'art. 266, comma 2-bis, c.p.p.

Con l'obiettivo di potenziare le «attività di contrasto del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina», è autorizzata una spesa complessiva 3 milioni di euro, nel triennio 2019-2021, al fine di incentivare le operazioni di polizia sotto copertura, ai sensi dell'art. 9, l. 16 marzo 2006, n. 146.

Dall'art. 6 in poi, oggetto del provvedimento è la gestione dell'ordine pubblico durante le manifestazioni di protesta e sportive. Si introduce una nuova fattispecie delittuosa, che punisce «chiunque, nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico, utilizza – in modo da creare concreto pericolo a persone o cose – razzi, fuochi artificiali, petardi od oggetti simili, nonché facendo ricorso a mazze, bastoni o altri oggetti contundenti o comunque atti ad offendere». Nelle manifestazioni pubbliche e aperte al pubblico, è vietato l'uso dei caschi o di qualsiasi altro dispositivo che renda irricognoscibile una persona.

Sono, inoltre, previste aggravanti «qualora i reati siano commessi nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico». In particolare, viene estesa l'aggravante ad effetto comune dell'art. 339, comma 1, c.p. ai casi in cui i reati previsti dagli artt. 336, 337 e 338 c.p. (violenza, minaccia, resistenza a pubblico ufficiale o a corpo politico, amministrativo o giudiziario) siano commessi «nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico». Sono, altresì, inasprite le pene per oltraggio a pubblico ufficiale.

Al reato di interruzione di pubblico ufficio o servizio, di cui all'art. 340 c.p., viene aggiunta un'ipotesi aggravata, secondo cui quando la condotta «è posta in essere nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico, si applica la reclusione fino a due anni». Ancora, l'aggravante ad effetto comune prevista per il delitto di devastazione e saccheggio viene estesa ai casi in cui lo stesso è commesso «nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico».

Infine, vengono apportate analoghe modifiche al delitto di danneggiamento (art. 635 c.p.): l'ipotesi in cui il fatto sia commesso «nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico» vede un aumento di pena significativo, da uno a cinque anni, anziché da sei mesi a tre anni, nel nuovo comma 2. A tale ipotesi viene estesa la previsione dell'art. 635, ult. comma, c.p., che subordina la concessione della sospensione condizionale della pena all'eliminazione delle conseguenze del reato o alla prestazione di lavori di pubblica utilità.

Il capo II del decreto racchiude una serie di disposizioni dedicate al «potenziamento dell'efficacia dell'azione amministrativa a supporto delle politiche di sicurezza». Per quanto specificamente rileva il settore penale, si segnalano le «misure straordinarie per l'eliminazione dell'arretrato relativo all'esecuzione delle sentenze penali di condanna definitive», anche mediante l'uso di strumenti telematici. A tal fine viene autorizzata l'assunzione, da parte del Ministero della giustizia, di un contingente fino ad 800 unità di personale amministrativo, con contratti a tempo determinato di durata annuale.

Il successivo art. 9, rubricato «Rifissazione e proroga di termini in materia di protezione di dati personali e intercettazioni», posticipa al 31 dicembre 2019, il termine di applicazione delle norme in materia di intercettazioni introdotte dal d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216.

Si proroga, inoltre, al 31 dicembre 2019 la scadenza per l'adozione, da parte del Governo, di uno specifico regolamento per individuare le modalità di attuazione dei principi del Codice in materia di protezione dei dati personali, in tema di trattamento dei dati effettuato per le finalità di polizia dal Centro elaborazioni dati (CED) del Dipartimento della pubblica sicurezza e da organi, uffici o comandi di polizia, con particolare riferimento agli adattamenti che si impongono nella parte in cui si prevede l'accesso al citato CED da parte del personale dei Corpi e dei servizi di polizia municipale, per verificare eventuali provvedimenti di ricerca o di rintraccio esistenti nei riguardi delle persone controllate.

L'ultimo capo del provvedimento riguarda le disposizioni per il «contrasto alla violenza in occasione di

manifestazioni sportive», con misure sia preventive, sia repressive dei fenomeni considerati.

L'art. 13 introduce una serie di modifiche alla l. 13 dicembre 1989, n. 401, recante le disposizioni per la «*tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive*». Viene anzitutto riscritta la disciplina dei presupposti del Daspo, con l'aumento della durata dei divieti e delle prescrizioni, che, per i recidivi, passa dal minimo di sei al massimo di dieci anni, a fronte degli attuali cinque e otto anni. Per coloro che violano il divieto, il periodo massimo di durata della misura è innalzato dagli attuali otto a dieci anni. È prevista, inoltre, la facoltà per il questore di applicare, congiuntamente, anche le misure di prevenzione di cui all'art. 3, comma 4, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. codice antimafia). La disciplina del Daspo viene altresì estesa ai casi in cui i reati di violenza e resistenza di cui agli artt. 336, 337 c.p., nonché quello di lesioni personali *ex art. 583-quater c.p.*, vengano commessi nei confronti degli arbitri e dei loro assistenti.

Si estende l'applicabilità del fermo di indiziato di delitto ai reati commessi in occasione o a causa delle manifestazioni sportive, modificando l'art. 77 d.lgs. n. 159 del 2011, ed estendendo le ipotesi speciali di fermo di indiziato di delitto, al di fuori dei limiti di cui all'art. 384 c.p.p.

Si rende, inoltre, permanente la disciplina dell'arresto differito per determinati reati commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive. In particolare, viene modificato l'art. 10 d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, recante «*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città*», eliminando le disposizioni di cui ai commi 6-ter e 6-quater che, per taluni reati con arresto obbligatorio o facoltativo, prevedevano la temporaneità della c.d. flagranza differita. Pertanto il peculiare regime di estensione dello stato di "quasi-flagranza" *ex art. 382 c.p.p.* anche a «*colui il quale, sulla base di documentazione video fotografica dalla quale emerga inequivocabilmente il fatto, ne risulta autore, sempre che l'arresto sia compiuto non oltre il tempo necessario alla sua identificazione e, comunque, entro le quarantotto ore dal fatto*» diventa permanente, limitatamente alle ipotesi ivi previste.

Si introduce, nell'art. 61 c.p., anche una nuova circostanza aggravante comune: «*11-speties*) *L'aver commesso il fatto in occasione o a causa di manifestazioni sportive o durante i trasferimenti da o verso i luoghi in cui si svolgono dette manifestazioni*». Inoltre, la stessa norma interviene sull'art. 131-bis c.p. ed esclude la particolare tenuità del fatto rispetto ai delitti puniti con pena superiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione, commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive.

Infine, con l'obiettivo di contrastare il c.d. "bagarinaggio", ossia la rivendita abusiva di titoli di accesso alle manifestazioni sportive, è eliminato il riferimento ai luoghi di vendita, al fine di punire ogni vendita non autorizzata, anche se realizzata per via telematica.

NOVITÀ SOVRANAZIONALI SUPRANATIONAL NEWS

di Lucio Camaldo

NUOVI STRUMENTI PER AMPLIARE E MIGLIORARE LA COOPERAZIONE INFORMATIVA NELL'UNIONE EUROPEA

Sono stati recentemente approvati dalle istituzioni europee tre nuovi regolamenti, pubblicati in stretta successione tra di loro, volti a rafforzare e completare il sistema di gestione e scambio di dati o informazioni (c.d. "cooperazione informativa") tra paesi appartenenti all'Unione europea. In particolare, il regolamento 2019/816 istituisce un nuovo strumento centralizzato per individuare gli Stati membri in possesso di informazioni sulle condanne pronunciate a carico di cittadini di paesi terzi e apolidi; mentre i due regolamenti "gemelli" 2019/817 e 2019/818 prevedono moderni meccanismi per garantire l'interoperabilità (ossia l'interazione reciproca) tra i sistemi di informazione dell'UE, rispettivamente, nel settore delle frontiere e dei visti, e in quello della cooperazione di polizia e giudiziaria, asilo e migrazione.

Il regolamento (UE) 2019/816: il nuovo sistema relativo alle informazioni sulle condanne pronunciate nei confronti di cittadini di paesi terzi e apolidi (ECRIS-TCN).

Il primo (e il più rilevante) atto normativo della triade è il regolamento (UE) 2019/816 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 (in G.U.U.E., 22 maggio 2019, L 135/1), riguardante l'istituzione di un sistema centralizzato per individuare gli Stati membri in possesso di informazioni sulle condanne pronunciate a carico di cittadini di paesi terzi e apolidi (denominato ECRIS-TCN), nonché l'integrazione del già esistente sistema (ECRIS), con la finalità di favorire e intensificare lo scambio di informazioni relative ai precedenti penali di soggetti condannati in uno o più Stati membri dell'Unione europea.

Il regolamento, ai sensi dell'art. 41, entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, ma spetta alla Commissione, a norma dell'art. 35, fissare la data di avvio dell'inserimento dei dati nel sistema ECRIS-TCN da parte di ciascuno Stato membro, che coinciderà, dunque, con l'effettiva entrata in funzione del nuovo meccanismo centralizzato.

Invero, la circolazione, a livello sovranazionale, delle informazioni estratte dal casellario giudiziale trova già una compiuta disciplina all'interno delle decisioni quadro 2009/315/GAI e 2009/316/GAI, quest'ultima istitutiva di ECRIS, definito «un sistema informatico decentrato basato sulle banche dati dei casellari giudiziali di ciascuno Stato membro» (sul tema, v. G. DI PAOLO, *Il riconoscimento degli effetti della condanna straniera e lo scambio di dati*, in F. RUGGIERI (a cura di), *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 211 ss.).

Tale sistema consente agli Stati membri interessati di acquisire informazioni anche sulle condanne pronunciate nei confronti di cittadini di paesi terzi, senza però delineare un'apposita procedura in grado di agevolare le competenti autorità nella raccolta di dette informazioni (considerando n. 4). Se, infatti, in relazione ai cittadini "europei", la decisione quadro 2009/315/GAI attribuisce agli Stati membri specifici obblighi di comunicazione e trasmissione reciproca dei provvedimenti di condanna pronunciati sul proprio territorio nei confronti dei rispettivi cittadini, diversamente le informazioni concernenti i cittadini di paesi terzi sono conservate esclusivamente nei casellari nazionali degli Stati membri di condanna. Ne deriva, pertanto, che lo Stato richiedente, interessato a ricevere un quadro completo sui trascorsi penali di un determinato soggetto, è tenuto a rivolgersi a tutti gli altri Stati membri (si parla, a tal proposito, di richieste c.d. "generalizzate").

È dunque evidente che una siffatta procedura, peraltro estremamente complessa e onerosa per le parti coinvolte, rappresenti un significativo ostacolo alla proficua cooperazione tra i vari Stati e comporti altresì il rischio di diffusione di informazioni incomplete e insufficienti (considerando n. 6).

Da qui sorge, pertanto, l'esigenza – per la verità già avvertita nel programma di Stoccolma in materia di libertà, sicurezza e giustizia e nel relativo Piano di azione adottato dalla Commissione nel 2010 – di creare un sistema che favorisca «uno scambio rapido ed efficace di informazioni esatte estratte dal casellario giudiziale relative ai cittadini di paesi terzi» (considerando n. 41).

Nel perseguimento di tale obiettivo, il regolamento traccia anzitutto i propri confini operativi, precisando che le norme dell'articolato si applicano al trattamento delle informazioni relative sia ai cittadini di paesi terzi, inclusi apolidi e persone di ignota cittadinanza, condannati da una giurisdizione penale dell'Unione, sia ai cittadini dell'Unione europea in possesso anche della cittadinanza di un paese terzo, che abbiano riportato una condanna negli Stati membri (art. 2).

L'estensione dell'ambito di applicazione del regolamento anche a quest'ultima categoria di soggetti pare del tutto coerente con l'intento di raggiungere il più elevato livello di completezza possibile delle informazioni destinate a circolare nello spazio europeo.

Deve, tuttavia, osservarsi che l'inserimento dei dati in ECRIS-TCN è funzionale esclusivamente all'individuazione degli Stati membri in possesso di informazioni sul casellario giudiziale dei soggetti poc'anzi indicati, in ossequio al principio di proporzionalità, che, come noto, si impone quale canone d'azione dell'Unione europea (art. 5 TUE). Per conoscere, nello specifico, i precedenti giudiziari di una determinata persona, l'autorità competente dovrà, in ogni caso, utilizzare il sistema ECRIS, allo scopo di ottenere tali informazioni dallo Stato membro che le possiede.

Dopo alcune disposizioni di carattere definitorio (artt. 3-4) – tra le quali spicca per rilevanza quella che fornisce la nozione di «condanna», intesa quale «decisione definitiva di una giurisdizione penale nei confronti di una persona fisica in relazione a un reato, nella misura in cui tale decisione sia riportata nel casellario giudiziale dello Stato membro di condanna» (art. 3 n. 1) – sono illustrate nel dettaglio le informazioni oggetto di inserimento nel *software* di interfaccia (ECRIS-TCN), tramite richiesta da compiersi in conformità dell'apposito formulario *standard* allegato al regolamento.

Più nel dettaglio, l'art. 5 prevede, in primo luogo, la registrazione dei dati alfanumerici, operando una distinzione tra «informazioni obbligatorie» (da includere necessariamente, salvo che siano sconosciute allo Stato membro di condanna), «informazioni facoltative» (da iscrivere se inserite nel casellario giudiziale nazionale) e «informazioni supplementari» (da trasmettere se sono a disposizione dell'autorità centrale).

In sintesi, è opportuno segnalare che all'interno della prima categoria (informazioni obbligatorie) rientrano quelle relative all'identificazione del soggetto condannato (nome e cognome, data e luogo di nascita, cittadinanza, sesso, eventuali nomi precedenti), nonché il codice dello Stato membro che ha pronunciato la condanna; al secondo gruppo (informazioni facoltative) appartengono quelle concernenti i nomi dei genitori della persona condannata. Le informazioni supplementari includono, invece, il numero di identità, o tipo e numero del documento di identificazione dell'interessato, la denominazione dell'autorità di rilascio, nonché gli eventuali pseudonimi o *alias* posseduti dalla persona oggetto di richiesta.

All'interno dei registri informatici, che gli Stati membri sono tenuti a creare «automaticamente e senza ingiustificato ritardo dopo l'iscrizione della condanna nel casellario giudiziale» (art. 5 § 4), dovrebbero collocarsi anche i dati relativi alle impronte digitali, rilevati conformemente al diritto nazionale nel corso di procedimenti penali ovvero in base a criteri minimi (se il cittadino di paese terzo è stato condannato a una pena detentiva di almeno sei mesi o per un reato punibile con una pena detentiva della durata massima di almeno sei mesi), nonché le immagini del volto del soggetto da identificare (art. 6).

Con particolare riguardo all'inserimento nel sistema centrale delle immagini digitalizzate del volto, il regolamento stabilisce che queste possano essere utilizzate, in un primo momento, unicamente per confermare l'identità del cittadino di un paese terzo, non escludendo la possibilità, in futuro, di ricorrere ai dati biometrici, quale metodo specifico per identificare cittadini sprovvisti di documenti o di altro mezzo idoneo alla identificazione (considerando n. 25). La decisione di integrare le disposizioni concernenti l'uso delle immagini del volto viene rimessa alla valutazione della Commissione, la quale, in sede di adozione degli atti delegati, dovrà tener conto della concreta disponibilità degli strumenti tecnici e degli sviluppi tecnologici nel settore del *software* di riconoscimento facciale (art. 6 § 2).

Il regolamento si occupa poi di disciplinare le condizioni di utilizzo di ECRIS-TCN, non solo da parte delle autorità centrali designate da ciascuno Stato membro, ma anche da parte dell'Agazia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust), disciplinata dal regolamento (UE) 2018/1727 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'Agazia dell'Unione europea per la cooperazione nell'attività di contrasto (Europol), istituita dal regolamento (UE) 2016/794 del Parlamento europeo e del Consiglio, e dell'Ufficio del pubblico ministero europeo (EPPO), istituito dal regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio (art. 7). Le agenzie dell'UE possono, infatti, accedere al sistema centralizzato e, in caso di riscontro positivo, contattano le autorità nazionali degli Stati membri che risultino in possesso delle informazioni sui casellari giudiziali da loro richieste (art. 14 § 4). Inoltre, l'art. 17 prevede che Eurojust abbia accesso diretto al registro europeo, al fine di agire da punto di contatto tra paesi terzi ed organizzazioni internazionali.

Pur essendo i suddetti organismi sovranazionali di cooperazione giudiziaria e investigativa legittimati a interrogare il *software* di interfaccia, al pari delle autorità centrali, è tuttavia loro preclusa la possibilità di inserire, rettificare o cancellare i dati ivi contenuti. Ai sensi dell'art. 9, l'introduzione, la modifica o cancellazione dei dati registrati è infatti di esclusiva competenza degli Stati membri.

A tal proposito, si richiede che ad ogni correzione delle informazioni nei casellari giudiziali nazionali ne corrisponda un'altra di identico contenuto a livello centralizzato.

La circostanza che le vicende del casellario europeo seguano le sorti di quello nazionale si evince anche dall'art. 8, ove si stabilisce che ciascuna registrazione permanga nel sistema centrale, finché risulti iscritta nel casellario giudiziale "interno", con automatica cancellazione alla scadenza del periodo di conservazione.

In caso di presunta inesattezza o illiceità dei dati inseriti, lo Stato membro che ha provveduto alla loro registrazione è tenuto ad avviare immediatamente una procedura volta a verificare l'esattezza o la liceità dei dati in questione ovvero, se necessario, provvedere alla rettifica o cancellazione dei medesimi senza ingiustificato ritardo (art. 9 § 3).

Per ciò che attiene alle finalità dell'utilizzo di ECRIS-TCN, si è già anticipato che l'interrogazione del sistema assolve principalmente alla funzione di individuazione degli Stati membri in possesso di informazioni sui precedenti penali di cittadini di Stati terzi, ma può servire anche per ulteriori fini specifici, espressamente elencati all'art. 7, tra cui: permettere a una persona, su sua richiesta, di verificare il proprio casellario giudiziale; rilasciare nulla osta di sicurezza; ottenere una licenza o un permesso; effettuare indagini di sicurezza a fini occupazionali; effettuare indagini di sicurezza in vista di attività di volontariato, che prevedono contatti diretti e regolari con minori o persone vulnerabili; espletare procedure in materia di visti, acquisizione della cittadinanza e migrazione, comprese quelle di asilo; effettuare controlli in relazione ad appalti pubblici e concorsi pubblici.

In tali ipotesi, l'autorità responsabile della conduzione del procedimento penale può, tuttavia, esprimersi nel senso della non adeguatezza dell'uso di ECRIS-TCN rispetto alle circostanze del caso concreto (art. 7 § 2). Ciò accade, ad esempio, qualora si tratti della richiesta di informazioni relative a reati e violazioni di minore gravità, specialmente in materia di circolazione stradale o di ordine pubblico (considerando n. 18).

Diversamente, si ritiene che debba farsi sempre ricorso al sistema centrale nel caso in cui la richiesta provenga direttamente dalla persona interessata o quando è presentata per ottenere informazioni sui casellari giudiziali conformemente alla Direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, in tema di abuso e sfruttamento sessuale dei minori e pornografia minorile (considerando n. 20).

Il regolamento contempla, invero, la possibilità per gli Stati membri di fare uso di ECRIS-TCN anche per fini diversi da quelli poc'anzi richiamati (art. 7 § 1), purché tali fini ed eventuali modifiche siano notificati alla Commissione, in vista della successiva pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, entro trenta giorni della ricezione della notifica, a garanzia di una maggior trasparenza delle modalità di utilizzo del sistema centralizzato.

Sotto un profilo meramente tecnico, l'art. 11 individua, quale responsabile della definizione della progettazione fisica, dello sviluppo e dell'attuazione di ECRIS-TCN, l'Agazia dell'Unione europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (eu-LISA), le cui attribuzioni sono disciplinate dal regolamento (UE) 2018/1726 del 14 novembre 2018, in parte modificato dall'atto normativo in esame (art. 40). A tale scopo, il Consiglio di amministrazione di eu-

LISA istituisce un consiglio di gestione del programma composto di dieci membri, dotati di competenze specifiche (art. 11 § 5).

Oltre alle funzioni strettamente connesse alla fase di progettazione e sviluppo del sistema centrale, eu-LISA viene investita altresì del compito di monitorare e valutare il funzionamento tecnico di ECRIS-TCN, nonché di presentare relazioni al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione (art. 36). Inoltre, è previsto che l'agenzia effettui controlli periodici di qualità sui dati conservati nel sistema e riferisca i relativi risultati agli Stati membri (art. 11 § 13).

Alcune disposizioni sono riservate alla ripartizione di responsabilità tra gli Stati membri (art. 12), Eurojust, Europol, EPPO (art. 16) ed eu-LISA (art. 19), per ciò che concerne la gestione e le modalità di accesso a ECRIS-TCN, nonché l'adozione di adeguate misure che consentano la protezione e la sicurezza dei dati inseriti nella piattaforma digitale. In tema di responsabilità, occorre soffermarsi, in particolare, sulla norma di cui all'art. 20, che attribuisce alle persone interessate e agli Stati membri il diritto di chiedere il risarcimento del danno – materiale o non materiale – derivante dal trattamento illecito di dati o da qualsiasi atto adottato in violazione del regolamento in analisi. Al tal riguardo, l'azione risarcitoria può essere promossa contro lo Stato membro responsabile ovvero contro eu-LISA, nel caso in cui questa non abbia adempiuto agli obblighi prescritti dal regolamento.

Un'ampia parte del regolamento (artt. 23-31) è dedicata alla disciplina della protezione dei dati personali, dove si ribadisce che il trattamento dei dati inseriti nel sistema centrale avviene al solo fine di individuare gli Stati membri in possesso di informazioni sui casellari giudiziali relativi a cittadini di paesi terzi e si sottolinea che l'accesso a ECRIS-TCN è riservato unicamente al personale debitamente autorizzato dalle autorità centrali (art. 24).

Una specifica disciplina è poi dettata a tutela dei diritti dei cittadini di paesi terzi, ai quali è riconosciuta la facoltà di avanzare, direttamente all'autorità centrale di ogni Stato membro, richieste relative all'accesso ai dati personali, alla modifica o cancellazione degli stessi, nonché al diritto di ottenere una limitazione del trattamento (art. 25).

Il rispetto e l'effettiva attuazione di tali diritti sono garantiti dallo svolgimento di attività di cooperazione e coordinamento, non solo tra le autorità centrali competenti, ma anche e soprattutto tra le autorità nazionali di controllo e il Garante europeo della protezione dei dati (artt. 26-30). Un ulteriore strumento di tutela, attivabile in caso di lesione dei diritti di cui all'art. 25, è rappresentato dalla possibilità di presentare un reclamo o di instaurare un giudizio nello Stato membro di condanna, al fine di ottenere l'accesso ovvero la modifica o cancellazione dei dati che riguardano la persona interessata (art. 27).

L'ultimo capitolo del regolamento contiene alcune disposizioni finali, tra cui quelle relative: alle spese da sostenere per l'istituzione e il funzionamento di ECRIS-TCN (art. 33); all'entrata in funzione del sistema centrale (art. 35) e all'entrata in vigore del regolamento (art. 42); alle funzioni di monitoraggio e valutazione di eu-LISA (art. 36); all'esercizio del potere di adottare atti delegati conferito alla Commissione (art. 37), nonché alle modifiche apportate al regolamento (UE) 2018/1726 (art. 40), limitatamente alle funzioni di eu-LISA connesse alla gestione del nuovo sistema centrale.

L'art. 41 invita, infine, gli Stati membri ad attivarsi, quanto prima possibile, nell'adozione delle misure necessarie per garantire il corretto funzionamento di ECRIS-TCN, conformemente alle indicazioni fornite dal regolamento.

I regolamenti (UE) 2019/817 e 2019/818: l'interoperabilità tra sistemi di informazione dell'UE, nel settore delle frontiere e dei visti, nonché in quello della cooperazione di polizia e giudiziaria, asilo e migrazione.

I regolamenti (UE) 2019/817 e 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio, entrambi del 20 maggio 2019 (in G.U.U.E., 22 maggio 2019, L 135/27 e L 135/85) e destinati a entrare in vigore decorsi venti giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, istituiscono un quadro per l'interoperabilità (ossia l'interazione reciproca) tra i sistemi di informazione dell'UE, rispettivamente, nel settore delle frontiere e dei visti, e in quello della cooperazione di polizia e giudiziaria, asilo e migrazione.

Considerata l'uniformità della struttura e la sostanziale omogeneità dei contenuti – ad eccezione dei rispettivi settori di applicazione appena sopra indicati (art. 3) e delle disposizioni relative alle modifiche di altri strumenti dell'Unione (capo IX) – pare utile procedere a una trattazione unitaria di questi due regolamenti, prestando particolare attenzione alle novità di maggior rilievo, che implicano un significa-

tivo mutamento nel panorama sovranazionale, specialmente nell'ambito delle operazioni di trattamento dei dati personali e dell'identificazione delle persone fisiche.

Preme, anzitutto, rilevare che l'obiettivo, perseguito da entrambi i regolamenti, di garantire l'interoperabilità tra i sistemi di informazione e le banche dati dell'Unione europea, relative alla sicurezza, alle frontiere e alla gestione della migrazione, si pone in perfetta linea con le precedenti comunicazioni, risoluzioni e conclusioni che già avevano sollecitato un intervento in tal senso (considerando nn. 1-8), in vista di molteplici finalità.

In particolare, l'interazione reciproca tra i sistemi di informazione dell'Unione europea dovrebbe essere realizzata al fine di migliorare l'efficacia e l'efficienza dei controlli alle frontiere esterne; contribuire a prevenire e contrastare l'immigrazione illegale e assicurare un elevato livello di sicurezza sul territorio degli Stati membri; migliorare l'attuazione della politica comune in materia di visti; fornire assistenza nell'esame delle domande di protezione internazionale; contribuire alla prevenzione, all'accertamento e all'indagine di reati di terrorismo o altri gravi reati, nonché facilitare l'identificazione di persone ignote, che non sono in grado di dimostrare la propria identità, o resti umani non identificati nel caso di una catastrofe naturale, incidente o attentato terroristico (art. 2).

Dopo aver illustrato nel dettaglio le ragioni per cui si rende necessaria l'interoperabilità tra i sistemi di informazione, le norme forniscono una puntuale descrizione delle modalità da impiegare in vista della realizzazione degli obiettivi sopra richiamati. Si segnala, a titolo esemplificativo, la necessità di garantire la corretta identificazione delle persone, di contribuire a combattere la frode di identità, di migliorare la qualità dei dati e armonizzare le condizioni di sicurezza e protezione dei medesimi.

La reciproca interazione, voluta dai regolamenti "gemelli" e finalizzata ad agevolare la raccolta e lo scambio di informazioni tra Stati membri, coinvolge il sistema di ingressi e uscite (EES), il sistema di informazione visti (VIS), il sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS), l'Eurodac, il sistema d'informazione Schengen (SIS) e il sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari di cittadini di paesi terzi (ECRIS-TCN), neoistituito dal regolamento (UE) 2019/816, sopra esaminato.

La possibilità che tali sistemi di informazione interagiscano tra loro presuppone l'elaborazione di quelle che vengono definite «componenti dell'interoperabilità» (art. 1 § 2), in grado di delineare un nuovo e migliore approccio ai dati relativi alle frontiere, alla sicurezza interna dell'Unione e alla migrazione, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali e dei principi dell'UE.

Si tratta, nello specifico, dell'istituzione di un portale di ricerca europeo (ESP), di un servizio comune di confronto biometrico (BMS comune), di un archivio comune di dati di identità (CIR) e di un rilevatore di identità multiple (MID), di cui si dirà meglio oltre.

È previsto, altresì, che dette componenti includano anche i dati di Europol, ma soltanto per consentire la loro consultazione simultaneamente a quella degli altri sistemi di informazione (considerando n. 11).

Prima di fissare la disciplina delle singole componenti dell'interoperabilità, i regolamenti contemplano, all'art. 5, la clausola di non discriminazione, all'interno della quale trova spazio una specifica tutela riservata ai minori, alle persone anziane, con disabilità o bisognose di protezione internazionale. Con riguardo alla categoria dei soggetti di minore età, si sottolinea la preminenza del *best interest of the child*, principio ribadito dalla recente direttiva (UE) 2016/800 del Parlamento europeo e del Consiglio sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali (per un commento, v. L. CAMALDO, *Garanzie europee per i minori autori di reato nel procedimento penale: la direttiva 2016/800/UE in relazione alla normativa nazionale*, in *Cass. pen.*, 2016, n. 12, p. 4572 ss.).

Venendo ora all'esame delle componenti destinate alla reciproca interazione, i regolamenti disciplinano, in primo luogo, il portale di ricerca europeo (ESP): si tratta di uno strumento che dovrebbe fungere da interfaccia unica o da mediatore di messaggi (*message broker*), in grado di consentire l'interrogazione parallela di tutti i sistemi di informazione dell'UE, dei dati Europol e delle banche dati Interpol, da parte degli Stati membri e delle agenzie dell'Unione, che abbiano accesso ad almeno uno dei sistemi di informazione dell'Unione (artt. 6 e 7). In conformità con le garanzie di riservatezza, le risposte fornite da ESP si riferiscono peraltro unicamente ai dati a cui l'utente abbia accesso secondo il diritto dell'Unione e nazionale (art. 9 § 6).

È poi previsto il servizio comune di confronto biometrico (BMS comune), un sistema automatizzato di identificazione dattiloscopica, istituito allo scopo di agevolare l'identificazione di una persona regi-

strata in diverse banche dati, ricorrendo all'utilizzo di una sola componente tecnologica per far corrispondere i dati biometrici di quella persona contenuti in altri sistemi. La facilitazione del confronto trasversale è resa possibile dal fatto che il BMS riunisce e conserva tutti i *template* biometrici, separati per logica in base al sistema di informazione di provenienza, in un unico luogo (considerando n. 18).

Da ultimo, si precisa che il trattamento dei dati biometrici, in quanto appartenenti alla categoria dei dati sensibili, deve essere orientato esclusivamente a identificare in modo univoco le persone interessate (considerando n. 20).

Per ciò che attiene all'archivio comune di dati di identità (CIR), esso si presenta come un contenitore comune di dati personali, compresi i dati di identità, quelli del documento di viaggio e i dati biometrici, che, operando in veste di infrastruttura centrale, consente di svolgere un'accurata verifica di identità, attraverso il confronto e l'abbinamento automatizzato dei dati già conservati separatamente nei singoli sistemi di informazione di provenienza (EES, VIS, ETIAS, Eurodac, ECRIS-TCN). Al fine di perfezionare le tecniche di identificazione e contrastare la frode di identità, è altresì opportuna la creazione di un fascicolo individuale, nel quale far confluire le informazioni relative alle identità connesse a una determinata persona, in modo tale che siano accessibili agli utenti debitamente autorizzati da ciascuno Stato membro.

A norma dell'art. 22, la consultazione dell'archivio comune è consentita qualora sussistano fondati motivi per ritenere che l'accesso ai sistemi di informazione sottostanti possa contribuire alla prevenzione, all'accertamento o all'indagine di reati di terrorismo o di altri gravi reati. In particolare, la norma in esame considera l'ipotesi in cui vi sia il sospetto che i dati dell'autore presunto o effettivo oppure della vittima di reato siano conservati nell'EES, nel VIS o nell'ETIAS.

Il CIR può essere, inoltre, oggetto di interrogazione da parte di un'autorità di polizia, in presenza di casi tassativamente individuati dall'art. 20: ad esempio, se sussistono dubbi sull'autenticità dei dati forniti da una persona o se questa si rifiuta di cooperare con le forze di polizia.

Il rilevatore di identità multiple (MID) si configura, invece, quale infrastruttura centrale e di comunicazione, deputata alla creazione e alla conservazione di collegamenti tra i dati sulle persone fisiche presenti nei vari sistemi d'informazione dell'UE (art. 25).

I dati oggetto di collegamento dovrebbero limitarsi a quelli necessari per verificare se l'interessato è registrato in maniera giustificata o ingiustificata e con identità diverse in sistemi differenti, ovvero per chiarire che due persone aventi identità simili possono non essere la stessa persona.

Al fine di agevolare le verifiche di identità per i viaggiatori in buona fede, si rende inoltre indispensabile la dotazione di misure volte a salvaguardare le persone con identità multiple lecite (considerando n. 39).

A seguito del riscontro positivo dell'interrogazione del sistema, la verifica manuale delle identità diverse compete all'autorità responsabile che ha creato o aggiornato i dati dai quali è emersa una corrispondenza (art. 29). A garanzia di una maggior trasparenza delle operazioni, si esige che l'accertamento in parola abbia luogo, se possibile, in presenza della persona interessata, alla quale è riconosciuta la facoltà, in tale sede, di fornire spiegazioni all'autorità responsabile (art. 29 § 4).

Una peculiare disciplina è dettata con riferimento ai collegamenti ottenuti attraverso il SIS, relativamente alle segnalazioni di persone ricercate per l'arresto ai fini di consegna o di estradizione, di persone scomparse o vulnerabili, di persone ricercate per partecipare a un procedimento giudiziario o da sottoporre a controlli. In tali ipotesi, si dispone infatti che l'autorità responsabile della verifica manuale delle diverse identità debba essere l'ufficio SIRENE dello Stato membro che ha generato la segnalazione. Trattandosi di segnalazioni sensibili, i risultati ottenuti dai collegamenti non dovrebbero peraltro essere condivisi con le autorità che inseriscono o aggiornano i dati ad esse collegati in uno degli altri sistemi di informazione dell'Unione (considerando n. 44).

Le successive disposizioni operano una classificazione dei collegamenti che possono instaurarsi tra i dati di due o più sistemi di informazione dell'UE, distinguendo, in particolare, tra collegamento giallo (art. 30), verde (art. 31), rosso (art. 32) e bianco (art. 33), a seconda del livello di intensità di corrispondenza delle informazioni registrate, e descrivendo i distinti casi riconducibili all'una piuttosto che all'altra tipologia di connessione.

Volendo, per esigenze di semplificazione, circoscrivere l'analisi all'ipotesi di collegamento rosso, basti qui sottolineare che esso indica l'esistenza di una persona che utilizza identità diverse in modo ingiustificato o si avvale dell'identità di un'altra persona. Tale tipo di collegamento consente l'interro-

gazione del MID alle autorità degli Stati membri e alle agenzie dell'Unione che hanno accesso ad almeno un sistema di informazione incluso nel CIR o nel SIS (considerando 46). Come si evince dall'art. 32, le persone oggetto di collegamento rosso dovrebbero ricevere informazione per iscritto, diretta a individuare l'autorità cui rivolgersi per l'esercizio dei loro diritti. Detta garanzia informativa è tuttavia destinata a soccombere a fronte delle esigenze di protezione della sicurezza e dell'ordine pubblico e di prevenzione della criminalità, ovvero a fronte del rischio di compromissione delle indagini in corso (art. 32 § 4).

In relazione ai profili strettamente tecnici, viene affidato all'Agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (eu-LISA) il compito di istituire meccanismi automatizzati di controllo della qualità dei dati e di elaborare indicatori comuni, che includano norme minime di qualità per la conservazione dei dati all'interno dei sistemi di informazione dell'UE o delle componenti dell'interoperabilità.

Le norme di qualità dovrebbero permettere l'individuazione automatica dei dati palesemente errati o incoerenti e, di conseguenza, l'attivazione di una procedura di correzione. Compete a eu-LISA, inoltre, il monitoraggio periodico della qualità dei dati e la stesura di relazioni, da sottoporre alla valutazione della Commissione (art. 37).

L'art. 38 affronta poi la disciplina del formato universale dei messaggi (UMF), che funge da standard comunicativo per lo scambio transfrontaliero di dati tra i sistemi di informazione, le autorità o le organizzazioni del settore Giustizia e affari interni. Come può leggersi nel considerando n. 50, è previsto che, per le informazioni oggetto di scambio abituale, l'UMF dovrebbe definire un lessico comune e strutture logiche che favoriscano l'interoperabilità tra i vari sistemi di informazione.

I regolamenti di recente approvazione istituiscono, inoltre, l'archivio centrale di relazioni e statistiche (CRRS), finalizzato a produrre dati statistici intersistemici e relazioni analitiche a scopi strategici, operativi e di qualità dei dati, nonché a sostenere gli obiettivi dell'EES, del VIS, dell'ETIAS e del SIS, in conformità degli strumenti giuridici rispettivamente applicabili a tali sistemi (art. 39 e considerando n. 52).

Una cospicua parte dei due regolamenti in esame (artt. 40-53) è riservata alla protezione dei dati oggetto di trattamento ad opera delle componenti di interoperabilità. Apposite norme sono dettate in tema di responsabilità e sanzioni applicabili in caso di inosservanza delle disposizioni da parte degli Stati membri e delle agenzie dell'UE. Si stabilisce, inoltre, che le autorità di controllo, previste dal regolamento (UE) 2016/679 o dalla direttiva (UE) 2016/680, verifichino la legittimità del trattamento dei dati personali da parte degli Stati membri, anche in collaborazione con il Garante europeo della protezione dei dati, che è dotato di specifiche funzioni di sorveglianza (artt. 51, 52 e 53).

Sempre nell'ottica di garantire una sicura trasmissione dei dati personali, si auspica la cooperazione tra gli Stati membri ed eu-LISA, in sede di adozione di piani di sicurezza e di misure necessarie alla salvaguardia degli interessi di sicurezza sovranazionali. In particolare, eu-LISA si adopera affinché sia garantita la protezione fisica dei dati, mediante l'elaborazione di piani d'emergenza per la tutela delle infrastrutture critiche, e affinché venga impedito l'utilizzo illecito dei dati, nonché l'accesso di persone non autorizzate alle strutture utilizzate per il trattamento dei dati medesimi (art. 42 § 3).

A tutela dei diritti del singolo, l'art. 48 definisce le modalità di accesso, rettifica e cancellazione dei dati personali conservati nel MID, su richiesta della persona interessata, precisando che lo Stato membro debba rispondere senza indebito ritardo e, in ogni caso, entro 45 giorni dalla ricezione, prorogabili per ulteriori 15 giorni, tenuto conto della complessità e del numero delle richieste pervenute. Qualora la richiesta sia stata inoltrata a uno Stato membro diverso da quello competente per la verifica manuale delle identità, lo Stato, a cui è presentata la domanda, deve contattare entro 7 giorni l'autorità competente, la quale, a sua volta, è chiamata a verificare l'esattezza dei dati e la liceità del loro trattamento entro i 30 giorni successivi (art. 48 § 3).

Sotto il profilo delle responsabilità, i nuovi regolamenti distinguono la responsabilità di eu-LISA nella fase preliminare di progettazione e sviluppo (art. 54) e in quella successiva all'entrata in funzione di ciascuna componente dell'interoperabilità (art. 55) – che, com'è noto, verrà determinata dalla Commissione mediante atto di esecuzione – da quella degli Stati membri (art. 56) e, in limitate ipotesi, dell'unità centrale ETIAS.

In aggiunta a tali soggetti, il regolamento (UE) 2019/818, che è destinato ad applicarsi, tra l'altro, anche nel settore di cooperazione di polizia, pone a carico di Europol la responsabilità per la gestione e le

modalità d'uso e di accesso all'ESP e al CIR da parte del suo personale debitamente autorizzato, nonché per la creazione e l'aggiornamento periodico di un elenco di tale personale con indicazione delle relative qualifiche (art. 57 § 2).

Tralasciando l'esame delle norme relative alle modifiche degli altri strumenti dell'Unione (capo IX) e le consuete disposizioni finali (capo X), pare opportuno richiamare, per concludere, la valutazione contenuta nel considerando n. 41, ove si afferma che le nuove modalità di trattamento dei dati personali, funzionali alla corretta individuazione delle persone interessate, costituiscono indubbiamente un'ingerenza nei loro diritti fondamentali, tutelati dagli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tuttavia, a tale presa di coscienza da parte del legislatore europeo, si accompagna la considerazione che una siffatta intrusione nell'altrui sfera di riservatezza appare del tutto giustificata alla luce dei preminenti obiettivi di gestione delle frontiere, di sicurezza interna dell'Unione e di efficace attuazione delle politiche europee in materia di asilo, migrazione e visti, che hanno animato l'introduzione di rinnovati meccanismi di scambio di informazioni sensibili a livello sovranazionale.

DE JURE CONDENDO

di Nicola Triggiani

NUOVE MISURE A TUTELA DEI TESTIMONI (E DEI COLLABORATORI) DI GIUSTIZIA

In data 24 giugno 2019 è stata assegnata alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati la proposta di legge C. 1740, recante: “*Modifiche e integrazioni della disciplina concernente i testimoni di giustizia*”, promossa dagli on. Piera Aiello ed altri.

Il legislatore, com'è noto, dopo un'attesa durata molti anni, con la l. 11 gennaio 2018, n. 6 ha finalmente varato una disciplina dei testimoni di giustizia autonoma rispetto a quella dei collaboratori di giustizia, mentre originariamente le due figure trovavano unitaria collocazione e regolamentazione nel d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, conv. con modif. dalla l. 15 marzo 1991, n. 82. Tale intervento ha rappresentato sicuramente un significativo passo avanti, ma non ha risolto tutte le criticità.

La proposta di legge in esame – che vede come primo firmatario proprio un testimone di giustizia – si propone di correggere alcuni aspetti lacunosi della normativa in materia, al fine di dare una più ampia tutela – come si legge nella *Relazione di accompagnamento* – “a persone che scelgono di rinunciare spesso a tutto per dare il proprio contributo di cittadini onesti all'intera comunità”. Va sottolineato, peraltro, che alcune misure (al di là del titolo della legge) sono previste anche in favore dei collaboratori di giustizia.

Tre i settori di intervento: la disciplina vigente sui testimoni di giustizia, dettata dalle l. n. 6 del 2018 e n. 82 del 1991 (capo I, artt. 1-8); la disciplina fallimentare *ex r.d.* 16 marzo 1942, n. 267 (capo II, art. 9); la disciplina delle notificazioni contenuta nel codice di procedura penale e nel codice di procedura civile (capo III, artt. 10-12).

L'art. 1 p.d.l., interpolando il comma 2-*ter* dell'art. 10 d.l. n. 8 del 1991, conv. con modif. dalla l. n. 82 del 1991, mira a garantire ai testimoni di giustizia e agli altri protetti sottoposti alle misure speciali o al programma definitivo di protezione la possibilità di chiedere copia degli atti e dei provvedimenti della Commissione centrale di protezione che li riguardano, mentre attualmente la documentazione delle decisioni prese dalla Commissione ha la classifica di segretezza. Si prevede inoltre che qualsiasi decisione o comunicazione della Commissione o del Servizio centrale di protezione debba essere notificata in forma scritta, rilasciando all'interessato copia controfirmata dal personale del medesimo Servizio: attualmente, invece, le decisioni spesso non vengono comunicate per iscritto, né viene rilasciata copia all'interessato. Altra novità è la previsione che una copia delle relazioni degli psicologi incaricati dal Servizio centrale di protezione o dalla Commissione debba essere rilasciata, su richiesta, agli interessati. Le ultime due previsioni sono applicabili anche ai collaboratori di giustizia.

L'art. 2 p.d.l. prevede nuove misure volte al reinserimento sociale e lavorativo dei testimoni di giustizia e in favore degli studi dei loro figli. In dettaglio, interpolando l'art. 7, comma 1, lett. g, l. n. 6 del 2018, si prevede l'utilizzo della capitalizzazione sia per intraprendere un'attività lavorativa – in alternativa all'assunzione obbligatoria presso una pubblica amministrazione – sia per acquistare un'abitazione.

Con l'aggiunta del comma *i-bis* al sopracitato art. 7 si prevede che ai figli dei testimoni di giustizia (ma anche a quelli dei collaboratori di giustizia) debba essere garantito il diritto allo studio, fino al conseguimento della laurea, compreso il diritto ad un alloggio e ad un contributo per il mantenimento (corrisposto mensilmente per l'intera durata del percorso di studi) qualora l'ateneo sia ubicato in un luogo diverso dal domicilio dello studente, nonché l'esenzione dal pagamento delle tasse universitarie e il prestito gratuito dei libri di testo. Benefici concessi a condizione che lo studente sostenga annualmente almeno il 50% degli esami previsti dal piano di studi e che in ogni caso decadono al sesto anno dalla data d'iscrizione all'università. Questa previsione – come si legge nella *Relazione di accompagnamento* – tiene conto del fatto che i figli dei testimoni e dei collaboratori di giustizia “sono i soggetti che soffrono di più per le scelte fatte dai genitori”, sicché appare “doveroso che lo Stato aiuti economicamente tali ‘vittime’ indifese per garantire loro un futuro migliore”.

Attraverso l'aggiunta del comma *i-ter* al medesimo art. 7 si dispone, poi, che, in caso di perdita, per motivi legati alla sicurezza, della capacità contributiva previdenziale, ai testimoni di giustizia (o agli altri protetti inseriti nel medesimo programma di protezione) dal momento di applicazione del programma (o delle speciali misure) di protezione devono essere versati i contributi effettivi fino al riacquisto della capacità contributiva.

L'art. 3 p.d.l., rubricato "Misure di sostegno economico", modificando l'art. 6, comma 1, lett. c), l. n. 6 del 2018, prevede che l'alloggio durante il periodo del programma di protezione possa anche essere individuato dal testimone di giustizia – entro l'ambito del *budget* di spesa previsto – mentre attualmente l'unità abitativa è scelta discrezionalmente dal Servizio centrale di protezione.

L'art. 4 p.d.l., integrando l'art. 5, comma 1, l. n. 6 del 2018 con le lett. *h-bis*, *h-ter* e *h-quater*, prevede nuove misure di tutela per il testimone di giustizia: la possibilità, successivamente al cambio di generalità, di chiedere di riacquistare, in qualsiasi momento, le generalità originarie; l'aggiornamento continuo, da parte del Servizio centrale di protezione, dei documenti d'identità, ove custoditi dallo stesso; nonché una serie di garanzie per il testimone di giustizia uscito dal programma di protezione, qualora ne faccia richiesta (accompagnamento e scorta da parte del personale di pubblica sicurezza per recarsi in tribunale, anche in casi diversi da quelli relativi a fatti da lui denunciati; accompagnamento e scorta da parte del personale di pubblica sicurezza per recarsi nella località d'origine per brevi periodi; mantenimento della residenza presso il polo fittizio; videosorveglianza presso la propria dimora). Tali ultime misure vogliono rimediare al senso di solitudine e abbandono da parte dello Stato che oggi il testimone di giustizia spesso avverte quando esce dal programma di protezione.

Le disposizioni contenute nell'art. 7 l. n. 6 del 2018 (come modificate dalla proposta di legge in commento) ovvero le misure di reinserimento socio-lavorative a norma dell'art. 5 p.d.l. devono trovare applicazione anche ai soggetti sottoposti al medesimo programma di protezione del testimone di giustizia (parenti e conviventi), nel caso in cui gli stessi abbiano reso testimonianza nei pertinenti processi penali. In base alla disciplina vigente, invece, a tali soggetti non viene riconosciuto alcun beneficio; solo nel momento in cui rendono testimonianza e interviene un giudizio di condanna, essi hanno diritto ad una propria e indipendente tutela distinta da quella del testimone di giustizia.

L'art. 6 p.d.l. prevede che il testimone di giustizia – al momento dell'ingresso nel programma di protezione – abbia diritto alla sospensione speciale dei termini. Come illustrato nella *Relazione di accompagnamento*, la disposizione "mira a 'congelare' tutte le posizioni debitorie del testimone di giustizia nel periodo in cui è inserito nel programma di protezione": attualmente, infatti, allo stesso "non viene garantito il medesimo tenore di vita precedente e dunque, con il contributo che gli viene fornito, non può fare fronte agli impegni assunti in precedenza, con la conseguenza che spesso il testimone perde non solo gli affetti e la disponibilità dei suoi beni, ma anche le eventuali proprietà".

L'art. 7 p.d.l. interviene ad integrare il comma 1 dell'art. 7 l. n. 6 del 2018 con la previsione secondo la quale la data dell'audizione del testimone di giustizia presso la Commissione centrale di protezione deve essere notificata all'interessato entro quindici giorni dalla stessa, in modo da consentirgli di potersi organizzare al meglio, anche con la presenza di un proprio difensore, laddove attualmente la Commissione può chiedere l'audizione del testimone anche per il giorno seguente la notificazione.

L'art. 8 p.d.l. prevede l'inserimento del comma *4-bis* nell'art. 13 l. n. 6 del 2018 in tema di programma definitivo di protezione, secondo cui la diminuzione o la revoca della tutela economica o abitativa del testimone di giustizia, su decisione della Commissione centrale, deve avere effetto non prima di sei mesi dalla notificazione dei relativi atti al testimone, e comunque dopo l'effettiva liquidazione di tutte le somme a lui spettanti, qualora ne abbia diritto: ciò al fine di consentire al testimone di giustizia di avere il tempo necessario per affrontare la nuova situazione, sia alloggiativa che economica.

L'art. 9, che esaurisce il capo II p.d.l., con l'integrazione degli artt. 5 e 10 l. fall. mira ad evitare che gli imprenditori vittime di usura e di estorsione, che abbiano avuto il coraggio di denunciare, diventando testimoni di giustizia, possano essere dichiarati falliti, come spesso oggi accade in conseguenza della lunghezza dell'*iter* per poter accedere al Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive e dell'usura. Non può essere ritenuto insolvente l'imprenditore che, momentaneamente, a causa di usura o estorsione, non riesca a soddisfare i suoi creditori; a seguito dell'applicazione delle agevolazioni previste dalla l. 7 marzo 1996, n. 108 e della l. 23 febbraio 1999, n. 44, i creditori dell'imprenditore verranno comunque soddisfatti, sicché i loro diritti non verranno pregiudicati.

Quanto alle notificazioni, le modifiche proposte tendono a contemperare l'esigenza di tutelare l'incolumità dei testimoni con la necessità di una tempestiva consegna della corrispondenza a loro diretta. La disciplina attualmente vigente tutela la prima esigenza compromettendo pesantemente la seconda. Infatti, al testimone di giustizia che abbia accettato il programma di protezione viene assegnata una residenza presso un polo fittizio (caserme dei carabinieri o questure situate in regioni diverse da quella di residenza originaria): la corrispondenza – come è spiegato nella *Relazione illustrativa* – viene presa in consegna dalle autorità, recapitata al Servizio centrale di protezione di Roma e poi al Nucleo operativo di protezione di competenza della regione nella quale risiede il testimone e solo dopo tali passaggi viene consegnata al domicilio effettivo. Un *iter*, dunque, alquanto farraginoso che comporta di fatto numerosi disagi al testimone di giustizia, al quale la corrispondenza viene consegnata con grande ritardo, con la conseguenza, tra l'altro, di poter essere sanzionato amministrativamente e di non poter fare ricorso nei termini di legge. Gli artt. 10, 11 e 12 contenuti nel capo III della p.d.l. prevedono, rispettivamente, la modifica dell'art. 157 c.p.p., l'inserimento dell'art. 159-bis c.p.p., l'introduzione dell'art. 143-bis c.p.c. In particolare, per quanto concerne il processo penale, l'art. 10 prevede l'inserimento nell'art. 157 c.p.p. del comma 8-ter, che esclude l'applicabilità del comma 8 dell'articolo citato ai testimoni di giustizia e dispone che le notificazioni devono essere effettuate presso il Servizio centrale di protezione, che dovrà poi comunicare alle autorità l'avvenuta e l'effettiva data di notificazione dell'atto. Qualora, poi, sia nominato un difensore di fiducia, le successive notificazioni dovranno essere eseguite mediante consegna allo stesso, a meno che questi non intenda accettare la notificazione, nel qual caso dovrà dichiararlo all'autorità procedente al momento della prima notificazione, con la conseguenza che le notificazioni saranno eseguite tramite il servizio centrale di protezione. L'art. 11, con l'introduzione dell'art. 159-bis c.p.p., prevede che il decreto di irreperibilità non possa essere emesso nei confronti di un testimone di giustizia con residenza in un polo fittizio, a pena d'inefficacia dell'atto. Infine, l'art. 12 prevede l'inserimento di un nuovo art. 143-bis c.p.c. per agevolare le notificazioni degli atti giudiziari civili ai testimoni di giustizia ed ai parenti e conviventi sottoposti alle medesime misure di protezione.

DIVIETO DI PUBBLICARE NOME E IMMAGINE DEI MAGISTRATI

Il 24 marzo 2019 è stata assegnata alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati la p.d.l. C. 1268, recante “*Modifica all'articolo 114 del codice di procedura penale, concernente il divieto di pubblicazione del nome e dell'immagine dei magistrati*”, d'iniziativa degli onn. Ruggieri e Bartolozzi.

Com'è noto, le problematiche relative al rapporto tra processo penale e informazione sono particolarmente complesse, dal momento che il legislatore ha dovuto contemperare diversi valori costituzionali ontologicamente confliggenti: il diritto di cronaca, da un lato; la regolare amministrazione della giustizia, la presunzione di non colpevolezza e il diritto alla riservatezza, dall'altro. Ne è derivata la previsione, nell'art. 114 c.p.p., di molteplici divieti di pubblicazione di notizie, atti e immagini a tutela di interessi processuali ed extraprocessuali. Peraltro, emerge chiaramente un divario tra dato normativo e prassi quotidiana: a fronte di un'articolata e apparentemente rigida regolamentazione, risulta assai frequente la violazione dei divieti di pubblicazione di atti del procedimento penale posti a tutela del segreto investigativo ovvero di atti lesivi della riservatezza dell'indagato o di altri soggetti direttamente o indirettamente coinvolti nel procedimento, come nel caso della pubblicazione del contenuto di brani di intercettazioni telefoniche assolutamente irrilevanti ai fini processuali; senza dire della corrente divulgazione di foto o riprese video di soggetti in manette o sottoposti ad altri mezzi di coercizione fisica. D'altronde, l'entrata in vigore del d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 che conteneva modifiche – sia pure non risolutive – alla disciplina del segreto investigativo ex art. 329 c.p.p. e delle intercettazioni di comunicazioni, per tentare di scongiurare l'anticipata divulgazione, è stata più volte differita, da ultimo con l'art. 9, comma 2, d.l. 14 giugno 2019, n. 53, conv. con modif. dalla l. 8 agosto 2019, n. 77.

Su questo scenario vorrebbe incidere la proposta di legge in esame, che consta di due soli articoli e mira ad integrare (art. 1) l'art. 114 c.p.p. con l'aggiunta del comma 6-ter così formulato: “Sono vietate la pubblicazione e la diffusione a mezzo della stampa dei nomi e dell'immagine dei magistrati relativamente ai procedimenti penali loro affidati, fino alla prima udienza dibattimentale, ove prevista. Il divieto relativo alle immagini non si applica quando, ai fini dell'esercizio del diritto di cronaca, la rappresentazione dell'avvenimento non possa essere separata dall'immagine del magistrato”. Correlata a questa modifica è la previsione, contenuta nell'art. 2 p.d.l., rivolta ad interpolare l'art. 147 disp. att. c.p.p. in

tema di riprese audiovisive dei dibattimenti, con l'aggiunta alla fine del comma 1 della disposizione secondo la quale il nuovo comma 6-ter dell'art. 114 c.p.p. non sarebbe applicabile nell'ipotesi in cui, ai fini dell'esercizio del diritto di cronaca, il giudice, con il consenso delle parti, abbia autorizzato con ordinanza, in tutto in parte, la ripresa fotografica, fonografica o audiovisiva ovvero la trasmissione radiofonica o televisiva del dibattimento (purché non ne derivi pregiudizio al sereno e regolare svolgimento dell'udienza o alla decisione).

Sul presupposto che "le inchieste esordiscono fragorosamente sui mezzi di informazione e si concludono debolmente in tribunale, avendo nel frattempo danneggiato famiglie, imprese e semplici cittadini" – si legge nella *Relazione di accompagnamento* – la p.d.l. mira non solo a tutelare l'incolumità, la sicurezza e la serenità dei magistrati titolari dei procedimenti oggetto delle notizie di stampa – la maggior parte dei quali è peraltro aliena dal clamore della stampa –, ma anche a "scoraggiare tentazioni di protagonismo e relative anticipazioni di notizie, nonché tutelare diritti di primaria importanza e rango costituzionale". Nella *Relazione* si sottolinea altresì che il rimedio proposto, di facile attuazione, "non determinerebbe alcuna compressione dei diritti di libertà di stampa e di libera manifestazione del pensiero", dal momento che "gli operatori dell'informazione potranno ovviamente continuare a liberamente informare la pubblica opinione dell'esistenza di un procedimento, attribuendone la titolarità all'ufficio giudiziario competente anziché al singolo magistrato".

VALORIZZAZIONE E POTENZIAMENTO DELL'ATTIVITÀ DEL CORPO DI POLIZIA PENITENZIARIA

Dal 16 luglio 2019 è all'esame della Commissione Giustizia del Senato il d.d.l. S. 1129, recante "Disposizioni in materia di istituzione delle sezioni di polizia giudiziaria del Corpo di polizia penitenziaria, di servizi centrali di polizia giudiziaria del Corpo di polizia penitenziaria, di utilizzo di aeromobili a pilotaggio remoto da parte del Corpo di polizia penitenziaria, nonché di istituzione di un Nucleo di polizia penitenziaria presso ogni tribunale di sorveglianza", d'iniziativa dei senn. Piarulli ed altri.

Il d.d.l., che consta di un unico articolo, mira a valorizzare le specifiche competenze del Corpo di polizia penitenziaria, al quale già nella disciplina vigente sono demandate funzioni di polizia giudiziaria, senza alcuna limitazione spazio-temporale o *ratione materiae* (v. artt. 55, 56 e 57 c.p.p.), per l'impiego nell'attività di prevenzione e contrasto alla criminalità organizzata e al terrorismo. Per conseguire questo obiettivo – considerato che spesso le indagini prendono avvio proprio dagli istituti penitenziari, dove sono detenuti molti esponenti della criminalità organizzata e molti terroristi – e conferire alla polizia penitenziaria maggiori strumenti operativi, come si legge nella *Relazione di accompagnamento*, "non è ulteriormente rinviabile l'inserimento della polizia penitenziaria nell'ambito degli organismi interforze che svolgono indagini sulla criminalità organizzata", attraverso la modifica dell'art. 12 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. con modif. dalla l. 12 luglio 1991, n. 203 (mentre già con il d.lgs. 15 novembre 2012, n. 218 il Corpo è stato inserito nell'organico della Direzione investigativa antimafia e con il c.d. "decreto sicurezza", ovvero il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con modif. nella l. 1° dicembre 2018, n. 132, è stato istituito un Nucleo di polizia penitenziaria presso la Procura nazionale antimafia e antiterrorismo). In tal senso dispone il comma 1 dell'art. 1 d.d.l., inserendo il riferimento al Corpo di polizia penitenziaria sia nel comma 1 che nel comma 4 del sopracitato art. 12.

Nell'ottica della completa equiparazione delle Forze di polizia, il comma 2 dell'art. 1 d.d.l. modifica poi l'art. 5 disp. att. c.p.p. per consentire l'inserimento del personale del Corpo di polizia penitenziaria nell'organico delle sezioni di polizia giudiziaria istituite per ogni Procura della Repubblica ex art. 56 c.p.p.: come si legge nella *Relazione di accompagnamento*, "l'azione in Procura degli agenti del Corpo di polizia penitenziaria agevola la conoscenza della complessa realtà carceraria da parte di chi investiga su reati avvenuti in carcere o comunque connessi con il regime penitenziario".

Il comma 3 dell'art. 1 d.d.l. mira inoltre ad estendere al Corpo di polizia penitenziaria la possibilità di utilizzare aeromobili a pilotaggio remoto (c.d. "droni") finora riservata, dall'art. 5, comma 3-sexies, d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, conv. con modif. dalla l. 17 aprile 2015, n. 43, come modificato dall'art. 35-sexies d.l. n. 113 del 2018, conv. con modif. dalla l. n. 132 del 2018, alle Forze di polizia di cui all'art. 16, comma 1, l. 1° aprile 1981, n. 121. Ciò al fine di implementare la sicurezza penitenziaria – in particolare, come precisato nella *Relazione di accompagnamento*, "le traduzioni e i piantonamenti, l'attività di contrasto alle evasioni, il governo dell'ordine e della disciplina in ambito penitenziario" – nonché in vista di tutte le funzioni di polizia giudiziaria svolte dal Corpo ai sensi dell'art. 5 l. 15 dicembre 1990, n. 395.

Da segnalare anche il comma 4 dell'art. 1 d.d.l. che prevede l'istituzione, presso ogni tribunale di sorveglianza, di un nucleo di polizia penitenziaria diretto da funzionari del Corpo di polizia penitenziaria ed alle dipendenze funzionali della magistratura di sorveglianza, con dotazione organica da stabilirsi successivamente con decreto del Ministro della giustizia: ciò al fine di sostenere le funzioni e l'operato dei tribunali e soprattutto di migliorare la verifica del rispetto delle prescrizioni previste dai provvedimenti della magistratura medesima.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

di Giorgio Crepaldi

TRATTAMENTO CARCERARIO, NON CONFORMITÀ DEL CD «ERGASTOLO OSTATIVO»

(Corte e.d.u., 13 giugno 2019, *Marcello Viola c. Italia*)

Nel trittico di decisioni in commento la Corte e.d.u. prende posizione sul divieto di trattamenti inumani e degradanti per soggetti posti, a vario titolo, in stato di detenzione.

Il filo conduttore dell'analisi si incentra proprio sul rapporto tra le condizioni detentive ed il principio espresso dalla Convenzione in rapporto a particolarità proprie dei soggetti *in vinculis*, evidenziando come il divieto richiamato, ben lontano da una definizione *standard* ed omologata, non possa prescindere da un'attenta analisi del caso concreto e delle peculiarità dei soggetti: nella trattazione un ergastolano, dei minori ed un detenuto patologico.

Nella prima sentenza avverso lo Stato italiano, i giudici europei rilevano una violazione dell'articolo 3 Cedu in riferimento alla disciplina nazionale dell'cd. «*ergastolo ostativo*».

In buona sostanza, per i giudici di Strasburgo, non è possibile derivare dall'espressa volontà di non collaborazione con la giustizia, da parte dell'ergastolano per delitti di stampo mafioso, *sic et simpliciter*, una presunzione di pericolosità sociale del reo, ostativa di taluni benefici penitenziari.

La presunzione non può trovare automatica applicazione, soprattutto in presenza di differenti circostanze di segno opposto.

La mancanza di cooperazione con gli organi dello Stato, dunque, quando si presenti «*impossibile*» ed «*inesigibile*», non sottende alla volontà di non dissociarsi dal sodalizio mafioso, dovendosi dimostrare, per la negazione dei benefici, la reale determinazione del condannato a mantenere contatti con l'associazione criminale.

Il caso traeva origine da fatti risalenti ai primi anni '90, relativi a quattro omicidi commessi tra il 1990 ed il 1992, ricollegati ad una faida tra clan per il controllo di alcuni territori del meridione italiano.

In questo primo filone giudiziario, la Corte d'assise di Palmi condannava l'imputato a 15 anni di reclusione per il ruolo di promotore e capo dell'associazione, dando rilievo a circostanze quali «*la solidità del legame tra i membri, la presenza di una gerarchia interna, la netta distinzione dei ruoli e dei compiti tra gli affiliati, il controllo del territorio e la presenza di un piano criminale, la pratica dell'intimidazione attuata secondo un approccio più moderno, consistente non solo nella minaccia e nelle richieste parassitarie alle aziende ma anche nell'esercitarne il controllo con una partecipazione diretta nell'economia del territorio attraverso l'acquisizione effettiva delle attività economiche legali*». Decisione confermata, successivamente, dalla Corte d'assise d'appello di Reggio Calabria, che riduceva la pena ad anni dodici.

Un secondo ramo d'inchiesta permetteva di definire con maggiore precisione i contorni dell'associazione mafiosa e le azioni commesse per affermare la predominanza sul territorio.

Il ricorrente veniva condannato per il reato previsto all'articolo 416 bis c.p. e, ritenute sussistenti la continuazione e l'aggravante delle modalità di stampo mafioso, veniva condannato alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno per la durata di due anni.

Successivamente, riconosciuta la continuazione tra gli omicidi del primo filone di indagini ed i fatti del secondo, la sanzione veniva rideterminata nella pena dell'ergastolo con isolamento diurno per un periodo di anni due e mesi due.

Già da una prima disamina della vicenda appare chiaro come i giudici nazionali abbiano dato rilievo alla composizione dell'associazione criminale, al suo radicamento sul territorio ed al ruolo fondamentale ricoperto dal condannato all'interno del sodalizio.

Il condannato veniva assoggettato al regime carcerario previsto all'art. 41 bis ord. penit., sospendendo così la detenzione ordinaria per «*imperativi motivi di ordine pubblico e sicurezza*».

Il ricorrente contestava l'ordinanza a suo carico evidenziando come la stessa fosse basata su elementi che non riflettevano la sua attuale condizione e che il provvedimento non motivava a sufficienza sul mantenimento dei legami tra il detenuto e l'associazione criminale.

Sul punto, difatti, il regime carcerario all'art. 41 bis non impone al soggetto *in vinculis* di dimostrare il distacco dal sodalizio, ma grava sull'autorità la prova che i rapporti tra l'ergastolano ed il clan persistono, non essendosi verificata la dissociazione criminosa.

Nel caso di specie, l'ordinanza si limitava ad affermare che l'adesione all'associazione fosse ancora presente e che il ricorrente non avesse dato segni di ravvedimento e dissociazione non avendo voluto collaborare con la giustizia.

Neppure i risultati del percorso riabilitativo seguito dal detenuto in carcere venivano presi in considerazione.

Il ricorrente presentava due richieste di permesso premio previste dall'articolo 30 ter della legge sull'ordinamento penitenziario.

L'istituto *de quo* prevede la possibilità per il detenuto di godere dell'uscita dal carcere per un periodo non superiore a 15 giorni, al fine di coltivare interessi affettivi, culturali e di lavoro, se lo stesso aveva tenuto una buona condotta e a fronte di un valido percorso riabilitativo.

La richiesta del ricorrente fondava propriamente sui propri progressi e sulla manifesta volontà di rompere i legami con l'associazione criminale.

Il magistrato di sorveglianza, tuttavia, non concedeva il beneficio richiesto in quanto, a norma dell'art 4 bis della medesima legge, lo stesso poteva concedersi solamente dopo una collaborazione effettiva con le autorità regolata dall'articolo 58 ter ord. penit.

La difesa sollevava questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4 bis nella parte in cui non prevedeva che la condizione di cooperazione con la giustizia potesse derogarsi nei casi in cui questa fosse «*impossibile*» o «*irrilevante*», dovendosi dare comunque rilievo al positivo percorso riabilitativo svolto ed a qualsiasi elemento in grado di dimostrare la determinazione dissociativa del detenuto. La questione veniva rigettata affermando che la questa non avrebbe avuto effetti nel caso di specie e così anche la seconda richiesta di permesso premio con la medesima motivazione.

Il ricorrente intendeva accedere all'istituto della sospensione condizionale della pena *ex art. 176 c.p.* sulla scorta dei positivi risultati ottenuti con il proprio percorso riabilitativo, come dimostrato dai verbali dell'amministrazione penitenziaria degli anni 2014 e 2015. In tale sede il detenuto ribadiva la propria volontà di dissociarsi dal sodalizio criminale ed evidenziava che la sua particolare condizione impediva di godere del rilascio anticipato.

Nello specifico, la circostanza aggravante del ruolo di promotore e vertice dell'associazione mafiosa non poteva qualificare come «*impossibile*» ed «*irrilevante*» la collaborazione del reo. Contemporaneamente, la difesa sollevava ancora questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4 bis ord. penit. per contrasto con le disposizioni di cui agli articoli 27, comma 3, Cost e 117, comma 1, Cost in combinato disposto con l'articolo 3 della Convenzione.

Il Tribunale di sorveglianza, richiamate le decisioni della Corte costituzionale e della Corte edu sulla questione relativa ai benefici per gli ergastolani (Corte e.d.u., 19 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*), rigettava la richiesta sottolineando come fosse assolutamente necessaria una manifesta dissociazione tradotta in una concreta collaborazione con la giustizia, condizione imprescindibile per la concessione dei benefici penitenziari.

Proposto ricorso per Cassazione avverso quest'ultima decisione, la Suprema Corte rigettava lo stesso ritenendo che fosse facoltà del legislatore, in casi particolarmente gravi, subordinare la concessione di benefici ad un ravvedimento attivo ed operoso dal *pactum scelleris*, il quale non poteva che sostanziarsi nella collaborazione proficua con gli organi dello stato.

I giudici europei, nell'esaminare la questione, prendono abbrivio da un percorso del diritto interno sull'inquadramento delle funzioni proprie della sanzione penale e del trattamento carcerario per l'ergastolano di delitti di stampo mafioso.

Il ricorrente denunciava la non conformità della sua condizione con l'art. 3 Cedu in quanto l'aggravate dall'aver ricoperto il ruolo di *leader* e promotore dell'organizzazione criminale rendeva la pena perpetua irriducibile e precludeva il beneficio della liberazione condizionale.

Nella sua doglianza, il condannato faceva presente come, nel sistema penale italiano, sussistessero due tipologie di ergastolo: la prima disciplinata all'art. 22 c.p., definibile come «ordinario», la quale permetteva una sospensione della pena detentiva trascorsi ventisei anni di reclusione, ed il cd «ergastolo ostativo», formato dal combinato disposto tra la succitata disposizione del codice penale e l'articolo 4 bis ord. penit. il quale non consentiva l'accesso alla sospensione della pena e ad altri benefici.

Secondo il ricorrente, la seconda connotazione della sanzione si baserebbe esclusivamente su una presunzione legale di pericolosità sociale dovuta ad un automatico mantenimento di legami tra il reo e l'associazione criminale di appartenenza. Solo l'attiva collaborazione con la giustizia permetterebbe di sconfiggere la presunzione suddetta.

Pur consentendo la giurisprudenza di legittimità di derogare a tale obbligo, quando la cooperazione si presenti «impossibile» ed «irrilevante», il ricorrente lamentava il fatto che il ruolo di *leader* e promotore del sodalizio, di fatto, escludesse questa possibilità. In buona sostanza, il soggetto veniva posto davanti ad una scelta incontrovertibile: collaborare con le autorità, accettando il rischio di esporre sé stesso ed i propri cari al rischio di ritorsioni proprie del sistema mafioso, oppure rifiutare qualsiasi partecipazione, rinunciando ad ogni beneficio.

Una siffatta impostazione apparirebbe eccessivamente sbilanciata verso esigenze politico-repressive a discapito della funzione risocializzativa propria della sanzione penale.

La presunzione di pericolosità dovuta alla mancanza di collaborazione, difatti, non consentirebbe al detenuto di veder considerati altri aspetti positivi del proprio ravvedimento come la buona condotta, l'assenza di provvedimenti disciplinari e la partecipazione attiva ai programmi rieducativi. A sostegno di tale assunto, il condannato faceva presente come i progressi riabilitativi compiuti in carcere avessero determinato il Tribunale di sorveglianza a porre fine al regime carcerario di cui all'art. 41 bis ord. penit., chiara dimostrazione di un'evoluzione positiva della propria personalità.

Di opposta visione lo Stato italiano che evidenziava come i benefici penitenziari, per reati gravi come quelli del caso, imponessero la necessaria dissociazione dai valori criminali del sodalizio attraverso la collaborazione concreta, unica espressione di manifesta volontà di ripristino della legalità e di contrasto all'associazione, peraltro ancora attiva nel territorio di Taurianova.

Il Governo faceva presente come nell'ordinamento nazionale le due forme di ergastolo richiamate presupponessero contorni ben specifici.

Mentre la disposizione di cui all'art. 41 bis ord. penit. consente al magistrato di sorveglianza di valutare la possibilità di continuare a tenere contatti con l'associazione direttamente all'interno del carcere, il regime previsto all'art. 4 bis ord. penit., impone una valutazione più ampia, esplorando le possibilità di interazione del condannato all'esterno della struttura detentiva.

I progressi del ricorrente erano stati considerati positivamente nella prima ipotesi, differentemente dalla seconda evenienza che avrebbe necessariamente imposto allo stesso una concreta dissociazione, scelta che questi, volontariamente e coscientemente, aveva deciso di non compiere.

La Corte, ribadendo la propria libertà di qualificare giuridicamente i fatti di causa (*ex multis* Corte e.d.u., 19 febbraio 1998, *Guerra e altri c. Italia*, § 44 e Corte e.d.u., 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia* (n. 2) §48) decideva di esaminare la questione sotto il profilo dell'articolo 3 della Convenzione.

Ponendo l'accento sulla funzione rieducativa della pena, sancita all'articolo 27, comma 3, della Costituzione, la Corte chiarisce come la centralità di tale aspetto sia andato nel tempo via via sempre aumentando.

Da una prima pronuncia (C. cost., sent. 4 febbraio 1966, n.12), per cui la rieducazione assume rango di principio costituzionale, pur non essendo questo il fine unico della sanzione, dovendo sempre persistere le finalità della tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico, la Corte approda poi a definire un ruolo più centrale della finalità rieducativa, che persiste dalla creazione della norma fino alla sua estinzione e che deve guidare l'azione del legislatore, del giudice di merito, del magistrato di sorveglianza e delle autorità penitenziarie (C. cost., sent. 4 luglio 1990, n. 313).

I giudici alsaziani passano poi ad una valutazione degli articoli 4 bis e 58 quater ord. penit.

Quanto alla prima disposizione, la Corte e.d.u. rileva un orientamento ondivago all'interno della giurisprudenza costituzionale italiana.

Se in prima battuta, con la sentenza dell'11 giugno 1993, n. 306, si dava conto di come la discrezionalità del legislatore, nel subordinare la concessione di qualsiasi beneficio per il detenuto alla collaborazione di questo con la giustizia, privilegiasse esclusivamente la prevenzione generale e la tutela della

collettività, ugualmente non poteva desumersi dalla mancata cooperazione con la giustizia la volontà di mantenere legami di solidarietà con l'organizzazione criminale.

Impostazione, la predetta, che non risultava granitica.

Di segno opposto, difatti, la decisione del 5 luglio 2001, n. 273 intendendo la cooperazione giudiziaria l'unica possibilità concreta di dimostrare, per *facta concludentia*, l'interruzione con il sodalizio criminoso, la Corte costituzionale aveva sottolineato, in tale statuizione, come la disposizione di cui all'articolo 4 *bis* ord. penit. non fosse contraria all'articolo 27, comma 3, Cost, considerando la collaborazione del detenuto un atto «libero e volontario del detenuto», che non impedisce, in modo assoluto e definitivo, l'accesso al beneficio.

L'orientamento citato, mutava ancora nei primi anni del 2000 dove la Corte, ammettendo che le presunzioni legali inconfutabili, limitative di un diritto fondamentale della persona, fossero contrarie al principio di uguaglianza se arbitrarie, irrazionali e non fondate sull'«*id quod plerumque accidit*» (C. cost., sent. 29 marzo 2013, n. 57), affermava che dovesse garantirsi al giudice il potere di considerare gli elementi del caso concreto, collegando il beneficio ad una valutazione prognostica di effettiva utilità dello stesso nel percorso riabilitativo.

Impostazione confermata di recente circa la legittimità costituzionale dell'art. 58 quater ord. penit. nell'impossibilità di concessione di benefici penitenziari per l'ergastolano, condannato per rapimento e sequestro di persona dal quale derivava la morte, che non avesse già scontato ventisei anni di reclusione senza sospensione. L'automatica immutabilità di tale soglia, applicabile indistintamente, si poneva in contrasto con i principi di progressività del trattamento penale e di elasticità della pena.

L'automatismo, difatti, impedisce al magistrato di sorveglianza di valutare i progressi fatti nel recupero del detenuto inquadrando la sanzione penale eminentemente come strumento repressivo, frustrandone l'aspetto risocializzativo (C. cost., sent. 11 luglio 2018, n. 149).

I giudici europei passano, successivamente, ad un'analisi dei più recenti orientamenti in seno alla corte di Cassazione.

Con più precisione, essi sottolineano come la subordinazione dei benefici penitenziari alla collaborazione con la giustizia possa subire delle deroghe quando questa si presenti «*impossibile*» o «*irrilevante*» dovendosi, in ogni caso, compiere una valutazione individuale e personalizzata del comportamento del detenuto (Cass., 26 novembre 2012, n. 45978).

In tal senso, la suprema Corte definisce «*impossibile*» la collaborazione che dia conto di fatti già conosciuti, rilevati ed acclarati e «*irrilevante*» quella che si sostanzia in una partecipazione marginale all'organizzazione criminale (Cass., 24 ottobre 2017, n. 47044).

La Corte di Cassazione pone l'accento, infine, sul rapporto tra lo stato detentivo dell'associato mafioso ed il mantenimento dei rapporti con la criminalità.

Il permanere *in vinculis* del reo non determina l'automatica dissociazione di questo dal sodalizio dovendosi considerare come la carcerazione possa non essere impeditiva della partecipazione alle vicende criminali del gruppo, soprattutto per il fatto che l'esecuzione carceraria può essere ritenuta dagli affiliati come una prevedibile eventualità e come un prezzo da scontare per la partecipazione.

La natura del reato di cui al 416 bis c.p. è, difatti, permanente e prevede, quale elemento costitutivo, la sussistenza di un vasto programma criminale sul lungo periodo, che ben potrebbe riprendere espiata la pena.

Terminata questa analisi, i giudici europei precisano come la presente causa sia differente da quelle trattate in precedenza riguardanti la pena dell'ergastolo.

Più volte, di fatti, la giurisprudenza europea ha confermato la conformità dell'art. 22 c.p. con i principi convenzionali affermando che «*il condannato all'ergastolo può essere liberato [...] se ha tenuto un comportamento tale da dimostrare un sincero ravvedimento, dopo aver scontato ventisei anni di carcere.*

In Italia le pene perpetue sono de jure e de facto riducibili» (Corte e.d.u., 29 aprile 2008, *Garagin c. Italia* e Corte e.d.u., 8 settembre 2005, *Scoppola c. Italia*).

Per la Corte la presente questione attiene al particolare regime dell'«*ergastolo ostativo*» ed occorre vagliare la conformità del combinato disposto ex art. 22 c.p., 4 *bis* e 58 ter ord. penit. con i principi espressi dall'art. 3 della Convenzione.

È evidente come la scelta politico legislativa dello Stato italiano sottenda ad esigenze ben definite di prevenzione generale e protezione della collettività dal fenomeno mafioso, riscontrando nella cooperazione uno strumento concreto non solo di dissociazione effettiva ma anche di lotta alla piaga sociale.

La Corte è ben consapevole delle peculiarità del sodalizio, della forza del *pactum scellerise* della radicalità del fenomeno, come anche del fatto che il carattere permanente e prolungato del reato non ne faccia venir meno gli effetti per il solo fatto di una lunga permanenza detentiva dell'affiliato.

L'art 4 bis ord. penit. prevede, dunque, una presunzione di pericolosità connessa specificamente alla conformazione dell'illecito, ragione per cui la tangibile dimostrazione di dissociazione si pone come requisito imprescindibile per la concessione di qualsiasi beneficio.

La problematica è, dunque, inserita in un contesto di bilanciamento di interessi tra le funzioni proprie della pena: da un lato le esigenze di politica criminale preventive e, dall'altro, la funzione rieducativa, in un equilibrio che imponga alle prime di non limitare eccessivamente la seconda.

Inoltre, non deve dimenticarsi come l'intero sistema volga al principio di progressione del trattamento carcerario tramite il quale, nel corso del tempo e attraverso una sempre maggior partecipazione del detenuto, l'ordinamento «*accompagna il reo nel suo percorso verso l'uscita*» (Sempre *Garagin c. Italia*, cit., § 111).

La particolare situazione impone di essere vagliata alla luce dei principi di cui all'art. 3 Cedu per i quali la Corte ha più volte evidenziato come debba essere assicurato all'ergastolano il diritto di conoscere come determinarsi al fine di giungere ad una possibile liberazione e quali siano le condizioni per ottenerla (Ancora *Vinter e altri c. Regno Unito*, cit.).

Deve, pertanto, garantirsi, in ogni caso, una possibilità reale di reinserimento. Questa integra per le autorità nazionali un'obbligazione di mezzi e non di risultato, le quali devono predisporre sistemi penitenziari che favoriscono il reinserimento e la risocializzazione del detenuto.

Se, da un lato, è chiaro che la cooperazione con l'autorità si sostanzia in una scelta volontaria e non un mero automatismo, dall'altro non può non evidenziarsi come le peculiarità del sistema mafioso e l'intima convinzione per il ricorrente di esporre sé stesso e la propria famiglia a pericoli ritorsivi incidano, necessariamente, sulla libertà di tale scelta.

Tale assunto non appare pretestuoso, come sottolineato anche dalle osservazioni di terzi intervenienti come «*L'altro diritto onlus*», il quale evidenzia come tale timore rappresenti il principale motivo di silenzio da parte degli associati detenuti, anche in presenza di un sincero ravvedimento.

Da quanto osservato, la mancanza di collaborazione non può essere sempre imputata ad una scelta volontaria da parte del reo e non manifesta, automaticamente, una persistenza di adesione ai valori criminali e ai rapporti con il sodalizio. Impostazione, questa, che viene meno anche sotto un profilo logico posto che la collaborazione ben può integrare una scelta opportunistica del detenuto e non un reale rinnego del sistema mafioso.

Vero dunque il contrario, se la scelta collaborativa può prefigurare la miglior scelta possibile allora non può ritenersi l'immediata equivalenza tra l'assenza della stessa e la pericolosità sociale dell'ergastolano.

I giudici europei, in buona sostanza, spiegano come la dissociazione possa manifestarsi in modalità differenti dalla collaborazione con la giustizia; opportunità, *de facto*, impedita al ricorrente.

Se il sistema carcerario offre differenti possibilità di contatto con la società, come il lavoro esterno e la libertà condizionale, è indubbio che questi siano stati preclusi al ricorrente a causa del ruolo ricoperto, nonostante l'autorità abbia effettivamente riconosciuto una positiva evoluzione della personalità dello stesso.

L'analisi, in conclusione, deve operarsi sulla personalità del condannato che non rimane immutata all'interno del percorso detentivo e, proprio in tal senso, si giustifica la necessaria consapevolezza dell'ergastolano di avere la possibilità di giungere alla libertà. Il regime dell'«*ergastolo ostativo*», per colui che decida di non collaborare con la giustizia, priva il condannato di tale prospettiva attribuendo alla decisione del reo una valenza di presunzione assoluta di pericolosità sociale.

L'unicità della *condicio sine qua non* per l'accesso ai benefici cristallizza il momento valutativo sulla pericolosità alla fase iniziale della detenzione, non prendendo in considerazione le positive evoluzioni risocializzative ed i progressi compiuti nel percorso riabilitativo.

Tale limitazione, inoltre, si ripercuote anche sul giudice vincolato alla mera constatazione dell'assenza di cooperazione.

Pur ammettendo la pericolosità del fenomeno mafioso, vera e propria piaga per la società italiana, la gravità dei reati attribuiti al condannato e la particolarità del ruolo di questo, tali aspetti non possono essere tali da giustificare una deroga ai dettami dell'articolo 3 della Convenzione e al principio per il quale le presunzioni legali di pericolosità possono giustificarsi solamente se non assolute e se sussiste la possibilità di addivenire alla prova contraria delle stesse (Corte e.d.u., 6 novembre 2003, *Partano c. Italia*). Il regime dell'«*ergastolo ostativo*» è, pertanto, contrario al divieto di trattamenti inumani e degradanti.

CONDIZIONI DI DETENZIONE. MINORI NON ACCOMPAGNATI

(Corte e.d.u. 13 giugno 2019, Sh.D ed altri c. Grecia, Austria, Croazia, Ungheria, Macedonia del Nord, Serbia e Slovenia).

Nella decisione in commento la Corte e.d.u. prende posizione sulle obbligazioni che sorgono, in capo agli stati membri, per situazioni afferenti alle condizioni di detenzione e accoglienza di migranti irregolari, il cui mancato rispetto può dare luogo a violazioni dell'art 3 Cedu, soprattutto se sono coinvolti minori non accompagnati.

Due gli aspetti osservati dai giudici europei.

In primis, le condizioni di custodia presso le stazioni di polizia che possono manifestarsi contrarie ai principi della Convenzione se protratte per lunghi periodi a causa dell'inadeguatezza strutturale delle stesse.

Secondariamente, l'accento si sposta sui campi di accoglienza per minori non accompagnati.

La Corte ricorda che gli Stati firmatari della Convenzione sui diritti del fanciullo sono obbligati a garantire, nella propria giurisdizione, ad ogni bambino privato anche temporaneamente del proprio ambiente familiare, assistenza materiale e psicologica in conformità con la propria legislazione. Grava, dunque, un obbligo generale di protezione e cura nei confronti di tutti i minori a prescindere dal loro *status* e dalla loro provenienza. I fatti di causa prendono abbrivio nel 2016 quando i ricorrenti avevano età comprese tra i 14 ed i 17 anni. Essi erano di etnia Hazara e di religione Ismaili, in fuga dallo stato Afgano per timore di violenze commesse dai talebani.

I ricorrenti venivano fatti oggetto, da parte delle autorità di confine dello stato greco, di provvedimenti di espulsione con termine di un mese per poter lasciare il territorio ellenico.

Alcuni dei minori dichiaravano di avere parenti in Germania ma, nonostante la possibilità di ottenere il ricongiungimento familiare, gli stessi tentavano di fuggire attraversando il confine con la Macedonia del Nord, venendo fermati dalle guardie di frontiera.

Uno tra i suddetti ricorrenti veniva detenuto per un periodo di ventiquattro giorni presso la locale stazione di polizia. Successivamente veniva trasferito presso il centro di collocamento per minori non accompagnati in attesa della risposta delle autorità tedesche sull'istanza di ricongiungimento familiare presentata.

Altri, sempre destinatari di provvedimento di espulsione, venivano collocati presso un campo di fortuna gestito da organizzazioni umanitarie non governative.

Le condizioni del predetto erano insufficienti sotto i profili strutturali e sanitari: a fronte di una capienza di 1500 posti il campo ospitava 13000 migranti.

Venivano distribuiti pasti assolutamente inadeguati oltre ad essere, la struttura, totalmente sprovvista di servizi igienici ed acqua corrente, al punto da dover utilizzare come latrine i campi ed i boschi circostanti, provocando, così, l'insorgere di emergenze sanitarie e focolai di malattie.

In seguito, viste le condizioni invivibili, alcuni ricorrenti venivano trasferiti in una struttura alberghiera nei pressi di Atene. Qui la situazione era notevolmente migliore, tuttavia le autorità elleniche non erano in grado di fornire adeguato sostegno psicologico a tali soggetti vulnerabili a causa della mancanza di interpreti.

Altri ricorrenti venivano affidati ad una struttura specializzata nell'ospitalità minorile.

Anche in tale luogo le modalità di accoglienza apparivano insufficienti, soprattutto sotto il profilo delle scorte alimentari che venivano contingentate e costringevano questi alla fame.

Uno dei minori veniva allocato nella vicina struttura ospedaliera dove i medici riscontravano una forma di pleurite tubercolare che costringeva il soggetto a sottoporsi ad iniezioni di antibiotiche quotidiane.

Persino nel presidio ospedaliero non veniva garantita la presenza di un interprete causando così notevoli difficoltà nella somministrazione di cure adeguate.

Una coppia di ricorrenti veniva alloggiata presso la struttura per minori non accompagnati di Melon, nei pressi di Atene, dove persistevano le inadeguatezze strutturali.

Non era garantita l'igienizzazione dell'ambiente che si presentava intollerabilmente sporco, le razioni alimentari non soddisfacevano un apporto quotidiano adeguato ed i ragazzi erano costretti a soggiornare in camere promiscue con adulti dediti all'utilizzo di droghe e a rapporti sessuali

Uno dei minori veniva arrestato dalla polizia e detenuto per otto giorni presso le locali stazioni. Il

detenuto affermava che le razioni di cibo giornaliero si sostanziano in soli due panini, non gli era garantito l'accesso all'acqua potabile né ai servizi igienici ed era costretto a dormire su un materasso gettato sul pavimento ed a coprirsi con cenci luridi.

Dopo un deperimento di quattro chili in soli otto giorni, il ricorrente veniva liberato e rimesso per la strada.

Un ultimo ricorrente aveva tentato di giungere in Italia via mare.

Arrestato dalle autorità italiane veniva riconsegnato allo stato greco dove, detenuto in un campo per migranti, tentava il suicidio.

Salvato in *extremis* dal personale, al giovane veniva diagnosticato un profondo stato depressivo causato dalle inumane condizioni di detenzione.

I giudici di Strasburgo, analizzati i profili delle varie vicende, orientano il proprio vaglio sulle condizioni di detenzione e ospitalità alla luce dei principi di cui all'art. 3 Cedu, non potendo in alcun modo esimersi dalla valutazione della particolare vulnerabilità di soggetti non maggiorenni.

Un primo campo d'indagine atteneva alle condizioni di detenzione presso le stazioni di polizia per soggetti in attesa di rimpatrio.

La Corte evidenzia come queste si presentino in modo assolutamente inadeguato a periodi carcerari di medio-lungo periodo. La finalità di tali luoghi, difatti, ha connotazioni strutturali inadatte a garantire adeguati livelli igienici e spazi eccessivamente limitati per il movimento in situazioni spesso di sovrappollamento. Richiamando la propria giurisprudenza consolidata, i giudici alsaziani danno conto di come detenzioni superiori al mese in siffatti ambienti integrino sicure violazioni del divieto di trattamenti inumani e degradanti sancito all'art. 3 della Convenzione (*ex multis* Corte e.d.u., 20 aprile 2017, *Iatropoulos e altri c. Grecia* e Corte e.d.u., 21 giugno 2018, *SZ c. Grecia*). Non esiste una durata prefissata entro la quale la prigionia presso le stazioni di polizia sia conforme alle norme della Convenzione ma occorre vagliare il caso concreto alla luce delle condizioni del soggetto *in vinculis*. Sul punto la Corte richiama un proprio precedente in cui un lasso temporale di ventisette giorni era apparso contrastante con i richiamati principi per un soggetto che, subita l'amputazione di un arto inferiore, era costretto all'utilizzo delle stampelle per potersi muovere.

In tal caso gli spazi delle celle non consentivano al detenuto un'adeguata possibilità di movimento a causa delle proprie problematiche di salute, nonostante la durata della custodia apparisse relativamente breve (così in Corte e.d.u., 26 aprile 2018, *Tsarpelas c. Grecia*).

Richiamati i principi, i giudici europei analizzano la situazione concreta e prendono in considerazione i periodi di prigionia dei ricorrenti.

Un primo di questi veniva detenuto in custodia cautelare presso la stazione di polizia a far data dal 23 febbraio sino al 18 marzo 2016, per un totale di ventitré giorni, un altro veniva arrestato il 21 luglio 2016 e sottoposto a custodia fino al 25 agosto 2016, con complessivi trentacinque giorni di detenzione, ed un terzo subiva la custodia cautelare per otto giorni in due differenti strutture.

Tutti lamentavano modalità insufficienti, malnutrizione, sporcizia. In particolare, uno di questi sosteneva come fosse stato costretto a dormire su di un materasso gettato a terra coperto con cenci luridi mentre un altro dava conto del fatto che la sua detenzione nella struttura fosse continuata anche dopo il tentativo di suicidio e dopo la diagnosi, da parte di medici psichiatrici, di profondi stati depressivi.

La Corte è consapevole di come, nello stato greco, la prassi di detenzione dei minori in tali strutture non fosse inusuale e che, soprattutto su soggetti in età evolutiva come i ricorrenti, tali periodi prolungati avessero conseguenze oltremodo dannose ed impattanti.

Da questo scaturivano situazioni di profonda alienazione nel soggetto detenuto, dovute alla mancanza di qualsivoglia forma di contatto con il mondo esterno, sia per il tramite di mezzi di comunicazione come radio e televisione, sia a causa dell'inadeguatezza degli spazi.

Tale isolamento integrava una certa violazione del divieto sancito dall'art. 3 della Convenzione.

Successivamente, la Corte prende in rassegna le modalità di permanenza nei campi per minori non accompagnati.

Seppur il rimanere in tali luoghi non possa assimilarsi ad un concetto di detenzione, essendo gli ospiti comunque liberi di lasciare il campo, la Corte valuta le condizioni di accoglienza soprattutto alla luce della particolare vulnerabilità di soggetti minori coinvolti in situazioni come quella sopra descritte.

I giudici richiamano la Convenzione sui diritti del bambino e del fanciullo del 20 novembre 1989 di cui lo Stato greco è membro firmatario. In particolare, l'articolo 20, commi 1 e 2, della stessa afferma che

«Ogni fanciullo il quale è temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare oppure che non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, ha diritto a una protezione e ad aiuti speciali dello Stato» e che «Gli Stati parti prevedono per questo fanciullo una protezione sostitutiva, in conformità con la loro legislazione nazionale».

Secondo i togati, tale disposizione integra, per gli Stati firmatari, un'obbligazione di risultato che prescinde, in qualsiasi modo, dall'origine e dallo stato del fanciullo e delle ragioni per cui si trovi sul territorio nazionale. Il mancato adempimento dell'obbligo di cura e protezione integra comportamenti contrari all'articolo 3 della Convenzione, in un'ottica di connessione tra i due testi normativi, nella prospettiva di una concreta applicabilità delle norme di diritto sovranazionale recepite dagli stati. Sul punto è conforme la giurisprudenza della Corte e.d.u. che ribadisce le obbligazioni predette soprattutto per minori in condizioni di criticità come la clandestinità (Corte e.d.u., 28 febbraio 2019, *Khan c. Francia*). E ciò è tanto più veritiero se si considera come, per la Corte, l'estrema vulnerabilità dei minori sia aspetto assolutamente prevalente rispetto allo stato di immigrato irregolare (si veda in questo senso Corte e.d.u., 24 maggio 2018, *NTP e altri c. Francia*), al punto da definire questi «la categoria di soggetti più vulnerabili della società» (con questa espressione Corte e.d.u., 5 aprile 2011, *Rahimi c. Grecia*, § 87).

Spetta, dunque, agli Stati membri adottare misure protettive e di cura che rappresentano estrinsecazioni positive degli obblighi sanciti all'articolo 3 Cedu (sempre *Rahimi c. Grecia*, cit., § 74).

I giudici europei, infine, pur dando conto di come le strutture di accoglienza non siano sotto la direzione dello Stato, bensì gestite da organizzazioni non governative, ugualmente è ravvisabile, in capo a questo, una responsabilità.

L'articolo 19, relativo ai minori non accompagnati, del decreto n. 220/2007, difatti, impone alle autorità competenti di adottare misure immediate per garantire la protezione dei soggetti minorenni. In particolare, vi è l'obbligo di tempestiva informazione del pubblico ministero minorile, o in sua assenza del procuratore presso il tribunale di primo grado territorialmente competente, affinché agisca come tutore temporaneo.

Dagli atti processuali, tale adempimento non pare essere stato compiuto potendo, così, prefigurarsi una violazione dei principi dell'articolo 3 della Convenzione per non aver eseguito tutto ciò che è nei poteri dello Stato per garantire l'adempimento delle obbligazioni richiamate.

CONDIZIONI DI DETENZIONE. DETENUTO PATOLOGICO

(Corte e.d.u., 11 giugno 2019, *Prizren c. Albania*)

In questa ultima decisione la Corte torna a pronunciarsi sull'aspetto procedurale riconnesso ai principi di cui all'articolo 3 della Convenzione.

In caso di lesioni riportate da soggetto posto nella disponibilità delle autorità statali sorge una presunzione di violazione dei principi della disposizione richiamata ed un contestuale obbligo di indagini concrete ed approfondite in capo alle autorità stesse. La mancanza o superficialità delle investigazioni integra una violazione procedurale del generale divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti.

Nel caso specifico, i giudici europei enunciano un importante principio di diritto relativo all'uso di manette o di altri strumenti limitativi della libertà del soggetto.

Sebbene l'utilizzo di mezzi di costrizione non dia luogo, di per sé, ad una violazione della Convenzione, questi possono giustificarsi solamente quando siano espressione di una limitazione regolata dalla legge e a patto che non comportino un utilizzo della forza, o una esposizione pubblica, superiori a quanto strettamente necessario. La valutazione, in tal senso, non può prescindere dal caso concreto dovendosi considerare se vie è rischio di fuga del detenuto o di comportamenti violenti o pericolosi.

I fatti di causa prendono abbrivio dal decesso in ospedale di un detenuto patologico, affetto da psoriasi, parziale paralisi di entrambe le gambe ed elefantiasi.

Assunto a sommarie informazioni il fratello del deceduto questi dichiarava che, poco prima della morte, egli era stato avvisato della situazione e, recatosi in ospedale, aveva trovato la vittima incatenata al letto per i polsi legati con delle lenzuola. Aveva notato, inoltre, che le coperte ed il materasso erano bagnati e molto sporchi.

In riferimento al decesso venivano condotte una prima serie di indagini preliminari con esami medico legali e attraverso l'assunzione della testimonianza dei medici curanti del detenuto al fine di accerta-

re la causa dei lividi e delle ecchimosi rinvenute sul cadavere e di stabilire quale potesse essere la causa del decesso.

Dal risultato di tali accertamenti, l'autorità inquirente albanese decideva di non avviare il procedimento penale ritenendo che il decesso fosse dovuto ad insufficienza respiratoria e cardiaca acuta, sostenendo che non vi fosse alcun fatto, alcuna prova o alcuna circostanza che potesse far presumere la commissione di un reato.

Il fratello del deceduto, notificato del provvedimento di archiviazione, presentava ricorso ma veniva ritenuto non legittimato.

Il ricorrente presentava altra denuncia, relativamente ai fatti di causa, presso le autorità di Tirana ma, anche questa, veniva archiviata senza alcuna attività d'indagine integrativa.

Adita la Corte europea, questa analizzava il ricovero detentivo del fratello del ricorrente alla luce dei principi di cui all'art. 3 Cedu, sia sotto il versante sostanziale che procedurale dello stesso.

La Corte nota come le autorità albanesi non siano riuscite a stabilire la causa della morte del detenuto patologico e che, soprattutto, non abbiano fornito alcuna spiegazione sui lividi rilevati ai polsi dello stesso.

Nessuna domanda era stata fatta in merito a tale circostanza, né al personale carcerario né a quello ospedaliero.

I giudici europei ricordano che l'utilizzo di manette o di altri mezzi di costrizione non dà luogo a violazioni dell'articolo 3 Cedu quando l'uso di tali misure sia autorizzato dalla legge e non sia eccessivo, in termini di forza ed esposizione, rispetto a quanto necessario. Tale determinazione non può prescindere da una valutazione del caso concreto, considerando, ad esempio, se sussista il pericolo di fuga o di comportamenti violenti o pericolosi (così in Corte e.d.u., 14 dicembre 2006, *Tarariyeva c. Russia*).

Nessuna indagine era stata compiuta in tal senso, né nel primo procedimento né a fronte della riproposizione di denuncia da parte del ricorrente.

La negligente inerzia delle autorità albanesi porta la Corte a non essere in grado di statuire se vi sia stata un'infrazione sostanziale dell'art 3 Cedu ma, sicuramente, è imputabile allo Stato balcanico una violazione procedurale dello stesso.

La Corte, in buona sostanza, riafferma il principio per cui il divieto di trattamenti inumani e degradanti presenti un duplice profilo di obbligazioni per gli Stati membri: uno sostanziale, che impone il materiale divieto di trattamenti contrari al senso di umanità ed uno procedurale che obbliga gli stati, in caso di sospette violazioni della disposizione, a compiere indagini accurate, concrete ed approfondire.

CORTE DI GIUSTIZIA UE

COURT OF JUSTICE EU

di Elisa Grisonich

AL VAGLIO DELLA CORTE LA DISCIPLINA ITALIANA IN MATERIA DI RIQUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL FATTO

(Corte di Giustizia UE, Sez. I, 13 giugno 2019, causa C-646/17)

La decisione in commento assume particolare rilievo, poiché verte su una questione assai dibattuta nell'ordinamento italiano. Ci si riferisce, in particolare, al differente regime normativo predisposto dal nostro sistema, qualora si sia in presenza di una modifica dell'accusa attinente al fatto, da un lato, o al titolo di reato, dall'altro.

Più specificamente, il Tribunale di Brindisi ha sottoposto alla Corte di Giustizia una questione pregiudiziale riguardante l'interpretazione degli artt. 2, § 1, 3, § 1, lett. c), 6, §§ 1, 2, 3, della direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, nonché dell'art. 48 della Carta di Nizza. L'interrogativo che è stato sollevato è se la disciplina richiamata possa ritenersi compatibile con le disposizioni processuali penali di uno Stato membro che prevedono una disparità, quanto a garanzie difensive, a seconda che venga in rilievo una modifica dell'imputazione in fatto o in diritto, e che, in particolare, consentono all'imputato la domanda di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p. solo nella prima ipotesi.

Ai fini di una maggiore chiarezza espositiva, merita richiamare brevemente la vicenda processuale alla base del rinvio. Più nel dettaglio, nel corso del dibattimento, l'imputato veniva informato dal giudice della possibilità di una riqualificazione giuridica del fatto; il medesimo proponeva, allora, istanza di patteggiamento, in relazione al nuovo titolo di reato, la quale veniva, tuttavia, dichiarata inammissibile perché ormai scaduto il termine di cui all'art. 555, comma 2, c.p.p.

Dal canto suo, il giudice invitava il pubblico ministero a modificare l'imputazione, secondo quanto previsto dall'art. 516 c.p.p. Si vede bene che, qualora si fosse proceduto in tale modo, l'imputato avrebbe avuto diritto a formulare un'istanza di patteggiamento; si ricordi, infatti, che la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 516 c.p.p., proprio nella parte in cui non ammetteva – nel caso di nuove contestazioni sia fisiologiche, sia patologiche – la facoltà dell'imputato di domandare al giudice del dibattimento l'applicazione di una pena su richiesta a norma dell'art. 444 c.p.p. (Corte cost., 17 luglio 2017, n. 206; Corte cost., 30 giugno 1994, n. 265).

La pubblica accusa non accoglieva, però, la sollecitazione, rimettendosi all'autorità giudicante per la corretta qualificazione giuridica del fatto.

Sulla scorta di tale vicenda, il Tribunale di Brindisi decideva di sospendere il procedimento e di richiedere un intervento della Corte di Giustizia sulla questione pregiudiziale sopra delineata.

Ebbene, va anzitutto rilevato che, prima di entrare nel merito della stessa, i Giudici hanno dovuto risolvere un importante profilo, sorto a seguito dell'eccezione del governo italiano sull'irricevibilità della domanda per la mancanza, nel caso di specie, di un elemento di transnazionalità. In altri termini, si era posto il problema dell'ambito operativo della direttiva 2012/13/UE, e, più specificamente, se la sua applicabilità sia subordinata all'esistenza di una dimensione transnazionale. A ben considerare, tale quesito verte, in ultima analisi, sulla stessa base giuridica – l'art. 82, § 2, lett. b), TFUE – della direttiva in esame e, più in generale, di tutti gli atti normativi adottati nell'ambito della cosiddetta *Roadmap* per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, poi integrata nel Programma di Stoccolma.

Orbene, la Corte di Giustizia ha disatteso l'interpretazione restrittiva sostenuta dal governo italiano, sulla base di un'interpretazione letterale e teleologica.

Anzitutto, il tenore della direttiva 2012/13/UE, e, in particolare gli artt. 1 e 2, non limiterebbero l'applicazione della stessa alle ipotesi aventi una dimensione transnazionale. Ma, soprattutto, la finalità dell'atto sarebbe quella di rafforzare la fiducia reciproca tra gli Stati membri, la quale postulerebbe che le decisioni delle autorità giudiziarie siano emesse sulla base di norme minime comuni, anche in situazioni puramente interne.

Chiarito questo importante aspetto, i Giudici hanno quindi potuto affrontare nel merito la questione pregiudiziale.

Per quanto riguarda il profilo rappresentato dalla direttiva 2012/13/UE, occorre rilevare che la Corte ha preso in esame un parametro diverso da quelli indicati dal giudice del rinvio: a venire in rilievo, infatti, è stato l'art. 6, § 4, dell'atto *de quo*, il quale garantisce il diritto delle persone indagate o imputate a essere informate tempestivamente di ogni modifica alle informazioni sull'accusa, «ove ciò sia necessario a salvaguardare l'equità del procedimento».

Così, i Giudici hanno risolto la questione ripercorrendo la giurisprudenza sul punto. Anzitutto, sulla base di un precedente arresto, essi hanno affermato che, in caso di mutamento della qualificazione giuridica del fatto, il rispetto del principio del contraddittorio e della parità delle armi imporrebbe di lasciare a imputato e difensore il tempo sufficiente per poter prendere conoscenza della modifica e predisporre efficacemente la difesa. Inoltre, dovrebbe essere assicurata la facoltà di svolgere osservazioni o, anche, di formulare «qualsiasi richiesta, in particolare, istruttoria, che [si] avrebbe [...] diritto di presentare ai sensi del diritto nazionale» (C. Giust. UE, 5 giugno 2018, Kolev, C-612/15, punto 96).

In aggiunta, sono state richiamate le note decisioni della Corte e.d.u., le quali hanno parimenti stabilito, proprio con riferimento all'ordinamento italiano, che debba essere garantito agli imputati la possibilità di essere informati dell'eventuale modifica del titolo del reato in tempo utile, in modo tale da assicurare l'effettivo esercizio delle prerogative difensive (Corte e.d.u., 22 febbraio 2018, *Drassich c. Italia*, § 65; Corte e.d.u., 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*, § 34).

Quanto rilevato rappresenterebbe dunque lo *standard* minimo che dovrebbe essere garantito dai singoli Paesi membri. Al contrario, secondo il pensiero della Corte, l'art. 6, § 4 della direttiva non richiederebbe alcun obbligo di garantire all'imputato, in caso di mutamento della definizione giuridica del fatto, di domandare l'applicazione della pena su richiesta delle parti, nel corso del dibattimento.

D'altronde, merita, altresì, rilevare che la Corte ha avuto cura di osservare che, nella fattispecie concreta, – in base a quanto riportato dal giudice del rinvio – l'imputato sarebbe stato comunque tempestivamente informato della modifica dell'imputazione, ed egli avrebbe avuto il diritto di presentare argomenti difensivi.

Da ultimo, la medesima conclusione è stata formulata con riferimento all'altro parametro, vale a dire l'art. 48, § 2 della Carta di Nizza: sulla base di un ragionamento analogo, la Corte ha affermato che questa disposizione non implicherebbe un diritto di formulare una richiesta di patteggiamento nell'ipotesi di modifica del titolo di reato.

* * *

OBBLIGO DI INTERPRETAZIONE CONFORME E DECISIONE QUADRO

(Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 24 giugno 2019, causa C-573/17)

La pronuncia qui analizzata ha permesso alla Corte di Giustizia di precisare ulteriormente le implicazioni del principio del primato del diritto dell'Unione; in aggiunta, i Giudici sono stati chiamati a pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 28, § 2, della decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea.

In merito, occorre preliminarmente rilevare che la decisione in commento fa seguito alla precedente sentenza *Poplawski* (C. Giust., 29 giugno 2017, *Poplawski*, C-579/15), con la quale la Corte aveva già statuito sulla medesima vicenda processuale. Pare quindi indispensabile ripercorrere brevemente l'*iter* che ha condotto all'attuale pronuncia.

In particolare, la fattispecie concreta concerneva un procedimento relativo a un m.a.e., emesso dal Tribunale circondariale di Poznań (Polonia) nei confronti di un cittadino polacco, residente nei Paesi Bassi, ai fini dell'esecuzione di una pena privativa della libertà.

Senza voler entrare nel dettaglio della vicenda, basti rilevare che, nella prima sentenza, la Corte di Giustizia, sollecitata a pronunciarsi dal *rechtbank* Amsterdam (Tribunale di Amsterdam), aveva affermato che la disciplina olandese risultava incompatibile con l'art. 4, § 6, della decisione quadro 2002/584/GAI, che prevede un motivo di non esecuzione facoltativa di un m.a.e. allo scopo di favorire il reinserimento sociale della persona condannata. In aggiunta, nella medesima pronuncia, veniva ribadito l'obbligo dei giudici di interpretare il proprio diritto nazionale in modo conforme, per quanto possibile, all'atto in esame.

Orbene, a seguito di questa decisione, il medesimo Tribunale di Amsterdam rilevava di non poter rispettare quanto indicatogli dalla Corte, a causa di una successiva presa di posizione del Ministro della Sicurezza e della Giustizia dei Paesi Bassi, il quale aveva ostato a una interpretazione del diritto interno conforme alla decisione quadro 2002/584/GAI.

Il giudice chiedeva allora se, nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria non riesca a interpretare la disciplina nazionale di attuazione di una decisione quadro in modo tale da assicurare il perseguimento di un risultato conforme alla medesima, il principio del primato imponga la disapplicazione del diritto interno.

In aggiunta, veniva prospettata una seconda soluzione, riguardante l'eventuale, e alternativa operatività della legge nazionale di attuazione della decisione quadro 2008/909/GAI. Ciò, in particolare, sarebbe stato possibile solo risolvendo un ulteriore interrogativo, vale a dire se l'art. 28, § 2, dell'atto *de quo* – che consente agli Stati membri di ritardare la sua applicazione a un arco temporale successivo – debba essere interpretato nel senso che sia valida una dichiarazione mirante a un tale effetto, emessa dopo l'adozione dell'atto. In caso di risposta negativa, pure in quest'ultima ipotesi – aveva precisato il giudice – sarebbe stato necessario risolvere il quesito sull'eventuale obbligo di disapplicazione della disciplina interna, qualora non suscettibile di interpretazione conforme alla decisione quadro 2008/909/GAI.

Alla luce di quanto prospettato, la Corte ha, anzitutto, affrontato la seconda questione pregiudiziale. I Giudici hanno ritenuto che l'art. 28, § 2, della decisione quadro 2008/909/GAI debba essere interpretato in maniera restrittiva, poiché derogatorio rispetto al regime generale di operatività dell'atto. A questo punto, è stato constatato che la formulazione stessa della disposizione prevede espressamente che la dichiarazione dello Stato membro debba intervenire «al momento dell'adozione della [...] decisione quadro», cosicché non sarebbe possibile attribuire all'inciso una portata tale da considerare valida una manifestazione di volontà intervenuta successivamente.

Per quanto attiene, invece, alla prima questione posta dal giudice del rinvio, la Corte ha ripercorso la sua consolidata giurisprudenza, ricordando che il principio del primato del diritto dell'Unione non potrebbe condurre a eliminare la nota distinzione tra disposizioni dotate di effetto diretto e quelle che ne sono prive. Come noto, le decisioni quadro 2002/584/GAI e 2008/909/GAI – che vengono in rilievo nel caso di specie – appartengono a questa seconda categoria.

Pertanto, sulla scorta di tale premessa, i Giudici hanno ribadito che la vincolatività delle decisioni quadro implica per le autorità degli Stati membri un obbligo di interpretazione conforme della disciplina interna con le medesime (C. Giust., 16 giugno 2005, Pupino, C-105/03, punto 43). Al contrario, non sarebbe in alcun modo possibile una disapplicazione del diritto nazionale, qualora incompatibile.

La Corte ha poi rammentato che, per un verso, il principio dell'interpretazione conforme graverebbe su tutte le autorità, tra cui rientra, quindi, anche quella rappresentata da un Ministro. Per un altro verso, nell'ipotesi in cui quest'ultimo non si attenga a tale obbligo, ciò non dovrebbe in alcun modo rappresentare un ostacolo per il giudice di interpretare il diritto interno alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro, al fine di conseguire il risultato da questa perseguito. D'altronde, – è stato altresì sancito – quanto appena rilevato dovrebbe valere a maggior ragione con riferimento alla decisione quadro 2002/584/GAI. Infatti – hanno ricordato i Giudici – la decisione relativa all'esecuzione di un m.a.e. deve essere adottata da un'autorità giudiziaria che rispetta i requisiti inerenti a una tutela giurisdizionale effettiva, tra i quali è certamente inclusa la garanzia dell'indipendenza.

CORTE COSTITUZIONALE

di Wanda Nocerino

DIVERSA QUALIFICAZIONE DEL FATTO E ACCESSO ALLA SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO CON MESSA ALLA PROVA

(C. cost., sent. 29 maggio 2019, n. 131)

Il Gup del Tribunale ordinario di Catania solleva questione di legittimità costituzionale degli artt. 464-*bis*, comma 2 e 521, comma 1 c.p.p., nella parte in cui tali disposizioni «non prevedono la possibilità di disporre la sospensione del procedimento con messa alla prova ove, in esito al giudizio, il fatto di reato venga, su sollecitazione del medesimo imputato, diversamente qualificato dal giudice così da rientrare in uno di quelli contemplati dal primo comma dell'art. 168-*bis*», in violazione degli artt. 3 e 24, comma 2 Cost., dal momento che «la preclusione per l'imputato di accedere ad una modalità anticipata di definizione del procedimento sarebbe indubbiamente lesiva [del diritto di difesa] nonché priva di razionale giustificazione, non essendo riconducibile ad una libera scelta dell'imputato o ad una inerzia al medesimo addebitabile», determinando «una ingiustificata disparità di trattamento di situazioni identiche [...] giacché dipendente – piuttosto che da una scelta difensiva – dalla qualificazione giuridica del fatto di volta effettuata dal pubblico ministero».

La Consulta si pronuncia nel senso della non fondatezza delle questioni sollevate, sulla base del rilievo per cui la norma censurata ben avrebbe potuto essere diversamente interpretata alla luce della copiosa giurisprudenza di legittimità stratificatasi in materia.

Più nel dettaglio, la Corte precisa che, secondo un orientamento giurisprudenziale ormai condiviso, la celebrazione del giudizio di primo grado nelle forme del rito abbreviato non preclude all'imputato la possibilità di dedurre, in sede di appello, il carattere ingiustificato del diniego, da parte del giudice di primo grado, della richiesta di sospensione con messa alla prova (Cass., sez. IV, 8 ottobre 2018, n. 44888; sez. III, 2 luglio 2018, n. 29622).

Se, dunque, il giudice di appello investito dell'impugnazione contro una sentenza di condanna resa in sede di giudizio abbreviato è legittimato ad ammettere l'imputato alla sospensione del processo con messa alla prova allorché ritenga ingiustificato il diniego opposto dal giudice di primo grado a tale richiesta, *a fortiori* si deve ritenere che una simile possibilità debba essere riconosciuta al giudice di prime cure, allorquando – in esito al giudizio – riscontri che il suo precedente veto appaia ingiustificato in ragione della riqualificazione giuridica del fatto contestato (*ex art. 521, comma 1 c.p.p.*), sempre che l'imputato abbia richiesto il beneficio entro i termini indicati dall'art. 464-*bis*, comma 2 c.p.p.

D'altra parte, «[U]na tale soluzione risponde a ovvie ragioni di economia processuale, e segnatamente al fine di evitare la celebrazione di un giudizio in grado di appello finalizzato esclusivamente a consentire all'imputato di conseguire un risultato che ben potrebbe essergli assicurato dal giudice di primo grado, previa semplice revoca della precedente ordinanza di rigetto della richiesta di sospensione del processo con messa alla prova».

A parere della Consulta, dunque, il giudice *a quo* – anziché promuovere il giudizio di costituzionalità – avrebbe potuto non solo concedere il beneficio della sospensione del processo con messa alla prova direttamente in sede di udienza preliminare, previa riqualificazione del fatto contestato dal p.m. sulla base degli elementi probatori disponibili, ma avrebbe altresì potuto, una volta avvedutosi – in esito al giudizio abbreviato – dell'erronea qualificazione giuridica dei fatti contestati all'imputato, revocare il proprio precedente provvedimento di diniego della sospensione del processo con messa alla prova e ammettere conseguentemente al beneficio l'imputato che ne aveva fatto rituale richiesta entro i termini di cui all'art. 464-*bis* c.p.p.

In sostanza, la soluzione prospettata dalla Corte appare l'unica in grado di assicurare un risultato ermeneutico compatibile con i parametri costituzionali invocati dal giudice *a quo* e, in particolare, con il diritto di difesa: posto che la sospensione del processo con messa alla prova costituisce un vero e pro-

prio rito alternativo (Corte cost., sent. 27 aprile 2018, n. 91; sent. 26 novembre 2015, n. 240), il Giudice delle leggi ha ribadito, a più riprese, che la richiesta di riti alternativi rappresenta la più incisiva modalità attraverso cui esercitare tale prerogativa (*ex multis*, Corte cost., sent. 21 marzo 2018, n. 141), risultando lesiva del diritto in esame qualsiasi preclusione che ne limiti l'esercizio concreto tutte le volte in cui il sistema ammetta una *mutatio libelli* in sede dibattimentale (*ex plurimis*, Corte cost., sent. 11 aprile 2018, n. 82; sent. 5 luglio 2017, n. 206; sent. 25 giugno 2014, n. 184; sent. 5 dicembre 2014 n. 273; sent. 26 ottobre 2012, n. 237).

* * *

LA RINNOVAZIONE DIBATTIMENTALE A SEGUITO DI *MUTATIO IUDICIS*: MONITI E RIMEDI

(C. cost., sent. 29 maggio 2019, n. 132)

Con la pronuncia in commento si aggiunge un nuovo tassello all'intricato dibattito relativo alle distorsioni patologiche che la regola della rinnovazione del dibattimento, per quanto ispirata a nobili principi, vive quotidianamente nelle aule di giustizia.

Pur sancendo l'inammissibilità delle questioni formulate, la sentenza fornisce numerosi spunti di riflessione che coinvolgono i "massimi sistemi" dell'ordinamento costituito, fino ad offrire soluzioni e scenari inediti quali possibili rimedi alle distorsioni della prassi, che finiscono per svilire i nobili ideali sottesi all'istituto in esame.

La *quaestio de qua* tra origine dalla pronuncia del Tribunale di Siracusa che pone in discussione la legittimità costituzionale dell'obbligo di rinnovazione del dibattimento in caso di mutamento della persona fisica del giudice, allorché le parti non prestino il consenso all'utilizzabilità mediante lettura delle prove dichiarative precedentemente assunte.

In sostanza, il giudice remittente chiede alla Consulta di rispondere al seguente quesito: «se i medesimi siano costituzionalmente illegittimi in relazione all'art. 111 della Costituzione, se interpretati nel senso che ad ogni mutamento della persona fisica di un giudice, la prova possa ritenersi legittimamente assunta solo se i testimoni già sentiti nel dibattimento, depongano nuovamente in aula davanti al giudice persona fisica che deve deliberare sulle medesime circostanze o se invece ciò debba avvenire solo allorché non siano violati i principi costituzionali della effettività e della ragionevole durata del processo».

Come noto, la richiesta di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale si fonda sul combinato disposto degli artt. 525, comma 2, e 526, comma 1 c.p.p., i quali rispettivamente prevedono la partecipazione alla deliberazione della sentenza degli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento e il divieto di utilizzazione, ai fini della deliberazione, di prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento.

Il giudice *a quo* dubita, tuttavia, della legittimità costituzionale di tali disposizioni, lette in combinato disposto con l'art. 511 c.p.p., il quale prevede che la lettura dei verbali di dichiarazioni, contenute nel fascicolo del dibattimento, sia disposta solo dopo l'esame della persona che le ha rese, a meno che l'esame non abbia luogo.

Intanto, le norme censurate entrerebbero in conflitto con il principio della ragionevole durata del processo, di cui all'art. 111, comma 2 Cost., consentendo che, seguito di mutamenti del giudice-persona fisica, il processo debba ripartire ogni volta dall'apertura del dibattimento, finendo per «dilatare i tempi del processo sino ad una durata potenzialmente "infinita"». D'altra parte, il codice di rito vigente contempla diverse ipotesi di utilizzabilità, ai fini della decisione, di atti di natura probatoria formati davanti ad un diverso giudice, quali gli atti di cui si dà lettura ai sensi dell'art. 511 c.p.p., le risultanze dell'incidente probatorio di cui all'art. 392 c.p.p., nonché le prove acquisite in altro procedimento, ai sensi dell'art. 238 c.p.p. e, in tali casi, «è sufficiente che il giudice decidente sia il medesimo che ha assunto legittimamente le prove all'interno del dibattimento. Ne consegue che, in caso di mutamento del giudice-persona fisica, è necessario che il nuovo decidente assuma, in uno dei diversi modi previsti dal codice, le prove necessarie ai fini della decisione».

In forza di un'interpretazione logico-sistematica teleologicamente orientata, funzionale a garantire un equo bilanciamento tra i principi di oralità e immediatezza e il canone della ragionevole durata, sa-

rebbe preferibile, a parere del remittente, procedere solo eventualmente alla rinnovazione dell'istruzione, nel senso che una volta rispettato il principio del contraddittorio in sede della prima assunzione della prova dichiarativa, si rende doveroso ripetere l'escussione testimoniale solo ove «la durata del processo di primo grado non ecceda il limite di ragionevolezza, individuato dalla legge 24 marzo 2001, n. 89 (legge Pinto), fissato in tre anni».

In secondo luogo, il giudice *a quo* rileva che il riconoscimento incondizionato del diritto di chiedere la rinnovazione dell'escussione testimoniale possa contrastare con il principio di effettività del processo, di cui all'art. 111, comma 1 Cost. (Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 353), frustrando la piena ed effettiva attuazione della giurisdizione e realizzando, al contempo, un abuso del diritto (Cass., sez. un., 20 settembre 2011, n. 155), dal momento che, a fronte del mutamento spasmodico della composizione dei collegi giudicanti soprattutto nelle sedi periferiche, «il rispetto formale e categorico del principio dell'oralità determinerebbe l'impossibilità oggettiva di portare a termine il processo, con inevitabile pregiudizio delle ragioni delle persone offese e con enorme dispendio di attività processuali».

Le ragioni che sorreggono la scelta della Consulta si fondano, *in primis*, sul dato letterale delle disposizioni *de quibus* che, così come interpretate dal diritto vivente, delineano l'obbligo per il giudice di ripetere l'assunzione della prova dichiarativa ogni qualvolta muti la composizione del collegio giudicante, laddove le parti processuali non acconsentano alla lettura delle dichiarazioni rese dai testimoni innanzi al precedente organo giudicante (Cass., sez. un., 17 febbraio 1999, n. 2; sez. I, 4 novembre 1999, n. 12496; sez. I, 7 dicembre 2001, n. 17804; sez. I, 23 settembre 2004, n. 37537; sez. V, 7 novembre 2006, n. 3613; sez. V, sentenza 15 dicembre 2011, n. 46561; sez. V, 11 maggio 2017, n. 23015; sez. III, 14 dicembre 2018, n. 17692). D'altra parte tale orientamento è stato a più riprese confermato dalla giurisprudenza costituzionale (Corte cost., ord. 10 giugno 2010, n. 205; ord. 30 luglio 2008, n. 318; ord. 9 marzo 2007, n. 67; ord. 23 dicembre 2004, n. 418; ord. 14 marzo 2003; ord. 21 dicembre 2001, n. 431; ord. 11 dicembre 2001, n. 399; Corte cost., sent. 3 febbraio 1994, n. 17), con cui viene esclusa l'illegittimità costituzionale dell'obbligo di rinnovazione dibattimentale sulla base di un duplice rilievo.

Intanto l'onus di ripetizione istruttoria rappresenta «un insostituibile meccanismo di conformità del processo penale ai canoni di oralità e immediatezza» (Cass., sez. un., 17 febbraio 1999, n. 2), funzionali a preservare «la diretta percezione, da parte del giudice deliberante, della prova stessa nel momento della sua formazione, così da poterne cogliere tutti i connotati espressivi, anche quelli di carattere non verbale, particolarmente accentuati dal metodo dialettico dell'esame e del controesame, che possono ben rivelarsi utili nella valutazione di attendibilità del risultato probatorio, di cui il giudice deve dare conto compiutamente nella motivazione» (Corte cost., ord. 10 giugno 2010, n. 205; ord. 11 dicembre 2001, n. 399; ord. 21 dicembre 2001, n. 431).

In secondo luogo, sulla necessità del bilanciamento tra i summenzionati principi e il precetto della ragionevole durata del processo, la Corte costituzionale ha sempre rimesso al legislatore il compito di introdurre «presidi normativi volti a prevenire il possibile uso strumentale e dilatorio del diritto in questione» (Corte cost., ord. 30 luglio 2008, n. 318; ord. 9 marzo 2007, n. 67).

Sotto altro aspetto, la Consulta motiva la declaratoria di illegittimità in ragione del fatto che, anziché fare propria la propugnata interpretazione costituzionalmente orientata, il remittente solleva la questione di legittimità costituzionale, formulando un *petitum* alternativo nei confronti della Corte, chiamata, alternativamente, ad avallare tale interpretazione attraverso una sentenza di rigetto, ovvero a dichiarare illegittime le disposizioni censurate se interpretate secondo il diritto vivente.

Ciò appare sufficiente, ad opinione della Corte, a ritenere la questione inammissibile, richiamando le proprie precedenti decisioni nelle quali il dispositivo della pronuncia risulta il medesimo «in relazione ad un *petitum* in termini di irrisolta alternatività» (Corte cost., sent. 16 maggio 2013, n. 87), o comunque di fronte ad ordinanze di rimessione finalizzate «a conseguire un avallo alla propria interpretazione asseritamente *secundum constitutionem* delle disposizioni censurate» (*ex plurimis*, Corte cost., ord. 4 maggio 2017, n. 97; ord. 13 aprile 2016, n. 87; ord. 17 febbraio 2016, n. 33; ord., 26 maggio 2015, n. 92).

Dopo aver congruamente motivato la scelta di dichiarare l'inammissibilità delle questioni sollevate, la Corte dismette i panni di "mero" interprete del diritto e si confronta con la prassi, mostrando la capacità di coniugare il suo ruolo istituzionale con una pragmatica analisi della ricaduta concreta dei principi costituzionali nelle aule di giustizia

Più in particolare, rilevando l'incongruità dell'attuale disciplina con il diritto vivente, rivolge un monito agli operatori del diritto, al fine di "ammodernare" la regola pretoria della rinnovazione dibat-

timentale che finisce per rappresentare un viscido tentativo di prolungamento dei tempi del processo penale e, di conseguenza, svilire il principio di oralità e di immediatezza sotteso alle norme processuali che a quegli istituti danno corpo.

Di qui, secondo il giudice delle leggi, sarebbe auspicabile, in un'ottica di leale cooperazione tra poteri dello Stato, l'introduzione di rimedi strutturali «in grado di ovviare agli inconvenienti evidenziati, assicurando al contempo piena tutela al diritto di difesa dell'imputato».

In sostanza, la Corte richiede al legislatore un intervento "mirato" atto all'introduzione di ragionevoli deroghe alla regola dell'identità tra giudice avanti al quale si forma la prova e giudice che decide, in ragione del fatto che il diritto della parte alla nuova audizione dei testimoni di fronte al nuovo giudice o al mutato collegio «non è assoluto, ma "modulabile" (entro limiti di ragionevolezza) dal legislatore» (Corte cost., ord. 10 giugno 2010, n. 205), restando ferma – in particolare – la possibilità per il legislatore di introdurre «presidi normativi volti a prevenire il possibile uso strumentale e dilatorio» del diritto in questione (Corte cost., ord. 30 luglio 2008, n. 318; ord. 9 marzo 2007, n. 67).

D'altro canto, la soluzione prospettata non rappresenterebbe un *novum* nel panorama giurisprudenziale europeo che pur sembra muoversi nella medesima direzione: la stessa Corte Europea, infatti, non assolutizza il principio dell'immediatezza, che può essere sottoposto a ragionevoli deroghe, purché siano adottate misure appropriate per assicurare che il nuovo giudice abbia una piena conoscenza del materiale probatorio (*ex multis*, Corte e.d.u., 27 settembre 2007, *Reiner et all. v. Romania*, § 74; 30 novembre 2006, *Greco v. Romania*, § 72; 2 dicembre 2014, *Cutean v. Romania*, § 61; 6 dicembre 2016, *Škaro v. Croazia*, § 24; 10 febbraio 2005, *Graviano v. Italia*, §§ 39-40; 9 luglio 2002, *P. K. c. Finlandia*).

Ma non basta. La Corte, infatti, si spinge fino all'individuazione di possibili soluzioni *de jure condendo* che consentano di garantire un bilanciamento tra i principi in gioco.

Tra questi, l'auspicabile concentrazione temporale dei dibattimenti, sì da assicurarne idealmente la conclusione in un'unica udienza o in udienze immediatamente consecutive, ovvero il ricorso – quanto meno nei procedimenti più articolati – alla videoregistrazione generalizzata dei dibattimenti penali, al fine di consentire al giudice subentrante di poter apprezzare, con parificabile grado di immediatezza, l'assunzione delle prove in dibattimento, «ferma restando la possibilità per il giudice di disporre, su istanza di parte o d'ufficio, la riconvocazione del testimone avanti a sé per la richiesta di ulteriori chiarimenti o l'indicazione di nuovi temi di prova, ai sensi dell'art. 506 c.p.p.».

L'indiscussa rilevanza della pronuncia in commento sembra trovare conferma nella recentissima sentenza della Suprema corte di Cassazione che, nella sua composizione più autorevole, tenta di fornire una nuova interpretazione alla regola della rinnovazione dibattimentale, prevedendo che «[P]er il principio di immutabilità di cui all'art. 525 c.p.p., il giudice che procede alla deliberazione finale deve essere lo stesso che ha disposto l'ammissione della prova; non di meno, i provvedimenti in tema di ammissione della prova si intendono confermati se non espressamente modificati o revocati; a seguito della rinnovazione del dibattimento, il consenso delle parti alla lettura ex art. 511 c.p.p., degli atti assunti dal collegio in diversa composizione non è necessario quando la ripetizione dell'esame, già svolto dinanzi al giudice diversamente composto, non abbia avuto luogo in mancanza di richiesta della parte che ne aveva domandato l'ammissione oppure perché non ammessa o non più possibile» (Cass., sez. un., 30 maggio 2019, informazione provvisoria).

In questo contesto, la pronuncia della Corte costituzionale funge da pietra miliare per un ripensamento dell'istituto alla luce dei principi costituzionali e convenzionali, fornendo alla Suprema Corte, nella redazione dei motivi, l'occasione per consegnare ai giudici di merito un'autorevole reinterpretazione complessiva della regola della rinnovazione dibattimentale.

* * *

LA LEGITTIMITÀ DEI NUOVI CRITERI PER LA DETERMINAZIONE DELL'AMMONTARE DELLA PENA PECUNIARIA NEI PROCEDIMENTI PER DECRETO

(C. cost., sent. 21 giugno 2019, n. 155)

A distanza di pochi mesi dall'entrata in vigore della l. 23 giugno 2017, n. 103, il Tribunale ordinario di Macerata e quello di Termini Imerese dubitano della legittimità costituzionale del novellato art. 459,

comma 1-*bis* c.p.p., in riferimento agli artt. 3, 27 e 111 Cost., «nella parte in cui prevede che ai fini della determinazione dell'ammontare della pena pecuniaria in sostituzione di una pena detentiva il giudice deve tener conto della condizione economica complessiva dell'imputato e del suo nucleo familiare e che comunque il valore giornaliero non può essere inferiore alla somma di euro 75 di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva e non può superare di tre volte tale ammontare».

Il giudice delle Leggi, a fronte della sovrapposibilità delle *quaestiones* prospettate, dispone la riunione dei giudizi e propende per la non fondatezza delle questioni sollevate, soffermandosi, in particolare, sulla compatibilità e sulla tenuta della nuova disposizione rispetto ai canoni costituzionali.

Intanto, la Consulta rileva che non sussiste alcuna violazione della disposizione censurata in relazione al principio di eguaglianza, dal momento che, come evidenziato a più riprese dalla giurisprudenza costituzionale (*ex plurimis*, Corte cost., sent. 8 marzo 2019, n. 40 del 2019; sent. 25 settembre 2018, n. 222; sent. 10 novembre 2016, n. 236), il legislatore «gode di ampia discrezionalità, in materia di determinazione dei trattamenti sanzionatori e disciplina degli istituti processualpenalistici», con il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle opzioni prescelte.

Con riferimento al rito in esame, la giurisprudenza di legittimità ha più volte ribadito che «il giudice è vincolato alla misura della pena detentiva richiesta dal pubblico ministero, ma può discostarsi da tale richiesta quanto al tasso giornaliero utilizzato per la sua conversione in pena pecuniaria, ovviamente all'interno della forbice [...] individuata dal legislatore» (Cass., sez. III, 29 marzo 2018, n. 22458; sez. VI, 27 giugno 2018, n. 41596; sez. III, 11 dicembre 2018, n. 12272).

Più in particolare, la scelta di introdurre un criterio di ragguaglio più favorevole tra pena detentiva e pena pecuniaria, consentendo di determinare entro una forbice piuttosto ampia il tasso di conversione giornaliero della pena detentiva in sede di decreto penale di condanna, risulta funzionale ad incentivare il ricorso al rito speciale, costituendo «la risposta del legislatore alle esigenze emerse nella prassi, calibrate sulle specificità del procedimento per decreto».

D'altra parte, la gradazione della sanzione pecuniaria in ragione delle condizioni economiche dell'imputato e del suo nucleo familiare, risulta congeniale a rafforzare la tutela concessa *ex art. 3 Cost.*, realizzandone «il fine di evitare un'impropria parificazione di situazioni e condizioni tra loro diverse [...] dal momento che l'impatto "esistenziale" di sanzioni pecuniarie di identico importo può essere in concreto assai diverso, secondo le differenti condizioni dell'autore; di talché proprio tali differenti condizioni economiche giustificano la commisurazione di sanzioni di diversa entità, pur a fronte di illeciti di pari gravità».

In relazione alla violazione del *dictum* di cui all'art. 27 Cost., la Consulta afferma che, proprio la necessità di considerare anche le condizioni economiche del nucleo familiare dell'imputato risulta funzionale a rafforzare il principio della personale responsabilità del soggetto, in quanto «sembra evidente come l'impatto della sanzione pecuniaria sia diverso a seconda della sussistenza o meno di oneri di mantenimento di altri componenti del nucleo familiare privi di proprie risorse».

Infine, a parere della Corte risulta altrettanto infondato il dubbio di costituzionalità in relazione alla ragionevole durata del processo, di cui all'art. 111 Cost., dal momento che le attività istruttorie ulteriori derivano dall'esigenza di personalizzare ed individuare la risposta sanzionatoria.

Al riguardo, il Giudice delle leggi ha richiamato la propria giurisprudenza costituzionale, ribadendo che possono arrecare un *vulnus* a quel principio solamente le norme che comportino una dilatazione dei tempi del processo non sorrette da alcuna logica esigenza (*ex plurimis*, Corte cost., sent. 27 aprile 2018, n. 91; sent. 29 gennaio 2016, n. 12; sent. 27 febbraio 2015, n. 23; sent. 5 marzo 2009, n. 63; sent. 23 febbraio 2009, n. 56). Ma in questo caso – ha concluso la Corte costituzionale – il contenuto dispendioso di attività istruttorie supplementari risulta congruamente giustificato dall'evidente beneficio in termini di "personalizzazione" della risposta sanzionatoria assicurato dalla disposizione in esame: qualunque automatismo rappresenta la spia di un sistema che si fida poco dei suoi giudici da negar loro anche quel limitato spazio di discrezionalità valutativa che risulta necessario al fine di adeguare la risposta penale alle esigenze contingenti.

* * *

IL DIRITTO ALL'EQUA RIPARAZIONE: L'EROSIONE DELL'ISTANZA DI ACCELERAZIONE QUALE CONDIZIONE DI PROPONIBILITÀ DELLA DOMANDA

(C. cost., sent. 10 luglio 2019, n. 169)

La Corte di Cassazione, II sez. civ., solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2-*quinquies*, lett. e), l. 24 marzo 2001, n. 89, c.d. "legge Pinto", nella parte in cui, «relativamente ai giudizi penali nei quali il termine di durata ragionevole di cui all'art. 2-*bis* [della medesima novella] sia superato in epoca successiva alla sua entrata in vigore, subordina, per la loro intera durata, la proponibilità della correlativa domanda di equa riparazione alla presentazione dell'istanza di accelerazione», in violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. in relazione agli artt. 6, par. 1, 13 e 46, par. 1, Cedu, «poiché la così introdotta condizione ostativa al riconoscimento dell'indennizzo in questione, nei confronti dei ricorrenti – imputati in processi penali protrattisi oltre il correlativo termine di ragionevole durata – violerebbe il diritto ad ottenere l'equa riparazione loro dovuta *ex lege* n. 89/2001, posto che l'istanza di accelerazione non è di per sé idonea a consentire una efficace sollecitazione della decisione di merito, risolvendosi nella mera dichiarazione di un interesse altrimenti già presente nel processo ed avente copertura costituzionale».

La Consulta propende per la fondatezza delle questioni sollevate, dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma censurata.

Prima di analizzare le ragioni che sorreggono il *dictum*, sembra opportuno precisare che il disposto di cui all'art. 2, comma 2-*quinquies*, lett. e), l. n. 89 del 2001 risulta implicitamente abrogato per effetto della legge 28 dicembre 2015, n. 208, c.d. "legge di stabilità 2016", dal momento che il disposto non viene riprodotto nel novellato articolo; tuttavia, la *quaestio* appare rilevante per questioni di diritto intertemporale, ovvero in relazione dell'applicabilità dello stesso nei giudizi *a quibus*.

Entrando nel merito, la *quaestio* non risulta un *novum* nel panorama giurisprudenziale: già la Corte e.d.u. aveva evidenziato un simile falla nel sistema nazionale (in particolare, Corte e.d.u., 2 giugno 2009, *Daddi contro Italia*; 22 febbraio 2016, *Olivieri e altri contro Italia*), tesi poi corroborata dal pressoché coevo intervento della Corte costituzionale con cui viene dichiarata l'illegittimità costituzionale di una norma analoga a quella ora in esame, ossia l'art. 54, comma 2, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, norma che, con riferimento al processo amministrativo, a sua volta prevedeva che la mancata presentazione della «istanza di prelievo» costituisse motivo di improponibilità della domanda di indennizzo *ex* "legge Pinto".

In quell'occasione la Corte, richiamando la consolidata giurisprudenza convenzionale stratificatasi sul tema (*ex multis*, Corte e.d.u., Grande Camera, 29 marzo 2006, *Scordino contro Italia*), ha chiarito che «la durata del procedimento diventi eccessivamente lunga, sono ammissibili, o addirittura preferibili, eventualmente in combinazione con quelli indennitari, ma solo se "effettivi" e, cioè, solo se e nella misura in cui velocizzino la decisione da parte del giudice competente. Alternativamente alla durata ragionevole del processo, il rimedio interno deve comunque allora garantire l'adeguata riparazione della violazione del precetto convenzionale».

Nell'occasione, in applicazione del su menzionato principio, la Consulta ha precisato che «l'istanza di prelievo [...] non costituisce un adempimento necessario ma una mera facoltà del ricorrente [...], con effetto puramente dichiarativo di un interesse già incardinato nel processo e di mera "prenotazione della decisione" (che può comunque intervenire oltre il termine di ragionevole durata del correlativo grado di giudizio), risolvendosi in un adempimento formale, rispetto alla cui violazione la, non ragionevole e non proporzionata, sanzione di improponibilità della domanda di indennizzo risulta non in sintonia né con l'obiettivo del contenimento della durata del processo né con quello indennitario per il caso di sua eccessiva durata».

La medesima considerazione sorregge anche il caso di specie, rappresentano la ragione della decisione di incostituzionalità: l'istanza di accelerazione, lungi dal rappresentare un adempimento necessario, configura quale mera facoltà dell'imputato e non ha efficacia acceleratoria del processo.

Pertanto – ha concluso la Corte – la mancata presentazione della suddetta istanza nel processo presupposto può eventualmente assumere rilievo (come indice di sopravvenuta carenza o non serietà dell'interesse al processo del richiedente) ai fini della determinazione del quantum dell'indennizzo *ex lege* n. 89 del 2001, ma non può condizionare la stessa proponibilità della correlativa domanda di equa riparazione, senza con ciò venire in contrasto con l'esigenza del giusto processo, per il profilo della sua ragionevole durata, e con il diritto ad un ricorso effettivo, garantiti dagli evocati parametri convenzionali, la cui violazione comporta, per interposizione, quella dell'art. 117, comma 1 Cost.

SEZIONI UNITE

di *Teresa Alesci*

È ESCLUSA L'AMMISSIBILITÀ DELLA CONTESTAZIONE "IN FATTO" DELLA FATTISPECIE AGGRAVATA DI FALSO IN ATTO PUBBLICO

(Cass., sez. un., 7 giugno 2019, n. 24906)

La Suprema Corte è stata chiamata a decidere sulla ammissibilità della contestazione in fatto della circostanza aggravante, relativa alla natura fidefacente dell'atto oggetto della condotta di falso, *ex art. 476, comma 2 c.p.* Per contestazione "in fatto" – secondo la Corte – si intende una formulazione dell'imputazione che non sia espressa nell'enunciazione letterale della fattispecie circostanziale o nell'indicazione della specifica norma di legge che la prevede ma riporti, in maniera sufficientemente chiara e precisa, gli elementi di fatto che integrano la fattispecie, consentendo all'imputato di averne piena cognizione e di esercitare adeguatamente il proprio diritto di difesa (Cass., sez. I, 8 febbraio 20177, n. 51260; Cass., sez. VI, 15 dicembre 2016, n. 4461). La Quinta sezione penale ha rimesso la questione alle Sezioni Unite, avendo riscontrato la presenza di due orientamenti contrastanti.

Secondo un primo indirizzo, la contestazione in fatto di tale aggravante non è ammissibile, poiché è necessario che l'addebito della fattispecie aggravata risulti nell'imputazione dalla indicazione specifica della violazione dell'art. 476, comma 2 c.p., ovvero, in mancanza di essa, quanto meno dall'uso di sinonimi o di formule linguistiche equivalenti al contenuto della previsione normativa (Cass., sez. III, 8 ottobre 2014, n. 6809; Cass., sez. V, 13 febbraio 2014, n. 12213), ovvero di elementi indicativi dell'efficacia fidefacente dell'atto ritenuto falso (Cass., sez. V, 18 aprile 2018, n. 30435). L'interpretazione è in linea con il diritto riconosciuto all'imputato, affermato anche dalla giurisprudenza europea (Corte edu, 11 dicembre 2017, Drassich c. Italia), di essere tempestivamente e dettagliatamente informato non solo dei fatti materiali posti a suo carico ma anche della qualificazione giuridica ad esso attribuita; per consentire un pieno ed effettivo esercizio del diritto di difesa, dunque, è indispensabile che la natura fidefacente dell'atto emerga chiaramente dall'imputazione.

Un diverso orientamento interpretativo, invece, ritiene sufficiente, ai fini del corretto esercizio del diritto di difesa, l'indicazione degli elementi fattuali della circostanza ovvero l'indicazione dell'atto in relazione al quale la condotta di falso è contestata (Cass., sez. V, 14 settembre 2016, n. 2712; Cass., sez. I, 12 marzo 2015, n. 24870). A sostegno di tale esegesi interpretativa, si sottolinea che la natura fidefacente dell'atto, ove emerge dalla descrizione dell'imputazione, rende prevedibile per la difesa la riqualificazione ad opera del giudice (Cass., sez. V, 20 settembre 2017, n. 55804).

Preliminarmente le Sezioni Unite ritengono necessario circoscrivere la questione della corretta contestazione all'imputato, in relazione alle circostanze aggravanti, non essendo pertinenti i richiami agli arresti giurisprudenziali in tema di qualificazione giuridica del fatto originariamente contestato. Il dato normativo è inequivocabile; l'art. 417, lett. b) c.p.p. include, fra gli elementi contenuti nella richiesta di rinvio a giudizio, «l'enunciazione in forma chiara e precisa» non solo del fatto ma anche delle circostanze aggravanti.

La Suprema Corte, nel condividere il primo orientamento giurisprudenziale, afferma che l'ammissibilità della contestazione in fatto delle circostanze aggravanti deve essere verificata caso per caso, in riferimento alla natura degli elementi costitutivi delle stesse. Se, infatti, la contestazione in fatto non solleva particolari problematiche di ammissibilità per le circostanze aggravanti, le cui fattispecie si esauriscono nella componente materiale, complessa appare la contestazione di quelle circostanze la cui previsione normativa prevede una componente valutativa. In tal caso, dunque, perché sia assicurato all'imputato il diritto di difesa, è indispensabile che la valutazione sia compiuta dal pubblico ministero nella formulazione dell'imputazione e sia sottoposta, poi, alla verifica giurisdizionale. Se tale valutazione non è esplicitata nella imputazione con la precisazione della ritenuta esistenza della fattispecie aggravata, la contestazione risulta priva dei requisiti di precisione e chiarezza.

Tali premesse argomentative conducono le Sezioni Unite ad affermare che la circostanza aggravante, di cui al comma 2 dell'art. 476 c.p., consti di un elemento valutativo, individuabile nella possibilità di qualificare l'atto come facente fede fino a querela di falso. Di conseguenza, la contestazione di tale circostanza non può ridursi all'indicazione del solo profilo oggettivo della circostanza (enunciazione dell'atto) ma deve estendersi alla componente valutativa.

In conclusione, le Sezioni Unite affermano il seguente principio di diritto: «Non può essere ritenuta in sentenza dal giudice la fattispecie aggravata del reato di falso in atto pubblico, ai sensi dell'art. 476, comma 2, cod. pen., qualora la natura fidefacente dell'atto considerato falso non sia stata esplicitamente contestata ed esposta nel capo di imputazione con la precisazione di tale natura o con formule alla stessa equivalente, ovvero con l'indicazione della norma di legge di cui sopra».

L'EFFETTIVA CONOSCENZA DEL PROCEDIMENTO PER L'IMPUGNAZIONE DELLA SENTENZA CONTUMACIALE EX ANTE L. 67/2014

(Cass., sez. un., 3 luglio 2019, n. 28912)

La questione rimessa alle Sezioni Unite concerne l'interpretazione della locuzione «effettiva conoscenza del procedimento», ai fini della restituzione nel termine per impugnare la sentenza contumaciale, ex art. 175, comma 2, c.p.p., nella formulazione antecedente alla modifica intervenuta con la legge n. 67 del 2014; in particolare, la Sezione rimettente segnala un contrasto interpretativo relativo alla latitudine concettuale della locuzione.

Secondo l'indirizzo maggioritario, l'effettiva conoscenza del procedimento, che impedisce la restituzione in termini per l'impugnazione della sentenza contumaciale, deve essere riferita alla conoscenza dell'accusa contenuta in un provvedimento formale di *vocatio in iudicium*, poiché solo in tal caso la rinuncia a comparire può ritenersi volontaria (Cass., sez. IV, 17 giugno 2009, n. 41860; Cass., sez. I, 16 gennaio 2009, n. 3746; Cass., sez. I, 24 giugno 2009, n. 29851; recentemente Cass., sez. I, 28 aprile 2016, n. 18549).

A tale indirizzo si contrappone una pronuncia della Corte di Cassazione, individuata dalla Sezione rimettente quale causa del contrasto giurisprudenziale, secondo cui la conoscenza del procedimento, rilevante per escludere la rimessione in termini, si realizza con la regolare notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, ai sensi dell'art. 415 *bis* c.p.p. (Cass., sez. II, 3 luglio 2013, n. 43452).

In via preliminare, la Suprema Corte ricostruisce l'evoluzione normativa in tema di partecipazione effettiva dell'imputato al processo penale. Nell'impostazione originaria del codice, la disciplina era contenuta dalla previsione contenuta nell'art. 175 c.p.p., relativa alla restituzione nel termine per impugnare la sentenza emessa in contumacia per l'imputato incolpevole. L'incompatibilità del sistema della restituzione in termini con i principi sanciti dall'art. 6 Cedu, sottolineata da due sentenze della Corte edu (Corte edu, 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia; Corte edu 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia), ha indotto il legislatore ad intervenire sulla disciplina con il d. l. n. 17 del 2005, convertito in l. n. 60 del 2005. Il nuovo impianto normativo assicura la prevalenza della conoscenza effettiva del processo rispetto alla formale regolarità della notifica, nonché il diritto incondizionato alla restituzione nel termine per impugnare la sentenza resa in contumacia.

Nel condividere l'esegesi offerta dall'orientamento maggioritario, le Sezioni Unite individuano alcuni profili di interesse. *In primis*, non è possibile adottare una interpretazione meramente letterale del termine "procedimento" accolta nell'art. 175, comma 2, c.p.p., poiché diversi indicatori confermano che il termine non è adottato in senso tecnico. Inoltre, irrilevante appare il tema della regolarità formale delle notifiche; il sistema di conoscenza legale, fondato sulla regolarità delle notifiche, non incide sull'effettiva conoscenza del procedimento. Di conseguenza, la regolare notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari non rappresenta una adeguata conoscenza ostativa alla restituzione nel termine. In linea con la giurisprudenza della Corte edu, la regolarità del processo presuppone che l'imputato sia stato citato personalmente o comunque informato della data e del luogo dell'udienza. Tale interpretazione è corroborata anche dall'abolizione dell'istituto della contumacia; il nuovo sistema dell'assenza consapevole, introdotto con la l. 47/2016, non si basa su diversi principi ma risolve diversamente le stesse esigenze. L'avviso ex art. 415 *bis* c.p.p., pur se portato a conoscenza dell'imputato personalmente, rappresenta una comunicazione fatta dal pubblico ministero rispetto all'accusa, priva di

qualsiasi indicazione in merito alle vicende successive del procedimento. Esso non garantisce «una sicura consapevolezza della pendenza del processo e una precisa cognizione degli estremi del provvedimento».

In conclusione, le Sezioni Unite affermano il seguente principio di diritto: «*ai fini della restituzione nel termine per impugnare la sentenza contumaciale ex art. 175, comma 2, cod. proc. pen., nella formulazione antecedente alla modifica intervenuta con la legge n. 67 del 2014, l'effettiva conoscenza del procedimento deve essere riferita all'accusa contenuta in un provvedimento formale di "vocatio in iudicium", non potendosi ritenere tale la conoscenza dell'accusa contenuta nell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, che non è di per sé sufficiente a garantire all'imputato anche quella del processo, sempre che quest'ultimo non abbia rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione e non si sia deliberatamente sottratto a tale conoscenza*».

È AMMISSIBILE L'IMPUGNAZIONE DELLA PARTE CIVILE CONTRO LA PRONUNCIA DICHIARATIVA DELLA PRESCRIZIONE

(Cass., sez. un., 3 luglio 2019, n. 28911)

Le Sezioni Unite sono state chiamate a dirimere la questione controversa relativa alla sussistenza dell'interesse della parte civile alla proposizione dell'impugnazione della sentenza di proscioglimento dichiarativa dell'estinzione del reato per prescrizione.

Secondo un primo indirizzo giurisprudenziale, l'ammissibilità dell'impugnazione della parte civile trova fondamento nell'art. 576 c.p.p. il cui ambito applicativo e funzionale risulta diverso da quello di cui all'art. 538 c.p.p. La prima norma, infatti, contempla la possibilità per la parte civile di impugnare, oltre ai capi della sentenza di condanna riguardanti l'azione civile, anche la sentenza di assoluzione, sebbene ai soli effetti della responsabilità civile e in assenza di gravame da parte del pubblico ministero. Nel consentire la richiesta di affermazione della responsabilità ai soli effetti civili, la disposizione rappresenta una deroga rispetto a quanto stabilito dall'art. 538 c.p.p., secondo cui la decisione sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno presuppone necessariamente una pronuncia di condanna (Cass., sez. II, 2 febbraio 2012, n. 9263; Cass., sez. III, 29 novembre 2018, n. 12255).

Un secondo indirizzo esegetico, invece, esclude la legittimazione della parte civile perché la dichiarata "primazia" dell'art. 538 c.p.p., impedendo al giudice di deliberare sulla domanda civile al di fuori dei casi di condanna, prevale sulla disposizione dell'art. 576 c.p.p. A sostegno di tale opzione interpretativa si pone la mancanza di effetti pregiudizievoli per la parte civile derivanti dalla sentenza di proscioglimento (Cass., sez. VI, 21 marzo 2013, n. 19540; Cass., sez. IV, 19 gennaio 2016, n. 3789).

Un indirizzo intermedio, in linea con il primo orientamento, riconosce alla parte civile l'impugnazione incondizionata delle sentenze di proscioglimento, con corrispondente potere del giudice di appello, accertata l'erroneità della declaratoria di prescrizione di primo grado, di deliberare *ex novo*, e con effetto retroattivo, sia pur solo agli effetti civili, sulla responsabilità dell'imputato. Tuttavia, il sindacato del giudice dell'impugnazione sarebbe possibile solo laddove l'erronea statuizione sia intervenuta per effetto e quale risultato di una valutazione nel merito (Cass., sez. VI, 13 marzo 2018, n. 21533).

La Suprema Corte rileva un ulteriore approccio esegetico, definito anch'esso intermedio, che circo-scrive il potere di impugnazione della parte civile, e il conseguente potere decisorio del giudice del gravame, alla sola rimozione dell'efficacia di giudicato rappresentata dalla sentenza di proscioglimento (Cass., sez. I, 8 gennaio 2015, n. 13941; Cass., sez. II, 7 ottobre 2016, n. 52195).

Le Sezioni Unite condividono l'indirizzo esegetico che ammette l'impugnazione proposta dalla parte civile avverso la sentenza di estinzione del reato per prescrizione. Dirimente appare il riferimento, nell'art. 576 c.p.p., alla legittimazione della parte civile all'impugnazione, ai soli effetti della responsabilità civile, contro le sentenze di proscioglimento pronunciate nel giudizio, categoria alla quale si ascrive anche la sentenza di estinzione del reato per prescrizione (Cass., sez. un., 29 maggio 2008, n. 40049).

In particolare, la Suprema Corte valorizza il riconoscimento, in capo al danneggiato, della possibilità di azionare la propria pretesa civilistica percorrendo, oltre alla via del giudizio civile, anche quella del giudizio penale. La parte civile, dunque, non solo è legittimata ad appellare la sentenza di proscioglimento per estinzione del reato a seguito di intervenuta prescrizione, derivando una tale legittimazione direttamente dalla previsione dell'art. 576 c.p.p., ma è anche portatrice di un concreto interesse a tale impugnazione, poiché, attraverso tale doglianza, mira ad ottenere il ribaltamento della prima pronun-

cia e l'affermazione, sia pur solo virtuale perché valorizzabile ai fini delle statuizioni civili, della responsabilità dell'imputato.

Dall'ammissibilità dell'appello della parte civile discendono due corollari: nel caso di giudizio che accerti la correttezza della decisione di primo grado, che abbia dichiarato l'estinzione del reato, essa resterebbe ferma, perché corretta la mancata decisione in ordine alla statuizione civili; se, invece, si riscontra la erroneità della ritenuta prescrizione, il giudice di appello, delibando "ora per allora" nel merito, in ordine alla sussistenza della responsabilità penale, dovrebbe, se ritenuta sussistente, decidere anche sulle statuizioni civili, secondo quanto previsto dagli artt. 538 e ss. c.p.p., indipendentemente dalla prescrizione eventualmente maturata in appello. Ne consegue l'ammissibilità del ricorso per cassazione con cui la parte civile lamenti l'erronea conferma, da parte del giudice d'appello, della dichiarazione di prescrizione già erroneamente affermata in primo grado. In tal caso, infatti, la concretezza dell'interesse all'impugnazione emerge dalla possibilità della parte civile di ottenere, per effetto della proposizione del ricorso, la condanna in sede civile al risarcimento dei danni e alle restituzioni in tempi più rapidi dell'ordinario e senza la necessità di iniziare *ex novo* il separato giudizio civile. L'accoglimento del ricorso della parte civile nei confronti della sentenza di proscioglimento, infatti, comporta l'annullamento della sentenza con rinvio al giudice civile competente per valore in grado di appello ex art. 622 c.p.p. (Cass., sez. VI, 21 gennaio 2014, n. 5888; Cass., sez. VI, 23 settembre 2015, n. 44685).

Tali argomentazioni conducono le Sezioni Unite ad affermare il seguente principio di diritto: «*Nei confronti della sentenza di primo grado che dichiara l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, così come contro la sentenza di appello che tale decisione abbia confermato, è ammessa l'impugnazione della parte civile che lamenti l'erronea applicazione della prescrizione*».

L'INCOMPETENZA PER I REATI ATTRIBUITI ALLA COGNIZIONE DEL GIUDICE DI PACE È RILEVABILE IN OGNI STATO E GRADO DEL PROCEDIMENTO

(Cass., sez. un., 3 luglio 2019, n. 28908)

Le Sezioni Unite sono state chiamate a risolvere il contrasto giurisprudenziale sorto circa l'esatta interpretazione dell'art. 48 del d.lgs. 274 del 2000, in relazione agli artt. 23 e 521 c.p.p. In particolare, la questione si compone di due nuclei problematici relativi all'ampiezza della disposizione contenuta nell'art. 48 cit., sia in riferimento alla disciplina del processo dinanzi al giudice di pace, sia nei suoi rapporti con le regole generali in materia di competenza previste dal codice di procedura penale.

In primo luogo, dunque, la risoluzione del contrasto presuppone l'individuazione della natura derogatoria della previsione contenuta nell'art. 48 cit. rispetto alla disciplina contenuta nell'art. 23, comma 2, c.p.p.; in secondo luogo, la Corte è chiamata a verificare se la regola in tema di incompetenza incontri dei limiti in caso di riqualificazione della fattispecie di reato.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, l'art. 48 cit. non deroga al regime generale previsto dagli artt. 21 e 23 c.p.p. sulla non rilevanza d'ufficio dell'incompetenza per materia per eccesso. Tale disposizione, nell'esegesi offerta da tale indirizzo, si limita a prevedere che l'incompetenza per materia in favore del giudice di pace deve essere dichiarata con sentenza, con conseguente trasmissione degli atti al pubblico ministero e non direttamente al giudice di pace (Cass., sez. V, 27 marzo 2015, n. 25499; Cass., sez. V, 25 novembre 2016, n. 4673). In mancanza di espressa eccezione formulata dalla parte entro il termine di decadenza stabilito dall'art. 491 c.p.p., l'incompetenza del Tribunale non può essere rilevata d'ufficio dal giudice di legittimità, non sussistendo alcuna nullità (Cass., sez. V, 22 gennaio 2014, n. 15727; Cass., sez. III, 12 giugno 2008, n. 31484).

L'orientamento prevalente incontra poche eccezioni; in una occasione, la Suprema Corte ha annullato senza rinvio la sentenza del Tribunale che aveva condannato l'imputato per un reato di competenza del giudice di pace, disponendo la trasmissione degli atti al pubblico ministero ai sensi dell'art. 48 cit. (Cass., sez. III, 2 marzo 2010, n. 12636).

Ricostruiti i termini del contrasto, le Sezioni Unite chiariscono la portata applicativa dell'art. 48 cit.; la disposizione, infatti, si discosta dalle previsioni contenute nel codice di procedura penale secondo cui l'incompetenza del giudice superiore può essere rilevata soltanto entro determinati termini di decadenza; il minor rigore della disciplina codicistica risulta giustificato dalla minore gravità della violazione rispetto alla incompetenza per difetto. Diversamente, la disciplina introdotta dall'art. 48 cit. risulta de-

terminata dalla specificità della giurisdizione onoraria e dalla peculiarità del procedimento dinanzi al giudice di pace, volto al soddisfacimento delle esigenze deflattive attraverso un diverso modello di composizione del dissidio interindividuale.

Secondo la Suprema Corte, la disposizione pone una deroga alla disciplina codicistica di cui all'art. 23, comma 2 c.p.p., come sostenuto già in diverse pronunce della Corte costituzionale (Corte cost., 252 del 2010; Corte cost., 318 del 2010; Corte cost., 144 del 2011). L'art. 48 cit. contiene una previsione speciale e derogatoria rispetto all'impianto codicistico, in linea con la clausola di salvezza contenuta nell'art. 2, comma 1 d.lgs. 274 del 2000, che rinvia alle norme del codice di procedura penale, "in quanto applicabili".

Secondo la Suprema Corte, tuttavia, la deroga non è assoluta ma deve essere contemperata con le diverse vicende che possono intervenire nel corso del processo. In particolare, in riferimento all'ambito applicativo dell'art. 48 cit., si deve verificare la compatibilità della deroga con il principio della *perpetuatio iurisdictionis*. La disposizione di cui all'art. 48 non può ricevere una applicazione rigida ed automatica; la tutela della specificità della giurisdizione di pace deve essere bilanciata con il principio di ragionevole durata del processo e non con il principio della precostituzione del giudice. Di conseguenza, se la competenza del giudice ordinario è stata individuata correttamente nel rispetto delle disposizioni processuali e, solo successivamente, per effetto di una diversa qualificazione giuridica, determinatasi nel corso del processo a seguito di situazioni sopravvenute, dovute ad acquisizioni probatorie o a modificazioni del rapporto processuale, si realizza una derubricazione della fattispecie di reato, attribuibile alla cognizione del giudice di pace, resta ferma la competenza del giudice ordinario in relazione al residuo reato del giudice di pace, in attuazione del principio della *perpetuatio competentiae*.

In conclusione, si afferma il seguente principio di diritto: «L'incompetenza a conoscere dei reati appartenenti alla cognizione del giudice di pace deve essere dichiarata dal giudice togato in ogni stato e grado del processo, ai sensi del D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, art. 48, disposizione che deroga al regime previsto dall'art. 23 c.p.p., comma 2, sulla rilevabilità dell'incompetenza per materia c.d. in eccesso entro precisi termini di decadenza; tuttavia nel caso in cui il giudice togato riqualifichi il fatto in un reato di competenza del giudice di pace, resta ferma la sua competenza per effetto del principio della *perpetuatio iurisdictionis*, purché l'originario reato gli sia stato attribuito nel rispetto delle norme sulla competenza per materia e la riqualificazione sia un effetto determinato da acquisizioni probatorie sopravvenute nel corso del processo».

LA COMPETENZA FUNZIONALE DEL GIUDICE DI PACE IN CASO DI CONNESSIONE

(Cass., sez. un., 3 luglio 2019, n. 28909)

La Corte di Cassazione è intervenuta su un ulteriore profilo di criticità che investe l'ambito applicativo dell'art. 48 del d.lgs. 274 del 2000. In particolare, la Sezione rimettente rappresenta la sussistenza di un contrasto interpretativo sulla competenza funzionale del giudice di pace, in relazione alla ritenuta mancanza del vincolo della connessione originaria ovvero determinata successivamente dalla emissione di una sentenza di assoluzione in favore del reato più grave.

Secondo un primo indirizzo, il giudice togato è tenuto a dichiarare in ogni stato e grado del processo la sua incompetenza in favore del giudice di pace, solo quando si tratta di reati in origine di competenza del giudice di pace e giudicati dal giudice superiore per effetto della attrazione della competenza esercitata dal reato più grave, per il quale intervenga pronuncia di proscioglimento in appello (Cass., sez. V, 26 aprile 2017, n. 37207). Un diverso orientamento giurisprudenziale, invece, ritiene recessiva la questione della rilevabilità della incompetenza per mancanza del requisito della connessione secondo la previsione dell'art. 48 cit., rispetto a quella del mancato rispetto dei termini per eccepire l'incompetenza previsti dagli artt. 23 e 521 c.p.p. (Cass., sez. III, 5 febbraio 2014, n. 21257; Cass., sez. V, 16 luglio 2014, n. 42827).

Le Sezioni Unite ripropongono le medesime argomentazioni già sostenute nella sentenza n. 28908 e risolvono un diverso aspetto della questione, relativo all'ipotesi in cui il giudice ordinario conosca dei reati appartenenti alla competenza del giudice di pace per effetto della connessione. L'art. 6 del d.lgs. 274 del 2000 disciplina l'unica ipotesi rilevante di connessione nel procedimento innanzi al giudice di pace, che si realizza allorquando un soggetto, con una unica azione, viola più norme incriminatrici ricomprese nella competenza del giudice di pace e di altri giudici ordinari. In tal caso, solo il concorso

formale di reati può dar luogo alla connessione, con esclusione delle diverse ipotesi contemplate dall'art. 12 c.p.p. L'art. 6 cit., in quanto norma speciale, prevale sulle norme generali del codice di rito (Cass., sez. I, 19 marzo 2008, n. 14679).

Se, dunque, la competenza per connessione del giudice ordinario è stata individuata correttamente, nel rispetto delle disposizioni processuali, comprese quelle previste dall'art. 6 cit., il venir meno del reato più grave, per effetto di una assoluzione parziale, che determini la mancanza del vincolo di connessione, non comporta l'applicabilità dell'art. 48 cit. La competenza resta radicata in capo al giudice ordinario, in virtù del principio della *perpetuatio competentiae*; a sostegno di tale ricostruzione ermeneutica, le Sezioni Unite pongono anche l'art. 63 del d.lgs. 274 del 2000 secondo cui quando il giudice ordinario è competente a giudicare dei reati indicati dall'art. 4 d.lgs. cit., deve applicare le sanzioni del giudice di pace.

Le Sezioni Unite, dunque, affermano il seguente principio di diritto: *Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno affermato che l'incompetenza a conoscere dei reati appartenenti alla cognizione del giudice di pace deve essere dichiarata dal giudice togato in ogni stato e grado del processo, ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, disposizione che deroga al regime previsto dall'art. 23, comma 2, cod. proc. pen., che consente la rilevabilità dell'incompetenza per materia c.d. in eccesso entro precisi termini di decadenza; tuttavia, nel caso in cui il giudice togato conosca del reato del giudice di pace per essere venuto meno il vincolo di connessione, resta ferma, per effetto del principio della "perpetuatio iurisdictionis", la sua competenza, purché in origine correttamente individuata.*

DECISIONI IN CONTRASTO

di Giada Bocellari

L'ESTENSIBILITÀ *ERGA OMNES* DELLA SENTENZA CEDU CONTRADA AL VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE

(Cass., sez. VI, 17 maggio 2019, n. 21767)

Con l'ordinanza in commento, la Suprema Corte ha rimesso alle Sezioni Unite la controversa questione dell'efficacia della sentenza Corte e.d.u. del 14 aprile 2015 pronunciata sul caso Contrada e, segnatamente, sulla estensibilità della stessa nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione, quanto alla prevedibilità della condanna (per concorso esterno in associazione mafiosa), chiedendo, altresì, di chiarire, laddove fosse necessario conformarsi al *dictum*, il tipo di rimedio applicabile.

La pronuncia in esame – che con tutta probabilità diventerà punto di riferimento per gli operatori del diritto, in quanto offre una sintesi autorevole, completa ed esaustiva delle problematiche connesse all'efficacia delle sentenze della Corte e.d.u. e non solo con riferimento al caso Contrada – fornisce un quadro chiaro del contrasto venutosi a creare nella giurisprudenza di legittimità in ordine alle questioni rimesse al vaglio delle Sezioni Unite e sopra richiamate.

Secondo un primo orientamento (Cass., sez. I, 11 ottobre 2016, n. 44193; Cass., sez. I, 10 aprile 2017, n. 53610), infatti, l'unico principio estensibile *erga omnes* della sentenza Cedu sul caso Contrada sarebbe quello del *deficit* strutturale rinvenuto nel sistema italiano sulla prevedibilità della sanzione per la condotta di natura agevolativa, a fronte dell'incertezza sulla qualificazione giuridica del fatto nel concorso esterno in associazione mafiosa sino alla pronuncia a Sezioni Unite del 1994. Tuttavia, il deficit rilevato dalla Corte e.d.u. non sarebbe oggettivo, ma andrebbe valutato *soggettivamente*, attraverso taluni indicatori (su tutti, la condotta processuale), che rivelino se *in concreto* la pena fosse prevedibile per il soggetto; di conseguenza, lo strumento da attivare non sarebbe l'incidente di esecuzione (che non comporta la possibilità di tale verifica, non essendoci la riapertura del processo), bensì la revisione c.d. "europea", che, dunque, potrebbe concludersi diversamente a seconda della posizione soggettiva del condannato.

Vi è, poi, un secondo orientamento giurisprudenziale (Cass., sez. I, 12 gennaio 2018, n. 8661; Cass., sez. I, 12 giugno 2018, n. 36505; Cass., sez. I, 12 giugno 2018, n. 36509; Cass., sez. I, 4 dicembre 2018, n. 37; Cass., sez. I, 19 febbraio 2019, n. 15574; Cass., sez. V, 3 ottobre 2018, n. 55894 e anche Cass., sez. I, 27 febbraio 2019, n. 13856) secondo il quale nella sentenza Cedu sul caso Contrada non vi sarebbero, invece, principi generali da applicare al di fuori del singolo caso concreto, in conformità al disposto dell'art. 46 Cedu, tanto più che la decisione della Corte Europea *de qua* si sarebbe basata su un presupposto erroneo, ovvero su un'asserita natura "giurisprudenziale" della fattispecie del concorso esterno in associazione mafiosa (atteso che, viceversa, il sistema penale nazionale si ispira al modello di legalità formale ed ai principi di legalità e tassatività).

L'ordinanza in commento, invero, apre la strada ad un terzo – e decisamente più condivisibile – orientamento interpretativo, ritenendo di rilevare profili di criticità in entrambi quelli innanzi citati. Muovendo da un'attenta lettura della sentenza Cedu Contrada (che viene, peraltro, analiticamente presa in esame nelle premesse), la Suprema Corte chiarisce (frapponendosi, così, al secondo orientamento menzionato) che tale pronuncia rivelerebbe, nel percorso argomentativo, di aver ben inteso che la fonte del precetto avesse la sua base legale nel codice penale ed avrebbe inteso, invece, di "creatura giurisprudenziale" (con la pronuncia a Sezioni Unite del 1994) solo il risultato della combinazione, in precedenza inedita, di due fattispecie incriminatrici (l'art. 110 c.p. e l'art. 416 bis c.p.).

Sempre secondo la pronuncia in commento, la Corte e.d.u. avrebbe, poi, evidenziato un deficit *oggettivo* del sistema nazionale, laddove la prevedibilità non risulterebbe valutata ponendosi nella prospettiva della colpevolezza del ricorrente (come, invece, vorrebbe il primo degli orientamenti *ut supra* citati), bensì *oggettivamente*, mediante un inequivocabile giudizio di insufficiente determinatezza e tipicità della norma prima del 1994, tanto da essere la sentenza Contrada citata dalla Corte nella "Guida all'in-

interpretazione dell'art. 7 Cedu" come tipologia di imprevedibilità derivante da uno sviluppo di una giurisprudenza consolidata dopo la commissione del reato. In definitiva, secondo questo terzo orientamento, la sentenza sul caso Contrada avrebbe inteso censurare *tout court* la qualità della base legale e della norma incriminatrice e della pena, dovendosi estendere, quindi, *erga omnes* il principio per cui la fattispecie di concorso esterno delineata dagli artt. 110 e 416 *bis* c.p. non potrebbe più trovare applicazione per i fatti commessi prima del cristallizzarsi dell'interpretazione di cui alle Sezioni Unite del 1994. In tal caso, parrebbe potersi concludere, sebbene la Suprema Corte non lo dica espressamente, che lo strumento più adatto da attivare ad opera di chi versi in un caso analogo a quello di Contrada dovrebbe essere quello dell'incidente di esecuzione.

ANCORA SUL RAPPORTO TRA ART. 131 BIS C.P. E ART. 34 D.LGS. 274/2000: L'INAPPLICABILITÀ DELL'ART. 651 BIS C.P.P. AI PROCEDIMENTI DAVANTI AL GIUDICE DI PACE E DEFINITI EX ART. 34 D.LGS. 274/2000

(Cass., sez. V, 11 giugno 2019, n. 25786)

La pronuncia in commento, discostandosi da un precedente orientamento giurisprudenziale, ritiene che la sentenza emessa dal giudice di pace ai sensi dell'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 – di esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto – non abbia efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo di danno, non potendo trovare applicazione l'art. 651 *bis* c.p.p.

Tale norma, infatti, statuisce che la sentenza penale irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno, ma risulta applicabile solo alla fattispecie di cui all'art. 131 *bis* c.p. e non anche a quella di cui all'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000.

La natura procedimentale dell'istituto di cui all'art. 34 cit. – limitandosi ad accertare la particolare tenuità del fatto e la non opposizione della persona offesa – non potrebbe giammai rivestire autorità di cosa giudicata nel giudizio civile per le restituzioni e il risarcimento, e ciò tanto che tale sentenza venga emessa in fase predibattimentale, tanto che venga pronunciata all'esito di un'istruttoria dibattimentale, atteso che questo tipo di pronuncia determina l'improcedibilità e non l'estinzione del reato (di qui l'interesse dell'imputato ad impugnarla per ottenere una pronuncia più favorevole, quale quella di estinzione del reato per remissione – implicita – di querela, come nel caso di specie).

Di diverso avviso – almeno parzialmente – altre pronunce antecedenti della Suprema Corte.

In un primo caso (Cass., sez. V, 8 marzo 2018, n. 32010), i giudici di legittimità hanno ritenuto applicabile l'art. 651 *bis* c.p. anche ad una sentenza pronunciata dal giudice di pace per particolare tenuità del fatto, ma vi è da precisare che tale sentenza era stata pronunciata ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. e non dell'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000.

In altri casi (Cass., sez. V, 16 ottobre 2017, n. 13801; Cass., sez. V, 28 giugno 2017, n. 38762), invece, seppur incidentalmente, la Suprema Corte ha inteso proprio assimilare i due istituti ai fini dell'efficacia del giudicato in sede civile per il risarcimento e le restituzioni, statuendo che, anche con riferimento alla declaratoria *ex art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000*, la parte civile potrebbe comunque ottenere il risarcimento in sede civile e non potrebbe vedersi riconosciuti, in caso di accoglimento del ricorso, effetti più vantaggiosi di quelli già previsti dall'art. 651 *bis* c.p.p., così ammettendo pacificamente l'applicabilità anche nei casi *de quibus*.

Secondo la sentenza in commento, tale orientamento non terrebbe conto, però, di quanto statuito dalle Sezioni Unite (Cass., sez. un., 22 giugno 2017, n. 53683) in ordine ai rapporti tra l'art. 131 *bis* c.p. e l'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, soprattutto per quanto concerne la profonda diversità della natura dei due istituti ed il diverso ruolo della persona offesa rispetto agli stessi. Diversità che giustificerebbe, in definitiva, l'inapplicabilità dell'art. 651 *bis* c.p. in ordine all'efficacia del giudicato *ex art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000* nel giudizio civile o amministrativo di danno.

RASSEGNA BIBLIOGRAFICA

di *Alessandra Sanna*

COMMISSIONE GIOSTRA, *IL PROGETTO DI RIFORMA PENITENZIARIA, ROMA, NUOVA EDITRICE UNIVERSITARIA, 2019, PP. 1-650.*

Il volume da conto del lungo e intenso lavoro volto alla progettazione di un disegno organico di riforma della fase dell'esecuzione penale, che ha trovato solo un marginale sbocco legislativo. Il percorso muove dall'attività degli Stati generali dell'esecuzione penale – vero laboratorio culturale – composto da professori, magistrati, avvocati, operatori penitenziari, rappresentanti di associazioni, professionisti, ministri di culto, istituito tra il 2015 e il 2016 presso il Ministero della giustizia. Ci si proponeva così di accompagnare, sul versante culturale e scientifico, l'iter parlamentare del disegno di legge-delega, oggi definitivamente legge, e di sensibilizzare l'opinione pubblica su temi tradizionalmente estranei al sentire collettivo. Sarà poi la stessa volontà politica a sostenere il percorso legislativo sfociato nella l. 103/2017, pur non riuscendo a impedire che, nel corso del suo tormentato iter, la novella soffrisse incisive modifiche e ripensamenti, perdendo la coerenza della sua originaria impostazione. La delega aveva, infatti, posto le premesse per il varo della più importante riforma in materia penitenziaria dalla legge n. 354 del 1975, che già aveva concepito il detenuto come soggetto di diritti, con un ribaltamento del tradizionale assetto dei rapporti tra Amministrazione penitenziaria e detenuto.

La Commissione ministeriale, presieduta da Glauco Giostra, istituita in vista degli emanandi decreti delegati, ha assunto come punto di riferimento il contributo culturale degli Stati Generali, volto ad un riassetto dell'esecuzione penale in linea con le coordinate costituzionali. Così il progetto di riforma mira a responsabilizzare il condannato, per consentirgli di operare scelte consapevoli, evitando di sottoporlo, come accade oggi, a prassi «infantilizzanti» che ne minano l'autodeterminazione. Nel medesimo solco, si pone il rifiuto di presunzioni legali di irrecuperabilità sociale. Non si può, infatti, – come ha sottolineato a la Corte di Strasburgo – disconoscere al condannato (ad ogni condannato) il «diritto alla speranza», che implica il dovere degli Stati di prevedere un riesame destinato a «verificare se, durante l'esecuzione della pena, il detenuto abbia fatto dei progressi sulla via del riscatto».

Muovendo da tali premesse ideali si è sviluppato un complesso percorso di (ri)scrittura dell'intero corpus normativo sull'esecuzione penitenziaria, fino ad investire, talora, profili non propriamente giuridici (si pensi al ridisegno delle strutture architettoniche e, più in generale, dei «luoghi e spazi della pena»). L'obiettivo perseguito era, in sintesi, quello di una riforma che rivitalizzasse la funzione rieducativa della pena, anche attraverso la rinuncia dell'opzione carcere-centrica in favore di una più coraggiosa scelta di recupero del reo attraverso le misure di comunità.

Da questo punto di vista una particolare attenzione è stata dedicata al tema del lavoro nonché alle forme e ai modi delle attività riparative in favore della vittima del reato, capaci di operare in chiave ri-socializzante, mentre una serie di proposte miravano a favorire l'accesso alle misure alternative, abbattendo i tempi di decisione della magistratura di sorveglianza e creando corsie preferenziali alle decisioni favorevoli all'interessato (v. le modifiche all'art. 678 c.p.p.)

Nella stessa direzione, si è proposta un'estesa abrogazione delle numerose preclusioni alle misure extra-murarie che – in ragione del titolo di reato per cui il soggetto è stato condannato o per il suo status di recidivo – costellano la legge penitenziaria. Lo spostamento del baricentro dell'esecuzione penale verso le sanzioni di comunità è stato, peraltro, accompagnato da una selettiva rimodulazione dei presupposti per la loro concessione e delle modalità per assicurare il rispetto delle prescrizioni imposte

La Commissione si dimostra ben consapevole dei limiti del lavoro licenziato e sottoposto agli interlocutori istituzionali. S'allude *in primis* alla necessaria revisione del sistema sanzionatorio la cui assenza inibisce l'impatto di una riforma intesa ad emancipare l'ordinamento penitenziario dal compito di rimediare, *in executivis*, alle ricadute nocive del primato accordato alla pena detentiva. D'altro canto, le speranze di successo delle modifiche progettate erano affidate alla volontà politica di operare gli indi-

spensabili investimenti, in materiali e risorse umane, sì da rimediare alle ataviche carenze di personale degli Uepe e degli Uffici di sorveglianza.

Ed era, altresì, forte la consapevolezza che sarebbero stati decisivi, dal punto di vista del successo della riforma, i risultati che gli Stati Generali si proponevano di conseguire nella sensibilizzazione dell'opinione pubblica rispetto ai problemi legati al carcere e all'esecuzione penale. Soltanto se i cittadini avessero compreso il valore di civiltà sotteso al rispetto dei diritti delle persone detenute e all'esigenza del loro recupero sociale, le proposte in cantiere avrebbero avuto la possibilità di realizzarsi e consolidarsi. Si temeva che il destino della stagione riformatrice dipendesse dal persistere della diffusa convinzione che solo il carcere e non anche le misure di comunità garantiscono la sicurezza dei cittadini. Idea distorta ma che affonda nel clima di insicurezza alimentato, troppo spesso, dagli organi dell'informazione e da politici spregiudicati. Oggi, alla luce della parabola involutiva del percorso riformatore, può dirsi che il pronostico si è purtroppo realizzato appieno. E tuttavia il frutto ideale di quel percorso, racchiuso nel volume, rappresenta un prezioso serbatoio cui attingere per tutti coloro che, a vario titolo impegnati nella fase dell'esecuzione, ne constatano quotidianamente l'endemica inadeguatezza rispetto allo *standard* di garanzie di matrice sovraordinata.

E. AMODIO, *A FUROR DI POPOLO. LA GIUSTIZIA VENDICATIVA GIALLOVERDE*, ROMA, DONZELLI, 2019, PP. 1-162.

L'autore ritiene che l'attuale maggioranza di governo esprima un nuovo modo di concepire la giustizia: il populismo penale, capace di travolgere i fondamenti della cultura giuridica moderna – da Beccaria alla Costituzione letta con la lente della Carta europea dei diritti umani – sotto la spinta della collera e di una insaziabile sete di vendetta. Nel vocabolario populista non vi è spazio per le tre parole sulle quali l'illuminismo giuridico riedificò il sistema di giustizia penale: razionalità, proporzionalità, dignità umana

Alla razionalità si sostituisce l'emotività delle vittime di reati; la proporzionalità della pena cede il posto a un estremismo sanzionatorio che pretende dal giudice pene sempre più aspre, al rispetto della dignità umana subentra la collera, che spinge a vedere nel delinquente un nemico da eliminare; il carcere, infine, diventa il luogo elettivo per segregare chi ha sbagliato, al fine di garantire al massimo la sicurezza collettiva.

Questo «grande falò» della cultura moderna, provoca un inesorabile slittamento verso la vendetta, come dimostrano i contenuti dei principali traguardi normativi raggiunti: la legittima difesa domiciliare, la legge «spazza-corrotti» con la nuova disciplina della prescrizione, la normativa che esclude dal rito abbreviato i reati puniti con la pena dell'ergastolo, la riforma dell'ordinamento penitenziario. L'autore rintraccia in ciascuna di queste riforme i segni identificativi del credo populista e si impegna ad analizzarli al fine di decifrare le vere mete del programma di governo in materia di politica criminale.

Si guardi alla legittima difesa domiciliare, ormai trasformata dall'ultima riforma in un fai-da-te punitivo che esalta il ruolo degli «onesti» come avanguardie di un popolo tanto coraggioso da sparare sulla soglia della casa o del negozio. Sul piano morale un abisso separa la nuova ritorsione domiciliare dalla legittima difesa tipica, improntata alla razionalità e alla moderazione, mentre con la nuova causa di non punibilità lo *status* del ladro viene degradato al rango di una cosa alla mercé dell'offeso. Risulta così evidente che la ritorsione domiciliare assume le caratteristiche di una forma di vendetta

Collera e vendetta guidano anche l'orientamento che punta alla massima estensione del diritto penale, respingendo ogni forma di depenalizzazione, promuovendo l'inasprimento delle pene ed elevando il carcere a suprema garanzia della sicurezza collettiva. Specularmente si boccia la discrezionalità dei giudici, definita «buonista», quando modella la pena sulla personalità dell'imputato, o «sabotatrice» della certezza della condanna, se proscioglie da reati minori e senza danno. Si spiega così come le forze di governo intendano cancellare le riforme realizzate nella precedente legislatura, quali il proscioglimento per tenuità del fatto o per l'adozione di condotte riparatorie. Insomma, è la sicurezza collettiva l'altare su cui viene immolato il garantismo e sacrificata persino la prescrizione del reato, bollata come un tradimento dei diritti delle vittime della criminalità.

Ma dal vocabolario populista sono rimosse anche le parole che esprimono l'esigenza di rieducare, reinserire o risocializzare. Solo il carcere, con la segregazione del condannato, è rimedio sicuro contro il pericolo di reiterazione che attenta alla sicurezza collettiva. Di qui i decreti delegati per la riforma dell'ordinamento penitenziario approvati nell'ottobre 2018: operazione di facciata dalla quale trapela la visione carcerocentrica del sistema penale.

Sull'onda del furore punitivo anche il processo viene sospinto verso le sabbie mobili della giustizia sommaria. In questa visione, i magistrati sarebbero un élite incapace di fronteggiare la criminalità con il pugno di ferro, finendo così per tradire i bisogni di sicurezza del popolo. Si apre a tal punto uno scenario dominato dall'incubo di una forte regressione: svilito il processo come baluardo garantistico per l'imputato, il populismo penale sembra lanciato verso una meta capace di travolgere tutti i pilastri della cultura moderna e progressista.

AA.VV., LA TUTELA PREVENTIVA E COMPENSATIVA PER I DIRITTI DEI DETENUTI, A CURA DI FABIO FIORENTIN, TORINO, GIAPPICHELLI, 2019, PP. 1-720.

L'introduzione nel nostro ordinamento penale di strumenti di tutela inibitoria e risarcitoria per la violazione della dignità umana delle persone sottoposte a detenzione (« rimedi preventivi » e « compensativi »), si deve alla Corte europea di Strasburgo che con la sentenza Torreggiani del 2013, nel condannare l'Italia per la violazione sistemica dell'art. 3 C.e.d.u. a causa delle condizioni di sovraffollamento delle carceri, ha constatato l'assenza nell'ordinamento italiano di uno strumento di tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto lesi dall'Amministrazione penitenziaria e ha quindi invitato il Governo italiano a predisporre uno adeguato. Il legislatore nostrano ha dunque varato la disciplina del reclamo giurisdizionale (art. 35-*bis* l. n. 354 del 1975) e dei rimedi risarcitori (art. 35-*ter* l. n. 354 del 1975), la quale presenta tuttavia molteplici nodi, subito tradottisi in incertezze applicative e orientamenti giurisprudenziali spesso difformi, se non addirittura contrastanti. Ma, soprattutto, i due rimedi non si dimostrano adeguati a fornire quell'efficace tutela dei diritti fondamentali delle persone detenute pretesa dalla Corte di Strasburgo. In particolare l'accesso al rimedio compensativo sembra escluso nei confronti di coloro che, pur essendo detenuti o internati al momento di presentazione dell'istanza, lamentano un pregiudizio derivante da condizioni detentive degradanti non più attuali.

Dinanzi a questa situazione di persistente assenza di tutela e di incertezza interpretativa, il volume recensito risulta particolarmente utile nel tracciare il quadro esauriente delle posizioni giurisprudenziali e delle voci dottrinali in materia. E altrettanto preziosi sono gli spunti forniti per una rivisitazione dei rimedi di matrice europea in linea con le sollecitazioni di Strasburgo, prima che un'altra, umiliante, decisione della Corte intervenga a colpire il nostro Paese.

AA.VV., UNA NUOVA LEGGE CONTRO LA CORRUZIONE. COMMENTO ALLA LEGGE 9 GENNAIO 2019, N. 3, A CURA DI R. ORLANDI E S. SEMINARA, GIAPPICHELLI, TORINO, 2019, PP. 1-392.

Il volume intende fornire il panorama delle disposizioni penali, processuali e amministrative entrate in vigore con legge 9 gennaio 2019, n. 3, nota nel mondo dei *mass-media* come « legge spazza-corrotti ».

L'ennesimo provvedimento contro la corruzione, il terzo nel breve volgere di sette anni, si pone nel solco repressivo dei precedenti. Sul versante del diritto penale la riforma s'incanala lungo molteplici direttrici, troppe perché possa individuarsi una linea guida unitaria: procedibilità per i reati commessi all'estero, prescrizione del reato, interdizione perpetua dai pubblici uffici, incapacità di contrattare in perpetuo con la pubblica amministrazione (cosiddetto DASPO per i corrotti) e la corrispondente misura cautelare, riabilitazione, sospensione condizionale, non punibilità per chi collabora con la giustizia.

Sul versante processuale, il filo conduttore sembra essere quello della progressiva attrazione dei più gravi reati corruttivi nell'area delle regole speciali riservate al crimine organizzato. Così si prevede l'uso mirato di agenti sotto copertura e, in virtù di un'apposita modifica dell'art. 266 comma 2-*bis* c.p.p., si ammette l'uso investigativo dei *trojan horses*. Allo stesso modo s'includono i delitti di corruzione fra quelli che ostacolano la concessione dei benefici penitenziari ai condannati che non collaborino con l'autorità giudiziaria.

Si introduce, per altro verso, un'inedita ipotesi di patteggiamento compatibile con l'applicazione della nuova pena accessoria dell'incapacità perpetua di contrattare con la pubblica amministrazione.

Chiude il volume l'analisi della disposizione circa gli obblighi incumbenti sui partiti ed associazioni politiche di rendere note le fonti di finanziamento. La materia, benché estranea all'area del penale, riceve un'opportuna attenzione all'interno dell'opera alla luce dei legami fra finanziamento e fenomeni corruttivi costantemente riscontrati nell'esperienza pratica.



Processo penale e giustizia n. 5 | 2019

Avanguardie in giurisprudenza

Cutting Edge Case Law

Necessaria l'autorizzazione della Camera di appartenenza per l'acquisizione di tabulati "casuali"

CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA 6 MARZO 2019, N. 38 – PRES. LATTANZI; REL. ZANON

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, della legge 20 giugno 2003, n. 140 (Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato), sollevata, in riferimento all'art. 68, terzo comma, della Costituzione, nella parte in cui prevede che il giudice debba chiedere alla Camera, alla quale il parlamentare appartiene o apparteneva, l'autorizzazione ad utilizzare i tabulati di comunicazioni relativi ad utenze intestate a terzi, venute in contatto con il primo.

[Omissis]

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, della legge 20 giugno 2003, n. 140 (Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato), promosso dal giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Bologna, nel procedimento penale a carico di C.A. G. e altri, con ordinanza del 3 maggio 2017, iscritta al n. 162 del registro ordinanze 2017 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 46, prima serie speciale, dell'anno 2017.

Visto l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri; udito nella camera di consiglio del 23 gennaio 2019 il Giudice relatore Nicolò Zanon.

RITENUTO IN FATTO

1. – Con ordinanza del 3 maggio 2017, il giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Bologna ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, della legge 20 giugno 2003, n. 140 (Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato), per violazione dell'art. 68, terzo comma, della Costituzione, nella parte in cui prevede che il giudice chieda alla Camera, alla quale il parlamentare appartiene o apparteneva, l'autorizzazione anche all'utilizzo dei tabulati telefonici acquisiti a carico di terzi.

1.1. – Riferisce il rimettente che, nel corso del procedimento penale nei confronti, tra gli altri, del senatore C.A. G., il pubblico ministero ha chiesto la fissazione dell'udienza prevista dall'art. 6 della legge n. 140 del 2003, affinché il GIP, valutata la necessità, richieda al Senato della Repubblica l'autorizzazione, tra l'altro, all'utilizzo dei tabulati del traffico telefonico delle utenze in uso ad alcuni indagati, nei quali compaiono contatti con il senatore C.A. G.

Premette ancora il rimettente che il pubblico ministero ipotizza a carico del senatore C.A. G. i reati di cui agli artt. 338, 336 e 326 del codice penale, aggravati dall'art. 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 (Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa), convertito, con modificazioni, in legge 12 luglio 1991, n. 203, che si assumono commessi in concorso con funzionari della Prefettura di Modena e di altre pubbliche amministrazioni, diversi soggetti privati, e A. B., imputato del reato di cui agli artt. 110 e 416-bis cod. pen. in altro procedimento.

Secondo l'accusa, il senatore C.A. G. si sarebbe avvalso della propria influenza politica e delle sue conoscenze all'interno della Prefettura di Modena, al fine di condizionare l'attività del Gruppo Interforze Ricostruzione Emilia Romagna (d'ora in avanti: GIRER), organo incaricato di svolgere l'istruttoria

preordinata alla formulazione dell'elenco degli appaltatori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, per le opere di ricostruzione nelle zone colpite dal sisma del 20 e 29 maggio 2012 (cosiddetta *whitelists*). In particolare – sempre secondo l'accusa – egli avrebbe svolto illecite pressioni perché tale organo modificasse gli orientamenti negativi già espressi nei confronti della B. C. srl e della ditta individuale di A. B., pur conoscendo i rapporti di quest'ultimo con M. B., esponente di spicco di un'associazione criminale.

Riferisce ancora il rimettente che l'attività di indagine è stata condotta, tra l'altro, attraverso operazioni di intercettazione telefonica e di acquisizione dei dati del traffico telefonico di diversi soggetti, alcuni dei quali in servizio presso la Prefettura di Modena, in base all'ipotesi che questi ultimi operassero come *trait d'union* tra i B. e il GIRER, per tentare di condizionarne l'azione. Alcuni di tali soggetti sarebbero risultati in contatto con il senatore C.A. G.

Ritenendo di poter acquisire da questi riscontri documentali elementi di prova a sostegno dell'accusa, il pubblico ministero ha chiesto al GIP di valutarne la «necessità», ai fini della richiesta di autorizzazione all'utilizzo secondo quanto disposto dall'art. 6, comma 2, della legge n. 140 del 2003.

1.2. – Nell'argomentare in punto di rilevanza, ricorda il rimettente che la disposizione censurata prevede che il GIP chieda l'autorizzazione all'utilizzo di intercettazioni o tabulati nei confronti del parlamentare qualora lo «ritenga necessario»; che, secondo la giurisprudenza costituzionale (sentenze n. 74 del 2013 e n. 188 del 2010), il criterio della «necessità» impone di indicare, «da un lato, le specifiche emergenze probatorie fino a quel momento disponibili e, dall'altro, la loro attitudine a fare sorgere la “necessità” di quanto si chiede di autorizzare»; che tale necessità deve essere «motivata in termini di non implausibilità», ossia di coerenza con l'impianto probatorio acquisito nel corso delle indagini.

Tanto premesso, ritiene il giudice a quo che le informazioni acquisite dall'esame dei tabulati dispieghino una indubbia coerenza funzionale rispetto all'ipotesi di accusa, secondo la quale il senatore C.A. G. avrebbe indebitamente speso la propria influenza per ottenere provvedimenti favorevoli all'impresa B. C. srl e all'impresa I., che della prima sarebbe mera replica, così turbando la regolare attività dell'organo collegiale. Poiché sulla base di tale indagine, sarebbero stati accertati plurimi rapporti tra A. B., il viceprefetto M. V. e il senatore C.A. G., il rimettente conclude di dover chiedere al Senato della Repubblica l'autorizzazione all'utilizzo dei dati contenuti nei tabulati acquisiti.

1.3. – Ritiene, tuttavia, il GIP del Tribunale di Bologna che l'art. 6, comma 2, della legge n. 140 del 2003 si ponga in contrasto con l'art. 68, terzo comma, Cost.

Quest'ultima disposizione – ricorda il rimettente – è volta a proteggere il parlamentare «da illegittime interferenze giudiziarie sull'esercizio del suo mandato rappresentativo» al fine di garantire la piena autonomia decisionale dell'assemblea legislativa, non, invece, l'interesse del singolo parlamentare in ipotesi pregiudicato dal compimento dell'atto, interesse che potrà trovare tutela in altre disposizioni di rango costituzionale (sul punto, sono menzionate le sentenze n. 74 del 2013 e n. 390 del 2007).

Nel contempo, esso introduce un regime differenziato di acquisizione della prova in ragione dello status di parlamentare, così derogando al principio di parità di trattamento rispetto alla giurisdizione, ossia a un principio che si colloca «alle origini della formazione dello Stato di diritto» (sentenza n. 24 del 2004). Ne dovrebbe logicamente conseguire – ad avviso del rimettente – che nella disciplina delle prerogative parlamentari il legislatore ordinario è «vincolato ad attuare il dettato costituzionale», restandogli invece «preclusa ogni eventuale integrazione o estensione» (sentenza n. 262 del 2009), dovendo l'art. 68 Cost. essere interpretato «nel senso più aderente al testo normativo» (così, ancora, sentenze n. 74 del 2013 e n. 390 del 2007). Ricorda ancora sul punto il giudice a quo che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 262 del 2009, ha specificamente affermato che «la disciplina delle prerogative contenuta nel testo della Costituzione deve essere intesa come uno specifico sistema normativo, frutto di un particolare bilanciamento e assetto di interessi costituzionali; sistema che non è consentito al legislatore ordinario alterare né in *peius* né in *melius*».

L'art. 6, comma 2, della legge n. 140 del 2003, invece, la cui applicazione è richiesta dal pubblico ministero, assoggetta al medesimo regime tanto l'utilizzabilità dei verbali e delle registrazioni delle conversazioni o comunicazioni intercettate in qualsiasi forma nel corso di procedimenti riguardanti terzi, alle quali hanno preso parte membri del Parlamento, quanto quella dei tabulati di comunicazioni acquisiti nel corso del procedimento. Prevede, tra l'altro, analoga disciplina l'art. 4 della legge n. 140 del 2003, che regola l'acquisizione dei tabulati direttamente riferibili ad utenze del parlamentare («e, volendo trasferire a questo contesto la dicotomia, elaborata per le intercettazioni, tra tabulati 'indiretti' e tabulati 'casuali'», anche dei primi).

Tuttavia – osserva il rimettente – nel testo dell'art. 68, terzo comma, Cost. non compare alcun riferimento ai tabulati.

1.4. – Il giudice a quo osserva, quindi, come sussista una differenza «ontologica e normativa» tra le intercettazioni telefoniche e i dati esterni di esse: le prime costituiscono «tecniche che consentono di apprendere, nel momento stesso in cui viene espresso, il contenuto di una conversazione o di una comunicazione, contenuto che, per le modalità con le quali si svolge, sarebbe altrimenti inaccessibile a quanti non siano parti della comunicazione medesima» (sentenza n. 81 del 1993), i secondi, invece, forniscono la documentazione del dato «estrinseco» della conversazione, di cui riscontrano la durata, le utenze coinvolte, i ponti-radio collegati.

Rileva il rimettente come, proprio sulla scorta di tale differenza, la disciplina prevista dal codice di procedura penale per le intercettazioni non sia stata ritenuta estensibile ai tabulati (sentenze n. 81 del 1993 e n. 281 del 1998). Tale irriducibile diversità non ha impedito di assicurare livelli minimi di garanzia in ordine all'acquisizione dei tabulati, trattandosi pur sempre di attività investigative afferenti a dati di non trascurabile capacità intrusiva soggetti alle garanzie prescritte dall'art. 15 Cost. Ma ciò costituisce – per il rimettente – «il limite di identità di disciplina e dell'estensione della garanzia predisposta dall'ordinamento».

1.5. – Sulla base di tali premesse, ritiene il giudice a quo che l'art. 6, comma 2, della legge n. 140 del 2003 (così come il precedente art. 4) estenda illegittimamente la disciplina dell'autorizzazione ad un mezzo di ricerca della prova diverso ed ulteriore rispetto a quelli indicati, con elencazione da ritenersi tassativa, dall'art. 68, terzo comma, Cost.

Osserva ancora il rimettente come l'estensione ai tabulati delle garanzie previste per le intercettazioni non possa trovare altrove il proprio fondamento costituzionale: non nell'inciso, contenuto nell'art. 68 Cost., secondo cui l'autorizzazione è richiesta per l'intercettazione «in qualsiasi forma» delle conversazioni o comunicazioni, poiché tale espressione, come chiarito dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 390 del 2007, è stata utilizzata per scongiurare la possibilità che nuove forme di captazione del contenuto di conversazioni diverse da quelle telefoniche ed ambientali potessero essere sottratte al regime autorizzativo; né attraverso una inclusione dei tabulati nella nozione di «sequestro di corrispondenza», avendo quest'ultimo ad oggetto, diversamente da quanto accade per i tabulati del traffico telefonico, non solo il dato esteriore (mittente, destinatario, data), ma anche il contenuto della comunicazione.

Osserva, inoltre, il rimettente come il legislatore costituzionale avesse ben presente la distinzione ontologica, «scolpita dalla Corte già nel 1991», tra intercettazioni e tabulati, e come, dunque, il silenzio serbato sul punto non potrebbe essere interpretato come mera omissione ininfluenza, ma al contrario sembrerebbe assumere ulteriore valenza corroboratrice di una intenzione selettiva dell'ambito di operatività delle garanzie.

Il giudice a quo afferma, infine, come la tesi opposta non potrebbe essere desunta, a suo avviso, neppure dalle sentenze n. 57 del 2000 e n. 188 del 2010 e da una recente pronuncia della Corte di cassazione.

Nel primo caso, la Corte costituzionale, chiamata a decidere un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato a seguito della mancata autorizzazione all'utilizzo di tabulati, dichiarò inammissibile il conflitto poiché l'autorità giudiziaria, pur avendo argomentato in merito all'esclusione dei tabulati dal regime autorizzativo, aveva denunciato non già il cattivo esercizio del potere da parte del Parlamento, ma l'esistenza stessa di detto potere.

Nella seconda pronuncia, invece, parimenti resa in un conflitto di attribuzione fra poteri, la Corte avrebbe rimarcato la «notevole capacità intrusiva» dei tabulati, attratti nell'ambito di tutela offerto dall'art. 15 Cost., in quanto consentono sia di ricostruire i contatti telefonici, sia di localizzare il detentore dell'apparecchio, aggiungendo che tutto ciò, «in caso di utenze nella disponibilità di un parlamentare, può aprire squarci di conoscenza sui suoi rapporti, specialmente istituzionali, di ampiezza ben maggiore rispetto alle esigenze di una specifica indagine e riguardanti altri soggetti (in specie, altri parlamentari) per i quali opera e deve operare la medesima tutela dell'indipendenza e della libertà della funzione».

Ad avviso del rimettente, tali affermazioni non sarebbero però dirimenti, poiché, ferme restando le considerazioni svolte sulla tassatività dell'elenco contenuto nell'art. 68, terzo comma Cost., esse atterrebbero semmai a profili incidenti sul diritto alla riservatezza del singolo parlamentare che trova protezione esclusivamente nell'art. 15 Cost.

D'altra parte – osserva il giudice a quo – a risultati non dissimili da quelli ottenuti con l'acquisizione di tabulati telefonici potrebbe giungersi qualora il parlamentare fosse oggetto di attività di osservazione, controllo e pedinamento e successiva documentazione, attività che non risulta soggetta ad autorizzazione né preventiva, né successiva.

Non sarebbe decisiva, infine, la sentenza della Corte di cassazione, sezione sesta penale, 22 settembre 2016, n. 49538, con la quale è stata riconosciuta la materialità del reato di cui all'art. 323 cod. pen. nella condotta di acquisizione di tabulati di parlamentari in assenza di autorizzazione, in quanto – osserva il rimettente – il tema devoluto allo scrutinio del giudice della nomofilachia era diverso rispetto al profilo ora denunciato, vertendo esclusivamente sulla formula assolutoria adottata dal giudice di secondo grado.

2. – Con atto depositato il 5 dicembre 2017 è intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione di legittimità costituzionale sia dichiarata manifestamente infondata, poiché la norma censurata sarebbe pienamente conforme al parametro costituzionale evocato, realizzandone correttamente la ratio ispiratrice.

2.1. – L'Avvocatura generale dello Stato, anzitutto, osserva come l'art. 68, terzo comma, Cost. miri a porre al riparo il parlamentare da «illegittime interferenze giudiziarie sull'esercizio del suo mandato rappresentativo» (sentenza n. 390 del 2007). Benché in modo più limitato rispetto alla formulazione antecedente alla riforma costituzionale del 1993, tale disposizione costituzionale, infatti, non configura «privilegi meramente personali a favore dei Parlamentari», ma garantisce «la funzionalità dell'organo, nonché l'indipendenza e l'autonomia decisionale dei suoi membri da indebite ingerenze da parte di altri soggetti».

Detta tutela – ad avviso dell'Avvocatura generale – «deve essere estesa a qualsiasi altro atto lato sensu di "intercettazione" che, al di là di una presunta limitazione che si assume essere intrinseca alla formulazione letterale della norma costituzionale, possa comportare una invasione o limitazione della libertà individuale e della libertà di comunicazione identica a quella che si realizza con gli atti indicati dall'art. 68 della Costituzione, e finisce quindi col riverberare sulle guarentigie dell'Organo costituzionale di appartenenza».

In particolare, se attraverso la previa autorizzazione ad acta si vuole impedire che l'ascolto di colloqui riservati da parte dell'autorità giudiziaria possa essere indebitamente finalizzato ad incidere sullo svolgimento del mandato elettivo, divenendone fonte di condizionamenti e pressioni sulla libera esplicazione del mandato parlamentare, ciò sarebbe «perfettamente vero anche per la documentazione dei dati estrinseci delle conversazioni», ossia per i tabulati telefonici.

Citando la sentenza della Corte costituzionale n. 188 del 2010, l'Avvocatura generale ricorda che «i tabulati consentono di apprendere e individuare non solo tutti i contatti con altre utenze e la loro collocazione temporale, ma – se si tratta di apparecchi mobili – anche il cosiddetto "tracciamento", vale a dire le localizzazioni e gli spostamenti dei soggetti detentori dell'apparecchio». Nella medesima occasione la Corte aggiunse che ciò, «in caso di utenze nella disponibilità di un parlamentare, può aprire squarci di conoscenza sui suoi rapporti, specialmente istituzionali, di ampiezza ben maggiore rispetto alle esigenze di una specifica indagine e riguardante altri soggetti per i quali opera e deve operare la medesima tutela dell'indipendenza e della libertà della funzione».

Ad avviso dell'Avvocatura generale dello Stato, l'«ampiezza ben maggiore» alla quale la Corte costituzionale avrebbe fatto riferimento nella citata sentenza consentirebbe di individuare, al di là del diritto costituzionalmente tutelato dall'art. 15 Cost., la compresenza, nella fattispecie, «di quel fondamentale diritto all'autonomia, libertà e indipendenza» dell'organo costituzionale che l'art. 68 Cost. intende garantire. La «conoscenza dei rapporti istituzionali» afferirebbe infatti, nel senso più pieno, proprio allo svolgimento del mandato parlamentare.

2.2. – Alle medesime conclusioni l'Avvocatura generale ritiene di poter giungere anche attraverso un'analisi del testuale dettato costituzionale.

In primo luogo, l'art. 68, terzo comma, Cost., riferendosi alle intercettazioni «in qualsiasi forma», potrebbe ricomprendere ogni forma di intercettazione intesa come «intrusione nell'attività istituzionale del Parlamentare», inclusa quindi l'acquisizione di rilevanti dati estratti dai tabulati telefonici.

In secondo luogo, la disposizione costituzionale opererebbe un generico riferimento a «intercettazioni», «conversazioni» e «comunicazioni», al fine di comprendervi sia tutti i mezzi di comunicazione,

sia «qualsiasi dato significativo dell'attività del Parlamentare» che possa essere captato e, dunque, non solo comunicazioni e notizie, ma anche «meri fatti» significativi.

2.3. – Ricorda, infine, l'Avvocatura generale dello Stato come l'art. 68, terzo comma, Cost. vieti di intercettare le comunicazioni del parlamentare, non le sue utenze (sentenza n. 390 del 2007), e come a tale conclusione sia giunta anche la Corte di cassazione, sezione sesta penale, nella sentenza 22 settembre 2016, n. 49538, osservando come acquisire e prendere visione dei tabulati relativi alle telefonate intercorse tra il parlamentare e altro soggetto equivalga proprio «ad accedere nella sfera delle comunicazioni del parlamentare».

In tale ipotesi non vi sarebbe solo una violazione della riservatezza del parlamentare in quanto persona, già garantita a tutti i cittadini dall'art. 15 Cost., ma anche una compressione del libero esercizio della funzione pubblica tutelato dall'art. 68 Cost., al fine di scongiurare il pericolo che l'autorità giudiziaria possa incidere indebitamente nello svolgimento del mandato elettivo, divenendo fonte di condizionamenti e pressioni sulla libera esplicazione di tale funzione.

In conclusione, l'Avvocatura generale dello Stato chiede che la Corte costituzionale dichiari la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, della legge n. 140 del 2003 manifestamente infondata, poiché la disposizione censurata sarebbe pienamente conforme tanto alla lettera, quanto alle finalità perseguite dall'art. 68, terzo comma, Cost.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. – Il giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Bologna dubita, in riferimento all'art. 68, terzo comma, della Costituzione, della legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, della legge 20 giugno 2003, n. 140 (Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato), nella parte in cui prevede che il giudice debba chiedere alla Camera, alla quale il parlamentare appartiene o apparteneva, l'autorizzazione ad utilizzare i tabulati di comunicazioni relativi ad utenze intestate a terzi, venute in contatto con il primo.

Esponde il giudice a quo che la disposizione censurata equipara i tabulati telefonici ai verbali e alle registrazioni delle conversazioni o comunicazioni intercettate, in qualsiasi forma, nel corso di procedimenti riguardanti terzi, alle quali abbiano preso parte membri del Parlamento, con la conseguenza che il giudice – quando ritenga necessario utilizzare i tabulati dai quali risultino contatti dei terzi col parlamentare – deve chiedere l'autorizzazione in parola.

Ritiene il giudice rimettente che tale equiparazione sia in contrasto con l'art. 68, terzo comma, Cost., poiché la disposizione costituzionale menziona le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni ma non anche i tabulati, sicché l'art. 6, comma 2, della legge n. 140 del 2003 avrebbe indebitamente esteso l'ambito di applicazione della prerogativa parlamentare costituzionalmente stabilita.

Sostiene, in particolare, che l'art. 68, terzo comma, Cost. sarebbe volto a tutelare il parlamentare «da illegittime interferenze giudiziarie sull'esercizio del suo mandato rappresentativo», al fine di garantire la piena autonomia decisionale dell'assemblea legislativa, non, invece, l'interesse della persona fisica del parlamentare in ipotesi pregiudicato dal compimento dell'atto. Ne ricava che, derogando al principio di parità di trattamento rispetto alla giurisdizione, tale disposizione costituzionale dovrebbe essere interpretata restrittivamente e che il legislatore ordinario non potrebbe integrarne o estenderne il testo.

Il giudice a quo osserva, inoltre, come sussista una differenza «ontologica e normativa» tra le intercettazioni telefoniche e i dati esterni di esse, poiché le prime costituirebbero «tecniche che consentono di apprendere, nel momento stesso in cui viene espresso, il contenuto di una conversazione o di una comunicazione, contenuto che, per le modalità con le quali si svolge, sarebbe altrimenti inaccessibile a quanti non siano parti della comunicazione medesima» (è citata in proposito la sentenza n. 81 del 1993 di questa Corte), mentre i tabulati fornirebbero la documentazione del dato «estrinseco» della conversazione, di cui riscontrerebbero la durata, le utenze coinvolte, i ponti-radio collegati.

Evidenzia, infine, come, proprio sulla scorta di tale differenza, questa Corte non avrebbe ritenuto estensibile ai tabulati la disciplina che il codice di procedura penale prevede per le intercettazioni (sentenze n. 81 del 1993 e n. 281 del 1998).

2. – La questione non è fondata.

2.1. – L'art. 68, terzo comma, Cost. – all'esito della revisione costituzionale compiuta con la legge costituzionale 29 ottobre 1993, n. 3 (Modifica dell'articolo 68 della Costituzione), che ha sostituito l'ori-

ginaria autorizzazione a procedere nei confronti dei parlamentari con un sistema basato su specifiche autorizzazioni ad acta – stabilisce la necessità dell'autorizzazione della Camera d'appartenenza «per sottoporre i membri del Parlamento ad intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni e a sequestro di corrispondenza».

Alla previsione costituzionale è stata data attuazione attraverso gli artt. 4 e 6 della legge n. 140 del 2003.

L'art. 4 di tale legge dispone che, laddove occorra eseguire nei confronti di un membro del Parlamento intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni, o acquisire tabulati di comunicazioni, l'autorità giudiziaria competente richiede direttamente l'autorizzazione alla Camera alla quale il soggetto appartiene.

Si tratta, in tal caso, di un'autorizzazione preventiva, che precede il compimento dell'atto d'indagine.

Questa Corte ha precisato che l'autorizzazione deve essere preventivamente richiesta non solo se l'atto d'indagine sia disposto direttamente nei confronti di utenze intestate al parlamentare o nella sua disponibilità (intercettazioni cosiddette "dirette"), ma anche tutte le volte in cui la captazione si riferisca a utenze di interlocutori abituali del parlamentare, o sia effettuata in luoghi presumibilmente da questo frequentati, al precipuo scopo di conoscere il contenuto delle conversazioni e delle comunicazioni del parlamentare stesso. Ai fini della richiesta preventiva dell'autorizzazione, ciò che conta, in altre parole, non è la titolarità dell'utenza o del luogo, ma la direzione dell'atto d'indagine (sentenza n. 390 del 2007).

Il successivo art. 6, comma 2, della legge n. 140 del 2003, invece, disciplina la richiesta alla Camera d'appartenenza dell'autorizzazione all'utilizzo in giudizio di un atto d'indagine già svolto: intervenendo «fuori dalle ipotesi previste dall'art. 4», esso si riferisce al caso in cui il GIP ritenga necessario utilizzare intercettazioni o tabulati già acquisiti, rispetto ai quali, proprio per il carattere impreveduto dell'interlocuzione del parlamentare, l'autorità giudiziaria non avrebbe potuto, neanche volendo, munirsi preventivamente dell'autorizzazione della Camera d'appartenenza (sulla distinzione fra intercettazioni "mirate", da una parte, e "casuali" o "fortuite", dall'altra, sentenze n. 114 e n. 113 del 2010, n. 390 del 2007; ordinanza n. 263 del 2010).

Nel caso in esame, la questione di legittimità costituzionale posta all'attenzione di questa Corte non riguarda il carattere "successivo" dell'autorizzazione relativa all'utilizzo dei verbali o delle registrazioni di un'intercettazione "casuale" o "fortuita", ovvero di un tabulato già acquisito, dai quali emergano contatti con il parlamentare. Ma concerne l'art. 6, comma 2, della legge n. 140 del 2003, solo nella parte in cui tale autorizzazione è richiesta anche per l'utilizzo, nei confronti del parlamentare, di tabulati di comunicazioni, dai quali emergano contatti tra quest'ultimo e terzi indagati, in asserito contrasto con quanto testualmente disposto dall'art. 68, terzo comma, Cost., che si riferirebbe unicamente ai verbali o alle registrazioni delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni.

2.2. – Sottolinea correttamente il giudice rimettente che le prerogative poste a tutela della funzione parlamentare comportano una deroga al principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione – principio che è all'origine della formazione dello Stato di diritto (sentenze n. 262 del 2009 e n. 24 del 2004) – e devono perciò essere interpretate evitando improprie letture estensive.

Questa esigenza risulta, del resto, rafforzata nell'attuale sistema delle immunità e delle prerogative parlamentari, in seguito alla ricordata revisione dell'art. 68 Cost. Attualmente, non più il procedimento penale in sé, ma solo alcuni specifici atti di questo sono considerati idonei a incidere negativamente sulla libertà e sull'indipendenza della funzione parlamentare e in quanto tali sono soggetti alla necessaria autorizzazione della Camera d'appartenenza (sentenza n. 74 del 2013).

L'esigenza in parola riguarda non solo l'interpretazione e l'applicazione dei testi costituzionali e legislativi che contengono le prerogative in questione, ma, prima ancora, le modalità attraverso le quali il legislatore ordinario dà attuazione, quando necessario, al relativo dettato costituzionale. A tale legislatore è, infatti, preclusa ogni integrazione o estensione della fonte costituzionale, restandogli consentito provvedere alla sua attuazione nella sola misura in cui sia finalizzata a rendere la prerogativa immediatamente e direttamente operativa sul piano processuale, senza che ciò comporti alcun indebito allargamento delle garanzie apprestate dalla disposizione costituzionale (sentenze n. 262 del 2009 e n. 120 del 2004).

Se si attenga a questi principi il riferimento contenuto nella disposizione censurata ai tabulati di comunicazioni – in relazione al testo dell'art. 68, terzo comma, Cost., che pur non li menziona espressamente – è appunto l'oggetto della questione di legittimità costituzionale sottoposta a questa Corte.

2.3. – Non è qui in discussione la circostanza, messa opportunamente in evidenza dal giudice rimettente, che la disciplina processuale vigente preveda, per tutti i cittadini, rilevanti differenze quanto alle condizioni alle quali è consentito disporre l'intercettazione del contenuto di una conversazione o di una comunicazione, da una parte, e l'acquisizione dei dati estrinseci di esse, dall'altra, con particolare riferimento all'autorità giudiziaria che può ordinare l'una o l'altra misura.

Solo il GIP, e solo in presenza di determinati reati (con limiti che sono stati resi via via più stringenti: artt. 266 e seguenti del codice di procedura penale), può autorizzare intercettazioni, mentre per l'acquisizione dei tabulati si è sempre ritenuta sufficiente la richiesta del pubblico ministero con decreto ex art. 256 cod. proc. pen. (relativo al dovere di esibizione all'autorità giudiziaria di documenti riservati o segreti), come ha in seguito confermato, anche se con una disciplina più dettagliata, l'art. 132 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, intitolato «Codice in materia di protezione dei dati personali, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale al regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE».

Regole legislative non coincidenti, quindi, secondo una scelta che questa Corte non ha censurato (sentenze n. 281 del 1998 e n. 81 del 1993), considerando i diversi elementi di conoscenza alla cui acquisizione le due misure sono rispettivamente finalizzate e le differenti esigenze investigative che mirano a soddisfare. Anche se nell'appena citata sentenza n. 81 del 1993 si è rilevato che gli stessi dati "esterni" di una conversazione conoscibili attraverso l'acquisizione dei tabulati telefonici – i soggetti fra i quali la comunicazione intercorre, la data e l'ora in cui essa avviene, la sua durata – devono beneficiare della garanzia che alla libertà e alla segretezza di ogni forma di comunicazione è assicurata dall'art. 15 Cost.

Quel che ai fini della presente decisione conta, in ogni caso, è che sono le norme legislative a dover essere osservate alla luce della Costituzione, e non già quest'ultima alla stregua di ciò che stabilisce la disciplina legislativa (nella specie, quella processuale). Per questa essenziale ragione, non è consentito trarre, a partire dalle norme processuali in materia di intercettazioni e acquisizione di tabulati, alcuna definitiva conclusione quanto alla specifica disciplina costituzionalmente sancita, nella stessa materia, per i parlamentari, anche perché la disciplina del codice potrebbe mutare in futuro, proprio sugli aspetti qui rilevanti, e anche in direzione di un più omogeneo trattamento di intercettazioni e acquisizione di tabulati.

In questa sede, va dunque verificato se l'art. 68, terzo comma, Cost. contenga una specifica disciplina in materia di comunicazioni del parlamentare, confrontandovi la pertinente legislazione ordinaria che a quella norma costituzionale ha esplicitamente inteso dare attuazione.

A questo scopo, non è possibile muovere, come invece fa il giudice rimettente (sempre alla luce della disciplina processuale vigente), dal presupposto che tra il contenuto di una conversazione o di una comunicazione, da un lato, e il documento che rivela i dati estrinseci di queste, dall'altro, sussista una differenza «ontologica».

In primo luogo, dell'esistenza di questa differenza "ontologica" può dubitarsi, dal momento che questa Corte ha ricondotto sotto la tutela dell'art. 15 Cost., per tutti i soggetti dell'ordinamento, anche i dati "esterni" di una comunicazione ricavabili da un tabulato telefonico. Ma, soprattutto, con riferimento alla disciplina positivamente prevista per i parlamentari, si tratta piuttosto di verificare se davvero, come ancora asserisce il giudice rimettente, il testo dell'art. 68, terzo comma, Cost., nella parte in cui utilizza le espressioni «conversazioni» e «comunicazioni», escluda ogni riferimento a un documento, come il tabulato, che di quelle riveli, non già il contenuto ma dati ed elementi, certo "esterni", che tuttavia, come si è detto, sono di indubbio significato comunicativo: data e ora in cui le conversazioni o le comunicazioni sono avvenute, loro durata, utenze coinvolte, consentendo altresì, in virtù dell'evoluzione tecnologica, il tracciamento di localizzazioni e spostamenti dei titolari di apparati mobili.

Secondo il giudice a quo la "naturale" diversità tra il contenuto di una conversazione o di una comunicazione, da un lato, e il documento che rivela i dati estrinseci di queste, dall'altro, renderebbe costituzionalmente illegittima, in radice, la previsione censurata, che invece equipara i due elementi di prova, assoggettandoli entrambi alla necessità dell'autorizzazione, da parte della Camera d'appartenenza del parlamentare, al fine del loro utilizzo in giudizio.

Proprio sul piano testuale, tuttavia, tale assunto non è corretto.

Il duplice riferimento, nell'art. 68, terzo comma, Cost., a «conversazioni o comunicazioni», induce a ritenere che al contenuto di una conversazione o di una comunicazione, siano accostabili, e risultino perciò protetti dalla garanzia costituzionale, anche i dati puramente storici ed esteriori, in quanto essi

stessi “fatti comunicativi”. Del resto, il termine «comunicazioni» ha, tra i suoi comuni significati, quello di «contatto», «rapporto», «collegamento», evocando proprio i dati e le notizie che un tabulato telefonico è in grado di rilevare e rivelare.

La stessa Corte di cassazione – pur in presenza di una costante giurisprudenza di legittimità che, con riferimento alla generale disciplina del codice di procedura penale, ha sempre distinto con nettezza le intercettazioni dall’acquisizione di tabulati – laddove si è occupata della specifica disciplina ora in questione, ha espressamente affermato che anche l’acquisizione di tabulati, come la captazione di conversazioni, è attività diretta ad accedere nella sfera delle comunicazioni del parlamentare (Corte di cassazione, sezione sesta penale, sentenza 22 settembre 2016, n. 49538).

2.4. – Per quanto fin qui affermato, la previsione della necessaria autorizzazione all’utilizzo, quale mezzo di prova, del tabulato telefonico, in grado di rivelare elementi di non secondario rilievo inerenti alle comunicazioni di un membro del Parlamento, non costituisce inammissibile lesione del principio di uguale soggezione alla legge, ma attuazione del pertinente trattamento richiesto dalla garanzia costituzionale.

Del resto, la ratio della garanzia prevista all’art. 68, terzo comma, Cost. non mira a tutelare un diritto individuale, ma a proteggere la libertà della funzione che il soggetto esercita, in conformità alla natura stessa delle immunità parlamentari, volte primariamente alla protezione dell’autonomia e dell’indipendenza decisionale delle Camere rispetto ad indebite invadenze di altri poteri, e solo strumentalmente destinate a riverberare i propri effetti a favore delle persone investite della funzione (sentenza n. 9 del 1970).

Per questa ragione, la garanzia in esame può estendersi ad un atto investigativo idoneo a incidere sulla libertà di comunicazione del parlamentare, quale è certamente l’utilizzo, in quanto mezzo di prova in giudizio, di un tabulato telefonico.

La giurisprudenza di questa Corte ha del resto già sottolineato «la notevole capacità intrusiva» (sentenza n. 188 del 2010) di un’attività investigativa che coinvolga i tabulati, confermando che, per ogni cittadino, il ricorso a tale strumento d’indagine deve necessariamente essere soggetto alle garanzie previste dall’art. 15 Cost.

Ha rimarcato, inoltre, che tale capacità intrusiva assume significati ulteriori laddove siano in questione le comunicazioni di un parlamentare. Non già perché la riservatezza del cittadino che è altresì parlamentare abbia un maggior valore, ma perché la pervasività del mezzo d’indagine in questione può tradursi in fonte di condizionamenti sul libero esercizio della funzione. Un tabulato telefonico può infatti aprire squarci di conoscenza sui rapporti di un parlamentare, specialmente istituzionali, «di ampiezza ben maggiore rispetto alle esigenze di una specifica indagine e riguardanti altri soggetti (in specie, altri parlamentari) per i quali opera e deve operare la medesima tutela dell’indipendenza e della libertà della funzione» (sentenza n. 188 del 2010).

Non è pertanto in contrasto con l’art. 68, terzo comma, Cost. una legge ordinaria che subordini all’autorizzazione della Camera d’appartenenza, equiparandone il trattamento alla registrazione o al verbale di un’intercettazione, l’utilizzo in giudizio di un tabulato telefonico, contenente dati “esterni” relativi alle comunicazioni di un membro del Parlamento.

P.Q.M.

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 6, comma 2, della legge 20 giugno 2003, n. 140 (Disposizioni per l’attuazione dell’articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato), sollevata, in riferimento all’art. 68, terzo comma, della Costituzione, dal giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Bologna con l’ordinanza indicata in epigrafe.

MAURO VIOLANTE

Ricercatore di Procedura penale – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

Tabulati telefonici relativi a parlamentari tra autorizzazione e dubbi di legittimità costituzionale

Parliamentary phone records between authorization and doubts about constitutionality

La recente decisione della Corte costituzionale, dichiarando non fondata la questione di legittimità dell'art. 6, comma 2, l. 20 giugno 2003, n. 140, sollevata in riferimento all'art. 68, comma 3, Cost., conferma la necessaria preventiva autorizzazione della Camera di appartenenza all'impiego di tabulati telefonici che coinvolgono parlamentari acquisiti a carico di terzi, ma lascia ulteriori dubbi in materia.

The recent decision of the Constitutional Court, declaring the question of the legitimacy of the art not founded. 6, paragraph 2, l. June 20, 2003, n. 140, raised with reference to art. 68, paragraph 3, of the Constitution, confirms the necessary prior authorization of the Chamber of belonging to the use of telephone records that involve members of parliament acquired against third parties, but leaves further doubts on the matter.

PREMESSA

Con la sentenza in commento, la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità dell'art. 6, comma 2, l. 20 giugno 2003, n. 140¹, sollevata con riferimento all'art. 68, comma 3, Cost., nella parte in cui prevede che l'organo giudiziario chieda alla Camera di appartenenza del parlamentare l'autorizzazione anche per utilizzare i tabulati telefonici che lo riguardano acquisiti a carico di terzi². Si tratta della captazione indiretta di dati del traffico che accidentalmente coinvolgono il componente dell'Assemblea

La decisione merita un approfondimento, perché il Giudice delle leggi, nell'affrontare il problema dei rapporti tra intercettazioni³ e tabulati, adotta una scelta che, per taluni aspetti, si pone in contrasto con precedenti interventi.

Occorre, al riguardo, preliminarmente ricordare che l'art. 68 Cost. mira a proteggere il parlamentare da illegittime interferenze giudiziarie nell'esercizio del suo mandato, a proteggerlo, cioè, dal rischio che strumenti investigativi di particolare invasività delle sue libertà fondamentali possano essere impiegati con scopi di condizionamento, estranei alle effettive esigenze della giurisdizione.

Destinatari della tutela non sono, invero, i “singoli” parlamentari, ma le Assemblee nel loro complesso. Il bene protetto si identifica con l'esigenza di regolare il corretto esercizio del potere giudiziario nei confronti delle funzioni del Parlamento, e non con gli interessi personali dei suoi membri (riservatezza, onore, libertà personale), in ipotesi pregiudicati dal compimento dell'atto. Tali ultimi interessi trovano salvaguardia nei presidi, anche costituzionali, stabiliti per la generalità dei consociati.

In effetti, l'autorizzazione ad effettuare le intercettazioni di flussi comunicativi c.d. diretti, tramite l'assenso della Camera di appartenenza ai fini dell'esecuzione del mezzo investigativo, (art. 68, comma 3, Cost.) non ha lo scopo di salvaguardare la riservatezza delle comunicazioni del parlamentare in

¹ Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato.

² La questione è stata sollevata, con ordinanza del 3 maggio 2017, dal giudice per le indagini preliminari del Tribunale Ordinario di Bologna ritenendo che l'art. 6, comma 2, della legge n. 140 del 2003 si ponga in contrasto con l'art. 68, comma 3, Cost.

³ P. F. Bruno, *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. pen.*, VII, 1993, Torino, Utet.

quanto singolo⁴: sotto tale profilo, il diritto individuale trova già riconoscimento e tutela, a livello costituzionale, nell'art. 15 Cost., secondo il quale la limitazione della libertà e segretezza delle comunicazioni può avvenire solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria, con le garanzie stabilite dalla legge⁵.

Di contro, nelle intercettazioni c.d. indirette o fortuite⁶, l'eventualità che l'esecuzione dell'atto sia espressione di un uso distorto del potere giudiziario nei confronti del membro del Parlamento, volto ad interferire indebitamente sull'esercizio delle sue funzioni, appare esclusa perlomeno in origine (al momento in cui lo strumento è disposto), proprio per l'accidentalità dell'ingresso del parlamentare nell'area di ascolto⁷.

IMMUNITÀ PARLAMENTARI E TABULATI TELEFONICI

Come è noto, l'art. 68 Cost., riformato dalla legge cost. 29 ottobre 1993, n. 3, ha sostituito⁸ al regime fondato sulla generale autorizzazione a procedere⁹ una disciplina selettiva, incentrata sulla richiesta di autorizzazioni *ad actum*, relative, cioè, al compimento di atti specifici del procedimento (art. 68, commi 2 e 3)¹⁰.

Il dettato costituzionale indica, specificamente, al secondo comma, tra gli atti d'indagine che necessitano di autorizzazione, la perquisizione personale o domiciliare, l'arresto o altra limitazione della libertà personale¹¹. Al terzo comma individua la necessità di autorizzazione anche nel caso in cui si proceda ad intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni e a sequestro di corrispondenza.

La "tassatività" della previsione ha generato un orientamento della Corte costituzionale fondato sull'idea che, nella disciplina delle prerogative, in questo caso, di natura processuale, afferenti il mandato parlamentare, il legislatore ordinario sia vincolato ad attuare il dettato costituzionale, «essendogli preclusa ogni eventuale integrazione o estensione»¹², dal momento che l'art. 68 va interpretato «nel senso più aderente al testo normativo»¹³, basato sul principio di tipicità degli atti ritenuti maggiormente lesivi della libertà del parlamentare¹⁴.

⁴ A. Gaito, *Riservatezza ed intercettazioni tra norma e prassi*, Roma, Aracne, 2011, p. 369.

⁵ P. Balducci, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 12.

⁶ V. Grevi, *Le intercettazioni "indirette" al parlamentare posticipano la richiesta di autorizzazione*, in *Guida Dir.*, 1998, 10, p. 119.

⁷ Né, d'altra parte, si può ritenere che il nulla osta successivo della Camera all'utilizzazione del mezzo probatorio sia imposto dall'esigenza di evitare una surrettizia elusione della garanzia dell'autorizzazione preventiva: elusione che si realizzerebbe allorché, attraverso la sottoposizione ad intercettazione di utenze telefoniche o luoghi appartenenti formalmente a terzi – ma che possono presumersi frequentati dal parlamentare – si intendano captare, in realtà, le comunicazioni di quest'ultimo. Al riguardo, va infatti osservato che la norma costituzionale vieta di sottoporre ad intercettazione, senza autorizzazione, non le utenze del parlamentare, ma le sue comunicazioni: quello che conta – ai fini dell'operatività del regime dell'autorizzazione preventiva stabilito dall'art. 68, comma 3, Cost. – non è la titolarità o la disponibilità dell'utenza captata, ma la direzione dell'atto d'indagine. Se quest'ultimo è volto, in concreto, ad accedere nella sfera delle comunicazioni del parlamentare, l'intercettazione non autorizzata è illegittima, a prescindere dal fatto che il procedimento riguardi terzi o che le utenze sottoposte a controllo appartengano a terzi, Corte cost. 23 novembre 2017 n. 390.

⁸ R. Orlandi, *La riforma dell'art. 68 Cost. e la normativa di attuazione: l'autorizzazione a procedere al traghetto dall'una all'altra legislatura*, in *Legislazione pen.*, 1994, p. 541.

⁹ L'abolizione dell'autorizzazione a procedere per i procedimenti penali non compariva nei primi testi votati dalle due camere. Il problema verrà affrontato solo con l'improvvisa accelerazione che il dibattito sulle immunità parlamentari ebbe dopo il già citato diniego dell'autorizzazione a procedere contro l'on. Craxi. Il 5 maggio 1993 la commissione speciale della Camera approvava un nuovo testo in cui veniva proposta l'abolizione dell'istituto, deliberata dal *plenum* dopo pochi giorni. Tra gli altri, D. Negri, *Immunità parlamentare*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 2, Milano, Giuffrè, 2008, p. 693; M. Montagna, *Autorizzazione a procedere*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 2, Milano, 2008, p. 80.

¹⁰ L. G. Sciannella, *Le immunità parlamentari. Profili storici e comparativi*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 2.

¹¹ La necessità dell'autorizzazione viene meno, infatti, allorché la limitazione della libertà del parlamentare si connetta a titoli o situazioni – come l'esecuzione di una sentenza di condanna irrevocabile o la flagranza di un delitto per cui sia previsto l'arresto obbligatorio – che escludono, di per sé, la configurabilità delle accennate evenienze.

¹² C. cost., sent. 28 aprile 2009, n. 262.

¹³ C. cost., sent. 23 aprile 2013, n. 74.

¹⁴ C. cost., sent. 25 febbraio 2008, n. 46.

Si tratta di considerazioni poste a fondamento dell'ordinanza di rimessione¹⁵, che muove dal rilievo per cui «la disciplina delle prerogative contenuta nel testo della Costituzione de(ve) essere intesa come uno specifico sistema normativo, frutto di un particolare bilanciamento e assetto di interessi costituzionali; sistema che non è consentito al legislatore ordinario alterare né in *peius* né in *melius*». Sicché il loro regime non è caratterizzato dal principio della riserva di legge – da ciò scaturendo la libertà del legislatore di estenderne l'applicabilità anche a situazioni valutate in termini di analogia – ma da quello della espressa previsione da parte di norme di rango costituzionale.

Una riflessione preliminare, seppur a grandi linee, merita, altresì, la disciplina dettata dalla legge n. 140 del 2003¹⁶ in tema di attuazione del novellato art. 68 Cost., con particolare interesse al disposto degli artt. 4 e 6.

La prima delle due disposizioni regola l'ipotesi in cui occorra sia «eseguire» intercettazioni sia acquisire tabulati «nei confronti» di un membro del Parlamento (intercettazioni e tabulati «diretti»), prevedendo che, a tal fine, l'autorità competente debba richiedere l'autorizzazione alla Camera alla quale il parlamentare appartiene, in assenza della quale l'atto è ineseguibile¹⁷. Quest'ultima ha, qui, carattere preventivo, essendo il parlamentare –in quanto indagato o, anche, perché persona offesa o informata sui fatti –il destinatario dell'atto investigativo.

Diverso – come si desume dalla clausola di riserva iniziale «fuori delle ipotesi previste dall'articolo 4» – è l'ambito applicativo dell'art. 6 l. n. 140 del 2003¹⁸, che si applica sia ai casi in cui le comunicazioni dell'esponente politico vengano intercettate fortuitamente, nell'ambito di operazioni che hanno come destinatarie terze persone (intercettazioni «indirette» o «casuali»¹⁹), sia all'acquisizione di tabulati telefonici nello stesso procedimento (tabulati «indiretti» o «casuali»)²⁰. In siffatta evenienza, il giudice per le indagini preliminari, se ravvisa la «necessità»²¹ di far uso del materiale probatorio – dovendo, per contro, essere distrutte le intercettazioni irrilevanti, per ordine del giudice stesso, «a tutela della riservatezza» – deve richiedere un'autorizzazione successiva alla Camera di appartenenza²². Tale autorizzazione, quindi, condiziona, non già l'esecuzione dell'atto, ormai avvenuta, ma l'utilizzazione processuale dei suoi risultati.

Qualora l'assenso sia negato, la documentazione va distrutta immediatamente, e comunque non oltre i dieci giorni dalla comunicazione del diniego; inoltre, i verbali e le registrazioni delle comunicazioni, acquisiti in violazione dello stesso menzionato art. 6 e, segnatamente, in difetto di autorizzazione, sono dichiarati inutilizzabili in ogni stato e grado del processo²³.

¹⁵ G.I.P. Tribunale Bologna, ord. 3 maggio 2017 n. 162.

¹⁶ C. Martinelli, *Legge n. 140 del 2003: attuazione o violazione della Costituzione?*, in *Studium iuris*, 2004, p. 38.

¹⁷ Sul punto è bene ricordare che la Corte di cassazione ha recentemente chiarito come, in tema di abuso d'ufficio, integrano il requisito della violazione di legge sia l'acquisizione, sia la successiva elaborazione di tabulati relativi a comunicazioni telefoniche intercorse su utenze che, alla luce degli atti di indagine esistenti al momento del provvedimento, risultano riferibili a deputati o senatori, in assenza della preventiva autorizzazione della Camera di appartenenza di questi ultimi. In motivazione, la Suprema Corte ha precisato che la garanzia prevista dall'art. 4 legge n. 140 del 2003 trova il suo fondamento nell'art. 68, comma 3, Cost., ed è funzionale alla tutela dell'autonomia esplicazione dell'attività istituzionale del parlamentare da indebite invadenze del potere giudiziario e, pertanto, ai fini della sua operatività, ciò che rileva non è la titolarità o la disponibilità dell'utenza monitorata, quanto piuttosto la circostanza che l'atto di indagine sia volto, in concreto, ad accedere nella sfera delle comunicazioni del parlamentare, a prescindere dal fatto che il procedimento riguardi terzi o che le utenze sottoposto a controllo appartengano a terzi. Cass., sez. VI, 22 settembre 2016, n. 49538 in *CED Cass.* n. 268424; Sul punto anche E. Fassone, *Intercettazioni e immunità: primi problemi posti con la legge 140/2003*, in *Cass. Pen.*, 2004, 4.

¹⁸ C. Selmi, *Commento all'art 6 della l. n. 150 del 2003*, in *Legislazione pen.*, 2004, p. 48.

¹⁹ C. Cesari, *Un nuovo fronte problematico delle intercettazioni indirette nei confronti di parlamentari: le ambiguità irrisolte della l. n. 140 del 2003 all'esame della Corte di Cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2010.

²⁰ L. Filippi, *L'acquisizione dei tabulati telefonici e telematici*, in *Id.*, *Le nuove norme su intercettazioni e tabulati*, Pisa, Pacini giuridica, 2018, p. 47.

²¹ Il criterio della «necessità», secondo l'interpretazione del giudice delle leggi, impone di indicare «da un lato, le specifiche emergenze probatorie fino a quel momento disponibili e, dall'altro, di evidenziare la loro attitudine a fare sorgere la «necessità», di quanto si chiede di autorizzare», necessità «motivata in termini di non implausibilità», Corte cost., sent. n. 188/2010, vale a dire di coerenza con l'impianto probatorio acquisito nel corso delle indagini, L. Filippi, *La Consulta distingue tra intercettazioni fortuite e mirate nei confronti del parlamentare e ammonisce contro le motivazioni «implausibili»*, in *Giur. Cost.*, 2010.

²² Si veda, sul punto, l'ordinanza n. 389 del 2007 della Corte costituzionale, C. Martinelli, *Intercettazioni «casuali» dei parlamentari; la Corte costituzionale annulla l'obbligo di distruzione integrale del loro contenuto*, in *Studium Iuris*, 2008, p. 653 ss.

²³ Va ricordato che tale inutilizzabilità colpisce solo gli atti che riguardano il parlamentare intercettato, mentre in caso di uti-

Entrambe le menzionate previsioni, equiparando la disciplina delle intercettazioni e dei tabulati, “diretti o casuali”, si riferiscono alla “necessità” da parte del giudice per le indagini preliminari di richiedere l’autorizzazione ogni qualvolta voglia utilizzare i verbali e le registrazioni delle conversazioni o comunicazioni intercettate o i tabulati concernenti conversazioni o comunicazioni del parlamentare.

Proprio l’equiparazione tra tabulati telefonici e verbali (e registrazioni) delle intercettazioni ha generato il dubbio di legittimità costituzionale²⁴, concernente, in particolare, la previsione dell’art. 6, comma 2, nella parte in cui stabilisce che il giudice deve chiedere l’autorizzazione anche per utilizzare i tabulati di comunicazioni relativi ad utenze intestate a terzi, venute in contatto con il primo. Ad opinione del giudice *a quo*, tale equiparazione, nell’estendere l’ambito di applicazione della prerogativa parlamentare costituzionalmente stabilita, si pone in contrasto con l’art. 68, comma 3, Cost., che menziona le sole intercettazioni di conversazioni e comunicazioni e non anche i tabulati²⁵.

La questione così sollevata non riguarda il carattere “successivo” dell’autorizzazione, bensì la stessa necessità di ottenere l’autorizzazione per utilizzare, nei confronti del parlamentare, tabulati di comunicazioni acquisiti in procedimenti riguardanti terzi, dai quali emergano contatti tra questi ultimi e membri del Parlamento²⁶.

PERCORSI GIURISPRUDENZIALE SUI TABULATI DELLE COMUNICAZIONI

Alla luce di quanto esposto, è opportuno un breve *excursus* sulla disciplina dei tabulati telefonici.

Essi consistono, come noto, in documenti cartacei od informatici dai quali è possibile desumere dati relativi a flussi comunicativi, quali numero chiamante o numero chiamato, durata della conversazione e, in alcuni casi, per quanto ovviamente concerne la telefonia mobile, anche luogo di collocazione degli apparati all’atto dell’effettuazione delle medesime comunicazioni telefoniche.

Come ben si comprende, trattasi di uno strumento investigativo particolarmente utile sotto il profilo della determinazione dei contatti tra apparati telefonici e, conseguentemente, tra i soggetti che ne sono gli utilizzatori ma, soprattutto, di uno strumento che, contrariamente alle intercettazioni (il cui presupposto è sempre l’attualità della comunicazione), consente di rivolgere uno sguardo investigativo anche al passato, scontando, come unico limite, quello della conservazione temporale dei dati presso le compagnie telefoniche, aspetto quest’ultimo divenuto di scottante rilevanza alla luce delle recenti innovazioni normative in materia di tutela dei dati personali.

La Corte costituzionale del 1993²⁷, a conferma dell’interpretazione sviluppata dalla giurisprudenza di merito, ha evidenziato che «la particolare disciplina predisposta dagli artt. 266-271 c.p.p. sulle intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni telefoniche si applica soltanto a quelle tecniche che consentono di apprendere, nel momento stesso in cui viene espresso, il contenuto di una conversazione o di una comunicazione, contenuto che, per le modalità con le quali si svolge, sarebbe altrimenti inaccessibile a quanti non siano parti della comunicazione medesima» Tuttavia, si è anche rilevato che, «fermi restando i limiti di oggetto e di disciplina delle norme processuali sulle intercettazioni telefoniche», non può non accreditarsi il convincimento per cui «a tutela accordata dall’art. 15 della Costituzione alla libertà e alla segretezza della comunicazione, è sicuramente idonea a ricomprendere fra i propri oggetti

lizzazione nei confronti di terzi estranei alla funzione parlamentare, tale divieto non sussiste anche in ipotesi di mancata richiesta di autorizzazione alla della Camera.

²⁴ C. Cesari, *Sulle intercettazioni a carico dei parlamentari si consolida una linea esegetica densa di incognite*, in *Giur. cost.*, 2010.

²⁵ E. Aprile, *Intercettazioni di comunicazioni*, in A. Scafati (a cura di), *Prove e misure cautelari*, II, t.1 (*Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*), Torino, Utet, 2009, p. 540.

²⁶ D. Curtotti, *L’acquisizione e l’elaborazione dei tabulati telefonici riferibili a membri del Parlamento: vecchie questioni di diritto sostanziale e nuove querelles processuali*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 494 ss.

²⁷ Corte cost., sent. n. 81 del 1993, che ha dichiarato infondata un’eccezione di legittimità costituzionale sollevata dal Pretore di Macerata con riferimento all’art. 15 Cost. e concernente l’art. 266 c.p.p. «nella parte in cui esclude l’applicabilità delle garanzie e cautele stabilite dalle seguenti norme del capo quarto del titolo terzo del codice di procedura penale alle operazioni tecniche con le quali si acquisisce cognizione degli estremi (tempo, luogo, mittente, destinatario), ancorché non del contenuto di una conversazione telefonica». D. Potetti, *Corte Costituzionale n. 81/93: la forza espansiva della tutela accordata all’art. 15 comma 1 della costituzione*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2741; A. Pace, *Nuove frontiere della libertà di comunicare riservatamente (o piuttosto del diritto alla riservatezza)?*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 742; S. Di Filippo, *Dati esteriori delle comunicazioni e garanzie costituzionali*, in *Giur. it.*, 1995, I, p. 107.

anche i dati esteriori di individuazione di una determinata conversazione telefonica»²⁸.

Al riguardo, si è, altresì, precisato che «oltre agli articoli concernenti le intercettazioni del contenuto di comunicazioni telefoniche, assume sicuramente rilievo l'art. 256 c.p.p., il quale, nel regolare in via generale l'acquisizione di documenti coperti dal segreto professionale o dal segreto di Stato, pone una disciplina applicabile anche all'ente gestore del servizio pubblico della telefonia e, pertanto, costituisce, per l'aspetto considerato, l'attuazione per via legislativa della tutela connessa al dovere di riserbo, implicitamente contenuto nell'art. 15 della Costituzione come garanzia istituzionale del diritto della persona alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni».

In sostanza, ad opinione del Giudice delle leggi, per l'acquisizione dei tabulati telefonici, potrebbe farsi riferimento all'art. 256 c.p.p., relativo al dovere di esibizione all'autorità giudiziaria di documenti riservati o segreti, nel rispetto, però, di ulteriori garanzie derivabili direttamente dal precetto di cui all'art. 15 Cost.: necessità, dunque, di un «atto dell'autorità giudiziaria, sorretto da un'adeguata e specifica motivazione, diretta a dimostrare la sussistenza in concreto di esigenze istruttorie volte al fine, costituzionalmente protetto, della prevenzione e della repressione dei reati»²⁹.

Di qui, l'indirizzo giurisprudenziale che, pur condividendo il principio che anche «il diritto al segreto sul fatto storico dell'intervenuta comunicazione» telefonica rientri nella sfera di tutela dell'art. 15 Cost., ha fatto derivare dalla sua violazione conseguenze processuali differenti.

Dopo aver affermato che il provvedimento, con il quale il magistrato del pubblico ministero disponga l'acquisizione del tabulato relativo alla movimentazione del traffico telefonico di un cellulare, debba essere, proprio alla luce della sentenza n. 81 del 1993, motivato, si è, tuttavia, ritenuto che l'omessa motivazione del provvedimento non determini l'inutilizzabilità del tabulato a fini probatori³⁰. Tale sanzione processuale – si sostiene – «non consegue a qualunque violazione di norme che regolano l'atto processuale, ma soltanto a quelle che consistano in un divieto di acquisizione della prova, o a quelle per la cui violazione è espressamente comminata dalla legge tale conseguenza, come avviene per i casi previsti dall'art. 271 c.p.p.»³¹. Si è, pure, affermato che sono da considerarsi utilizzabili i tabulati acquisiti senza neppure la richiesta scritta e motivata del magistrato del pubblico ministero, perché attestanti solo dati esteriori alle conversazioni telefoniche, quindi qualificabili come prova documentale, ai sensi dell'art. 234 c.p.p.³² Difatti, l'art. 234, comma 1, c.p.p., in materia di prova documentale, applicabile a tali ipotesi, non stabilisce formalità alcuna di acquisizione³³. In conformità, invece, al tenore della pronuncia della Corte costituzionale, è stato considerato inutilizzabile il tabulato ove acquisito in assenza

²⁸ Dunque per il Giudice delle leggi anche il diritto al segreto sul fatto storico dell'intervenuta comunicazione ha copertura costituzionale ex art. 15 Cost. In termini conformi, anni addietro, si era espressa anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, a parere della quale, contenendo informazioni, in particolare i numeri chiamati, «i verbali delle registrazioni costituivano elemento integrante della comunicazione telefonica». Su queste basi, i giudici di Strasburgo avevano affermato che «la consegna di queste informazioni alla polizia, senza il consenso dell'abbonato, si risolveva in un'interferenza con il diritto garantito dall'art. 8 della Convenzione europea, che tutela la privacy» Corte europea dei diritti dell'uomo, caso Malone contro Regno Unito, 2 agosto 1984. La Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso H. contro Repubblica Ceca, del 1° marzo 2007, ha ribadito: «in tema di acquisizione di tabulati telefonici, anche il mero elenco cronologico delle chiamate tra più utenze ricadono sotto la protezione dell'art. 8 CEDU: come tali, l'acquisizione degli stessi in un processo penale costituisce ingerenza nella vita privata», A. Bonfiglioli, *Le immunità tra Convenzione europea e diritto interno: natura giuridica e ratio politico-criminale dell'insindacabilità parlamentare nel dialogo tra le Corti*, in V. Manes-V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 447.

²⁹ Siffatta esegesi fu aspramente criticata dalla dottrina, la quale sottolineò come l'art. 15 Cost. «prevedesse due riserve, di legge e di giurisdizione». Mentre la seconda non aveva bisogno di interventi normativi ad hoc, in relazione alla prima la vicenda si appalesava diversa. La norma costituzionale, infatti, «non si limitava ad una ripartizione di competenze, escludendo le fonti c.d. secondarie, ma esigeva qualcosa di più, posto che limitare la segretezza delle comunicazioni era ed è consentito solo se una legge ha fissato apposite garanzie» così, A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 248; garanzie che il codice di rito, invero, non prevedeva. Su queste basi, alcuni Autori ipotizzarono l'incostituzionalità dell'istituto, auspicando l'intervento del legislatore ordinario (così, per tutti, G. Dolso, *Ipotesi sulla possibilità di un diverso esito utilizzando il parametro della ragionevolezza*, in *Giur cost.*, 1993, p. 2111).

³⁰ A. Camon, *Sull'inutilizzabilità nel processo penale di tabulati relativi al traffico telefonico degli apparecchi "cellulari", acquisiti dalla polizia senza l'autorizzazione della polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1996, 3724.

³¹ Cass., sez. IV, 29 dicembre 1994, n. 1541, in *CED Cass.* n. 200001.

³² A. Bernasconi, *Prove*, in A. Scalfati (a cura di), *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 317.

³³ Cass., sez. I, 18 luglio 1995, n. 7994, in *CED Cass.* n. 202909.

del provvedimento, debitamente motivato, dell'autorità giudiziaria³⁴, anche nella fase delle indagini preliminari³⁵.

In senso più rigoroso, poi, superando l'avviso espresso dalla Corte costituzionale, è stato sostenuto che le disposizioni in tema di intercettazione sono riferibili non solo al contenuto dei colloqui ma ugualmente ai dati, anch'essi oggetto della tutela posta dall'art. 15 Cost., che consentono di identificare i soggetti colloquianti, il tempo ed il luogo della comunicazione³⁶. Si è, quindi, avallata la tesi opposta, sostenendo cioè che «l'omessa motivazione del provvedimento con il quale il magistrato del pubblico ministero disponga l'acquisizione del tabulato relativo al traffico telefonico di un "cellulare" non determina l'inutilizzabilità del tabulato stesso a fini probatori, poiché l'inutilizzabilità non consegue a qualunque violazione di norme che regolano l'atto processuale, ma soltanto a quelle che consistano in un divieto di acquisizione della prova ed a quelle per cui la violazione è espressamente prevista dalla legge»³⁷.

Nel tentativo di risolvere l'evidenziata controversia giurisprudenziale la Suprema Corte ha operato un primo intervento a Sezioni Unite³⁸ nel quale è giunta, addirittura, ad affermare che, poiché la stampa dei tabulati concernenti il flusso informatico relativo ai dati esterni al contenuto delle comunicazioni costituisce la documentazione, in forma intelligibile, del flusso medesimo, la relativa acquisizione soggiace alla stessa disciplina delle comunicazioni a mezzo di sistemi informatici di cui alla legge 23 dicembre 1993 n. 547³⁹; sicché l'acquisizione dei tabulati telefonici deve ritenersi non legittima se non nei limiti formali e sostanziali segnati dagli artt. 266-271 c.p.p., dovendo «soggiacere alla stessa disciplina delle intercettazioni quanto a garanzie di segretezza e libertà delle comunicazioni»: con la conseguenza che il divieto di utilizzazione previsto dall'art. 271 c.p.p. sarebbe «riferibile anche all'acquisizione dei tabulati tutte le volte che avvenga in violazione dell'art. 267, cioè in assenza del prescritto decreto».

In sostanza, si è enucleato il principio per cui «non è utilizzabile il tabulato contenente l'indicazione dei dati "esteriori" delle conversazioni telefoniche⁴⁰ (utenza da cui proviene la telefonata, numero chiamato, data, ora, e durata della conversazione), tutte le volte che sia stato acquisito agli atti senza l'autorizzazione motivata dell'autorità giudiziaria».

Poco tempo dopo le Sezioni Unite⁴¹ sono tornate nuovamente sull'argomento, questa volta sollecitate da una ordinanza di rimessione che dava atto di una novità: l'essere intervenuta, successivamente, nel medesimo anno, il 1998, alla prima decisione del Supremo Consesso, un'ulteriore sentenza in materia della Corte costituzionale⁴² che, richiamandosi alla sua precedente sentenza del 1993, aveva ribadito

³⁴ Cass., sez. I, 3 aprile 1996, n. 1362, in *CED Cass.* n. 204211.

³⁵ Cass., sez. fer., 28 agosto 1996, n. 2063, in *CED Cass.* n. 205985.

³⁶ Cass., sez. VI, 10 febbraio 1996, n. 1670, in *CED Cass.* n. 203720. Nella specie la Corte ha ritenuto inutilizzabili per la decisione sulla responsabilità dell'imputato i tabulati delle chiamate da lui effettuate con il suo telefono portatile, che erano stati acquisiti dalla polizia giudiziaria senza l'autorizzazione del giudice.

³⁷ Cass., sez. I, 2 dicembre 1997, n. 6767, in *CED Cass.* n. 209502.

³⁸ Cass., sez. un., 24 settembre 1998, n. 21, in *CED Cass.* n. 211197. In particolare la questione devoluta concerneva la legittimità o meno dell'utilizzazione di un tabulato acquisito dalla polizia giudiziaria senza un provvedimento autorizzativo dell'autorità giudiziaria.

³⁹ Ad avviso delle S.U., la suddetta legge sarebbe venuta a completare il quadro di tutela nel senso auspicato dalla Corte costituzionale, quanto a presupposti, condizioni e modalità di acquisizione anche dei dati esterni alle comunicazioni telefoniche. Com'è noto con la legge n. 547 del 1993 è stato introdotto, nel Capo IV del Titolo III del Libro III, l'art. 266-bis c.p.p., in base al quale la disciplina delle intercettazioni delle conversazioni o comunicazioni telefoniche è stata estesa alle "intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche", cioè all'intercettazione del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici.

⁴⁰ E. Andolina, *L'acquisizione nel processo penale dei dati "esteriori" delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, Padova, Cedam, 2018, p. 2 ss.

⁴¹ Cass., sez. un., 23 febbraio 2000, n. 6, in *CED Cass.* n. 215841. In particolare la questione devoluta concerneva la legittimità o meno dell'utilizzazione dei tabulati acquisiti col solo decreto motivato del magistrato del pubblico ministero, senza l'integrale osservanza dell'art. 267 c.p.p.

⁴² Corte cost., sent. n. 281 del 1998: «È inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 267, comma 1, c.p.p., nella parte in cui non prevede l'adozione del provvedimento autorizzativo del giudice per la rilevazione del traffico telefonico e la individuazione delle utenze chiamate, delle date e dell'ora delle conversazioni, sollevata con riferimento all'art. 3, comma 1, Cost., sia perché la disposizione impugnata fa parte del complesso di norme (art. 266 ss. c.p.p.) che disciplinano l'intercettazione del contenuto di conversazioni o comunicazioni telefoniche, informatiche o tra presenti e non è quindi estensibile ad istituti diversi, quale l'acquisizione a fini probatori di notizie riguardanti il mero fatto storico dell'avvenuta comunicazione telefonica, la

come «la disciplina, di cui agli artt. 266 c.p.p., è modellata con esclusivo riferimento all'intercettazione del contenuto delle conversazioni e comunicazioni e non è pertanto estendibile ad istituti diversi, quale l'acquisizione a fini probatori di notizie riguardanti il mero fatto storico della avvenuta comunicazione telefonica». Sicché, alla luce «della diversità di discipline che rispettivamente regolano i due istituti, nonché dei diversi elementi di conoscenza alla cui acquisizione sono rispettivamente finalizzati e delle differenti esigenze investigative che mirano a soddisfare», si è giunti alla conclusione di ritenere sufficiente, per l'acquisizione dei tabulati telefonici, un provvedimento motivato del magistrato del pubblico ministero, senza la necessità dell'intervento del giudice.

Tale pronuncia, nella forma della declaratoria di inammissibilità della questione, aveva evidenziato che la norma disciplinante la acquisizione dei tabulati non è quella dell'art. 267 c.p.p., sottoposta a vaglio di costituzionalità, ma quella dell'art. 256 c.p.p. Inoltre, si sono chiarite le specifiche ragioni dell'inammissibilità della richiesta del mittente in ordine ad una sentenza del Giudice delle Leggi con la quale questi avrebbe dovuto «estendere la specifica garanzia dell'autorizzazione giurisdizionale, prevista per l'intercettazione del contenuto di conversazioni, all'acquisizione documentale concernente i soli dati identificativi di tali conversazioni». A giudizio della Corte, le radicali differenze di struttura ravvisabili tra i due istituti renderebbero non solo improponibile qualunque lettura estensiva degli artt. 266 e ss. c.p.p. volta ad assimilare *de iure condito* la disciplina dell'acquisizione dei tabulati alla disciplina delle intercettazioni, ma addirittura non auspicabile, per il futuro, una pronuncia additiva dello stesso Giudice delle leggi o un intervento novellistico del legislatore finalizzati a una pura e semplice equiparazione delle due attività investigative: ciò, se non altro, per «i delicati problemi interpretativi» che si aprirebbero «in ordine all'applicazione dei presupposti e dei limiti funzionali alle specifiche esigenze di garanzia che sottostanno alle intercettazioni del contenuto di conversazioni, ma non tutti egualmente riconducibili alla diversa forma di intrusione nella sfera della riservatezza che si realizza mediante l'acquisizione dei tabulati relativi al traffico telefonico».

Il Supremo Consesso, in adesione alla pronuncia della Corte costituzionale del 1998⁴³, ha precisato che la registrazione dei dati esterni relativi al traffico telefonico ed alla fatturazione avviene ad opera del gestore del servizio al termine della fase dinamica del flusso o del dialogo comunicativo. I «tabulati», dunque, sono soltanto elementi identificativi esterni al contenuto della conversazione, la cui informatizzazione non li rende estranei alla comunicazione bensì al contenuto del dialogo intercorso. Tale informatizzazione non concerne i flussi in movimento captati nel corso del loro svolgimento, appunto perché è costituita da dati storici di archivio dei quali già dispone il gestore della telefonia indipendentemente dalla richiesta dell'autorità giudiziaria, che ne ordina l'acquisizione con provvedimento motivato, in quanto non liberamente divulgabili, avendo carattere riservato secondo la normativa sulla «privacy». Pertanto, la stampa e l'acquisizione dei dati esterni incidono sul loro «trattamento», costituendo una forma d'intrusione nella sfera della riservatezza, diversa e minore rispetto all'intercettazione dei contenuti delle conversazioni o dei dialoghi in corso.

Si è, quindi, affermato che per l'acquisizione dei tabulati telefonici, conservati in archivi informatici dal gestore del servizio, è sufficiente il decreto motivato del magistrato del pubblico ministero⁴⁴, «giustificato dalla limitata invasività dell'atto che ha come oggetto l'acquisizione di «elementi esterni» della telecomunicazione», e non risulta pertanto necessaria l'osservanza delle disposizioni relative all'intercettazione di conversazioni o comunicazioni, di cui agli articoli 266 e ss.

disciplina dell'acquisizione dei tabulati ricadono nel disposto dell'art. 256 c.p.p.; sia perché l'eventuale sentenza additiva della Corte sull'art. 256 cit. verrebbe ad interferire con scelte riservate alla discrezionalità del legislatore, in ordine alle garanzie più idonee a contemperare la tutela della sfera della libertà e della segretezza delle comunicazioni, coinvolta anche dall'acquisizione dei tabulati, con le esigenze sottese alla investigazione e repressione dei reati».

⁴³ La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 281 del 1998, ha ribadito che è sufficiente il decreto motivato del magistrato del pubblico ministero per acquisire i tabulati telefonici, così attuandosi una tutela costituzionale proporzionata alla lesione della riservatezza della sfera privata.

⁴⁴ Il principio della sufficienza di un decreto del magistrato del pubblico ministero per l'acquisizione dei tabulati è stato ribadito da Cass., sez. un., 21 giugno 2000, n. 16, in *CED Cass.* n. 216247. Sulla scia di tale insegnamento, Cass., sez. I, 3 dicembre 2003, n. 23961, in *CED Cass.* n. 228988, ha affermato che «nella fase del dibattimento l'acquisizione dei tabulati relativi ai dati esterni del traffico di un'utenza telefonica non può avvenire a seguito di diretta produzione del magistrato del pubblico ministero, ma soltanto in forza degli artt. 495 e 507 c.p.p. e pertanto, nel contraddittorio delle parti, a mezzo di ordinanza motivata del giudice, cui sia stata avanzata la relativa richiesta».

Poco felice è la sufficienza dell'intervento provvedimento del *dominus* delle indagini sulla minor lesività dell'atto di acquisizione dei tabulati telefonici⁴⁵.

L'incompatibilità della disciplina delle intercettazioni alla procedura di acquisizione dei tabulati non dipende dal grado di invasività dell'atto di indagine, che può anche esserci ma è irrilevante ai fini della pertinenza normativa, ma si tratta di incongruità logica, dipendendo dalla modalità e dalla temporalità con le quali l'atto si compie: l'intercettazione è la captazione di una comunicazione in corso; l'acquisizione di un tabulato è l'apprensione di un dato storico, di un fatto che è stato e che in un momento successivo viene rappresentato in un documento.

Non si può, pertanto, estendere a una situazione statica una disciplina nata per regolamentare una situazione in movimento.

La materia, basata in origine sulle oscillazioni giurisprudenziali di cui si è detto, è stata, in seguito, disciplinata specificamente dal legislatore che, con il d.l. n. 196 del 2003⁴⁶ (contenente il "Codice in materia di protezione dei dati personali"), nel regolare le modalità di conservazione da parte del fornitore dei dati relativi al traffico telefonico per finalità di accertamento e repressione dei reati, con l'art. 132 aveva previsto due distinte ipotesi⁴⁷. Nel primo caso, riguardante i reati per così dire "ordinari", l'acquisizione riferibile solamente ai dati conservati negli ultimi ventiquattro mesi poteva avvenire in esecuzione di un decreto motivato del giudice, emesso su istanza del magistrato del pubblico ministero o del difensore dell'imputato, dell'indagato, della persona offesa o di altra parte privata, oppure a seguito di richiesta inoltrata dal difensore a mente dell'art. 391-*quater* c.p.p. Nel secondo caso, riguardante i reati di maggiore gravità elencati nell'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p. ed i delitti in danno di sistemi informatici o telematici, l'acquisizione riferibile ai dati conservati negli ultimi quarantotto mesi poteva avvenire esclusivamente in base ad un decreto con cui il giudice avesse riconosciuto l'esistenza di sufficienti indizi di reità. Il citato art. 132, dapprima sostituito dall'art. 3 d.l. 24 dicembre 2003, n. 354, convertito, con modifica, nella l. 26 febbraio 2004, n. 45, è stato poi modificato dall'art. 6 del d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modifica, nella l. 31 luglio 2005, n. 155⁴⁸.

E così, si è restituito al magistrato del pubblico ministero la competenza a disporre, in via ordinaria, l'acquisizione dei tabulati telefonici; "conservare" la facoltà per il difensore dell'indagato o dell'imputato di domandare, a mente dell'art. 391-*quater* c.p.p., i tabulati telefonici relativi però solo alle utenze intestate al proprio assistito; "lasciare" al giudice il compito di emettere l'autorizzazione, o convalidare, entro quarantotto ore, il provvedimento adottato in via d'urgenza dalla pubblica accusa, nei casi in cui dal ritardo possa derivare un grave pregiudizio per le indagini, nei procedimenti relativi ai reati più gravi ed in relazione ai dati del traffico custoditi da oltre ventiquattro mesi (commi 4 e 4-*bis*).

Il legislatore, con evidenza, ha graduato l'intensità della tutela a seconda del periodo, minore o maggiore, a cui risale la comunicazione, loro localizzazione, volume e durata del traffico telefonico: consentendo cioè, da un lato, l'intromissione della *privacy* con accertamento esteso ad ambito temporale più ampio in rapporto alla maggiore delicatezza, complessità e gravità dei indagini e, dall'altro, individuando e prevedendo condizioni più pregnanti e selettive laddove, in ragione di quel maggior spazio d'azione, potrebbero verificarsi abusi, quali acquisizioni non giustificate dai tempi tecnici dell'investigazione.

⁴⁵ Secondo le S. U., in particolare, «la riprova della distinzione fra intercettazione e documentazione dei dati esterni delle comunicazioni è nel diverso trattamento sanzionatorio previsto per le rispettive violazioni. Esso è più grave, a causa del maggior livello d'intrusione nella sfera privata, nella forma di attacco alla segretezza, per la prima (artt. 617, 617-*bis*, 617-*ter*, 620 c.p.; reati di criminalità informatica introdotti con la legge 23 dicembre 1993 n. 547, vale a dire artt. 392, comma 2, 420, comma 2, 491-*bis*, 615-*ter* – *quater* – *quinquies*, 616, comma 4, 617-*quater* *quinquies* – *sexies*, 621, comma 2, 623-*bis*, 635-*bis*, 640-*ter* c.p.); ed è meno grave, a causa della minore invasività, per la seconda "salvo che il fatto costituisca più grave reato", art. 35 l. n. 675 del 1996 richiamato dall'art. 11 D.l.vo n. 171 del 1998), sotto forma di attacco alla riservatezza».

⁴⁶ C. Parodi, *Le modifiche del «d.l. giustizia» in tema di conservazione dei dati*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 539.

⁴⁷ G. Alpa, *Prefazione*, in R. Pardolesi (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2003.

⁴⁸ S. Signorato, *Novità in tema di data retention. La riformulazione dell'art. 132 Codice privacy da parte del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2018, 11, p. 153.

UNA DECISIONE “APERTA”

Alla luce di quanto fino ad ora esposto, appare evidente, come in giurisprudenza sia consolidato l’orientamento secondo cui le intercettazioni e l’acquisizione dei tabulati telefonici siano categorie di somogenee.

Sulla base di tale assunto, per il giudice rimettente esisterebbe una differenza «ontologica e normativa» tra le intercettazioni telefoniche e i dati esterni delle comunicazioni, poiché le prime costituirebbero, come chiarito dalla Corte costituzionale del 1993, «tecniche che consentono di apprendere, nel momento stesso in cui viene espresso, il contenuto di una conversazione o di una comunicazione, contenuto che, per le modalità con le quali si svolge, sarebbe altrimenti inaccessibile a quanti non siano parti della comunicazione medesima», mentre i tabulati fornirebbero la documentazione del dato «estrinseco» della conversazione, di cui riscontrerebbero la durata, le utenze coinvolte, i ponti-radio collegati.

Sulla scorta di tale differenza, la stessa Corte, in precedenza, non ha ritenuto estensibile ai tabulati la disciplina che il codice di procedura penale prevede per le intercettazioni⁴⁹. Infatti, solo il giudice per le indagini preliminari, e solo in presenza di determinati reati, con limiti che sono stati resi via via più stringenti, può autorizzare intercettazioni, mentre per l’acquisizione dei tabulati si è sempre ritenuta sufficiente la richiesta del magistrato del pubblico ministero con decreto *ex art. 256 c.p.p.* – relativo al dovere di esibizione all’autorità giudiziaria di documenti riservati o segreti – come ha in seguito confermato, anche se con una disciplina più dettagliata, l’art. 132 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196⁵⁰. Quindi, proprio sulla base sia di tale differenza «ontologica e normativa», sia dell’esclusione dall’elenco dell’art. 68 Cost. di riferimenti ai tabulati telefonici, il giudice *a quo* arriva ad affermare la non conformità alla Costituzione dell’art. 6, comma 2, legge n. 140 del 2003, nella parte in cui prevede che il giudice richieda l’autorizzazione alla camera di appartenenza del parlamentare anche per l’utilizzazione dei tabulati acquisiti a carico di terzi in contatto col primo, dal momento che estende tale garanzia ad atti di indagine non previsti dalla norma costituzionale, da ritenersi conformata al principio di tipicità degli atti soggetti ad autorizzazione⁵¹.

Per il giudice *a quo* va, altresì, esclusa anche una possibile estensione ai tabulati telefonici della disciplina del sequestro di corrispondenza, espressamente contenuta nell’art. 68 Cost., avendo quest’ultimo ad oggetto, diversamente da quanto accade per i tabulati del traffico telefonico, non solo il dato esteriore – mittente, destinatario, data – ma anche il contenuto della conversazione.

A tale prospettazione, l’Avvocatura generale dello Stato obietta affermando che la tutela dell’art. 68 Cost. «deve essere estesa a qualsiasi altro atto *lato sensu* di “intercettazione” che, al di là di una presunta limitazione che si assume essere intrinseca alla formulazione letterale della norma costituzionale, possa comportare una invasione o limitazione della libertà individuale e della libertà di comunicazione identica a quella che si realizza con gli atti indicati dall’art. 68 della Costituzione, e finisce quindi col riverberare sulle garanzie dell’Organo costituzionale di appartenenza». In particolare, se attraverso la previa autorizzazione *ad acta* si vuole impedire che l’ascolto di colloqui riservati⁵² da parte dell’autorità giudiziaria possa essere indebitamente finalizzato ad incidere sullo svolgimento del mandato elettivo, divenendone fonte di condizionamenti e pressioni sulla libera esplicazione dell’attività parlamentare, ciò sarebbe «perfettamente vero anche per la documentazione dei dati estrinseci delle conversazioni», ossia per i tabulati telefonici⁵³. Quindi, il dettato costituzionale “intercettazioni in qualsiasi forma” va inteso in senso di tutela da ogni forma di intrusione nell’attività istituzionale del Parlamentare, inclusa

⁴⁹ C. cost. sentenze nn. 81 del 1993 e 281 del 1998.

⁵⁰ Codice in materia di protezione dei dati personali, recante disposizioni per l’adeguamento dell’ordinamento nazionale al regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE.

⁵¹ G. Giostra, *È inapplicabile al “nuncius” la disciplina delle intercettazioni riguardanti il parlamentare (ma i veri problemi rimangono irrisolti)*, in *Giur. Cost.*, 2005, 1349.

⁵² M. Gialuz, *Intercettazione dei colloqui riservati e libertà funzionale del parlamentare: qualche riflessione sulla portata della prerogativa dell’art. 68 comma 3 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2004, 3682.

⁵³ L. Filippi, *Intercettazioni, tabulati e altre limitazioni della segretezza delle comunicazioni*, in G. Spangher-A. Marandola-G. Garuti-L. Kalb, *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, vol. I, *Soggetti, atti, prove*, a cura di G. Spangher, Torino, Giappichelli, 2015, p. 1100.

quindi l'acquisizione di rilevanti dati⁵⁴ estratti dai tabulati telefonici.

In merito a tale disquisizione la Corte costituzionale afferma, diversamente da quanto sostenuto in precedenza, che sul piano testuale non è corretta la differenza "ontologica" tra i due tipi di dati, contenuto delle intercettazioni e tabulato. Infatti, si può ritenere che il riferimento dell'art. 68, terzo comma, Cost. a "comunicazioni" inglobi in sé anche i tabulati telefonici, sull'assunto che tra i significati comuni del termine "comunicazione" rientrano quello di "contatto", "rapporto", "collegamento", termini che evocano proprio i dati e le notizie che un tabulato è in grado di rilevare e rivelare. Tale affermazione, ricorda la Corte, è stata in precedenza confermata anche dalla giurisprudenza di legittimità, che ha espressamente riconosciuto che l'acquisizione di tabulati, come la captazione di conversazioni, è attività diretta ad accedere nella sfera delle comunicazioni del parlamentare⁵⁵.

Per quel che concerne, invece, le garanzie costituzionali specifiche, il Giudice delle leggi ricorda come l'art. 68 della Carta costituzionale miri a proteggere la libertà della funzione, dell'autonomia e dell'indipendenza decisionale delle Camere rispetto ad indebite invadenze di altri poteri, e non un diritto individuale, che solo strumentalmente ripercuoterebbe i propri effetti a favore delle persone investite della funzione. Quindi, proprio per queste ragioni si può estendere la garanzia dell'art. 68 Cost. ad un atto investigativo idoneo a incidere sia sulla libertà di comunicazione sia sulla libertà di "movimento" del parlamentare, quale è certamente un tabulato telefonico.

Quest'ultima affermazione sembra criticabile in quanto dovrebbero essere così vietate, senza una preventiva autorizzazione della Camera di appartenenza, eventuali attività investigative di tipo tradizionale, dirette ad individuare la localizzazione e gli spostamenti di un membro del Parlamento sottoposto ad indagini, ovvero a rivelare i suoi rapporti con altri soggetti. Certamente non è così, dal momento che un membro del Parlamento, ove occorra ai fini di determinate indagini, può senza dubbio essere oggetto di pedinamenti da parte degli organi di polizia, può essere fotografato nei luoghi o con le persone da lui frequentate, ed inoltre può esserne verificata la presenza presso alberghi o presso altre dimore esterne alle consuete sedi di domicilio.

Dalla lettura della sentenza in commento, infine, emerge un'interessante considerazione circa la disciplina futura dei tabulati telefonici, che induce a pensare ad una indiretta sollecitazione ad intervenire rivolta al legislatore. Infatti, la Corte, in motivazione, sostiene che «la disciplina del codice potrebbe mutare in futuro, proprio sugli aspetti qui rilevanti, e anche in direzione di un più omogeneo trattamento di intercettazione e acquisizione di tabulati».

Sotto questo profilo, l'equiparazione tra intercettazioni e tabulati, operata dalla Corte sul fronte delle garanzie previste dall'art. 68 Cost., ben potrebbe costituire punto di partenza per rimeditare il regime differenziato che, sul versante processuale, separa il mezzo di ricerca della prova regolato dagli artt. 266 e ss. c.p.p. dall'acquisizione dei dati estrinseci delle comunicazioni.

⁵⁴ Citando la sentenza della Corte costituzionale n. 188 del 2010, l'Avvocatura generale ricorda che «i tabulati consentono di apprendere e individuare non solo tutti i contatti con altre utenze e la loro collocazione temporale, ma – se si tratta di apparecchi mobili – anche il cosiddetto "tracciamento", vale a dire le localizzazioni e gli spostamenti dei soggetti detentori dell'apparecchio». Nella medesima occasione la Corte aggiunse che ciò, «in caso di utenze nella disponibilità di un parlamentare, può aprire squarci di conoscenza sui suoi rapporti, specialmente istituzionali, di ampiezza ben maggiore rispetto alle esigenze di una specifica indagine e riguardante altri soggetti per i quali opera e deve operare la medesima tutela dell'indipendenza e della libertà della funzione».

⁵⁵ Cass., sez. VI, 22 settembre 2016, n. 49538, in *CED Cass.* n. 268422.

Contestazione fisiologica al dibattimento del reato concorrente e patteggiamento

CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA 11 APRILE 2019, N. 82 – PRES. LATTANZI; REL. MODUGNO

Con la sentenza n. 82 del 2019, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità dell'art. 517 c.p.p., per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena, a norma dell'art. 444 c.p.p., relativamente al reato concorrente emerso nel corso dell'istruttoria e che forma oggetto di nuova contestazione.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1.– Il Tribunale ordinario di Alessandria, con ordinanza del 25 ottobre 2017, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 24, secondo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 517 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena, a norma dell'art. 444 cod. proc. pen., relativamente al reato concorrente emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale e che forma oggetto di nuova contestazione.

1.1.– Premette il giudice rimettente che, nel corso del dibattimento, all'esito di perizia balistica, era emerso che i tre fucili oggetto della imputazione di illecita detenzione di arma comune da sparo di cui agli artt. 2 e 7 della legge 2 ottobre 1967, n. 895 (Disposizioni per il controllo delle armi), contestata al capo b), – all'imputato era stata contestata anche una contravvenzione in materia di rifiuti, rubricata sotto il capo a) nonché il reato di tentata violenza privata, rubricata sotto il capo c) – erano da considerarsi armi da sparo atte all'impiego; ma era altresì emerso che uno dei tre fucili recava la matricola abrasa e non meramente illeggibile, come riferito dall'ufficiale di polizia giudiziaria esaminato nel dibattimento.

In relazione a detta arma, pertanto, il pubblico ministero procedeva alla contestazione del reato di cui all'art. 23, terzo comma, della legge 18 aprile 1975, n. 110 (Norme integrative della disciplina vigente per il controllo delle armi, delle munizioni e degli esplosivi), in quanto arma clandestina (capo d), ed alla correlativa contestazione del delitto di ricettazione della medesima arma (capo e).

In riferimento a tali nuove contestazioni, l'imputato formulava richiesta di applicazione della pena, indicando il relativo trattamento sanzionatorio e subordinando la richiesta stessa alla concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena.

A fronte di tale richiesta – ha puntualizzato il giudice a quo – il pubblico ministero ha negato il proprio consenso, in quanto, trattandosi di nuove «contestazioni fisiologiche e non patologiche», esse non consentirebbero «la remissione in termini per il patteggiamento», alla luce dei principi affermati nella sentenza di questa Corte n. 265 del 1994. A questo punto, il Tribunale, su accordo delle parti, disponeva lo stralcio dei reati di cui ai capi a) e c) che venivano separatamente definiti con sentenza.

Nel ritenere corretta la qualificazione giuridica delle nuove contestazioni elevate dal pubblico ministero e non sussistendo i presupposti per l'adozione di una sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., il giudice a quo reputa dunque astrattamente accoglibile la richiesta di applicazione della pena per i reati connessi contestati in dibattimento (connessione che il giudice a quo desume dalla continuazione fra tutti i reati concernenti le armi); ma, al tempo stesso, ritiene fondati i rilievi del pubblico ministero, dal momento che, trattandosi di nuova contestazione cosiddetta fisiologica a norma dell'art. 517 cod. proc. pen., non è prevista una "rimessione in termini" rispetto al termine di decadenza stabilito dall'art. 446, comma 1, cod. proc. pen.

1.2.– Verificata, pertanto, la rilevanza della normativa in questione per la decisione sulla domanda di applicazione della pena, il Tribunale reputa che la stessa, nella parte in cui preclude all'imputato la possibilità di formulare richiesta di patteggiamento in riferimento al reato concorrente, frutto di contestazione suppletiva "fisiologica", contrasti con il diritto di difesa e con i principi di uguaglianza e di ragionevolezza, in rapporto alla differente disciplina riservata ad eguali situazioni.

Nel rievocare i percorsi seguiti dalla giurisprudenza costituzionale, il giudice a quo rammenta, infatti, come ad un primo iniziale orientamento di rigore, che faceva leva sulla natura premiale dei riti alternativi e, dunque, sulla possibilità di accedere agli stessi solo laddove si fosse garantita la definizione del processo senza procedere alla celebrazione del dibattimento (si citano le sentenze nn. 593 e 277 del 1990 e n. 316 del 1992), con la successiva sentenza n. 265 del 1994 tale orientamento venne modificato nel caso di contestazioni dibattimentali tardive, dichiarando illegittimi gli artt. 516 e 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedevano la facoltà per l'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione di pena a norma dell'art. 444 cod. proc. pen. relativamente al fatto diverso o al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerneva un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio della azione penale (contestazione cosiddetta patologica), ovvero quando l'imputato aveva tempestivamente e ritualmente proposto la richiesta di applicazione della pena in ordine alla originaria imputazione.

Più di recente, rammenta ancora il giudice a quo, questa Corte, con la sentenza n. 184 del 2014, ha rimosso la preclusione a definire il processo con l'applicazione della pena su richiesta, in seguito alla contestazione nel dibattimento di una circostanza aggravante che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale.

Per ciò che concerne il giudizio abbreviato, dopo una prima fase caratterizzata da alcune pronunce di inammissibilità, fondate sulle innovazioni introdotte dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479 (Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice di procedura penale e all'ordinamento giudiziario. Disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti al giudice di pace e di esercizio della professione forense), la Corte, con la sentenza n. 333 del 2009, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 516 e 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedevano la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato, relativamente al fatto diverso o al reato concorrente contestati in dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio della azione penale.

Con tale ultima pronuncia e con la successiva sentenza n. 139 del 2015 – la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedeva la facoltà di richiedere il giudizio abbreviato con riferimento al reato per il quale vi sia stata contestazione suppletiva di circostanza aggravante che già risultava agli atti al momento di esercizio della azione penale – la Corte, sottolinea il giudice a quo, ha parificato le situazioni del patteggiamento e del giudizio abbreviato, rimuovendo definitivamente le preclusioni derivanti dalle contestazioni "patologiche".

1.3. – In merito, invece, alle contestazioni "fisiologiche", con la sentenza n. 237 del 2012 la Corte, modificando il precedente orientamento negativo, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non consentiva di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato per il reato concorrente emerso nel corso del dibattimento, e divenuto oggetto della nuova contestazione. Ciò, in particolare, in considerazione della non necessaria prevedibilità di possibili variazioni della accusa nel corso della istruzione dibattimentale.

La medesima soluzione è stata adottata anche nella sentenza n. 273 del 2014, con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 516 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato per il fatto diverso emerso nel corso della istruzione dibattimentale ed oggetto di nuova contestazione.

Anche per ciò che concerne il patteggiamento – puntualizza ancora il giudice rimettente – la Corte, con la sentenza n. 206 del 2017, ha ritenuto estensibili, alla richiesta di patteggiamento formulata in dibattimento in caso di "contestazione fisiologica" del fatto diverso a norma dell'art. 516 cod. proc. pen., le argomentazioni già svolte in relazione al giudizio abbreviato, rilevando come l'imputato, il quale subisca una nuova contestazione, viene a trovarsi in una posizione diversa e deteriore, per ciò che attiene alla facoltà di accesso ai riti alternativi, rispetto a chi fosse stato chiamato a rispondere della stessa imputazione fin dall'inizio. Da qui, la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 516 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento

l'applicazione della pena a norma dell'art. 444 cod. proc. pen., relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione.

Pure in questa circostanza, sottolinea il giudice rimettente, è stato ribadito che condizione essenziale per il diritto di difesa è che l'imputato abbia ben chiari i termini dell'accusa che gli viene mossa, con la conseguenza che, in presenza di una modifica "fisiologica" della stessa, non può essergli preclusa la facoltà di richiedere il patteggiamento, sol perché, non avendolo richiesto prima, si sarebbe assunto il rischio di tale evenienza.

Una valutazione, questa, la cui coerenza è stata già esclusa da questa Corte in riferimento al giudizio abbreviato, con la ricordata sentenza n. 273 del 2014, sul rilievo che la stessa farebbe dipendere dalle scelte del pubblico ministero – se esercitare separatamente l'azione penale o invece procedere alla contestazione suppletiva – rispettivamente, la possibilità di recuperare o meno la opzione per il rito alternativo.

1.4. – Alla stregua dei riferiti rilievi, la preclusione a fruire dei vantaggi connessi al patteggiamento in ipotesi di reato concorrente emerso nel corso del dibattimento ed oggetto di contestazione suppletiva, si tradurrebbe, ad avviso del giudice a quo, in una compressione dei diritti di difesa non addebitabile ad alcuna colpevole inerzia, né giustificabile alla stregua di un prevedibile sviluppo dibattimentale il cui rischio sia stato consapevolmente assunto. L'opzione per il patteggiamento, infatti, costituisce – per consolidata giurisprudenza costituzionale – espressione del diritto di difesa, il cui esercizio è condizionato dal fatto che l'imputato ben conosca il quadro dell'accusa. La contestata preclusione si tradurrebbe, dunque, in una violazione dell'art. 24, secondo comma, Cost.

Si determinerebbe, al tempo stesso, una disparità di trattamento fra l'imputato al quale sin dall'inizio siano stati contestati tutti gli addebiti, con possibilità di optare per un rito alternativo, e l'imputato che invece – per carenza di indagini o altra causa – si sia visto elevare una imputazione incompleta, e che, a seguito della istruzione dibattimentale, subisca l'imputazione di un reato connesso a norma dell'art. 12 comma 1, lettera b), cod. proc. pen., senza poter più fruire di un rito alternativo. Il che violerebbe l'art. 3 Cost. sotto il profilo dell'uguaglianza.

Si deduce, altresì, la irragionevolezza della disciplina processuale che sarebbe scaturita dalle sentenze di questa Corte n. 530 del 1995 e n. 237 del 2012, in quanto, mentre nel caso di contestazione "fisiologica" di reato connesso a norma dell'art. 517 cod. proc. pen. l'imputato può recuperare in dibattimento i vantaggi derivanti da alcuni riti speciali, in particolare proporre domanda di oblazione in relazione al fatto diverso ed al reato concorrente (sentenza n. 530 del 1995), e richiedere il giudizio abbreviato in caso di contestazione del reato concorrente emerso in dibattimento (sentenza n. 237 del 2012), altrettanto non avviene – senza alcuna valida giustificazione – per l'applicazione della pena su richiesta delle parti in riferimento al reato concorrente contestato a norma dell'art. 517 cod. proc. pen., in ipotesi di contestazione anch'essa "fisiologica".

Considerato, infine, che i progressivi allargamenti circa le possibilità di accesso ai riti alternativi in dibattimento in caso di contestazione del reato concorrente sono avvenuti solo a seguito di singole declaratorie di illegittimità costituzionale, reputa il giudice a quo impraticabile una interpretazione costituzionalmente orientata che soddisfi anche l'ipotesi del patteggiamento, ritenendo di conseguenza necessaria, anche per il caso dedotto, una pronuncia additiva del Giudice delle leggi.

2. – Nel giudizio di costituzionalità non ha spiegato atto di intervento il Presidente del Consiglio dei ministri.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. – Il Tribunale ordinario di Alessandria dubita della legittimità costituzionale dell'art. 517 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena, a norma dell'art. 444 cod. proc. pen., relativamente al reato concorrente emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale e che forma oggetto di nuova contestazione.

A parere del giudice rimettente, la censurata lacuna normativa si porrebbe in contrasto con l'art. 24, secondo comma, della Costituzione, in quanto la preclusione a fruire dei vantaggi connessi al patteggiamento, in ipotesi di reato concorrente emerso nel corso del dibattimento ed oggetto di contestazione suppletiva, si tradurrebbe in una compressione dei diritti di difesa non addebitabile ad alcuna colpevole inerzia, né giustificabile alla stregua di un prevedibile sviluppo dibattimentale il cui rischio sia stato consapevolmente assunto dall'imputato.

Sarebbe altresì vulnerato l'art. 3 Cost., sotto il profilo del principio di uguaglianza, in quanto la censurata preclusione determinerebbe una disparità di trattamento fra l'imputato al quale sin dall'inizio siano stati contestati tutti gli addebiti, con possibilità di optare per un rito alternativo, e l'imputato che invece – per carenza di indagini o altra causa – si sia visto elevare una imputazione incompleta, e che, a seguito della istruzione dibattimentale, subisca la imputazione di un reato connesso a norma dell'art. 12, comma 1, lettera b), cod. proc. pen., senza poter più fruire di un rito alternativo.

Verrebbe anche compromesso il principio di ragionevolezza, in quanto risulterebbe incoerente la disciplina processuale che sarebbe scaturita dalle richiamate sentenze di questa Corte n. 530 del 1995 e n. 237 del 2012, dal momento che, mentre nel caso di contestazione cosiddetta "fisiologica" di reato connesso a norma dell'art. 517 cod. proc. pen., l'imputato può recuperare in dibattimento i vantaggi derivanti da alcuni riti speciali, in particolare proponendo domanda di oblazione in relazione al fatto diverso ed al reato concorrente (sentenza n. 530 del 1995), e richiedendo il giudizio abbreviato in caso di contestazione del reato concorrente emerso in dibattimento (sentenza n. 237 del 2012), un simile recupero non viene consentito – senza alcuna valida giustificazione – per l'applicazione della pena su richiesta delle parti in riferimento al reato concorrente contestato a norma dell'art. 517 cod. proc. pen., in ipotesi di contestazione anch'essa "fisiologica".

2. – La questione è fondata.

2.1. – Come ha puntualmente rammentato lo stesso giudice rimettente, la tematica dei rapporti tra le nuove contestazioni dibattimentali ed il "recupero", da parte dell'imputato, della facoltà di formulare in quella sede richiesta di applicazione di riti alternativi – opzioni, queste, temporalmente precluse dal raggiungimento di uno stadio processuale concettualmente "incompatibile" con modelli procedimentali ad esso, per definizione, "alternativi" – ha formato oggetto di numerosi interventi da parte di questa Corte, contrassegnati da una linea evolutiva ispirata ad una sempre maggiore apertura.

Nel codice di rito vigente, infatti, è apparso coerente con l'impostazione tendenzialmente accusatoria, assegnare – come chiaramente emerge dalla Relazione al Progetto preliminare – uno spazio alle modifiche della contestazione ben più ampio di quanto ammesso nel codice previgente, considerato che, collocandosi la formulazione dell'addebito all'esito delle indagini preliminari, e, dunque, di una fase non destinata alla raccolta delle prove, è logico presupporre che l'istruzione probatoria dibattimentale fisiologicamente comporti la possibilità che in quella sede vengano ad emersione elementi di novità, che rendono necessario modificare il quadro della accusa, in termini e con una portata del tutto ignoti nella logica del codice del 1930, nel quale la fase del dibattimento faceva invece seguito ad una articolata fase di istruttoria, al cui esito l'accusa era chiamata a cristallizzarsi nell'atto che determinava la *translatio iudicii*.

2.2. – L'istituto delle nuove contestazioni dibattimentali si pone, peraltro, in possibile frizione col diritto di difesa e – per ciò che qui maggiormente interessa – con le opzioni relative ai riti alternativi, che di quel diritto sono parte essenziale. Rispetto al tema di accusa contestato in dibattimento – e che costituisce un *novum* rispetto alla contestazione elevata all'atto dell'esercizio della azione penale – vengono, infatti, in discorso le facoltà difensive che l'imputato avrebbe potuto esercitare prima della *mutatio libelli* (basti pensare, al riguardo, alle facoltà difensive esercitabili in sede di udienza preliminare e, più in generale, al tema del diritto alla prova, anche nella prospettiva delle cosiddette indagini difensive, ignote nella versione originaria del codice di rito), nonché le preclusioni che caratterizzano l'accesso ai riti speciali.

Le nuove contestazioni dibattimentali hanno dunque rappresentato, proprio sotto quest'ultimo profilo, un vero e proprio *punctum dolens*, che ha comportato, sin dai primi tempi di applicazione del nuovo codice di procedura, l'attenzione di questa Corte, dal momento che, a fronte del "nuovo" quadro contestativo, risultavano ormai spirati i termini entro i quali formulare la richiesta di procedimenti speciali e dei meccanismi di definizione anticipata del procedimento (oblazione). Riti e meccanismi che, per giurisprudenza costituzionale costante (da ultimo, sentenza n. 141 del 2018), costituiscono anch'essi modalità di esercizio, e tra le più qualificanti, del diritto di difesa.

Per effetto delle nuove contestazioni elevate dal pubblico ministero nel corso del dibattimento, l'imputato potrebbe infatti trovarsi a dover fronteggiare un'accusa in ordine alla quale sarebbe suo interesse chiedere i citati riti o meccanismi alternativi; ma tali opportunità gli sono normativamente precluse, essendo ormai decorsi i termini utili per le relative richieste.

Da qui, l'avvio di un progressivo percorso di riallineamento costituzionale della disciplina codicisti-

ca, le cui tappe salienti non pare superfluo rievocare, anche per giungere alla enunciazione di taluni approdi, che valgano ad esaurire, pro futuro, l'intera tematica.

2.3. In una prima – e ormai superata – fase, l'atteggiamento della Corte fu, come è noto, improntato ad un rigoroso atteggiamento negativo rispetto a possibilità di "recupero" postumo della facoltà di accedere ai riti alternativi, una volta spirato il termine "fisiologico" del loro espletamento. La Corte ha, infatti, più volte osservato, tanto a proposito dell'applicazione di pena concordata quanto a proposito del giudizio abbreviato, che l'interesse dell'imputato a beneficiare dei vantaggi conseguenti a tali giudizi, in tanto rileva, in quanto egli rinunci al dibattimento e venga perciò effettivamente adottata una sequenza procedimentale che consenta di raggiungere l'obiettivo di rapida definizione del processo perseguito dal legislatore con l'introduzione di detti riti speciali. Ed ha altresì ritenuto, più specificamente, che la preclusione all'ammissione di tali giudizi, in caso di contestazione dibattimentale supplementare, non risultasse irragionevole. Si tratta, infatti – ha affermato la Corte – di un'evenienza che non è infrequente in un sistema processuale imperniato sulla formazione della prova in dibattimento ed è – soprattutto – ben prevedibile, dato lo stretto rapporto intercorrente tra l'imputazione originaria ed il reato connesso; e, per contro, di un'evenienza che è preclusa ove tali riti siano introdotti.

Di conseguenza, si osservò, il relativo rischio rientra naturalmente nel calcolo in base al quale l'imputato si determina a chiederli o meno, onde egli non ha che da addebitare a sé medesimo le conseguenze della propria scelta (tra le tante, sentenze n. 129 del 1993, n. 316 del 1992, n. 277 e n. 593 del 1990, nonché l'ordinanza n. 213 del 1992).

Il tema, però, è stato poco dopo approfonditamente riesaminato, specie alla luce della "non colpevole inerzia" serbata dall'imputato a fronte della "tardività" della contestazione nuova mossa dal pubblico ministero, in quanto elevata in forza di elementi già acquisiti all'atto della contestazione originaria, posta a base del provvedimento dispositivo del giudizio.

La giurisprudenza della Corte ha così finito per "adeguare" gradualmente l'accesso ai riti alternativi, a fronte di contestazioni dibattimentali cosiddette "patologiche", appunto perché frutto di un "ritardo" imputabile al pubblico ministero.

2.4. – Già con la sentenza n. 265 del 1994, la Corte ha rivisto le proprie posizioni, in caso, appunto, di nuove contestazioni "patologiche". Nel frangente, la Corte ha infatti osservato che, poiché le valutazioni dell'imputato circa la convenienza del rito speciale – giudizio abbreviato e di applicazione della pena ("patteggiamento") – vengono indissolubilmente a dipendere, anzitutto, dalla concreta impostazione data al processo dal pubblico ministero, e cioè dalla natura dell'addebito, quando non possa rinvenirsi alcun profilo di inerzia dell'imputato e quindi di addebitabilità al medesimo delle conseguenze della mancata instaurazione del rito differenziato – come nel caso di errore, sulla individuazione del fatto e del titolo del reato, in cui è incorso il pubblico ministero – risulta lesivo del diritto di difesa precludere all'imputato l'accesso ai riti speciali a seguito di nuove contestazioni per fatto diverso o per reato concorrente nel corso del dibattimento, dal momento che l'imputazione subisce una variazione sostanziale. E ciò, anche nel caso in cui il procedimento richiesto dall'imputato sia stato ingiustificatamente o erroneamente negato, con la conseguente inapplicabilità, relativamente al "patteggiamento", del comma 1 dell'art. 448 cod. proc. pen. con riguardo alla nuova contestazione: in tal modo, infatti, risulterebbe inevitabilmente incongrua la pena richiesta, in quanto formulata con riferimento ad imputazione modificata nel corso del dibattimento.

Tale preclusione – ha osservato la Corte – risultava inoltre censurabile in riferimento all'art. 3 Cost., venendo l'imputato irragionevolmente discriminato, ai fini dell'accesso ai procedimenti speciali, in dipendenza della maggiore o minore esattezza o completezza della discrezionale valutazione circa le risultanze delle indagini preliminari, operata dal pubblico ministero.

Conseguentemente, con riguardo al procedimento di applicazione della pena su richiesta, avendo la Corte già affermato che è possibile fare applicazione dell'istituto della restituzione nel termine, e quindi non sussistendo ostacoli di carattere logico-sistematico, vennero dichiarati incostituzionali, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., gli artt. 516 e 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedevano la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena a norma dell'art. 444 cod. proc. pen., relativamente al fatto diverso o al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concernesse un fatto che già risultava dagli atti di indagine preliminare al momento dell'esercizio dell'azione penale, ovvero quando l'imputato avesse tempestivamente e ritualmente proposto la richiesta di applicazione di pena in ordine alle originarie imputazioni.

Diverse furono le conclusioni in tema di giudizio abbreviato. Si ritenne, infatti, che, pur essendo censurabile, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., la preclusione per l'imputato all'accesso ai riti speciali a seguito di nuove contestazioni per fatto diverso o per reato concorrente nel corso del dibattimento nel caso di errore sulla individuazione del fatto e del titolo del reato in cui fosse incorso il pubblico ministero, con riferimento al giudizio abbreviato la questione dovesse tuttavia essere dichiarata inammissibile poiché – come già rilevato dalla Corte in un giudizio su analoga questione – la scelta di un meccanismo di trasformazione del rito, come auspicato dal giudice rimettente, oltre che opinabile da un punto di vista tecnico-sistematico data l'inconciliabilità della procedura del giudizio abbreviato con quella dibattimentale, non potesse ritenersi scelta costituzionalmente obbligata, ponendosi in termini alternativi ad altre possibili opzioni attinenti alla sfera della discrezionalità legislativa (quali – si osservò nel frangente – la possibilità di applicazione della riduzione della pena di un terzo da parte del giudice all'esito del dibattimento verificati i presupposti suddetti ovvero la preclusione, in tali casi, della nuova contestazione, con conseguente trasmissione degli atti al pubblico ministero relativamente ad essa).

2.5. – Il problema del giudizio abbreviato venne, però, novamente affrontato e risolto con la successiva sentenza n. 333 del 2009. Con tale pronuncia, infatti, la Corte ha ritenuto costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost., l'art. 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerneva un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento di esercizio dell'azione penale. Premesso – rilevò la Corte – che il dubbio di costituzionalità investiva la fattispecie della contestazione suppletiva tardiva (derivante, cioè, da un'incompletezza già apprezzabile sulla base degli atti di indagine e non dalla fisiologica emersione di nuovi elementi nel corso dell'istruzione dibattimentale), e che oggetto di scrutinio era la perdita, da parte dell'imputato, della facoltà di accesso al giudizio abbreviato, essendo la nuova contestazione intervenuta dopo che era spirato il termine ultimo di proposizione della relativa richiesta, la norma censurata violava gli evocati parametri costituzionali, poiché, come già riconosciuto dalla sentenza n. 265 del 1994, nell'ipotesi di contestazione dibattimentale tardiva, precludere all'imputato l'accesso ai riti speciali è «lesivo del diritto di difesa», risultando la libera scelta dell'imputato verso il rito alternativo sviata da aspetti di anomalia nella condotta processuale del pubblico ministero, collegati all'erroneità o all'incompletezza dell'imputazione, riscontrabili già sulla base degli elementi acquisiti nel corso delle indagini.

Si ritenne anche violato l'art. 3 Cost., «venendo l'imputato irragionevolmente discriminato, ai fini dell'accesso ai procedimenti speciali, in dipendenza della maggiore o minore esattezza o completezza della discrezionale valutazione delle risultanze delle indagini preliminari operata dal pubblico ministero nell'esercitare l'azione penale».

Infatti – si osservò – la citata sentenza del 1994 aveva dichiarato inammissibile l'omologa questione relativa al giudizio abbreviato, ma solo perché il vulnus costituzionale, ugualmente ravvisabile, poteva essere colmato attraverso plurime soluzioni rimesse alla discrezionalità legislativa, stante l'inconciliabilità di fondo del rito abbreviato con la procedura dibattimentale. Tuttavia – osservò ancora la Corte – la successiva evoluzione della disciplina dell'istituto, svincolato dai presupposti della definibilità del processo allo stato degli atti e del consenso del pubblico ministero e dotato di un meccanismo di integrazione probatoria, doveva indurre a ritenere superata la segnalata incompatibilità, sicché lo stesso giudice dibattimentale poteva ritenersi abilitato a disporre e celebrare il giudizio abbreviato.

L'accesso al rito alternativo per il reato oggetto della contestazione suppletiva tardiva, anche quando avvenga in corso di dibattimento, risultava comunque sia idoneo a produrre un effetto di economia processuale, giacché consentiva al giudice del dibattimento di decidere sulla nuova imputazione allo stato degli atti.

La declaratoria di illegittimità della norma censurata, dunque, si imponeva, oltre che per rimuovere i profili di contrasto con gli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost. già rilevati dalla sentenza del 1994, anche per eliminare la differenza di regime, in punto di recupero della facoltà di accesso ai riti alternativi a fronte di una contestazione suppletiva tardiva, secondo che si discuta di patteggiamento o di giudizio abbreviato: differenza che, nel rinnovato panorama normativo, si rivelava essa stessa fonte di una discrasia rilevante sul piano del rispetto dell'art. 3 Cost.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost., dell'art. 517 cod. proc. pen. comportava la dichiarazione di illegittimità costituzionale consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzio-

namento della Corte costituzionale), dell'art. 516 del medesimo codice, nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al fatto diverso contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concernesse un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento di esercizio dell'azione penale. Infatti, i profili di violazione degli evocati parametri costituzionali, riscontrabili con riferimento all'ipotesi di contestazione nel corso del dibattimento di un reato concorrente, sussistevano, allo stesso modo, anche in rapporto alla parallela ipotesi in cui la nuova contestazione dibattimentale consista, ai sensi dell'art. 516 cod. proc. pen., nella modifica dell'imputazione originaria per diversità del fatto.

2.6. – Il progressivo “sgretolamento” delle preclusioni ai riti alternativi in caso di contestazione “patologica” è stato portato ad ulteriore stadio con la sentenza n. 184 del 2014, con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost., l'art. 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione di pena, a norma dell'art. 444 cod. proc. pen., in seguito alla contestazione nel dibattimento di una circostanza aggravante che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale.

2.7. – L'ultimo “tassello” che ha completato l'operazione di “recupero” dei riti alternativi in caso di contestazioni “patologiche” è rappresentato dalla sentenza n. 139 del 2015, con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., l'art. 517 cod. proc. pen., nella parte in cui, nel caso di contestazione di una circostanza aggravante che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, non prevedeva la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato oggetto della nuova contestazione.

2.8. – Il fulcro delle decisioni di cui innanzi si è detto appare, dunque, essere concentrato essenzialmente sulla “non addebitabilità” all'imputato dello spirare del termine “fisiologico” per la scelta dei riti alternativi, l'opzione per i quali non può non presupporre un completamento della imputazione elevata nei suoi confronti. Solo attraverso una esauriente e tempestiva cristallizzazione del quadro di accusa è infatti possibile assegnare un termine per l'esercizio di facoltà processuali che – come le scelte sui riti alternativi – con quel quadro devono necessariamente misurarsi, traendo esse naturale alimento proprio dalla natura e specificazione delle fattispecie incriminatrici e dalle correlative basi fattuali.

2.9. – La giurisprudenza costituzionale ha però subito notevoli evoluzioni anche per ciò che attiene al terreno delle nuove contestazioni che nascono da acquisizioni dibattimentali e, dunque, del tutto “fisiologiche” nel quadro della mutatio libelli. Il che, come si è rammentato, costituiva la ragione di fondo che aveva orientato inizialmente la Corte ad escludere qualsiasi “recupero” postumo, sul piano delle richieste di riti alternativi, proprio facendo leva sulla “prevedibilità” che l'imputazione possa subire modifiche alla luce della istruzione probatoria dibattimentale.

Già con la sentenza n. 530 del 1995, infatti, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3, primo comma, e 24, secondo comma, Cost., l'art. 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell'imputato di proporre domanda di oblazione, ai sensi degli artt. 162 e 162-bis del codice penale, relativamente al reato concorrente contestato in dibattimento, in quanto – posto che l'istituto dell'oblazione si fonda sia sull'interesse dello Stato di definire con economia di tempo e di spesa i procedimenti relativi ai reati di minore importanza, sia sull'interesse del contravventore di evitare l'ulteriore corso del procedimento e la eventuale condanna (con tutte le conseguenze della stessa); e comporta, come effetto tipico, la estinzione del reato – la preclusione dell'accesso all'istituto stesso (ed ai connessi benefici), nel caso in cui il reato suscettibile di estinzione per oblazione costituisca oggetto di contestazione nel corso dell'istruzione dibattimentale ai sensi dell'art. 517 cod. proc. pen., risultava lesiva del diritto di difesa, nonché priva di razionale giustificazione.

Nel frangente, venne dichiarato costituzionalmente illegittimo (ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953), per violazione degli artt. 3, primo comma, e 24, secondo comma, Cost., anche l'art. 516 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell'imputato di proporre domanda di oblazione, ai sensi degli artt. 162 e 162-bis cod. pen., relativamente al fatto diverso contestato in dibattimento.

2.10. – Il “cammino” della Corte è poi proseguito con la sentenza n. 237 del 2012, con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., l'art. 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione.

Dopo aver sottolineato che la questione di costituzionalità aveva ad oggetto la fattispecie della con-

testazione suppletiva “fisiologica” di un reato concorrente, vale a dire la nuova contestazione in dibattimento di un fatto emerso solo nel corso dell’istruzione dibattimentale, e che oggetto di scrutinio era la perdita, da parte dell’imputato, della facoltà di accesso al giudizio abbreviato, essendo la nuova contestazione intervenuta dopo che era spirato il termine ultimo di proposizione della relativa richiesta, la Corte ha ritenuto che la norma censurata, valutata nell’odierno panorama ordinamentale, violasse gli evocati parametri costituzionali, dal momento che, rappresentando la contestazione suppletiva di reato concorrente operata ai sensi dell’art. 517 cod. proc. pen. un atto equipollente agli atti tipici di esercizio dell’azione penale, il mancato riconoscimento all’imputato della facoltà di optare, anche in tale caso, per il giudizio abbreviato era fonte di ingiustificata disparità di trattamento e di compressione delle facoltà difensive.

Poiché l’esigenza di corrispettività tra riduzione della pena e deflazione processuale non può prevalere sul principio di uguaglianza, né tantomeno sul diritto di difesa, e atteso che la decisione di valersi del giudizio abbreviato costituisce una delle scelte più delicate attraverso le quali si esplicano le facoltà defensionali, allorché all’accusa originaria ne venga aggiunta un’altra, sia pure connessa, non possono non essere restituiti all’imputato termini e condizioni per esprimere le proprie opzioni.

Inoltre, l’accesso al rito alternativo per il reato oggetto della contestazione suppletiva tardiva, anche quando avvenga in corso di dibattimento, risulta comunque sia idoneo a produrre un effetto di economia processuale, giacché consente al giudice del dibattimento di decidere sulla nuova imputazione allo stato degli atti.

La declaratoria di incostituzionalità della norma censurata si imponeva, altresì – osservò ancora la Corte – al fine di rimuovere la disparità di trattamento tra giudizio abbreviato e oblazione dopo che la sentenza n. 530 del 1995 ha dichiarato l’illegittimità costituzionale degli artt. 516 e 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedevano la facoltà dell’imputato di proporre domanda di oblazione relativamente al fatto diverso e al reato concorrente contestati in dibattimento, indipendentemente dal carattere “patologico” o “fisiologico” della nuova contestazione.

Un rilievo, quest’ultimo, in forza del quale la Corte si fece carico di “armonizzare” fra loro situazioni, scaturite dalle stesse decisioni della Corte, che imponevano un necessario riallineamento sul piano della ammissione ai riti alternativi o meccanismi di soluzione anticipata della regiudicanda; pena, altrimenti, la evidente compromissione del principio di uguaglianza.

2.11.– Un ulteriore “segmento” inerente al critico rapporto tra mutatio libelli e riti alternativi venne rimosso con la sentenza n. 273 del 2014.

Con tale pronuncia, infatti, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 24, Cost., l’art. 516 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell’imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell’istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione. Sono, infatti, estensibili – osservò la Corte – le considerazioni svolte nella richiamata sentenza n. 237 del 2012 con la quale era stato dichiarato illegittimo l’art. 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non consentiva all’imputato di chiedere il giudizio abbreviato al giudice del dibattimento in relazione al reato concorrente oggetto di contestazione suppletiva “fisiologica”, volta, cioè, ad adeguare l’imputazione alle nuove risultanze dell’istruzione dibattimentale.

Pertanto, anche in rapporto alla contestazione “fisiologica” del fatto diverso, l’imputato che subisce la nuova contestazione viene a trovarsi in posizione diversa e deteriore – quanto alla facoltà di accesso ai riti alternativi e alla fruizione della correlata diminuzione di pena – rispetto a chi, della stessa imputazione, fosse stato chiamato a rispondere sin dall’inizio. La disposizione censurata, inoltre, determinava – ribadì, ancora una volta, la Corte – una ingiustificata disparità di trattamento di situazioni analoghe, tenuto conto del possibile recupero, da parte dell’imputato, della facoltà di accesso al giudizio abbreviato per circostanze puramente “occasionalmente” che determinino la regressione del procedimento, come nel caso in cui, a seguito delle nuove contestazioni, il reato rientri tra quelli per cui si procede con udienza preliminare e questa non sia stata tenuta.

2.12.– A completamento degli interventi che hanno preso in considerazione il tema delle nuove contestazioni “fisiologiche”, va rammentata la sentenza n. 206 del 2017, con la quale la Corte, rievocando precedenti dicta, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 516 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell’imputato di richiedere al giudice del dibattimento l’applicazione della pena a norma dell’art. 444 cod. proc. pen., relativamente al fatto diverso emerso nel corso

dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione.

L'importanza di correlare la domanda di applicazione della pena ad un quadro accusatorio "ben sedimentato" giustifica l'assunto secondo il quale al "patteggiamento" non può essere riservato – proprio sul terreno delle nuove contestazioni – un trattamento deteriore rispetto a quello riconosciuto (al lume della richiamata giurisprudenza costituzionale) al giudizio abbreviato.

2.13.– Un punto sostanziale e quasi definitivo di "approdo" della giurisprudenza costituzionale è stato da ultimo raggiunto con la sentenza n. 141 del 2018, con la quale – operandosi un tendenziale superamento della distinzione tra nuove contestazioni "fisiologiche" o "patologiche" – è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 cod. proc. pen., nella parte in cui, in seguito alla nuova contestazione di una circostanza aggravante, non prevedeva la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova.

In tale pronuncia, la Corte ha sottolineato che «[i]n un quadro complessivo di principi, quale quello che, come è stato ricordato, si è andato delineando in modo sempre più nitido attraverso l'evoluzione giurisprudenziale, è chiaro che, nel caso di contestazione suppletiva di una circostanza aggravante, non prevedere nell'art. 517 cod. proc. pen. la facoltà per l'imputato di chiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova si risolve, come è stato ritenuto per il patteggiamento e per il giudizio abbreviato, in una violazione degli artt. 3 e 24 Cost.».

La Corte ha, infatti, ribadito che «[l]a richiesta dei riti alternativi "costituisce [...] una modalità, tra le più qualificanti (sentenza n. 148 del 2004), di esercizio del diritto di difesa (ex plurimis, sentenze n. 219 del 2004, n. 70 del 1996, n. 497 del 1995 e n. 76 del 1993)" (sentenza n. 237 del 2012), e si determinerebbe una situazione in contrasto con il principio posto dall'art. 3 Cost. se nella medesima situazione processuale fosse regolata diversamente la facoltà di chiederli».

D'altra parte, va pure osservato che non avrebbe alcun senso l'aver imposto – anche in ragione di non pochi interventi di questa Corte (fra le altre, sentenze n. 201 del 2016, n. 148 del 2004 e n. 497 del 1995) – la previsione dell'avviso a pena di nullità, rivolto all'imputato nei vari atti con i quali si dispone il giudizio in mancanza di udienza preliminare (a proposito di quest'ultima, ordinanza n. 309 del 2005), circa la facoltà di richiesta dei riti alternativi, ove ad un siffatto avviso – sanzionato, se omesso, in modo così grave, e, dunque, chiamato a svolgere una funzione tutt'altro che meramente "didascalica" – fosse correlata una facoltà processuale che, peraltro, finirebbe per risultare nei fatti sostanzialmente elusa, nelle ipotesi in cui i contorni dell'accusa – oggetto e termine di riferimento delle "scelte" difensive dell'imputato – subiscano in dibattimento ("fisiologicamente" o meno) un significativo e qualificato mutamento contenutistico, senza offrire una possibilità di "rinnovare" quelle scelte in rapporto alla "novazione" della accusa.

Questa Corte ha infatti avuto modo di puntualizzare, nella richiamata sentenza n. 141 del 2018, che «[i]l dato rilevante [...] è la sopravvenienza di una contestazione suppletiva, quali che siano gli elementi che l'hanno giustificata, esistenti fin dalle indagini o acquisiti nel corso del dibattimento, ed è ad essa che deve ricollegarsi la facoltà dell'imputato di chiedere un rito alternativo, indipendentemente dalla ragione per cui la richiesta in precedenza è mancata».

Se, dunque, la possibilità di richiedere i riti alternativi si salda a fil doppio al diritto di difesa – in particolare, al diritto di scegliere il modello processuale più congeniale all'esercizio di quel diritto – e se è la regiudicanda, nelle sue dimensioni "cristallizzate", a costituire la base su cui operare tali scelte, non può che desumersi la incoerenza con quel diritto di qualsiasi preclusione che ne limiti l'esercizio concreto, tutte le volte in cui il sistema ammetta una mutatio libelli in sede dibattimentale.

Ciò, tanto più nelle ipotesi – come quella che ricorre nel caso di specie – in cui sono addirittura nuove regiudicande ad aggiungersi a quelle precedentemente contestate, sia pure attraverso il collegamento offerto dalla connessione, di cui all'art. 12, comma 1, lettera b), cod. proc. pen.

2.14.– L'epilogo cui occorre pervenire agli effetti della specifica questione oggetto del presente giudizio è, a questo punto, manifesto. Dal momento che – come si è ricordato – questa Corte ha già ritenuto, con la sentenza n. 184 del 2014, costituzionalmente illegittimo l'art. 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedeva la facoltà per l'imputato di chiedere il patteggiamento in ipotesi di contestazione "patologica" di una circostanza aggravante, è chiaro che la identica ratio decidendi fa ritenere che la medesima facoltà debba essere riconosciuta anche in rapporto ad una contestazione "fisiologica" di un reato connesso.

Allo stesso modo, coglie nel segno il rilievo del giudice a quo, che evoca la irrazionalità della censu-

rata preclusione che ancora residua nel sistema, a fronte della sentenza additiva n. 237 del 2012, con la quale, nel caso di contestazione “fisiologica” del reato connesso, si è consentito all’imputato di richiedere il giudizio abbreviato: rito, quest’ultimo, il cui “innesto” in sede dibattimentale, risulta ben più problematico del patteggiamento, tant’è che questa Corte – come si è accennato – si era inizialmente orientata (con la sentenza n. 265 del 1994) per la inammissibilità della questione.

Deve d’altra parte porsi in evidenza che l’accoglimento della questione risulta, per certi aspetti ormai dovuto alla luce della sentenza n. 206 del 2017, dal momento che, come già segnalato, con tale pronuncia è stata estesa la facoltà di proporre richiesta di patteggiamento relativamente al fatto diverso emerso nel corso della istruzione dibattimentale, e, dunque, oggetto di nuova contestazione ugualmente “fisiologica”. Fatto diverso e reato connesso, entrambi emersi per la prima volta in dibattimento, integrano, infatti, evenienze processuali che, sul versante dell’accesso ai riti alternativi, non possono non rappresentare situazioni fra loro del tutto analoghe.

P.Q.M.

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 517 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede la facoltà dell’imputato di richiedere al giudice del dibattimento l’applicazione della pena, a norma dell’art. 444 cod. proc. pen., relativamente al reato concorrente emerso nel corso del dibattimento e che forma oggetto di nuova contestazione.

[*Omissis*]

CHIARA BUFFON

Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico (indirizzo penalistico) – Università di Roma “Tor Vergata”

La gestione del rischio di un'imputazione incompleta

The regulation of the risk of an incomplete accusation

Prosegue il percorso di riallineamento costituzionale della disciplina codicistica delle nuove contestazioni dibattimentali. Con la sentenza n. 82 del 2019, la Corte costituzionale riconosce all'imputato la “rimessione in termini” per accedere al patteggiamento in relazione al reato concorrente emerso nel corso dell'istruttoria. La pronuncia comprova quanto significative possano essere le implicazioni che discendono dall'affermazione dell'inviolabilità del diritto di difesa in funzione dei riti alternativi.

The process of constitutional realignment of the codicistic discipline of the new controversial disputes continues. With sentence no. 82 of 2019, the Constitutional Court recognizes the “referral in terms” of the accused to access the plea agreement in relation to the competing crime that emerged during the trial phase. The pronouncement proves how significant the implications deriving from the assertion of the inviolability of the right of defense in relation to alternative rites can be.

PREMESSA

Con la sentenza n. 82 del 2019, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità dell'art. 517 c.p.p., per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena, a norma dell'art. 444 c.p.p., relativamente al reato concorrente emerso nel corso dell'istruttoria e che forma oggetto di nuova contestazione.

La pronuncia rappresenta la tessera di un mosaico, ancora incompleto, ma ben definito nelle sue linee essenziali, protese a ridisegnare i rapporti tra iniziativa penale, dinamica cognitiva e accesso ai riti premiali¹.

Le sentenze additive che hanno interessato gli artt. 516 e 517 c.p.p. si succedono numerose nell'arco di ben venticinque anni, sviluppando il seguente *leitmotiv*: la possibilità di recuperare, alla luce di modifiche o integrazioni dell'accusa, l'opzione per un rito speciale restituisce effettività al diritto di difesa che, pertanto, prevale sulla logica deflattiva.

Si parla di tutela “avanzata”², definizione quanto mai eloquente, poiché idonea ad esprimere la progressione esistente tra gli strumenti di reazione che possono essere accordati al singolo: dal mero termine per la difesa, all'ammissione di nuove prove *ex art.* 519, commi 1 e 2, c.p.p., ai riti alternativi.

Le censure sono di volta in volta puntuali, in riferimento al modulo procedimentale richiesto e alla tipologia di contestazione, sin troppo secondo più voci della dottrina, contrarie all'approccio casistico adottato dai giudici di palazzo della Consulta. Alcuni si sarebbero aspettati maggiore coraggio nell'estendere gli effetti dell'incostituzionalità, in omaggio ad una disciplina omogenea e priva di vuoti di tutela³; altri si oppongono in radice ad un governo esclusivamente giurisprudenziale della materia⁴. Tut-

¹ In una sorta di dichiarazione programmatica, la Corte costituzionale afferma come gli approdi cui è giunta gradualmente, nel corso del tempo, «valgono ad esaurire, pro futuro, l'intera tematica».

² Così, F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 310; più di recente, G. Todaro, *Nuove contestazioni dibattimentali e diritto di difesa: un ulteriore tassello nella parabola dei riti speciali*, in *Cass. pen.*, 2017, XI, p. 3907 ss., nell'annotare Corte cost., 17 luglio 2017, n. 206, la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 516 c.p.p., per violazione degli artt. 3 e 24, comma 2, Cost., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena a norma dell'art. 444 c.p.p. relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione.

³ P. Troisi, *Nuova contestazione “fisiologica” del fatto diverso e ammissibilità del patteggiamento*, in *Cass. pen.*, 2018, II, p. 518 ss., no-

tavia, il mancato utilizzo dell'illegittimità consequenziale è sintomo di prudenza e della persistente aspettativa di un intervento organico del legislatore⁵.

Intanto, nel caso di specie, si rileva la perdurante mancanza di una norma che consenta la "rimessione in termini" per formulare istanza di patteggiamento con riguardo a contestazioni suppletive di reato connesso ai sensi dell'art. 12, lett. b), c.p.p., quindi, in concorso formale o continuazione con l'addebito principale.

L'imputato è tratto in giudizio per illecita detenzione di arma comune da sparo ex artt. 2 e 7 l. 2 ottobre 1967, n. 895; nello specifico, di tre fucili. La perizia balistica evidenzia come uno di questi ultimi rechi matricola abrasa, e non meramente illeggibile, sicché il pubblico ministero procede a contestare, ai sensi dell'art. 517 c.p.p., anche i delitti di detenzione di arma clandestina e di ricettazione, ai sensi degli artt. 23, comma 3, l. 18 aprile 1975, n. 110 e 648 c.p.

Si tratta di una modifica "fisiologica", risultante dall'istruttoria dibattimentale, ossia all'esito della fase procedimentale deputata alla formazione della prova, secondo la "fisiologia" tendenzialmente accusatoria voluta dal codice: l'eventualità che dalla dialettica probatoria emergano elementi anche diversi da quelli alla base dell'imputazione originaria fa parte del gioco, giustifica la presenza stessa di una disciplina sulla modificabilità dell'accusa.

La *mutatio libelli* induce la difesa a chiedere la definizione del procedimento mediante applicazione della pena, cui il pubblico ministero non presta, però, il proprio consenso, spirati ormai i termini decadenziali di cui all'art. 446, comma 1, c.p.p.

Il giudice *a quo*, verificata la correttezza della qualificazione giuridica offerta dall'accusa, rileva come le nuove contestazioni fisiologiche di reato concorrente non consentano, allo stato, l'accoglimento della richiesta di parte⁶.

Viceversa, si rammenta come la facoltà di patteggiare la pena per il fatto diverso o per il reato concorrente ricorra, grazie all'intervento costituzionale n. 265/1994, quando l'interessato abbia tempestivamente e ritualmente proposto richiesta ex art. 444 c.p.p., in ordine al reato iniziale, ovvero in ipotesi di contestazione dibattimentale tardiva, concernente un fatto già risultante dagli atti di indagine al momento del rinvio a giudizio⁷. La contestazione si dice allora "patologica", in quanto frutto della condotta anomala o del ritardo del pubblico ministero.

I giudici della Consulta convengono nel ritenere la preclusione testé segnalata contrastante col diritto di difesa, nonché coi principi di eguaglianza e di ragionevolezza, in rapporto al diverso trattamento riservato ad eguali situazioni.

La soluzione era attesa e prevedibile, tant'è vero che per la Corte è sufficiente ripercorrere le numerose censure di illegittimità degli artt. 516 e 517 c.p.p. perché il dispositivo si riveli, non solo scelta costituzionalmente obbligata, ma «epilogo manifesto», automatico.

In particolare, è fondamentale sviluppare due passaggi, successivi alla sopra citata sentenza del '94.

Innanzitutto, la rimessione in termini per il caso di contestazioni patologiche è riconosciuta, oltre che

ta a Corte cost., sent. 22 ottobre 2012, n. 237, la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 517 c.p.p., nella parte in cui on prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente emerso nel corso dell'istruttoria dibattimentale, che forma oggetto di nuova contestazione.

⁴In questo senso, in uno dei suoi ultimi contributi sul tema, F. Cassibba, *Nuove contestazioni e riti alternativi: necessitato protagonismo della Consulta e perdurante silenzio del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2018, IV, p. 1618 ss., nota a Corte cost., sent. 5 luglio 2018, n. 141, la quale ha dichiarato illegittimo l'art. 517 c.p.p. per contrasto con gli artt. 3 e 24, comma 2, Cost., nella parte in cui, in seguito alla nuova contestazione di una circostanza aggravante, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova. Secondo l'Autore, infatti, la riscrittura dell'accesso ai riti alternativi dopo le nuove contestazioni costituisce un mutamento di paradigma significativo «quasi, un'autentica rivoluzione copernicana» che, pertanto, non spettava alla giurisprudenza costituzionale porre in essere.

⁵A rinvenire, tra le righe della sentenza costituzionale, l'auspicio per un'azione sistematica del legislatore è A. Lazzoni (*Contestazione di reato concorrente in corso di dibattimento e richiesta di applicazione della pena a norma dell'art. 444 c.p.p.*, in *Ilpenalista.it*, 24 maggio 2019), perché i giudici possano essere sollevati da ulteriori interventi "a macchia di leopardo"; «speranza vana, è lecito affermare, considerata la scarsa attenzione che l'attuale classe politica sembra prestare ai profili di legittimità costituzionale anche delle norme di nuovo conio». Già negli anni '90, la Corte costituzionale segnalava l'opinabilità di soluzioni in ordine all'innesto di riti premiali deflattivi in sede dibattimentale, non tanto per il patteggiamento, quanto per l'abbreviato, ritenendole, pertanto, riservate alla discrezionalità legislativa.

⁶Trib. Alessandria, ord. 25 ottobre 2017, iscritta al n. 3 del registro delle ordinanze, in *Gazz. Uff.*, n. 4, 2018.

⁷Corte cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2884.

per il patteggiamento, anche ai fini dell'abbreviato, in ordine sia al fatto diverso o reato concorrente⁸, sia all'aggravante⁹. Fino al 2009, invece, la definizione del giudizio secondo i moduli tracciati dagli artt. 438 ss. c.p.p. appariva inconciliabile con la procedura dibattimentale.

In secondo luogo, cade la distinzione tra contestazioni fisiologiche e patologiche: si è pur sempre di fronte a sopravvenienze cui deve essere ricollegata la richiesta di riti premiali. Principio affermato in relazione alla scelta dell'abbreviato per il reato concorrente, prima¹⁰; per il fatto diverso, in un secondo momento¹¹; in seguito, anche in relazione al patteggiamento per il fatto diverso¹².

Era solo questione di tempo, dunque, perché venisse colmata la lacuna concernente la facoltà di patteggiare la pena del reato concorrente oggetto di nuova contestazione fisiologica.

LA MODIFICABILITÀ DELL'ACCUSA NELL'IMPIANTO CODICISTICO

Il formante giurisprudenziale d'interesse si destreggia con due temi, la fluidità dell'imputazione e le prerogative della difesa.

Da una parte, la fluidità dell'imputazione in dibattimento è imposta dalla nuova funzione che a tale fase è assegnata dal codice Vassalli.

Dall'altra, l'accento sulle prerogative della difesa farà emergere alcune dimenticanze dei codificatori.

Spesso, infatti, diritti e poteri difensivi rappresentano un metro di misura del grado di attuazione delle garanzie. Il loro rafforzamento connota quella che viene definita la "storia costituzionale della difesa"¹³, una storia scandita da progressive conquiste. Non ultima, l'attribuzione di sempre maggiori strumenti di reazione alle modifiche o all'ampliamento dell'accusa.

L'analisi deve, pertanto, procedere dall'impianto codicistico, così come concepito nel 1988, prima dell'intervento della Corte costituzionale.

L'imputazione altro non è che un giudizio ipotetico attorno ad un episodio storico e alla sua qualificazione giuridica, in quanto tale suscettibile di conferma, smentita o adeguamento¹⁴. Nello specifico, contiene, ai sensi dell'art. 417, comma 1, lett. b), c.p.p., l'enunciazione del fatto, in forma chiara e precisa, delle circostanze aggravanti, nonché l'indicazione degli articoli di legge violati¹⁵.

Nel codice abrogato, la formulazione dell'accusa fissava il nucleo irretrattabile del fatto che rimaneva modificabile, per i restanti aspetti, sino agli atti terminativi dell'istruzione, per poi cristallizzarsi in vista dell'apertura del dibattimento¹⁶.

⁸Corte cost., sent. 18 dicembre 2009, n. 333, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2521.

⁹Con riguardo alla nuova contestazione di circostanze aggravanti, ai fini della rimessione in termini per il patteggiamento, Corte cost., sent. 25 giugno 2014, n. 184; per il giudizio abbreviato, Corte cost., sent. 9 luglio 2015, n. 139.

¹⁰Corte cost., sent. 22 ottobre 2012, n. 237.

¹¹Corte cost., sent. 1 dicembre 2014, n. 273.

¹²Corte cost., sent. 17 luglio 2017, n. 206.

¹³L'espressione è di A. Scella, *Per una storia costituzionale del diritto di difesa: la Corte e le ambiguità del processo "misto"*, in G. Conso (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 197 ss. L'Autore ripercorre le implicazioni più significative che i giudici costituzionali hanno tratto dalla generalissima affermazione dell'inviolabilità del diritto di difesa, guardata nel suo aspetto dinamico.

¹⁴Per uno studio sul fatto processuale in chiave di logica e dogmatica del processo penale, T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1996. L'Autore segue le vicende della regiudicanda per tutto l'arco del procedimento, evidenziando, in particolare, i profili di novità rispetto al codice Rocco. Ancora, F. Cordero, *Procedura penale*, ed. VII, Milano, Giuffrè, 2001, p. 453, definisce l'imputazione quale «ipotesi storica variabile».

¹⁵Nonostante la possibilità che venga in prosieguo riformulata, l'imputazione non può descrivere il fatto in termini generici o indeterminati. Cass., sez. V, 14 ottobre 2016, n. 1382, in *CED Cass.*, n. 268872, «In caso di genericità o indeterminatezza del fatto descritto nel capo di imputazione, il giudice del dibattimento deve dichiarare la nullità del decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'art. 429, comma secondo, cod. proc. pen. (o del decreto di citazione a giudizio, ai sensi dell'art. 552, comma secondo, dello stesso codice), senza alcuna previa sollecitazione, rivolta al pubblico ministero, ad integrare o precisare la contestazione, non essendo estensibile, alla fase dibattimentale, il meccanismo correttivo che consente al giudice dell'udienza preliminare di sollecitare il P.M. alle opportune precisazioni e integrazioni, indicandogli, con ordinanza interlocutoria, gli elementi di fatto e le ragioni giuridiche alla base del rilevato difetto dell'imputazione». A ben vedere, in ordine alla necessità o meno di rivolgere una previa sollecitazione al pubblico ministero, vi è attualmente un contrasto giurisprudenziale; *ex multis*, per la soluzione positiva, Cass., sez. VI, 31 maggio 2016, n. 27961, in *CED Cass.*, n. 267388.

¹⁶Nel vecchio regime, l'accusa non era riformulabile in dibattimento, salve le contestazioni suppletive ammesse dall'art. 445

Lo scenario cambia con la riforma che scommette sulla portata euristica della dialettica probatoria¹⁷. Ora, è proprio il dibattimento la sede naturale per definire gli esatti contorni della *res iudicanda*, attraverso la formazione della prova.

Le variazioni di note fattuali possono evidenziare l'erroneità o l'incompletezza dell'imputazione originaria. Gli artt. 516 ss. c.p.p. tengono conto, come chiarito dal progetto preliminare del 1978, di un triplice ordine di considerazioni: evitare la retrocessione del processo a fasi o stati antecedenti; non appesantire l'indagine dibattimentale tramite l'introduzione di nuovi temi di decisione, salvo sia indispensabile o vantaggiosa per l'inscindibilità delle questioni; garantire adeguati spazi di intervento all'imputato¹⁸.

Gli interessi da contemperare sono, da una parte, quello dello Stato alla pronta repressione penale e all'economia processuale; dall'altra, del cittadino a che il nastro del procedimento possa essere riavvolto in modo da apprestare una migliore difesa.

Ne discende la stretta correlazione tra fisionomia dell'azione penale e strategia difensiva anche negli atti contestativi successivi a quello introduttivo, correlazione capace di proiettarsi sull'oggetto della pronuncia giurisdizionale.

Nel dettaglio, l'art. 516 c.p.p. riguarda l'ipotesi in cui, nel corso del dibattimento, l'oggetto del processo risulti diverso da come descritto nel decreto che dispone il giudizio e conferisce al pubblico ministero un potere di contestazione autonomo.

La diversità attiene alla descrizione del fatto, alla sua compiuta rappresentazione storica, non alla struttura fondante. Il discrimine tra "diverso" e "altro", in mancanza di criteri normativi, dipende da un giudizio di incompatibilità tra l'enunciato contenuto nel decreto che dispone il giudizio e quello risultante dagli esiti istruttori. In altre parole, si è in presenza di un "fatto altro", e non di diversa descrizione dello stesso fatto, ogni qualvolta i due enunciati possano in astratto dar corpo a due imputazioni tra loro compatibili, perciò cumulabili, a carico della stessa persona¹⁹.

L'art. 517 c.p.p. consente l'ampliamento dell'accusa mediante le contestazioni suppletive di reati connessi ai sensi dell'art. 12, comma 1, lett. b), c.p.p.²⁰ o circostanze aggravanti.

In entrambi i casi, sull'operato del pubblico ministero, resta il controllo *a posteriori* del giudice che dovrà verificare, fra l'altro, la propria competenza²¹.

Infine, l'art. 518 c.p.p. dispone che, all'emergere di un fatto nuovo, procedibile d'ufficio, l'organo requirente proceda nelle forme ordinarie di esercizio dell'azione penale, salvo ne richieda la contestazione nella medesima udienza, se vi è consenso dell'imputato e autorizzazione del presidente. Per fatto nuovo si intende un accadimento naturalisticamente e giuridicamente autonomo, capace di affiancarsi

su aggravanti e reati concorrenti; quando il fatto apparisse diverso dai termini in cui figurava nell'imputazione, un'ordinanza ex art. 477 trasmetteva gli atti al pubblico ministero affinché agisse *ex novo*.

¹⁷ Come notato da L. Giuliani, *Modificazione dell'imputazione in dibattimento e diritto alla prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 1131, il principio di cristallizzazione dell'accusa «sarebbe evidentemente inadeguato in un processo che fa delle indagini preliminari una fase di raccolta di elementi, che possono risultare sufficienti per il rinvio a giudizio, ma che solo in giudizio acquisteranno consistenza probatoria».

¹⁸ Cfr. G. Conso-V. Grevi-G. Neppi Modena, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova, Cedam, 1989, p. 1145-1146.

¹⁹ A favore dell'utilizzo del giudizio di incompatibilità, in tema di varianti ed identità del fatto, F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 454 «evocano fatti diversi le figure storiche pensabili come accusa plurima e sincrona alla stessa persona (...). Ipotesi incompatibili, invece, configurano descrizioni diverse del medesimo fatto».

²⁰ Il progetto preliminare del 1978 limitava la contestazione dibattimentale del reato concorrente al solo caso del concorso formale di reati. Tuttavia, l'art. 12, lett. b), c.p.p., in tema di competenza per connessione, guardava non soltanto all'ipotesi di persona imputata di più reati commessi con una sola azione od omissione, ma anche a quella di persona imputata di più reati commessi «con più azioni od omissioni in unità di tempo e di luogo». Come evidenziato da T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 37, il criterio da ultimo considerato non rimandava, ai fini dell'accrescimento dell'accusa, al nesso teleologico consequenziale di matrice penalistica, ma ad uno più visibile, di stretta contiguità storica. Fu il d.l. 20 novembre 1991, n. 367, conv. in l. 20 gennaio 1991, n. 8, a sostituire la citata lett. b) in modo che richiamasse concorso formale e reato continuato.

²¹ Quello attribuito al pubblico ministero è un vero e proprio potere, non una richiesta (come invece prevedeva la legge delega al codice: «attesa l'attribuzione al pubblico ministero, nel vigente sistema processuale, del ruolo di "dominus" esclusivo dell'azione penale, il giudice del dibattimento non può esercitare alcun sindacato preventivo sull'ammissibilità di contestazioni modificative (fatto diverso) o aggiuntive (fatto nuovo), effettuate ai sensi degli artt. 516 e 517 cod. proc. pen. (...)», cfr. Cass., sez. VI, 13 luglio 1995, n. 3063, in *CED Cass.*, n. 202982.

al reato già contestato, idoneo, quindi, ad instaurare un procedimento distinto e parallelo rispetto a quello in atto²².

Invero, può accadere che le modifiche sopravvenute siano tanto radicali che il fatto nuovo non si aggiunga, ma sostituisca il precedente. Siffatta eventualità permette di distinguere i casi considerati dagli artt. 516 e 518 c.p.p., a seconda che ci si trovi dinanzi ad episodi riconoscibili o meno nell'imputazione originaria²³.

Alla mutata dimensione dell'oggetto del contendere, fa da contraltare la possibilità di chiedere un termine per la difesa o l'ammissione di nuove prove.

I ritocchi apportati dalla Corte costituzionale ai diritti dell'imputato partono da lontano.

L'art. 446 c.p.p. abr. prevedeva che il presidente del collegio o il pretore, in caso di contestazione suppletiva di reato concorrente, informasse l'imputato della facoltà di chiedere un termine non maggiore di cinque giorni. Con la sentenza del 29 gennaio 1971, n. 11, viene dichiarata l'incostituzionalità della disposizione nella parte in non prevedeva un margine di tempo più ampio, funzionale alla preparazione di un'adeguata difesa. Della censura prenderà atto l'art. 519 c.p.p. che, infatti, contempla un termine non inferiore a quello stabilito per la comparizione *ex art. 429 c.p.p.*

Quanto alle richieste probatorie, il comma 2 dell'art. 519 c.p.p., nella versione originaria, le subordinava al requisito dell'assoluta necessità, richiesto per le nuove prove di cui all'art. 507 c.p.p. La limitazione appariva irrazionale: il Giudice delle leggi, con sentenza del 3 giugno 1992, n. 241 dichiara l'illegittimità del rinvio all'art. 507 c.p.p., accordando piena espansione ai poteri probatori, secondo i parametri previsti dall'art. 190 c.p.p.

Termine e diritto alla prova sono presupposti essenziali perché l'esplicarsi del contraddittorio sull'accusa rettificata possa dirsi paritario. Le prerogative della difesa si canalizzano nel contraddittorio e la pienezza di questo è anche garanzia di quelle.

IL MOMENTO DI CRISI: IL POTERE DI CONTESTAZIONE TARDIVA DEL P.M.

Si dice che lo scontro tra la meccanica introduttiva dei riti speciali e il realizzarsi di fattispecie modificative dell'atto imputativo fosse intuibile²⁴.

Eppure, per lungo tempo, la Corte costituzionale ha ritenuto legittimo e non lesivo degli artt. 3 e 24, comma 2, Cost., il regime normativo che subordina l'accesso ai procedimenti differenziati a termini perentori, ormai decorsi in dibattimento, e che non ne ammette la richiesta ad accusa riformulata o ampliata.

Il recupero dei riti in esame è ancora lontano dal rientrare nel novero dei diritti di reazione di cui all'art. 519 c.p.p.²⁵. Trapela tutt'altra idea di fondo: di avere a che fare con strumenti di deflazione, piuttosto che con diritti²⁶.

Le argomentazioni della Corte, infatti, si concentrano attorno a due postulati: l'indissolubilità del bi-

²² Cfr. Cass., sez. VI, 16 luglio 2002, n. 40449, in *CED Cass.*, n. 223230; conf. Cass., sez. V, 3 luglio 2015, n. 2295, in *CED Cass.* n. 266019.

²³ La distinzione è di G. Riccio, *Fatti "nuovi" e fatti "diversi" nel regime delle contestazioni suppletive*, in *Dir. giust.*, 2004, XIII, p. 63. In giurisprudenza, per il discrimine tra artt. 516 e 518 c.p.p., Cass., sez. II, 10 febbraio 2012, n. 18868, in *CED Cass.*, n. 252822, «per "fatto diverso" deve intendersi non solo un fatto storico che integri una diversa imputazione restando invariato, ma anche un fatto che abbia connotati materiali difformi da quelli descritti nel decreto che dispone il giudizio, mentre la locuzione "fatto nuovo" concerne un accadimento del tutto difforme per le modalità essenziali dell'azione o per l'evento ovvero del tutto diverso da quello contestato».

²⁴ Commento di L. Suraci, *Nuove contestazioni*, in G. Spangher (a cura di), *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, t. II, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, IV, (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher), Torino, Utet, 2008, p. 478; condiviso da M. D'Aiuto, *Fatto diverso e giudizio abbreviato: verso una nuova forma di rito premiale?*, in *PPG*, 2015, III.

²⁵ Parla di dimensione "reattiva" del diritto di difesa rispetto alle determinazioni del pubblico ministero, F. Cassibba, *Vacilla il criterio della prevedibilità delle nuove contestazioni dibattimentali*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 novembre 2012, p. 2, nota a Corte cost., 26 ottobre 2012, n. 237.

²⁶ Suggerimento colto da P. Troisi, *Nuove contestazioni e riti alternativi: il lento percorso di adeguamento della disciplina codicistica ai principi costituzionali*, in *Arch. pen.*, 2015, III, p. 6 «tali osservazioni denotavano, chiaramente, la mancanza di un'adeguata riflessione sulla natura dei riti alternativi – non ancora valorizzati, in giurisprudenza, come espressione del diritto di difesa».

nomio deflazione/premialità e la prevedibilità delle nuove contestazioni.

Tanto l'applicazione di pena su richiesta delle parti, quanto il giudizio abbreviato rappresentano deviazioni rispetto al modello di procedimento ordinario: puntano a definirlo anticipatamente, aggirando meccanismi di formazione della prova complessi e lunghi perché particolarmente garantiti. Vi è, quindi, un sacrificio dell'imputato che, però, il legislatore incentiva e compensa mediante la riduzione della pena.

Logica vuole che, affinché la deflazione si realizzi, le relative domande siano avanzate prima dell'apertura della fase che si vuole risparmiare.

Non c'è dubbio che, come per l'accertamento contratto, anche la scelta a favore del dibattimento presenti dei rischi. Tra questi sono annoverabili le modifiche dell'addebito, evenienza non infrequente nell'attuale sistema accusatorio.

La conclusione è la seguente. A processo avviato, la restituzione dei termini avrebbe quale unico risultato la concessione di vantaggi, ma questi non sarebbero più giustificati: né in ragione dello scopo, divenuto impossibile, di eliminare il dibattimento, né della scelta fatta dall'imputato²⁷.

I giudici di volta in volta rimettenti percepiscono l'ingiustizia di una modifica dell'accusa che non si accompagna alla possibilità di rivalutare a pieno le scelte difensive. Si arriva a denunciare una «logica intrinsecamente accusatoria, per la quale chi è imputato di un reato deve, per evitare i rischi delle nuove contestazioni e per usufruire del beneficio dei riti speciali, confessare l'esistenza di tutte le circostanze aggravanti e di tutti i reati concorrenti»²⁸.

Ma la Consulta deve ragionare in termini di scelte costituzionalmente obbligate, e il sistema costruito dal legislatore non sembrava imporre censure. Il rito speciale è una *chance* temporalmente limitata. Lo sconto di pena, un corrispettivo. Una volta persa la prima, l'*iter* è quello ordinario e in esso le nuove contestazioni sono eventualità fisiologica dell'indagine dibattimentale. Se l'imputato non coglie subito l'occasione, sa a cosa va incontro.

A rompere gli equilibri è la prassi giurisprudenziale sulle nuove contestazioni patologiche, avallata dalle Sezioni Unite nel 1998²⁹. Tramite un'interpretazione *praeter legem* degli artt. 516-517 c.p.p., si riconosce al pubblico ministero il potere di riformulare l'imputazione *in limine litis*, prima dell'apertura del dibattimento, sulla scorta di elementi già acquisiti nelle indagini preliminari. Si tratta di modifiche tardive, dirette non già ad adeguare l'accusa alle risultanze istruttorie, ma a correggere errori od omissioni dovuti a sviste, dimenticanze.

Siffatta possibilità interferisce coi principi del contraddittorio e della parità tra le parti perché consente all'inquirente di eludere l'obbligo funzionale della *discovery*: gli permette di sottrarre materiale investigativo all'udienza preliminare, producendolo direttamente in dibattimento³⁰.

Oltretutto, il formante giurisprudenziale contrario alle nuove contestazioni patologiche, al fine di escluderle, faceva leva proprio sull'esistenza di preclusioni temporali per l'adozione dei riti differenziati, opportunità posta nel nulla ove si ammettessero variazioni fondate su fatti già noti³¹.

²⁷ Corte cost., ord. 4 maggio 1992, n. 213, in *Giur. cost.*, 1992, III, p. 1743-1746, la quale dichiarava «la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 446, 516 e 519 c.p.p., come richiamati per il procedimento pretorile dagli artt. 563 e 567 dello stesso codice, nella parte in cui non prevedono, in caso di modifica dell'imputazione nel corso dell'istruttoria dibattimentale, la possibilità per l'imputato di richiedere l'applicazione della pena ai sensi degli artt. 444 ss. c.p.p., in riferimento agli artt. 3, comma 1, 24, comma 2, e 27, comma 3, Cost., sollevata dal Pretore di Treviso con l'ordinanza in epigrafe». In precedenza, Corte cost., sentt. nn. 277 e 593 del 1990; ordd. nn. 355 e 421 del 1990.

²⁸ Si legge in Corte cost., sent. 12 dicembre 1990, n. 593. Il pretore di Massa riteneva incostituzionale la disciplina delle contestazioni suppletive nella parte in cui non consentono di rimettere in termini le parti per la richiesta dell'adozione di un rito abbreviato o comunque di un rito speciale «la preclusione esistente al riguardo violerebbe il diritto di difesa, che a suo avviso include la garanzia della lealtà e correttezza nell'esercizio dell'azione penale. Sotto questo profilo, non dovrebbe consentirsi al P.M. di integrare o modificare l'accusa dopo che l'imputato non è più in grado di determinare le sue scelte difensive».

²⁹ A comporre il contrasto giurisprudenziale sull'ammissibilità delle contestazioni patologiche è Cass., sez. un., 28 ottobre 1998, n. 4, in *CED Cass.* n. 212757 «In tema di nuove contestazioni, la modifica dell'imputazione di cui all'art. 516 c.p.p. e la contestazione di un reato concorrente o di una circostanza aggravante di cui all'art. 517 c.p.p. possono essere effettuate dopo l'avvenuta apertura del dibattimento e prima dell'espletamento dell'istruzione dibattimentale, e dunque anche sulla sola base degli atti già acquisiti dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari».

³⁰ Cass., sez. IV, 28 maggio 1993, n. 8959, in *Cass. pen.*, 1995, p. 308.

³¹ Cass., sez. VI, 23 maggio 2000, n. 6251, in *CED Cass.*, n. 216313.

La distonia del sistema era evidente e conduce al *revirement* costituzionale favorevole alla rimessione in termini, *in primis* per la richiesta di applicazione della pena³².

La preclusione è legittima se risultante dalla determinazione libera e consapevole in ordine al rito, previo calcolo dei rischi prevedibili e connessi all'una o all'altra sequenza procedimentale.

La contestazione frutto di una condotta anomala del pubblico ministero non è prevedibile, perché non fa parte dell'andamento fisiologico del processo. Non c'è né inerzia né rischio liberamente assunto che consenta di far ricadere sull'imputato le conseguenze negative della mancata instaurazione del rito differenziato.

Poiché l'errore nell'individuazione del fatto e del titolo di reato dipende dalla negligenza della parte pubblica, ove tollerata, è bilanciata dalla rinnovata pienezza del ventaglio di opzioni della difesa³³.

Una diversa soluzione violerebbe l'art. 3 Cost, venendo l'imputato irragionevolmente discriminato in dipendenza della maggiore o minore esattezza o completezza della valutazione discrezionale delle risultanze delle indagini preliminari, operata dal *dominus* dell'azione penale.

In definitiva, la chiave interpretativa della decisione è quella di non far gravare sull'imputato le conseguenze di situazioni processuali a lui non addebitabili³⁴.

Il principio è affermato con riguardo al patteggiamento che permette, non solo di definire il merito del processo al di fuori e prima del dibattimento, ma di stabilire il contenuto della decisione, il che non può avvenire se non in riferimento ad una ben delineata fattispecie.

Qui si rinviene il punto focale della decisione: valorizzare l'accesso ai riti premiali quale espressione qualificata del diritto di difesa.

IL PUNTO DI EQUILIBRIO: I RITI SPECIALI COME DIRITTI DI DIFESA

Nel giro di un anno, la Corte costituzionale elimina anche la preclusione temporale per proporre domanda di oblazione relativamente al reato concorrente e, per illegittimità consequenziale, al fatto diverso contestato in dibattimento. Non solo. Il parametro della prevedibilità della modifica fisiologica viene del tutto abbandonato³⁵.

Con riguardo al giudizio abbreviato, sarà necessario attendere quindici anni e plurime ordinanze di inammissibilità³⁶.

Mentre l'applicazione della pena su richiesta delle parti ha effetti di immediata definizione del processo, donde l'assenza di ostacoli a una sua collocazione in corso di dibattimento, l'abbreviato si realizza attraverso una vera e propria procedura incompatibile con l'innesto in tale fase³⁷.

Tuttavia, le considerazioni svolte dovevano essere riviste alla luce delle novità apportate dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479, la quale svincola il rito dai presupposti della definibilità del processo allo stato

³² Corte cost., sent. 22 giugno 1994, n. 265.

³³ Secondo l'interpretazione di G. Leo, *Contestazioni suppletive in dibattimento e richiesta di giudizio abbreviato: una nuova pronuncia di illegittimità parziale dell'art. 517 c.p.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 luglio 2015, dalle parole della Corte emergono note di perplessità in ordine all'ammissibilità, sancita dal diritto vivente, di contestazioni suppletive tardive. Ciononostante, maturò la scelta di non contrapporsi agli orientamenti della giurisprudenza di legittimità maggioritaria.

³⁴ A. A. Arru, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in L. Filippi (a cura di), *Procedimenti speciali*, t. I, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, IV, (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher), Torino, Utet, 2008, p. 32.

³⁵ Corte cost., sent. 1995, n. 530, la quale ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 516 e 517 c.p.p. per violazione degli artt. 3 e 24 Cost. nella parte in cui non prevedono la facoltà di proporre domanda di oblazione in relazione al fatto diverso e al reato concorrente contestati in dibattimento. La declaratoria è stata successivamente recepita dal legislatore con l'art. 53 l. 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. Carotti) inserendo il comma 4-bis all'art. 141 disp. att. c.p.p. «In caso di modifica dell'originaria imputazione in altra per la quale sia ammissibile l'oblazione, l'imputato è rimesso in termini per chiedere la medesima. Il giudice, se accoglie la domanda fissa un termine non superiore a dieci giorni, per il pagamento della somma dovuta. Se il pagamento avviene nel termine il giudice dichiara con sentenza l'estinzione del reato».

³⁶ Corte cost., sent. 14 dicembre 2009, n. 333, la quale dichiara l'illegittimità degli artt. 516 e 517 c.p.p., nella parte in cui non prevedono la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al fatto diverso o al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento di esercizio dell'azione penale.

³⁷ Corte cost., sentt. nn. 265 del 1994 e 129 del 2003.

degli atti e del consenso del pubblico ministero, e introduce meccanismi di integrazione probatoria³⁸.

L'inconciliabilità col dibattimento sfuma. La Consulta ammette la richiesta di cui all'art. 438 c.p.p. in riferimento alle contestazioni patologiche, sottolineando i persistenti effetti di economia processuale, seppur attenuati. Il giudice deciderà sulla nuova imputazione evitando i supplementi di istruzione di cui all'art. 519 c.p.p.³⁹

La soluzione non contrasterebbe con l'orientamento costante della Cassazione a mente del quale le richieste di giudizio abbreviato "parziali", effettuate cioè con riguardo ad alcune soltanto delle imputazioni cumulativamente formulate, sono inammissibili. Il principio di diritto attiene, infatti, alle istanze tempestive⁴⁰.

A ciò si aggiunga che l'ordinamento processuale ha già conosciuto fattispecie di richiesta di abbreviato di fronte al giudice dibattimentale, sebbene a livello di disciplina transitoria⁴¹.

Conferire ai riti speciali la natura, la dignità di diritti di difesa ha, dunque, notevoli implicazioni.

Da un lato, vengono meno le differenze tra i singoli riti; dall'altro, tramonta la distinzione tra contestazioni patologiche e fisiologiche, fondata su un criterio debole, la prevedibilità della dell'*emendatio libelli*.

Merito di un *overruling* aver ricollegato anche alle seconde il ripristino del diritto di scegliere il rito alternativo⁴².

A far cadere la prevedibilità concorrono sia debolezze intrinseche che altri fattori.

Per un ventennio, valse la seguente logica. In ipotesi di modifica tardiva, assicurare il ripristino dei termini scongiura l'eventualità che la manipolazione dell'accusa maliziosa o negligente vanifichi il diritto di optare per la definizione anticipata del processo. Qualora, invece, non possa essere mosso alcun rimprovero alla parte pubblica, non sorge l'esigenza di riequilibrare i poteri delle parti, in un contesto garantito quale il dibattimento.

I rilievi critici, invece, vertono sulla difficoltà di fissare un confine tra uso e abuso dei poteri d'accusa⁴³ e sulla collisione con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, comma 2, Cost. La capacità di prevedere le modifiche dell'addebito è assunto di stampo inquisitorio, in quanto l'imputato viene considerato il solo depositario della verità fattuale, quando, al contrario, dovrebbe ritenersi estraneo alla vicenda⁴⁴.

Soprattutto, la prevedibilità non appare criterio idoneo a giustificare un diverso e meno favorevole trattamento rispetto alle variazioni patologiche. Il diritto di difesa è posto in crisi più dalle modifiche conseguenti a novità probatorie emerse *ex abrupto* in dibattimento, che non da quelle basate su elementi già acquisiti in corso di indagini preliminari. Nella seconda ipotesi, grazie al deposito degli atti che precede l'esercizio dell'azione penale, l'imputato è in grado di conoscere e valutare le fonti di un incremento dell'imputazione, anticipandosene l'eventualità.

La chiave di volta è offerta dall'art. 441-bis, comma 4, c.p.p., introdotto con l'art. 1, l. 5 giugno 2000, n. 144, laddove consente all'imputato di chiedere che il procedimento prosegua nelle forme ordinarie, in caso di modifica dell'imputazione nel corso dell'abbreviato. Se ne può ricavare l'indirizzo di sistema per cui la decisione sul rito permane fino a quando resti immutato l'addebito⁴⁵.

³⁸ In merito alla metamorfosi del giudizio abbreviato, dalla riforma del 1999 alla l. n. 103/2017, D. Vigoni, *La richiesta di giudizio abbreviato: tipologie e sviluppi del procedimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, IV, p. 1926 ss.

³⁹ G. Marino, *Nuove contestazioni fisiologiche: l'esclusione del patteggiamento è incostituzionale*, in *Dir. giust.*, 2017, p. 22. Anche rispetto al patteggiamento, la Consulta (sent., 17 luglio 2017, n. 206), nell'ammettere il recupero del termine in caso di contestazione dibattimentale fisiologica, ha sottolineato il permanere dell'effetto di economia processuale, se pur attenuato: da un lato, consente al giudice di verificare l'esistenza delle condizioni per l'applicazione della pena senza alcuna attività istruttoria; dall'altro, esclude l'appello e circoscrive i casi di ricorso per cassazione.

⁴⁰ Cfr. Cass., sez. I, 19 novembre 1999, n. 380, in *CED Cass.*, n. 215138.

⁴¹ Art. 223 d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, recante «Norme in materia di istituzione del giudice di primo grado»; art. 4-ter d.l. 7 aprile 2000, n. 82, recante «Modificazioni alla disciplina dei termini di custodia cautelare nella fase del giudizio abbreviato, convertito con modificazioni, dalla l. 5 giugno 2000, n. 144».

⁴² Corte cost., sent. 22 ottobre 2012, n. 237, la quale dichiara l'illegittimità dell'art. 517 c.p.p., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di chiedere il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente emerso nel corso dell'istruzione probatoria.

⁴³ T. Rafaraci, *L'assestamento tardivo degli addebiti contestati*, in *Dir. proc. pen.*, 1997, p. 331.

⁴⁴ F. Cassibba, *Vacilla il criterio della prevedibilità delle nuove contestazioni dibattimentali*, cit., p. 5.

⁴⁵ Ravvisa nella disposizione indicata un «indirizzo di sistema», M. Caianello, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni. Il prevalere delle tutele difensive sulle logiche negoziali*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4963, commento a Corte cost., sent. n. 333/2009.

In virtù della novella, i giudici possono ricondurre ad un proposito del legislatore la revisione del rapporto tra poteri di iniziativa del pubblico ministero e di reazione dell'imputato. In particolare, che al variare degli addebiti possa variare la scelta difensiva circa il rito è divenuta la regola⁴⁶.

PROSPETTIVE

Il potenziale degli approdi costituzionali è altissimo e suggerisce all'interprete numerose altre combinazioni di modifiche dell'imputazione e prerogative della difesa. La stagione delle illegittimità è tutt'altro che conclusa⁴⁷.

Che siano nuove contestazioni fisiologiche o patologiche, che abbiano ad oggetto fatto diverso, reato concorrente o circostanza aggravante, ai fini di una rimessione in termini, patteggiamento e giudizio abbreviato sono equiparati.

Medesimo discorso è stato avviato con riguardo all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova. Al momento, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 517 c.p.p., per contrasto con gli artt. 3 e 24, comma 2, Cost., nella parte in cui, in seguito alla nuova contestazione di una circostanza aggravante, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento la messa alla prova⁴⁸.

Anch'essa, infatti, rappresenta estrinsecazione del diritto di difesa ed è annoverabile tra i riti premiali. I suoi effetti sono ancor più favorevoli, posto che l'esito positivo della *probation* determina l'estinzione del reato, e ha rilevanti finalità di rieducazione e di recupero sociale⁴⁹.

L'assimilazione è, inoltre, confermata dalla sentenza costituzionale n. 201/2016, la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 460, comma 1, lett. e), c.p.p., nella parte in cui non prevede che il decreto penale di condanna contenga l'avviso della facoltà dell'imputato di chiedere mediante l'opposizione la sospensione con messa alla prova⁵⁰.

Analoghe aperture si prospettano con riguardo alla fattispecie estintiva del reato di cui all'art. 162-ter c.p., connessa all'esperimento di condotte riparatorie.

Non si tratta di un procedimento speciale, ma ne possiede movenze tipiche e finalità⁵¹: sussiste un termine massimo per la proposizione dell'istanza, consistente nell'apertura del dibattimento; dall'altra, manca un coordinamento espresso con la disciplina delle modifiche dibattimentali dell'accusa.

A livello interpretativo, soccorre la clausola di salvaguardia del comma 2, art. 162-ter c.p. che consente all'imputato di chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine per provvedere al pagamento di quanto dovuto a titolo di risarcimento «quando dimostra di non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile». La disposizione chiama in causa il concetto di responsabilità dell'imputato, cui facilmente è riconducibile l'ipotesi di contestazioni tardive. D'altronde, nella responsabilità non trovano più spazio le conseguenze negative derivanti da un rischio prevedibile, sicché il recupero dibattimentale del meccanismo di estinzione potrebbe estendersi alle variazioni fisiologiche.

⁴⁶ Sul capovolgimento dei rapporti tra regole ed eccezioni in tema di flessibilità dell'imputazione, M. D'Agnolo, *Nuove contestazioni e giudizio abbreviato: un deciso passo avanti della Corte costituzionale*, in PPG, 2013, III, p. 96 ss.

⁴⁷ Cfr. G. Illuminati, *Giudizio*, in G. Conso – V. Grevi – M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2016, p. 753.

⁴⁸ Corte cost., sent. 5 luglio 2018, n. 141, con nota di O. Murro, *Modifica dell'imputazione e incostituzionalità dell'art. 517 in relazione alla facoltà di richiedere la messa alla prova*, in *Ilpenalista.it*, 31 agosto 2018. L'Autrice mette in luce come l'istituto della messa alla prova, nonostante la sua breve vita, abbia interessato plurime volte sia i giudici della Consulta che di legittimità a riprova del fatto che il dato normativo fosse ricco di lacune e criticità.

⁴⁹ Rilevi di P. Troisi, *Nuova contestazione "fisiologica" del fatto diverso e ammissibilità del patteggiamento*, cit., p. 12, contestuali alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell'ordinanza con cui il Tribunale di Salerno ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p., nella parte in cui non prevede che, contestata nel corso del giudizio dibattimentale una circostanza aggravante fondata su elementi già risultanti dagli atti di indagine, l'imputato abbia facoltà di richiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova, relativamente al reato oggetto di nuova contestazione.

⁵⁰ Per tale conclusione, G. L. Gatta, *Decreto penale di condanna: la Corte cost. parifica la sospensione del procedimento con messa alla prova ai riti speciali, ai fini dell'avviso ex art. 460, co. 2, lett. e) c.p.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 luglio 2016, nota a Corte cost., sent. 21 luglio 2016, n. 201.

⁵¹ A parere di G. Todaro, *Nuove contestazioni dibattimentali e diritto di difesa: un ulteriore tassello nella parabola dei riti speciali*, cit., p. 8, non sarebbe azzardato discutere di un istituto ibrido rispetto ai riti differenziati.

Una battuta conclusiva dedicata al fatto nuovo di cui all'art. 518 c.p.p.

A riguardo, non sussistono profili di violazione del diritto di difesa o del principio di eguaglianza poiché l'imputato, col proprio consenso, è arbitro di far iniziare il procedimento nelle forme ordinarie, così da fruire dei riti premiali, o di rinunciarvi accettando la nuova contestazione⁵². Un'alternativa secca che non pone problemi di legittimità costituzionale, semmai di opportunità politica normativa: *de iure condendo*, potrebbe essere superata, ammettendo una definizione anticipata per il fatto nuovo a procedimento già avviato, senza aprirne un altro. Il risultato sarebbe il medesimo e garantirebbe, altresì, la ragionevole durata del processo⁵³.

EMENDATIO IURIS, UN TEMA DALLA SCORZA DURA

Un orizzonte non lontano è la riqualificazione giudiziale.

Modifica dell'imputazione ex artt. 516 e 517 c.p.p. e diversa qualificazione giuridica del fatto ex art. 521 c.p.p. sono proiezioni del principio generale di correlazione tra accusa e sentenza⁵⁴. La disciplina della prima assicura la correlazione sotto il profilo dei rapporti tra azione e contraddittorio: in essa si estrinseca la garanzia dei diritti alla contestazione dell'accusa e alla difesa per la determinazione della *res iudicanda*, rispetto a cui il giudice rimane estraneo. La disciplina della seconda assicura la correlazione sotto il profilo del *nomen iuris* e dei poteri decisorii del giudice; l'art. 521 c.p.p. è, infatti, rubricato «correlazione tra l'imputazione contestata e la sentenza».

Il discrimine sta nell'origine causale della *emendatio*: per le nuove contestazioni rileva una sopravvenienza legata alle componenti storiche dell'accusa.

Sulla scorta dell'evoluzione giurisprudenziale esposta, è lecito chiedersi se sia ammissibile una remissione in termini per i riti premiali quando a ridefinire il titolo di reato sia il giudice.

È tuttora ragionevole continuare a distinguere il regime di questa rispetto a quello scolpito per le nuove contestazioni dibattimentali, ai fini di una tutela avanzata del diritto di difesa?

La questione è stata affrontata sia dalla Cassazione, in relazione al rapporto tra derubricazione giudiziale e recupero dell'oblazione, sia, più di recente, dalla Corte di Lussemburgo, con esiti "conservatori".

Nella giurisprudenza di legittimità, si discuteva in ordine all'ipotesi di riqualificazione del fatto in reato oblabile: questa, per essere avvenuta in sentenza e su iniziativa del giudice, non su impulso dell'accusa in udienza, privava l'imputato dell'opzione per il rito speciale e del relativo premio.

Nel 2006, il contrasto fu risolto nel senso che il ripristino del rito sia impraticabile, a meno che l'imputato stesso non si premuri di chiedere nei termini l'oblazione, ipotizzando la futura derubricazione del reato. Solo l'omessa o l'erronea pronuncia del giudice sul punto consente un recupero nei successivi gradi di giudizio, mediante impugnazione del provvedimento e accoglimento in appello dell'istanza⁵⁵.

Le Sezioni Unite sono state nuovamente coinvolte in ragione del formante europeo, nel frattempo intervenuto, in materia di riqualificazione giuridica del fatto⁵⁶. Nel contesto sovranazionale, il diritto all'informazione sull'accusa di cui all'art. 6, par. 3, lett. a), Cedu, investe sia fatti materiali che inquadramento legale, sicché le garanzie dell'equo processo si estendono al mutamento del *nomen iuris*.

Ne discende che ogni forma di *ius variandi* esige un contraddittorio preventivo delle parti, senza che

⁵² Corte cost., sent. 23 maggio 1997, n. 146, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1604 ss.

⁵³ Proposta di G. Todaro, *Nuove contestazioni dibattimentali e diritto di difesa: un ulteriore tassello nella parabola dei riti speciali*, cit. p. 9.

⁵⁴ Su declinazioni e implicazioni del principio, T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit. p. 291 ss.

⁵⁵ Cfr. Cass., sez. un., 28 febbraio 2006, in *CED Cass.*, n. 233029 «Nel caso in cui l'imputato, nel corso dell'istruttoria dibattimentale, abbia presentato istanza di oblazione subordinata ad una diversa e più favorevole qualificazione giuridica del fatto, dalla quale discenda la possibilità di essere ammesso all'oblazione stessa, il giudice, se effettivamente procede alla modifica, deve attivare il meccanismo di cui all'art. 141, comma quarto bis, cod. proc. pen., anche all'esito dell'istruttoria dibattimentale; nel caso in cui ometta di pronunciarsi sull'istanza o si pronunci applicando erroneamente la legge penale, tale omissione o errore potrà essere fatta valere in appello, attraverso il meccanismo di cui all'art. 604, comma settimo, cod. proc. pen., ovvero, in caso di sentenza inappellabile, con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 606, comma primo lett. c), cod. proc. pen.»

⁵⁶ Corte eur. dir. uomo, sez. II, 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1646 ss.

rilevino differenze in ordine all'oggetto (fatto o diritto) o all'autore (p.m. o giudice) della modifica.

Tuttavia, le condanne indirizzate all'Italia non valgono a far cambiare idea alla Corte di cassazione che conferma l'onere di sollecitazione a carico dell'imputato, mediante presentazione espressa di domanda di oblazione. La necessità di informare la difesa scatterebbe solo a fronte di *emendatio iuris* peggiorativa⁵⁷.

La soluzione non convince almeno per due ordini di ragioni.

In primo luogo, i giudici europei censurano il pregiudizio arrecato alla difesa dalla riqualificazione in sé, in difetto di contributo dialettico delle parti, senza distinguere gli effetti *in melius* o *in peius*. In secondo luogo, l'onere difensivo di interlocuzione era giustificabile in passato, alla luce del principio di auto-responsabilità di accusa e difesa, accolto dal codice Vassalli con l'adozione dell'*adversary system*, ormai superato grazie alla giurisprudenza costituzionale⁵⁸.

La mutata percezione del tema è testimoniata, altresì, da un interessante rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea: se la direttiva 2012/13/UE e l'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione debbano essere interpretati nel senso che ostino a disposizioni processuali di uno Stato membro per le quali, di fronte alla modifica dell'imputazione, le garanzie difensive vengano assicurate in termini sensibilmente diversi a seconda che si versi nel mutamento del fatto ovvero in quello della qualificazione giuridica⁵⁹. Nel caso di specie, si evidenzia come solo nel primo caso l'imputato possa accedere all'applicazione della pena *ex art. 444 c.p.p.*

Il quesito, in realtà, muove da un'*impasse* procedurale perché l'accusa disattende la prospettazione circa un mutamento di fatto, neutralizzando l'aspettativa dell'imputato di accedere al rito premiale⁶⁰. Lo stallo verificatosi nel giudizio *a quo* è chiaro indicatore dell'irragionevolezza del sistema⁶¹.

Il potere giudiziale in esame è espressione del principio *iura novit curia*. La dottrina ritiene che a giustificare il brocardo rimanga un'opzione di tipo politico. Ove il giudice, rilevata l'errata qualificazione, non possa che prosciogliere l'imputato, si giungerebbe ad una sentenza suscettibile di divenire irrevocabile, preclusiva di una seconda azione penale sullo stesso fatto. La scelta del legislatore è, pertanto, quella di un sistema che corregge al proprio interno gli errori riguardanti la conformazione del suo oggetto⁶².

Considerato che siffatta esigenza sorregge anche il potere di modifica dell'imputazione esercitato dal pubblico ministero, il *restyling* costituzionale delle nuove contestazioni dibattimentali dovrebbe indurre ripensamenti anche in relazione all'art. 521 c.p.p.

Ciononostante, i giudici di Lussemburgo salvano la legge italiana⁶³.

La suddetta direttiva, all'art. 1, stabilisce il diritto all'informazione delle persone indagate o imputate sui diritti di cui godono nel procedimento penale e sull'accusa elevata a loro carico, la quale, per giurisprudenza consolidata, deve essere precisa e completa anche sotto il profilo della definizione giuridica.

Viceversa, le modalità con cui la comunicazione deve avvenire non sono predeterminate: è sufficiente che non arrechino pregiudizio all'obiettivo perseguito, ovvero sia consentire di predisporre la propria difesa e assicurare l'equità del procedimento. Purché sia sottoposta all'imputato prima che l'autorità

⁵⁷ Cass., sez. un., 26 giugno 2014, n. 32351, in *CED Cass.*, n. 2599925.

⁵⁸ Lucida ricostruzione di R. Lopez, *Intervenuta ammissibilità dell'oblazione per derubricazione del reato, ovvero emendatio iuris e prerogative della difesa: le Sezioni Unite tornano sull'argomento tra fraintesi e omissioni*, in *Cass. pen.*, 2016, V, p. 2116 ss.

⁵⁹ Trib. Brindisi, ord. 20 settembre 2017, proc. n. 1607/15 R.G.N.R., imp. Moro.

⁶⁰ Sugli scenari che apre il diniego del pubblico ministero di modificare l'imputazione e adeguarsi alle indicazioni del giudice, L. Lombardo, *Il controllo del giudice sull'imputazione e i poteri del pubblico ministero*, in *Giur. merito*, 2009, X, p. 2618, p. 31. L'Autore auspica una riflessione della giurisprudenza sul punto, considerato che l'eventuale cronicizzazione del conflitto tra giudice e pubblico ministero sulla formulazione dell'imputazione avrebbe quale esito finale la sostanziale elusione del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

⁶¹ Per i rilievi critici, G. Centamore, *Ancora in tema di riqualificazione giuridica del fatto: un'interessante ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *DPC*, 2018, I, p. 37 ss.

⁶² Questi i termini di A. Capone, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, Cedam, 2010, p. 56. Altra parte della dottrina ritiene che il principio sia direttamente connesso alla soggezione dei giudici alla legge, ad esempio E. Zurli, *Osservazioni in tema di modificazione dell'imputazione da parte del giudice dell'udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1472.

⁶³ Corte di Giustizia UE, sez. I, sent. 13 giugno 2019, causa C-646/17). Un primo, sintetico, commento di G. Milizia, *CGUE: niente patteggiamento se muta la qualificazione giuridica dei fatti oggetto dell'imputazione*, in *Dir. giust.*, 2019, p. 4.

giudiziaria decida nel merito, l'informazione garantita dalla normativa unionale non implica l'obbligo di riconoscere il diritto di domandare l'applicazione di una pena su richiesta nel corso del dibattimento.

Ciò non toglie che quelle europee sono norme minime e che gli Stati membri possono scegliere di ampliare i livelli di tutela. Il livello garantito nell'ordinamento interno è cresciuto progressivamente grazie al percorso virtuoso intrapreso dalla Corte costituzionale. In ordine ai dubbi di irragionevolezza e diseguaglianza sopra segnalati, la pronuncia europea nulla aggiunge, nulla risolve.

ALCUNE PERPLESSITÀ IN ORDINE ALLA SEPARAZIONE DI PROCESSI

Profili delicati concernono l'effetto processuale di separazione delle regiodicande che ora sembra rientrare nella disponibilità della parte.

Dopo la nuova contestazione di cui all'art. 517 c.p.p., la richiesta del rito può avere ad oggetto solo il reato connesso, senza estendersi all'accusa originaria. Rispetto a quest'ultima, è irreversibile la preclusione. Diversamente, l'imputato verrebbe a trovarsi in una situazione non già eguale, ma addirittura privilegiata rispetto a quella in cui sarebbe se l'accusa completa fosse stata mossa nei modi ordinari⁶⁴.

Tale impostazione, in realtà, era stata adottata dalla Consulta in sede di contestazioni tardive, nella prospettiva di tutelare la centralità del dibattimento.

In dottrina, non si è mancato di rilevare come il superamento di ogni differenza tra modifiche fisiologiche e patologiche abbia affievolito il peso del criterio di deflazione dibattimentale ai fini dell'innesto d'una sequenza alternativa premiale dopo l'aggiornamento dell'accusa, per anteporre il diritto di difesa. Ne conseguirebbe l'assenza di ragioni sistematiche per circoscrivere il recupero del rito solo al nuovo addebito, sempre che non sussistano condizioni ostative proprie della disciplina del procedimento di volta in volta rilevante⁶⁵.

Appare, d'altro canto, discorde la posizione presa dalla più recente giurisprudenza di legittimità. La rimessione in termini per il rito speciale ha funzione riparatoria e deve coniugarsi, non sostituire la funzione deflattiva, in difetto della quale non si spiegherebbe la riduzione della pena⁶⁶.

La soluzione è foriera di difficoltà di ordine pratico anche sotto un altro versante: la delimitazione del materiale probatorio utilizzabile ai fini della definizione anticipata del giudizio.

Il problema si pone per il giudizio abbreviato ed è acuito dalla circostanza che la separazione non genera una causa di incompatibilità del giudice investito della prosecuzione del dibattimento per l'imputazione originaria e del procedimento differenziato per quella aggiuntiva. In quest'ultima sede, non opera la regola di esclusione prevista dall'art. 526, comma 1, c.p.p., in forza della quale, ai fini della deliberazione, il giudice dibattimentale non può utilizzare prove diverse da quelle ivi legittimamente acquisite. «Ci si troverebbe di fronte a un giudice che dovrebbe farsi necessariamente "strabico"»⁶⁷.

L'ultima questione ne evoca un'altra: il *quantum* probatorio da raggiungere prima di considerare corretta l'iniziativa del pubblico ministero ai sensi dell'art. 517 c.p.p.

Il ripristino del rito contratto amplifica il rischio di un aggiornamento prematuro degli addebiti, di una forma di esercizio apparente dell'azione penale. Per scongiurare la violazione del principio di obbligatorietà di cui all'art. 112 Cost., occorre che la parte pubblica si orienti in base ad un criterio di sostenibilità della nuova accusa⁶⁸.

⁶⁴ In questo senso, Corte cost., sent. 9 luglio 2015, n. 139, la quale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p., nella parte in cui, nel caso di una circostanza aggravante che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato oggetto di nuova contestazione.

⁶⁵ F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, in G. Uberty – G. P. Voena (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XXXI, Milano, Giuffrè, 2016, p. 323 ss.

⁶⁶ Cass., sez. V, 16 novembre 2015, n. 11905, in *CED Cass.*, n. 266479 «In caso di contestazioni suppletive in dibattimento, la richiesta di giudizio abbreviato non può essere proposta solo per taluna ma, a pena di inammissibilità, deve avere riguardo a tutte le nuove, ulteriori imputazioni, poiché la funzione riparatoria dell'accesso in tale fase al rito speciale va comunque coniugata, senza poterla sostituire, con quella deflattiva propria del rito, in difetto della quale non si giustificerebbe l'effetto premiale».

⁶⁷ F. Cassibba, *Vacilla il criterio della prevedibilità delle nuove contestazioni dibattimentali*, cit., p. 11.

⁶⁸ M. D'Agnolo, *Nuove contestazioni e giudizio abbreviato: un deciso passo avanti della Corte costituzionale*, cit., p. 76.

È presupposto implicito della nuova contestazione di reato concorrente che essa sia effettuata solo quando le risultanze istruttorie prospettino esiti certi⁶⁹.

Se così non fosse, lo scenario presenterebbe alternative discutibili. Avanzata richiesta di abbreviato non condizionato, il pubblico ministero non sarebbe nelle condizioni di provare la colpevolezza dell'imputato, costretto a sollecitare l'acquisizione delle prove all'uopo necessarie ai sensi dell'art. 441, comma 5, c.p.p. Di talché, il giudice ha due possibilità: assumere un ruolo di supplenza dell'organo requirente, incompatibile con l'eccezionalità dell'intervento probatorio officioso, ovvero trasmettere al secondo gli atti, svuotando le esigenze di economia processuale proprie del rito alternativo.

In precedenza, invece, si riteneva prevalente l'esigenza che il pubblico ministero esplicitasse al più presto i nuovi profili d'accusa, in modo da prevenire un suo temporeggiare sleale nel corso dell'acquisizione probatoria, volto alla ricerca di conferme di quanto formalmente ancora non contestato⁷⁰. La tempestività garantisce pienezza all'esercizio dei poteri probatori.

Un'ipotesi marginale, ma comunque problematica, investe l'integrazione dell'accusa mediante un reato in concorso formale con quello già ipotizzato nell'imputazione originaria, ai sensi dell'art. 517 c.p.p. L'orientamento, allo stato maggioritario, che impone di separare i procedimenti e di limitare la definizione anticipata solo al nuovo addebito, potrebbe condurre ad una situazione paradossale: l'eccezione del *ne bis in idem* da parte della difesa.

Il procedimento contratto è destinato a chiudersi in un momento precedente, l'altro proseguendo con forme e tempi ordinari. Il fatto storico alla base di entrambi è il medesimo. La contestazione susseguente di concorso formale di reati trova ormai un limite nell'identità del fatto storico che consente la chiusura con proscioglimento di uno dei due procedimenti penali ai sensi dell'art. 649 c.p.p.⁷¹.

⁶⁹ F. Zacché, *Il giudizio abbreviato*, in G. Ubertis – G. P. Voena (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XXXV.2, Milano, Giuffrè, 2004, p. 151.

⁷⁰ Cfr. T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit. p. 189 «emersi gli estremi di una nuova contestazione, il contraddittorio esige che venga posto al più presto il relativo tema, senza tergiversare in forme di (pur temporanea) contestazione "materiale", promossa attraverso la ricerca di conferme probatorie per fatti d'accusa ancora da enunciare».

⁷¹ Ponendo un freno alla giurisprudenza di legittimità precedente, la quale ammetteva senza limitazioni la contestazione susseguente di concorso formale di reati, su impulso delle Corti europee, la Corte cost., sent. 31 maggio 2016, n. 200, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento.

Correlazione tra accusa e sentenza

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE III, SENTENZA 9 APRILE 2019, N. 15500 – PRES. CERVADORO; REL. DI NICOLA

Non sussiste alcuna violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza quando sia stato lo stesso imputato a precisare gli elementi di fatto sulla base dei quali il giudice è pervenuto alla diversa qualificazione giuridica del fatto.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1. (*Omissis*) ricorre per cassazione impugnando la sentenza indicata in epigrafe con la quale la Corte di appello di Bologna, in parziale riforma della sentenza emessa dal tribunale di Ravenna, ha riqualificato il fatto contestato ex articolo 3 decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74 rideterminando la pena nei confronti del ricorrente in anni uno e mesi otto di reclusione, concedendo il beneficio della sospensione condizionale della pena e confermando nel resto.

Al ricorrente era addebitato il reato di cui all'articolo 4 d.lgs. n. 74 del 2000 perché, nella sua qualità di rappresentante legale della società (*omissis*) S.r.l., al fine di evadere le imposte sui redditi, in relazione al periodo d'imposta 2009, indicava nella dichiarazione SC 2010, elementi attivi (anche mediante indicazione di elementi passivi fittizi) per un ammontare inferiore a quello effettivo, con una evasione di IRES accertata pari ad euro 520.879,00 (fatto commesso in (*omissis*) (*omissis*)) (data di presentazione della dichiarazione SC – Società di Capitali per l'anno d'imposta 2009).

2. Per l'annullamento dell'impugnata sentenza il ricorrente articola due motivi di impugnazione, qui enunciati, ai sensi dell'articolo 173 delle disposizioni di attuazione al codice di procedura penale, nei limiti strettamente necessari per la motivazione.

2.1. Con il primo motivo, il ricorrente deduce l'inosservanza di norme processuali stabilite a pena di nullità per la violazione del combinato disposto degli articoli 516, 521, 522 e 526 del codice di procedura penale (articolo 606, comma 1, lettera c), stesso codice), con conseguente nullità della sentenza impugnata.

Rileva il ricorrente che il giudice di secondo grado, pur stabilendo che il fatto ricostruito al dibattimento integrasse la violazione dell'articolo 3 del d.lgs. n. 74 del 2000 piuttosto che il contestato articolo 4 dello stesso testo, invece di agire secondo il dettato dell'articolo 521, comma, 2 del codice di procedura penale e disporre la trasmissione degli atti al pubblico ministero dichiarando la nullità della decisione di primo grado, ha confermato la sentenza emessa dal Tribunale di Ravenna in violazione degli articoli 516, 521, 522 e 526 del codice di procedura penale, incorrendo così nel vizio di violazione di legge denunciato.

Infatti, il ricorrente era stato tratto a giudizio per rispondere del delitto di cui all'articolo 4 del d.lgs. n. 74 del 2000 per aver indicato nella dichiarazione dei redditi per l'anno 2009 un importo degli elementi attivi inferiore a quello reale, senza che vi fosse alcun riferimento ad operazioni fraudolente che avrebbero concorso a cagionare l'evasione.

Intervenuta poi la modifica normativa, di cui al d.lgs. n. 158 del 2015, il fatto tipico, relativo al delitto originariamente contestato ossia relativo all'articolo 4 d.lgs. n. 74 del 2000, doveva ritenersi integrato dalla contemporanea presenza di elementi positivi della condotta punibile, ossia dall'indicazione nella dichiarazione di ricavi per un ammontare inferiore a quello effettivo, o dall'indicazione di costi inesistenti (non più fittizi), con conseguente superamento della soglia di punibilità, e dalla contemporanea mancanza di elementi negativi della condotta delittuosa, in presenza dei quali avrebbe trovato spazio il

dettato dell'articolo 3 della medesima norma, in quanto rientranti anche essi (sia pure in negativo) nella dimensione della tipicità.

Infatti, dalla complessiva lettura della normativa di riferimento, appare come la fattispecie di cui all'articolo 4 d.lgs. n. 74 del 2000 presenti un carattere esclusivamente residuale trovando applicazione solo quando non possa dirsi configurato il reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (articolo 2) o quello di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici (articolo 3).

La Corte d'appello ha ritenuto, a seguito della modifica normativa, non più configurabile il tipo d'illecito disegnato dall'articolo 4 d.lgs. n. 74 del 2000, ritenendo tuttavia che il fatto costituisse ugualmente reato perché la condotta commessa poteva essere sussunta nel delitto di cui all'articolo 3, sussistendone tutti i requisiti.

Se anche così fosse, il ricorrente obietta come tale comportamento abbia palesemente violato il dettato dell'articolo 521 del codice di procedura penale, introdotto per assicurare un efficace diritto di difesa all'imputato, cui deve essere correttamente prospettata l'accusa dalla quale deve compiutamente difendersi.

Aggiunge, infatti, che, tra il reato contestato e quello ritenuto in sentenza, corre una radicale differenza in tema di condotta penalmente rilevante, in quanto, per la sussistenza del delitto di cui all'articolo 3 d.lgs. n. 74 del 2000, rispetto a quanto stabilito dall'articolo 4 del medesimo testo di legge, è necessario il compimento da parte del soggetto responsabile di un *quid pluris*, vale a dire l'aver attuato "operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente";.

Osserva che se non comporta la violazione degli articoli 516 e 521 del codice di procedura penale la riqualificazione di un fatto quando la condotta necessaria per la sussistenza del reato, ritenuto in sentenza, sia interamente prevista da quella che integra il reato contestato sul rilievo che, in tal caso, può affermarsi che l'imputato abbia potuto comunque difendersi in merito a tutti i comportamenti addebitatigli, al contrario, quando il reato ritenuto in sentenza comporta una condotta ulteriore rispetto a quella prevista per il reato originariamente contestato, si ha una violazione del diritto di difesa perché, con tutta evidenza, non si consente all'imputato di difendersi su aspetti essenziali del fatto non compresi nel raggio dell'originaria contestazione.

2.2. Con il secondo motivo, il ricorrente lamenta la mancanza della motivazione (articolo 606, comma 1, lettera e), del codice di procedura penale) nella parte in cui la sentenza impugnata riconosce la sussistenza dell'elemento psicologico del reato in capo all'imputato in maniera apparente e apodittica senza rispondere alle censure mosse nei motivi di appello.

Sostiene che, benché in tutto il giudizio di primo Grado, e anche nei motivi di appello, la difesa dell'imputato abbia cercato di dimostrare come in capo al (*omissis*) fosse assente l'elemento psicologico del reato, la Corte territoriale, alla pagina 6 della sentenza d'appello, si sarebbe limitata a sostenere come tale tesi fosse "manifestamente inverosimile", senza rispondere alle precise censure sollevate con i motivi d'impugnazione alla sentenza del Tribunale di Ravenna. Invero, una più attenta lettura di tutti gli atti processuali e dei motivi di appello avrebbe permesso di evidenziare la totale assenza dell'elemento soggettivo del reato in capo al ricorrente.

Il quale premette che le operazioni finanziarie e immobiliari, i cui effetti fiscali sono poi confluiti nella dichiarazione dei redditi per l'anno 2010, fossero:

1. la svalutazione del valore della partecipazione in (*omissis*) s.r.l. della (*omissis*) s.r.l., per l'importo di Euro 1.685.372,00;

2. la svalutazione della partecipazione in (*omissis*) s.r.l. delle quote della (*omissis*) s.r.l., società partecipata al 100% dalla stessa (*omissis*) s.r.l., per l'importo di Euro 589.213,00;

3. la sottoscrizione di un preliminare di compravendita avvenuta in data 14 maggio 2009 da parte di (*omissis*) s.r.l. per l'acquisto un'unità immobiliare alberghiera denominata (*omissis*) per il prezzo di Euro 21.000.000,00 e la successiva risoluzione del 27 novembre 2009 con il riconoscimento da parte di (*omissis*) s.r.l. di una penale pari ad Euro 400.000,00 per l'inadempimento del promissario acquirente;

4. l'operazione di permuta di quote societarie effettuata in data 14 maggio 2009 tra la (*omissis*) s.r.l. e la (*omissis*) s.r.l. che aveva coinvolto altre società facenti riferimento al Sig. (*omissis*).

Ciò posto, è pacifico, ad avviso del ricorrente, che tutte le operazioni fiscali censurate siano state compiute da soggetti diversi dall'imputato il quale, nel momento in cui le stesse erano realizzate, non rivestiva alcuna carica direttiva all'interno della società (*omissis*) s.r.l.; quindi, siccome sono stati proprio

gli esiti economici delle predette condotte che hanno reso “infedele” la dichiarazione dei redditi, per stabilire che l'imputato ne doveva rispondere, bisognava prima dimostrare che egli avesse in qualche modo concorso a cagionarle.

Al contrario, sia nella sentenza di primo grado che in quella di appello, i giudici di merito hanno surrettiziamente sostenuto che, siccome il (*omissis*) fosse socio della (*omissis*) s.p.a., allora non poteva non sapere quello che faceva l'organo amministrativo.

La realtà era, invece, ben diversa e un'attenta lettura di tutto il materiale probatorio in atti, che il ricorrente riassume nel ricorso da pagina 5 a pagina 10, avrebbe facilmente permesso ai giudici di merito di giungere a soluzioni opposte rispetto a quelle alle quali sono invece pervenuti.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è inammissibile.

2. Quanto al primo motivo, la Corte d'appello, sul punto della riqualificazione del fatto, ha affermato come lo stesso ricorrente nei motivi aggiunti avesse rilevato che, dopo le modifiche al d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 introdotte dal d.lgs. 5 agosto 2015, n. 158, il reato contestato di dichiarazione infedele è integrato dall'indicazione di costi “inesistenti” e non più soltanto “fittizi”.

In questo nuovo quadro normativo, la Corte felsinea, in parziale accoglimento della formulata doglianza, ha ritenuto che il fatto commesso dall'imputato non rientrasse nella nuova fattispecie di cui all'articolo 4 poiché gli elementi passivi dichiarati non erano “inesistenti” (vale a dire mai venuti ad esistenza *in rerum natura*) bensì solo “fittizi” poiché le somme erano state effettivamente pagate, ma con un fine e con operazioni fraudolente (come testualmente le aveva qualificate non solo il primo giudice, ma anche l'imputato nel suo gravame).

Inoltre gli elementi attivi non indicati non erano il frutto di sottofatturazioni di importi effettivamente incassati, bensì l'esito di fraudolente svalutazioni finalizzate a frodare il fisco.

Da ciò la Corte territoriale ha tratto argomento per sostenere che la condotta era *ratione temporis* sussumibile nel fatto di reato originariamente tipizzato nell'articolo 4 d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74 e, tuttavia, dal momento in cui tale articolo era stato modificato (22 ottobre 2015), la fattispecie contestata non era più applicabile.

Nondimeno, le condotte poste in essere dall'imputato (che, nei motivi aggiunti, il ricorrente, al pari del Tribunale, aveva definito espressamente aventi “carattere fraudolento”) avevano, ad avviso della Corte d'appello, determinato, con tutta evidenza, la presentazione di una vera e propria dichiarazione fraudolenta, integrante il delitto di cui all'articolo 3 d.lgs. n. 74 del 2000, anche considerata la nuova fattispecie incriminatrice tipizzata in tale ultima disposizione all'esito della modifica normativa.

La Corte distrettuale ha pertanto precisato che, nel caso di specie, le quattro operazioni fraudolente erano state poste deliberatamente in essere dall'imputato per frodare il fisco ed erano state realizzate con mezzi fraudolenti (diversi dall'utilizzo di fatture o documenti relativi ad operazioni inesistenti), mezzi certamente idonei ad ostacolare l'accertamento e ad indurre in errore l'amministrazione finanziaria, tanto che solo un'accuratissima indagine congiunta della Guardia di Finanza e dell'Agenzia dell'Entrate aveva posto in luce il complesso intreccio societario e contrattuale, che aveva permesso di indicare nella dichiarazione presentata nel settembre 2010 poste che consentivano di ottenere un indebito vantaggio fiscale per oltre mezzo milione di Euro.

Sulla base di ciò, la Corte emiliana ha affermato che il fatto commesso, pur non rientrando più nell'articolo 4, continuava ad essere reato perché la condotta realizzata era, con tutta evidenza, sussumibile nel delitto di cui all'articolo 3 decreto legislativo n. 74 del 2000, sussistendo tutti i requisiti richiesti dal secondo comma di tale articolo. Infatti:

a) l'imposta evasa era superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte, a euro trentamila;

b) l'ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione, anche mediante indicazione di elementi passivi fittizi, era superiore al cinque per cento dell'ammontare complessivo degli elementi attivi indicati in dichiarazione (pari ad Euro 236.179,00) e, comunque, era superiore ad euro un milione e cinquecentomila, nonché l'ammontare complessivo dei crediti e delle ritenute fittizie in diminuzione dell'imposta era superiore al cinque per cento dell'ammontare dell'imposta medesima, sia superiore ad euro trentamila.

3. Il ricorrente obietta che, in tal modo, la Corte d'appello, in aperta violazione dei diritti della difesa, avrebbe ritenuto in sentenza un fatto diverso da quello contestato.

3.1. Sennonché, come chiaramente emerge dal testo della sentenza impugnata e dagli atti del processo che la Corte è abilitata a consultare in considerazione della natura processuale del vizio denunciato, il ricorrente, nei motivi aggiunti, aveva affermato, come ha dato puntualmente atto la Corte d'appello, che la complessa verifica fiscale e tributaria svolta dalla GDF e dall'Agenzia delle Entrate di Ravenna, che aveva preceduto il procedimento in questione, nonché l'articolate istruttoria dibattimentale celebrata davanti al Tribunale di Ravenna, avevano chiarito come nel caso di specie non ci si trovasse in presenza di una dichiarazione infedele, non essendo stati omessi componenti positivi del reddito ovvero indicati costi inesistenti, tanto sul rilievo che le annotazioni nella stessa riportate erano state «*il risultato di operazioni fraudolente, anzi per usare la stessa terminologia utilizzata dal Tribunale alle pagine 7, 9 e 10 dell'impugnata sentenza, artificiose e fraudolente, e quindi non punibili ai sensi della norma contestata*», aggiungendo come tale ricostruzione fosse «*corroborata dalla lettura sia dell'avviso di accertamento redatto dall'Agenzia delle Entrate di Ravenna, il quale riporta ampi stralci del PVC eseguito dalla GDF di Ravenna, che della sentenza impugnata*».

Partendo dalla lettura dell'avviso di accertamento, in merito alle operazioni che avevano comportato la svalutazione in *(omissis)* s.r.l. delle partecipazioni di *(omissis)* s.r.l. e *(omissis)*, il ricorrente aveva evidenziato come risultasse che l'insieme delle notizie acquisite nel corso del controllo aveva indotto i verbalizzanti, con un giudizio condiviso dall'Agenzia, a ritenere «*come artificiose e fraudolente (...) le svalutazioni operate a chiusura dell'esercizio 2008*».

Quanto poi al pagamento della somma di Euro 400.000,00, quale caparra trattenuta in merito alla mancata sottoscrizione del contratto definitivo di compravendita per l'albergo *(omissis)* tra la *(omissis)* s.r.l. e l'*(omissis)* s.r.l., che era stata recuperata a tassazione per difetto d'ingerenza dell'Agenzia delle Entrate, il ricorrente, riferendosi all'avviso di accertamento, aveva sottolineato come ivi si facesse espresso riferimento alla «*condotta fraudolenta posta in essere tra le parti*», riferendo infine che «*da ultimo, riguardo all'operazione di permuta di quote sociali avvenuta in data 14 maggio 2009, l'Agenzia delle Entrate*» aveva ravvisato «*la sussistenza di elementi idonei a confortare l'ipotesi di una condotta fraudolentemente antieconomica posta in essere dall'organo amministrativo di (omissis) finalizzata a generare perdite di bilancio*».

Il ricorrente concludeva che tali considerazioni, circa il carattere fraudolento delle operazioni che avevano comportato la redazione di una dichiarazione dei redditi riguardanti l'anno 2009 trovavano successiva conferma «*nel fatto che, alla pagina 9 dell'avviso di accertamento, ovvero nella parte in cui l'Ufficio ridetermina(va) la dichiarazione stessa alla luce delle indagini svolte, i "ricavi non dichiarati" sono definiti di natura "induttiva" e che quindi, non si tratta(va) di ricavi esistenti ma non dichiarati ma di ricavi occultati tramite operazioni fraudolente e quindi non rientranti nella contestazione mossa (...) alla luce della nuova normativa di settore. Alla medesima conclusione circa la non sussistenza per il delitto così come contestato, si giunge anche analizzando il carattere dei costi deducibili indicati nella dichiarazione e che sono stati ritenuti non inerenti al seguito dell'accertamento fiscale; anche in questo caso non ci si trova alla presenza di componenti negative del reddito mai venute ad esistenza ma di costi fittizi e come tali sottratti alla punibilità (...). In coerenza con quanto ricostruito anche durante l'istruttoria dibattimentale, ma in aperta violazione della normativa vigente, è lo stesso Tribunale di Ravenna che, nella sentenza impugnata, utilizza l'identica terminologia impiegata dall'Agenzia Entrate di Ravenna e definisce come "artificiose e fraudolente" le operazioni economiche riguardanti la svalutazione delle partecipazioni (omissis) s.r.l. e (omissis) s.r.l., come fraudolenta condotta posta in essere tra le parti (...) la vicenda riguardante il preliminare di compravendita e come "condotta fraudolentemente antieconomica posta in essere da/l'organo amministrativo di (omissis) s.r.l." l'operazione attuata in merito alla permuta di azioni tra società infragrupo*».

3.2. La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che l'indagine volta ad accertare la violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza non va esaurita nel pedissequo e mero confronto puramente letterale fra contestazione e sentenza (come erroneamente mostra di ritenere, nel caso in esame, il ricorrente) perché, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'iter del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione (Sez. U., n. 16 del 19/06/1996, Di Francesco, Rv. 205619 - 01).

Questo principio di diritto è stato successivamente ribadito dalle stesse Sezioni Unite (Sez. U., n. 36551 del 15/07/2010, Carelli, Rv. 248051 - 01) e fa leva sul fatto che l'obbligo di correlazione tra accusa e sentenza non può ritenersi violato da qualsiasi modificazione rispetto all'accusa originaria, ma soltanto nel caso in cui la modificazione dell'imputazione pregiudichi la possibilità di difesa dell'imputato, tanto sul rilievo che la nozione strutturale di "fatto" va coniugata con quella funzionale, fondata sul-

l'esigenza di reprimere solo le effettive lesioni del diritto di difesa, posto che il principio di necessaria correlazione tra accusa contestata (oggetto di un potere del pubblico ministero) e decisione giurisdizionale (oggetto del potere del giudice) risponde all'esigenza di evitare che l'imputato sia condannato per un fatto, inteso come episodio della vita umana, rispetto al quale non abbia potuto difendersi (Sez. 1, n. 35574 del 18/06/2013, Crescioli, Rv. 257015 - 01; Sez. 4, n. 10103 del 15/01/2007, Granata, Rv. 236099 - 01).

È allora di tutta evidenza come una situazione di dissociazione insanabile tra fatto fondante l'accusa contestata e fatto (diverso) ritenuto in sentenza, produttivo di un vulnus irreparabile al diritto di difesa, non sia assolutamente predicabile quando sia stato lo stesso imputato a precisare gli elementi di fatto sulla base dei quali il giudice è pervenuto alla qualificazione giuridica dell'episodio della vita oggetto della contestazione.

Al ricorrente si rimprovera, come lo stesso si mostra edotto nel ricorso tant'è che proprio su tali aspetti la difesa è stata puntualmente articolata, di avere presentato una dichiarazione dei redditi indicante elementi passivi fittizi per complessivi Euro 800.599,00 derivanti da due distinte operazioni, in particolare un "finto" preliminare di compravendita all'esito del quale la (*omissis*) s.r.l. versava ad altra società 400.000,00 Euro (in realtà un milione di Euro, di cui 600.000,00 restituiti) allo scopo di frodare il fisco ed una altrettanto "fraudolenta" cessione di quote delle azioni della S.P.A. (*omissis*) al fine di evidenziare una "minusvalenza" di Euro 400.599,05; nonché elementi attivi esistenti ma non dichiarati per complessivi Euro 2.086.901,00 derivanti da due fraudolente, perché finalizzate a frodare il fisco, operazioni di svalutazione del valore delle partecipazioni delle società (*omissis*) s.r.l. e (*omissis*) s.r.l.

Nel caso specifico, dunque, non è dato riscontrare alcuna violazione del diritto di difesa, atteso che l'imputato è stato posto nella condizione di interloquire su ogni aspetto della vicenda e, anzi, egli stesso, attraverso la sua difesa tecnica, ha offerto gli elementi, desumibili dal corredo processuale ed espressamente dallo stesso ricorrente richiamati, per pervenire a una diversa qualificazione giuridica del fatto nel senso esattamente coincidente con l'addebito che gli era stato mosso.

La doglianza è pertanto priva di qualsiasi giuridico fondamento e ciò per la decisiva circostanza che gli spunti significativi per la modifica dell'imputazione erano stati offerti con i motivi aggiunti, in precedenza richiamati, da parte della stessa difesa.

3.2. La conseguente questione circa la sussunzione del fatto storico, come ricostruito e ritenuto in sentenza, nel raggio della fattispecie incriminatrice *ex* articolo 3 d.lgs. n. 74 del 2000, come modificato dall'articolo 3 d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158, non è oggetto del motivo di ricorso ed è stata comunque correttamente scrutinata dalla Corte d'appello (v. sub § 2 del considerato in diritto), la quale ha ravvisato nella condotta dell'imputato un comportamento insidioso ed ingannatorio, idoneo ad ostacolare l'accertamento dell'imponibile ed a indurre in errore l'amministrazione finanziaria, requisiti che la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto atti ad integrare la fattispecie criminosa *ex* articolo 3 d.lgs. n. 74 del 2000 (Sez. 3, n. 37127 del 29/03/2017, Capuano, Rv. 271300 - 01).

Si tratta, infatti, di un reato a soggettività ristretta, potendo essere realizzato solo da coloro che sono obbligati alla presentazione della dichiarazione dei redditi, e a condotta bifasica che si articola in due segmenti: 1) la dichiarazione mendace e 2) l'attività ingannatoria a sostegno del mendacio materializzato nella dichiarazione, attività ingannatoria che si risolve, diversamente da quanto sostenuto dal ricorrente, nella realizzazione di condotte tipiche tra loro alternative [= a) compimento di operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente ovvero b) ricorso a documenti falsi o c) ricorso a mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento e ad indurre in errore l'amministrazione finanziaria].

Avendo la Corte d'appello ravvisato, nel caso di specie, la condotta tipica nella presentazione di una dichiarazione mendace accompagnata dal ricorso a mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento e ad indurre in errore l'amministrazione finanziaria, il fatto di reato, in presenza del superamento (neppure contestato) delle soglie di punibilità, è stato correttamente ritenuto con la conseguente manifesta infondatezza del motivo di ricorso *in parte qua*.

4. Anche il secondo motivo di ricorso è inammissibile.

Con accertamento di fatto, adeguatamente motivato e privo di vizi di manifesta illogicità, sottratto pertanto al sindacato di legittimità, la Corte distrettuale ha affermato, scrutinando le doglianze sollevate con l'atto di appello, come dal quadro probatorio emergesse non solo la piena consapevolezza del ricorrente circa la fraudolenza delle quattro descritte operazioni, ma anche la sua piena partecipazione alle stesse.

Infatti, la Corte felsinea ha osservato come le due relevantissime svalutazioni avevano comportato

per la società un indebito vantaggio fiscale di 520.879,00 euro ed analoghi vantaggi scaturivano anche dal pagamento della somma di 400.000,00 euro relativa a un preliminare mai andato a buon fine nonché dalla minusvalenza di 400.599,05 euro, con la conseguenza che tali importanti circostanze non potevano essere estranee al patrimonio conoscitivo del ricorrente.

Il quale, per giustificare la sua inconsapevolezza, aveva dichiarato di non aver mai verificato la fondatezza di tali poste e neppure aveva chiesto chiarimenti ad altri, circostanza ritenuta, da un punto di vista logico, intrinsecamente del tutto inverosimile, soprattutto alla luce del fatto che le suddette operazioni comportavano vantaggi fiscali di rilevantissimo importo.

Peraltro, quanto al preliminare di compravendita dell'(*omissis*) la Corte d'appello ha osservato che il contratto fu stipulato, con contestuale versamento dell'importo di un milione di euro, non solo quando (14 maggio 2009) l'imputato era componente (con deleghe) del consiglio di amministrazione e socio della (*omissis*) s.r.l. (quantomeno al 50% secondo la sua stessa prospettazione svolta nel gravame, nonostante non vi fosse prova alcuna del pagamento ad opera del (*omissis*) del rilevantissimo importo indicato nell'atto di compravendita di parte delle azioni (*omissis*)), ma fu da lui personalmente sottoscritto, circostanza che è stata logicamente ritenuta dal giudice d'appello dimostrativa della piena consapevolezza di tutta l'operazione stimata fraudolenta per le ragioni evidenziate dal Tribunale (da pagina 7 a pagina 9 della sentenza di primo grado).

Del resto, il primo giudice aveva puntualmente evidenziato come analoga operazione (finto preliminare di compravendita con (*omissis*) s.r.l.) era stata realizzata dal ricorrente quando divenne amministratore unico e socio unico (per sua stessa ammissione) della (*omissis*) s.r.l., circostanza ritenuta ulteriormente dimostrativa della piena consapevolezza e partecipazione del ricorrente stesso alla precedente ed identica fraudolenta operazione.

Quanto alla svalutazione della partecipazione (*omissis*) s.r.l. (pari a 1.685.372 Euro), la Corte d'appello ha affermato che la (*omissis*) aveva acquistato le quote della (*omissis*) il 10 giugno 2008 al prezzo di 1.753.063 euro ed a questa data amministratore della (*omissis*) era il fratello dell'imputato ((*omissis*)), che era il socio di maggioranza (67%) di tale società; inoltre l'imputato era stato il proprietario, attraverso la (*omissis*) s.r.l., della (*omissis*), la quale al momento della cessione era controllata al 95% dalla stessa (*omissis*), ed aveva come socio al 5% ancora il fratello dell'imputato; poco più di sei mesi dopo (chiusura del bilancio al 31 dicembre 2008) la partecipazione venne svalutata quasi completamente (1.685.372,00 euro): in questi sei mesi, amministratori unici della (*omissis*) erano stati il fratello (sino al 10 ottobre) e la moglie (sino al 30 dicembre) dell'imputato; dal 31 dicembre risultò membro del consiglio di amministrazione lo stesso imputato (oltre che socio quantomeno al 50%) che approvò il bilancio contenente la svalutazione (comportante un rilevantissimo vantaggio fiscale).

In questo contesto probatorio, la Corte territoriale ha osservato come la tesi difensiva – secondo la quale il ricorrente (socio di maggioranza) nulla sapesse, approvando un bilancio per la fiducia riposta nelle precedenti gestioni (da parte del fratello, della moglie e del (*omissis*)), senza leggere quanto era stato scritto dai sindaci della società, è apparso manifestamente inverosimile e contrastante con l'evidente rilievo che la svalutazione comportava per la (*omissis*) s.r.l. un rilevantissimo ed indebito vantaggio fiscale, del quale il socio di maggioranza (e poi socio unico) (*omissis*) aveva beneficiato, circostanza questa che smentiva la tesi difensiva secondo la quale il ricorrente sarebbe stato un ignaro spettatore disinteressato alle vicende sociali.

Analoghe considerazioni sono state svolte con l'identica operazione effettuata con la partecipazione della (*omissis*) s.r.l. e con l'operazione concernente la vendita delle azioni (*omissis*).

Su queste basi, la Corte d'appello ha ritenuto provata con assoluta certezza la piena partecipazione, oltre che la assoluta consapevolezza, dell'imputato alle quattro fraudolente operazioni tese a frodare il fisco e ad ottenere illeciti vantaggi fiscali.

È pertanto destituita di qualsiasi fondamento la censura secondo la quale la Corte d'appello non avrebbe motivato sulla sussistenza dell'elemento psicologico in capo al ricorrente.

È invece evidente come la doglianza miri a fornire un diverso quadro probatorio fondato su una differente e alternativa lettura degli atti processuali, connotandosi, oltre che per la manifesta infondatezza, anche per la sua portata tipicamente fattuale, in quanto il ricorrente, nel censurare la congruità della motivazione, introduce censure di merito che non possono rientrare nell'orizzonte cognitivo del giudice di legittimità, non potendosi devolvere alla Corte di cassazione doglianze con le quali, deducendosi apparentemente una violazione di legge penale o carenza logica od argomentativa della decisione impugnata, si pretende, invece, una rivisitazione del giudizio valutativo sul materiale probatorio, opera-

zione non consentita nel giudizio di cassazione all'interno del quale non è possibile innestare censure che implicano la soluzione di questioni fattuali, adeguatamente e logicamente risolte, come nel caso in esame, dal giudice del merito.

Ne discende che, al cospetto di una doppia conforme valutazione sulla responsabilità dell'imputato ricavabile dal convergente approdo cui sono pervenuti i Giudici del merito, l'apparato logico della decisione impugnata, come in precedenza riassunto, deve ritenersi corredato da una motivazione priva di vizi di manifesta illogicità nonché da un apparato argomentativo puntuale, esauriente e del tutto ineccepibile.

È solo il caso di ricordare che, quanto ai reati tributari cd. *"in dichiarazione"*, tra cui rientra il delitto ex articolo 3 d.lgs. n. 74 del 2000, non è necessario, ai fini dell'integrazione della relativa fattispecie incriminatrice, che il soggetto attivo abbia necessariamente compiuto gli atti prodromici all'evasione delle imposte o che ne fosse a conoscenza nel momento preciso in cui essi sono stati compiuti o che abbia concorso a compierli, ma è necessario che, unitamente alle altre note di disvalore del fatto di reato, egli ne abbia la consapevolezza al momento della presentazione della dichiarazione dei redditi, perché, essendo il diretto destinatario degli obblighi di legge, incombono sull'agente, prima che la dichiarazione sia presentata, i doveri di vigilanza e di controllo, il cui mancato espletamento può comportare la responsabilità penale, anche a titolo di dolo eventuale, per la semplice accettazione del rischio che dalla condotta (presentazione della dichiarazione) possa derivare l'evasione delle imposte dirette o dell'Iva.

Come è stato in precedenza chiarito, il reato ex articolo 3 d.lgs. n. 74 del 2000 è a struttura bifasica ed implica una dichiarazione mendace nonché un'attività ingannatoria posta a sostegno del mendacio materializzato nella dichiarazione (*"... avvalendosi di documenti falsi o di altri mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento e ad indurre in errore l'amministrazione finanziaria, indica in una delle dichiarazioni relative a dette imposte elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi ..."*), attività ingannatoria che, nel caso in esame, si è risolta, con la compilazione e la presentazione della dichiarazione, nell'avvalersi di mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento e ad indurre in errore l'amministrazione finanziaria.

Ciò posto, osserva il Collegio come la motivazione della sentenza impugnata si sia assestata su una base dimostrativa dell'esistenza del dolo diretto, avendo fatto leva non solo sull'interesse dell'imputato a trarre immediato beneficio dagli atti fraudolenti compiuti per gli indebiti e rilevanti vantaggi fiscali che ne sono derivati, ma anche sulla posizione dominante rivestita dallo stesso soggetto attivo all'interno degli assetti societari, desumendo da ciò (e non certo apoditticamente come erroneamente assunto dal ricorrente) la piena consapevolezza della condotta illecita compiuta dall'agente con la mendace ed ingannatoria presentazione della dichiarazione dei redditi.

5. Sulla base delle considerazioni che precedono, la Corte ritiene che il ricorso debba essere dichiarato inammissibile, con conseguente onere per il ricorrente, ai sensi dell'art. 616 cod. proc. pen., di sostenere le spese del procedimento.

Tenuto, poi, conto della sentenza della Corte costituzionale in data 13 giugno 2000, n. 186, e considerato che non vi è ragione di ritenere che il ricorso sia stato presentato senza *"versare in colpa nella determinazione della causa di inammissibilità"*, si dispone che il ricorrente versi la somma, determinata in via equitativa, di euro 2.000,00 in favore della Cassa delle Ammende.

[Omissis]

LORENZO PELLI

Collaboratore di Procedura penale – Università degli Studi di Perugia

I poteri del giudice nel principio di necessaria correlazione fra accusa e sentenza

The power of the judge regarding the principle of necessary correlation between the accusation and the sentence

Non sussiste alcuna violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza quando sia stato lo stesso imputato a precisare gli elementi di fatto sulla base dei quali il giudice è pervenuto alla diversa qualificazione giuridica del fatto.

The principle of correlation between the accusation and the sentence is not violated if the defendant himself specified the factual elements, based on which the judge reached a different legal qualification of the fact.

PROFILI GENERALI

Diretto a tutelare il diritto di difesa e, per l'effetto, le imprescindibili garanzie connesse al contraddittorio circa il contenuto dell'accusa, il principio di necessaria correlazione tra accusa e sentenza impedisce che l'imputato possa essere giudicato e condannato per fatti relativamente ai quali non abbia potuto difendersi in modo pieno ed effettivo¹.

Questa la *ratio* del principio in esame. Senonché, l'art. 521, comma 1, c.p.p. ha fin da subito suscitato un'accesa *querelle* fra gli interpreti soprattutto in considerazione della notevole ampiezza dei poteri che questa norma attribuisce al giudice nella prospettiva del diritto di difesa. Tale dibattito è stato notevolmente amplificato all'indomani dei punti di approdo cui è pervenuta la giurisprudenza della Corte e.d.u. che in numerose occasioni si è occupata del tema e, segnatamente, dopo il caso Drassich c. Italia². In questa occasione la Corte di Strasburgo, intervenuta in un caso di riqualificazione effettuato direttamente in sede di legittimità senza essere mai stato evocato in precedenza, ha affermato il principio di diritto secondo cui l'imputato deve essere messo nella condizione di essere tempestivamente informato in maniera dettagliata sulla natura e sui motivi dell'accusa mossa a suo carico con riguardo non solo ai fatti materiali, bensì anche alla loro qualificazione giuridica.

L'art. 521, comma 1, c.p.p. ha, infatti, stabilito che il giudice è legittimato a dare *ex officio* al fatto una differente qualificazione giuridica rispetto a quella racchiusa nel capo d'imputazione esplicitando solamente due limiti a questo potere del giudicante: il reato, così come riqualificato, non può eccedere la sua competenza, né essere attribuito alla cognizione del Tribunale in composizione collegiale. Come vedremo meglio nel prosieguo, il diritto vivente ha elaborato alcuni limiti ulteriori al potere del giudice di riqualificare *extra petita* il fatto e, segnatamente, il divieto di *reformatio in peius*, l'obbligo di decidere sul medesimo fatto contestato e la preclusione di riqualificazioni "a sorpresa".

L'attuale disciplina ricalca senza sostanziali modifiche la normativa del previgente codice di rito contemplata dall'art. 477, comma 1, c.p.p. 1930, nonostante nel progetto preliminare del 1988 fosse

¹In proposito, v. A. Capone, Iura novit curia. *Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, Cedam, 2010, p. 63; S. Quattrocchi, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli, Jovene, 2011, *passim*; L. Suraci, *Nuove contestazioni*, in G. Spangher (a cura di), *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al Tribunale in composizione monocratica*, IV, t. II (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher), Torino, Utet, 2009, p. 495. Per simili considerazioni, cfr. C. cost., sent. 10 marzo 2010, n. 103, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1158.

²Corte e.d.u., 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia.

emersa l'esigenza di adottare una disciplina che desse una maggiore copertura alle garanzie che fungono da corollario dell'art. 24, comma 2, Cost.

Mentre secondo alcuni autori si sarebbe dovuto assoggettare il potere del giudice di dare un differente inquadramento giuridico al fatto alle stesse guarentigie previste per la modifica del fatto agli artt. 516 ss. c.p.p., quantomeno nel caso in cui dalla diversa qualificazione giuridica discenda una pena editale più grave³, nelle intenzioni del codificatore prevalse l'esigenza di assicurare la speditezza del processo e di non creare «un dispendio di attività processuali probabilmente eccessivo e il rischio, in pratica, di indurre il giudice a conformarsi in ogni caso al *nomen iuris* contestato»⁴.

Assume, in proposito, fondamentale rilievo la questione problematica, ancillare a quella oggetto di trattazione, concernente il *discrimen* tra un'ordinaria variazione della qualificazione giuridica del fatto ex art. 521, comma 1, c.p.p., da una parte, e una non consentita immutazione del fatto contestato inteso quale frammento della realtà storica sancita dai successivi commi 2 e 3 dell'art. 521 c.p.p., dall'altra⁵. Ed, infatti, soltanto nel secondo caso è imposto al giudice di fermare il dibattimento restituendo gli atti al p.m. (che non è comunque vincolato ad agire)⁶.

Ne consegue che, come si vedrà più avanti, il cuore pulsante della materia risiede nello stabilire «l'esatto confine tra manifestazioni fisiologiche e patologiche del potere di attribuire al fatto una diversa qualificazione», onde scongiurare il rischio di «surrettizie manipolazioni dei *merita causae* che, sotto la rassicurante etichetta della "diversa qualificazione giuridica del fatto", [finiscano] per celare – più o meno consapevolmente – vere e proprie ipotesi di modificazione dell'accusa»⁷.

LA VICENDA PROCESSUALE IN SINTESI

La pronuncia in esame concerne la tematica della correlazione fra il chiesto ed il pronunciato in relazione ad un caso di evasione fiscale.

Nella specie, veniva affermata la penale responsabilità dell'imputato, rinviato a giudizio e condannato in primo grado dal Tribunale di Ravenna per il reato di cui all'art. 4 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, dalla Corte d'appello di Bologna che, in parziale riforma della sentenza di primo grado, lo condannava alla pena di anni uno e mesi otto di reclusione con concessione della sospensione condizionale della pena e conferma nel resto, previa riqualificazione del reato *sub* art. 3 d.lgs. n. 74 del 2000.

La derubricazione esperita dai giudici di secondo grado si era resa necessaria alla luce della modifica legislativa apportata dall'art. 4, comma 1, lett. d), d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158 che aveva modificato il paradigma normativo del reato previsto dall'art. 4 d.lgs. n. 74 del 2000. In particolare, l'intervento riformatore aveva trasfuso la disciplina delle "operazioni fittizie" dall'art. 4 all'art. 3 d.lgs. n. 74 del 2000 con ciò sostituendo quale condotta tipica del reato *ab origine* contestato il requisito dei costi "fittizi" con quello degli elementi passivi "inesistenti".

Atteso che le condotte dell'imputato, così come prospettate non solo in entrambe le sentenze di merito, ma altresì dallo stesso difensore nei motivi aggiunti, costituivano operazioni «fraudolentemente» volte ad evadere il fisco e, dunque, fittizie, la Corte territoriale aveva riqualificato il fatto attribuendogli il *nomen iuris* di "dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici" ex art. 3 d.lgs. n. 74 del 2000 e non già

³In questo senso, C. cost., sent. 10 marzo 2010, n. 103, cit., p. 1167, con nota di T. Rafaraci, *Poteri d'ufficio e contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto: la Consulta rimanda al legislatore*. Per altri autori sarebbe risultata sufficiente la previsione dell'obbligo del giudice di segnalare alle parti la volontà di riqualificare il fatto, dando la possibilità di interloquire sul punto, v. A. Capone, *Iura novit curia*, cit., p. 53; in proposito, v. altresì i lavori preparatori in G. Conso – V. Grevi – G. Neppi Modona, *Il progetto preliminare del 1988, IV, Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, Padova, Cedam, 1990, p. 1158.

⁴G. Conso – V. Grevi – G. Neppi Modona, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., p. 1158; C. cost., sent. 10 marzo 2010, n. 103, cit., p. 1160.

⁵In questi termini, C. cost., sent. 10 marzo 2010, n. 103, cit., p. 1160, secondo cui vi è una netta distinzione nel caso in cui «un fatto debba essere diversamente qualificato», per un verso, e «la constatazione che il fatto è differente da quello descritto nel decreto che dispone il giudizio», per l'altro verso.

⁶In senso contrario, A. Capone, *Iura novit curia*, cit., p. 58; T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 310.

⁷In questi termini, G. Dean, *Considerazioni minime note su un caso di nullità della sentenza per difetto di contestazione*, in *Cass. pen.*, 1995, I, p. 366. Analogamente, A. Capone, *Iura novit curia*, cit., p. 78.

quello di “dichiarazione infedele” di cui all’art. 4 d.lgs. n. 74 del 2000 per il quale l’imputato era stato condannato dal giudice di prime cure. La riqualificazione è, pertanto, avvenuta in base ad una successione di leggi penali nel tempo accedendo ad una definizione del reato più grave rispetto a quella dell’originaria imputazione.

L’imputato proponeva ricorso in Cassazione avverso la sentenza di secondo grado deducendo nel primo motivo l’inosservanza *ex art. 606, comma 1, lettera c)*, c.p.p. di norme processuali stabilite a pena di nullità in quanto la Corte d’appello avrebbe violato il principio enucleabile dal combinato disposto di cui agli artt. 516, 521, 522 e 526 c.p.p.

Nel secondo motivo, il ricorrente lamentava la mancanza di motivazione *ex art. 606, comma 1, lett. e)*, c.p.p. nella parte in cui la sentenza impugnata aveva riconosciuto la sussistenza dell’elemento psicologico del reato in capo all’imputato in maniera meramente apparente e apodittica senza dare adeguate risposte alle censure mosse dalla difesa nei motivi di appello.

I giudici di legittimità, dichiarando l’infondatezza del ricorso, hanno enunciato il seguente principio di diritto e cioè che non sussiste violazione alcuna del principio di correlazione tra accusa e sentenza qualora sia stato lo stesso imputato a precisare gli elementi di fatto sulla base dei quali il giudice è pervenuto alla diversa qualificazione giuridica del fatto.

IL BACKGROUND TEORICO E GIURISPRUDENZIALE DEL PRINCIPIO DI CORRELAZIONE FRA ACCUSA E SENTENZA

Come già accennato, la sentenza in commento si colloca nell’ambito di un deciso dibattito dottrinario e giurisprudenziale sul principio di correlazione fra accusa e sentenza. Diverse sono le problematiche connesse al tema in quanto l’interprete è tenuto a leggere i poteri del giudice in tema di riqualificazione del fatto scolpiti nell’art. 521, comma 1, c.p.p. contemperandoli, da un lato, con il principio di economia processuale e, dall’altro lato, con il diritto di difesa⁸.

Invero, mentre da parte della dottrina si tende ad adottare un’interpretazione rigorosa del principio in esame, anche sulla scia del caso Drassich⁹, la giurisprudenza maggioritaria è più propensa, invece, ad abbracciare un’interpretazione maggiormente elastica del principio stesso.

Più nel dettaglio, è stato evidenziato come in caso di riqualificazione del fatto, il giudice debba attivare i meccanismi di garanzia del diritto di difesa, stimolando necessariamente il contraddittorio fra le parti circa la propria intenzione di dare al fatto contestato un differente *nomen iuris*¹⁰. Secondo gran parte della dottrina, dopo il caso Drassich si poteva tranquillamente affermare la necessità della contestazione non solo in caso di “fatto diverso”, ma anche nell’ipotesi di diversa qualificazione giuridica del fatto¹¹. Come è stato correttamente rilevato, una tempestiva conoscenza sulla possibile riqualificazione del fatto consentirebbe all’imputato non solo di interloquire efficacemente sulla stessa, ma altresì di garantire un effettivo sviluppo del contraddittorio anche rispetto alle altre parti¹².

Per quanto riguarda la giurisprudenza vi è stata un’evoluzione interpretativa. In un primo momento, la giurisprudenza aveva elaborato il cd. criterio teleologico¹³ secondo cui, ai fini della valutazione

⁸ A. Capone, *Iura novit curia*, cit., p. 9.

⁹ Corte e.d.u., 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, cit.

¹⁰ Il potere di riqualificazione costituisce «un’eccezione al principio di correlazione tra accusa e sentenza» piuttosto che una sua espressione: A. Capone, *Iura novit curia*, cit., p. 138.

¹¹ Cfr. Corte e.d.u., 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, cit.; Cass., sez. I, 8 marzo 2010, n. 9091, in *Cass. pen.*, 2011, II, p. 633. In dottrina, v. R.E. Kostoris, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, II, p. 2514 ss.; L. De Matteis, *Diversa qualificazione giuridica dell’accusa e tutela del diritto di difesa*, in A. Balsamo – R.E. Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 220 ss..

¹² In questi termini, L. De Matteis, *Diversa qualificazione giuridica dell’accusa e tutela del diritto di difesa*, cit., p. 227; C. cost., sent. 10 marzo 2010, n. 103, cit., p. 1166. In proposito, cfr. T. Rafaraci, *Poteri d’ufficio e contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto: la Consulta rimanda al legislatore*, il quale esclude questo obbligo nel caso in cui la diversa impostazione *in iure* dell’accusa sia stata fatta esplicitamente oggetto di propria allegazione difensiva.

¹³ Cass., sez. un., 19 giugno 1996, n. 16, in *CED Cass.*, n. 205619. Criterio intensamente criticato in dottrina per la sua eccessiva elasticità tale da far rientrare fra le maglie del potere di riqualificazione anche alcune forme di modifica del fatto con ciò comprimendo il diritto di difesa, sul punto C. cost., sent. 10 marzo 2010, n. 103, cit., p. 1164.

della corrispondenza tra pronuncia e contestazione di cui all'art. 521 c.p.p., doveva tenersi conto non solo del fatto come descritto nell'imputazione, ma anche di tutte le ulteriori risultanze probatorie portate all'interno del perimetro conoscitivo dell'imputato durante l'istruttoria e che hanno, pertanto, formato oggetto di sostanziale contestazione, in modo da consentirgli di esercitare le sue difese sull'intero materiale probatorio posto a fondamento della decisione¹⁴.

Puntualmente, all'indomani del caso Drassich, la giurisprudenza di legittimità aveva cercato, in linea con la dottrina, di conformarsi pienamente ai principi enunciati dalla Corte di Strasburgo, precisando che il potere del giudice di attribuire una diversa qualificazione giuridica ai fatti accertati non potesse avvenire con atto "a sorpresa" e con pregiudizio del diritto di difesa, imponendosi, per contro, la comunicazione alle parti del diverso inquadramento giuridico prospettabile, con concessione di un termine a difesa e possibilità di articolare mezzi di prova¹⁵.

Successivamente, vi è stata un'inversione di tendenza in cui la Suprema Corte¹⁶ ha meglio calibrato il tenore del principio rifuggendo un'interpretazione meramente formalistica dello stesso e ritenendolo applicabile a quei soli casi in cui l'imputato non avesse effettivamente avuto modo di rielaborare la propria linea difensiva. Risulta, pertanto, ormai ampiamente superato l'orientamento, già minoritario, espresso in alcune sentenze della Corte di Cassazione¹⁷ le quali avevano ritenuto configurabile una nullità a seguito della riqualificazione dell'imputazione operata in sentenza senza il previo contraddittorio. Invero, la stessa Corte e.d.u. ha, in alcune pronunce, negato la violazione del principio in esame nel caso in cui la riqualificazione fosse prevedibile o vi fosse la possibilità di impugnazione o, ancora, nel caso in cui gli elementi costitutivi del nuovo reato fossero già presenti nell'originaria imputazione¹⁸.

Pertanto, l'indirizzo ermeneutico maggioritario in giurisprudenza, al quale aderisce la sentenza in commento, è tornato ad abbracciare l'interpretazione precedente al caso Drassich che aveva enucleato il criterio teologico elevandolo a parametro cardine per mezzo del quale la giurisprudenza tende ad escludere la nullità della sentenza per violazione del principio di correlazione secondo il disposto dell'art. 522 c.p.p. in assenza di un'effettiva lesione del diritto di difesa.

In base a detto criterio, le norme che disciplinano le nuove contestazioni, la modifica dell'imputazione e la correlazione tra l'imputazione contestata ed il provvedimento decisorio (artt. 516-522 c.p.p.), essendo volte ad assicurare il contraddittorio con riguardo al contenuto dell'accusa e, quindi, il pieno esercizio del diritto di difesa dell'imputato, vanno interpretate con riferimento alle finalità alle quali sono dirette, cosicché non possono ritenersi violate da qualsiasi modificazione rispetto all'accusa originaria, ma soltanto nel caso in cui la modificazione dell'imputazione pregiudichi in concreto le possibilità di difesa dell'imputato¹⁹.

Inoltre, è oramai consolidato nella giurisprudenza di legittimità l'orientamento in base al quale l'indagine volta ad accertare la violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza non possa esaurirsi nel pedissequo e mero confronto puramente letterale fra contestazione e sentenza perché, vertendosi in materia di garanzie difensive, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'iter del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione²⁰.

Ed invero, i giudici di legittimità hanno chiarito che il rispetto del principio del contraddittorio – che deve essere assicurato alla difesa anche in ordine alla *quaestio iuris* della diversa qualificazione giuridica

¹⁴ Ex multis, Cass., sez. VI, 13 novembre 2013, n. 47527, in *CED Cass.*, n. 257278; Cass., sez. VI, 22 gennaio 2013, n. 5890, *ivi*, n. 254419.

¹⁵ Così, Cass., sez. IV, 29 novembre 2017, n. 2340, in *CED Cass.*, n. 271758; Cass., sez. VI, 24 novembre 2015, n. 3716, *ivi*, n. 266953.

¹⁶ Cass., sez. un., 15 luglio 2010, n. 36551, in *CED Cass.*, n. 248051; nonché Cass., sez. V, 12 febbraio 2018, n. 19380, *ivi*, n. 273204.

¹⁷ Cfr. Cass., sez. V, 17 febbraio 2012, n. 6487, in *CED Cass.*, n. 251730; Cass., sez. I, 29 aprile 2011, n. 18590, *ivi*, n. 250275; Cass., sez. VI, 19 febbraio 2010, n. 20500, *ivi*, n. 247371.

¹⁸ Corte e.d.u., 22 febbraio 2018, Drassich c. Italia (2) in *Cass. pen.*, 2018, VI, p. 2171; Corte e.d.u., 8 ottobre 2013, Mulosmani c. Albania. Nell'ultimo senso, in particolare, Corte e.d.u., 15 gennaio 2015, Mihei c. Slovenia; Corte e.d.u., 3 maggio 2011, Giosakis c. Grecia; Corte e.d.u., 12 aprile 2011, Adrian Costantin c. Romania; Corte e.d.u., 7 gennaio 2010, Penev c. Bulgaria.

¹⁹ Cass., sez. III, 19 giugno 2018, n. 52411, in *CED Cass.*, n. 274104.

²⁰ In tal senso, Cass., sez. un., 19 giugno 1996, n. 16, in *CED Cass.*, n. 205619; più di recente, v. Cass., sez. un., 15 luglio 2010, n. 36551, in *CED Cass.*, n. 248051.

del fatto, in ossequio alla previsione dell'art. 6 Cedu, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, e, prima ancora, dell'art. 111 della Carta Costituzionale – impone unicamente che il difforme inquadramento giuridico della vicenda non avvenga “a sorpresa”, senza consentire all'imputato di interloquire in proposito. Pertanto, non ricorre alcuna violazione dell'art. 521 del codice di rito, «qualora la diversa qualificazione giuridica del fatto appaia come uno dei possibili epiloghi decisori del giudizio, secondo uno sviluppo interpretativo assolutamente prevedibile e l'imputato ed il suo difensore abbiano avuto nella fase di merito la possibilità di interloquire in ordine al contenuto dell'imputazione, anche attraverso l'ordinario rimedio dell'impugnazione»²¹.

Infatti, la giurisprudenza di legittimità si è a più riprese espressa sull'art. 521, comma 1, c.p.p. asserendo come non sussista la violazione del principio in esame nel caso in cui la differente qualificazione del fatto sia stata effettuata, come è avvenuto nel caso *de quo*, dal giudice prendendo le mosse da una tesi difensiva²².

Il fondamento teorico di questa tesi giurisprudenziale riguardante il criterio teleologico è evidente. Il potere che l'art. 521, comma 1, c.p.p. attribuisce al giudice è, secondo gli interpreti, espressione, da un lato, della fisionomia dell'istruttoria dibattimentale ove si assiste ad una progressiva costruzione del *thema decidendum*²³ e, dall'altro lato, dell'antico precetto *iura novit curia*²⁴.

L'accusa impressa nel decreto che dispone il giudizio *ex art.* 429 c.p.p. non è, pertanto, cristallizzata irrevocabilmente²⁵, ma rimane, entro certi limiti, perfettibile²⁶ e in costante adeguamento parallelamente all'evolversi dell'istruzione probatoria. Solo all'esito di quest'ultima il pubblico ministero può essere effettivamente in grado di precisare l'accusa originaria ed il giudicante di imprimere la corretta qualificazione giuridica alla vicenda concreta purché il fatto storico rimanga sostanzialmente lo stesso²⁷ o comunque la contestazione sia «inerente ai fatti oggetto di giudizio»²⁸.

Pertanto, la flessibilità dell'imputazione rappresenta il precipitato dell'indole connaturata all'attuale assetto processuale caratterizzato da un magistrato requirente cui compete la prerogativa di ricostruire l'orizzonte storico della vicenda fattuale mentre al giudicante spetta il compito, connaturale allo stesso

²¹ Così, Cass., sez. VI, 13 marzo 2017, n. 11956, in *CED Cass.*, n. 269655. Nello stesso ordine di idee, v. Cass., sez. V, 19 febbraio 2013, n. 7984, in *CED Cass.*, n. 254649; Cass., sez. VI, 10 maggio 2012, n. 36564, in *CED Cass.*, n. 253463, secondo cui la garanzia del contraddittorio in ordine alla diversa definizione giuridica del fatto cui abbia proceduto il giudice deve reputarsi assicurata anche qualora l'imputato abbia comunque avuto modo di interloquire sul tema in una delle fasi del procedimento.

²² Cfr. Cass., sez. IV, 31 gennaio 2018, n. 4622, in *CED Cass.*, n. 271948; Cass., sez. II, 23 gennaio 2014, n. 3211, in *CED Cass.*, n. 258538. In dottrina, A. Tucci, sub *art. 521 c.p.p.*, in A. Giarda – G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, Wolter Kluwers, 2017, II, p. 2566; L. Suraci, *Nuove contestazioni*, cit., p. 500.

²³ In questo senso, L. Suraci, *Nuove contestazioni*, cit., p. 441.

²⁴ A. Capone, *Iura novit curia*, cit., p. 58; Cass., sez. I, 18 febbraio 2010, n. 9091, in *Cass. pen.*, 2011, II, p. 633, con nota di M. Sculco, *Diversa qualificazione giuridica del fatto e prerogative difensive*; A. Tucci, sub *art. 521 c.p.p.*, cit., p. 2565.

²⁵ Cfr. Cass., sez. III, 10 maggio 2019, n. 20013, in *Dir. e giustizia*, 13 maggio. Nella stessa direzione, C. Scaccianoce, sub *art. 521 c.p.p.*, in A. Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, Utet, 2012, p. 3293, la quale ha parlato di fluidità dell'imputazione. Più in particolare, la fluidità dell'imputazione non implica un'approssimazione della stessa, ma la struttura aperta del dibattimento ove deve comunque verificarsi il passaggio dal *thema probandum* al *thema decidendum* in cui il primo attinge al giudizio ipotetico di pertinenza (qui inteso come rilevanza) relativo ad ogni proposizione prospettata come oggetto di prova, mentre il secondo riguarda il giudizio complessivo e conclusivo che si estrinseca nel risultato finale delle prove. In questi termini, T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 102.

²⁶ La regiodicanda è meramente ipotetica e in continuo *work in progress* mentre l'attività probatorio-ricostruttiva non è un contesto di conferma o smentita rigidamente logico-deduttiva dell'imputazione, ma uno scenario in cui si articolano le diverse prospettazioni ricostruttive che, in quanto provenienti dalle parti, chiamano il giudice ad una costante e attiva rivisitazione critica delle diverse opzioni avanzate in contraddittorio. Sul punto, v. T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 97.

²⁷ Cfr. C. cost., sent. 10 marzo 2010, n. 103, cit., p. 1158; Cass., sez. IV, 31 gennaio 2018, n. 4622, in *CED Cass.*, n. 271948; Cass., sez. VI, 21 dicembre 2016, n. 54457, *ivi*, n. 268957. In tal senso, T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 2; L. Suraci, *Nuove contestazioni*, cit., p. 491. Il fatto deve restare «inalterato nel suo nucleo essenziale», v. G. Conso – V. Grevi – G. Neppi Modona, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, I, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, Padova, Cedam, 1990, p. 1147.

²⁸ Così come ha delineato lo stesso legislatore delegante nella direttiva n. 78 di cui all'art. 21. 16 febbraio 1987, n. 81 («Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale»).

esercizio dello *ius dicere*²⁹, di dare la corretta qualificazione giuridica ai fatti narrati dal p.m.

Al giudice è, quindi, consentito, ed anzi è un suo preciso dovere³⁰, dare l'esatta definizione giuridica ai fatti anche in maniera diversa rispetto alle prospettazioni che le parti gli sottopongono. Il che costituisce l'estrinsecazione dei celeberrimi brocardi "*narra mihi factum, dabo tibi ius*" e "*iura novit curia*".

DIVERSITÀ DEL FATTO

Come abbiamo già accennato, merita un'ampia riflessione il tema del rapporto tra riqualificazione del fatto di reato ex art. 521, comma 1, c.p.p. (operazione squisitamente ermeneutica, che si estrinseca nel ricondurre la fattispecie concreta nell'alveo di una differente norma incriminatrice) e mutamento dell'addebito di cui all'art. 521, comma 2, c.p.p. (attività valutativa che va, invece, a stravolgere l'originaria imputazione sotto il profilo prettamente fattuale, incidendo su di almeno uno degli elementi essenziali del reato che era stato ascritto all'imputato)³¹.

La sentenza in commento concerne, infatti, un altro argomento che è stato croce e delizia degli interpreti con differenti soluzioni interpretative fra dottrina e giurisprudenza: la diversità del fatto.

In dottrina, si sono avvicinati prevalentemente due differenti orientamenti sul punto. Secondo un'impostazione esegetica fortemente attenta al dato formale e al diritto di difesa³², si rientra nell'alveo dell'art. 521, comma 2, c.p.p. ogni qualvolta vi sia una dicotomia tra fatto oggetto dell'esercizio dell'azione penale e fatto oggetto della sentenza del giudice³³. In base a questo indirizzo interpretativo, è precluso al giudicante valutare se nel singolo caso vi sia stata o meno un'illecita compressione dei diritti dell'imputato. Il giudice, a pena di nullità ex art. 522 c.p.p., non può accedere ad una differente qualificazione giuridica del fatto, ma deve necessariamente attivare i meccanismi di garanzia di cui all'art. 521, comma 2, c.p.p.

Inoltre, come è stato posto in evidenza³⁴, le garanzie apportate dall'art. 521, comma 2, c.p.p. dovrebbero estendersi anche al caso di riqualificazione giuridica del fatto in quanto la opposta tesi giurisprudenziale poggia sul discutibile postulato che *quaestio facti* e *quaestio iuris* siano nettamente distinte³⁵. In realtà, la ricostruzione del fatto e la sussunzione giuridica sono due elementi inscindibili tanto nell'atto di esercizio dell'azione penale quanto nella sentenza. Inoltre, il diritto di difesa deve essere esercitato su ogni tema che rientri nel sindacato del giudice e, considerate le forti implicazioni sul contraddittorio, anche sulla corretta qualificazione giuridica del fatto.

Invero, l'essere accusati e condannati per un fatto di reato piuttosto che un altro non è un elemento neutro ai fini delle strategie difensive, ma al contrario il mutamento del *nomen iuris* ben rileva con riguardo alle possibili scelte che la difesa può esperire ad esempio in ordine ai mezzi di prova da articolare oltre che su come venga poi letto il *thema probandum* alla luce dell'intero compendio probatorio³⁶. È evidente che uno stesso elemento probatorio mentre può assumere una certa valenza con riguardo ad

²⁹ L. Suraci, *Nuove contestazioni*, cit., p. 493.

³⁰ Cass., sez. un., 19 giugno 1996, n. 16, in *CED Cass.*, n. 205617; A. Tucci, sub art. 521 c.p.p., cit., p. 2565. Secondo alcuni autori, il potere di riqualificazione è stato, infatti, letto come un presidio all'obbligatorietà dell'azione penale, v. L. Suraci, *Nuove contestazioni*, cit., p. 491; C. Scaccianoce, sub art. 521 c.p.p., cit., p. 3306.

³¹ Cass., sez. IV, 28 marzo 2019, n. 18793, in *Guida dir.*, 2019, XXIII, p. 114.

³² A. Capone, *Iura novit curia*, cit., p. 69; R.E. Kostoris, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, cit., p. 2523; T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 299; L. De Matteis, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e tutela del diritto di difesa*, cit., p. 232; A. Tucci, sub art. 521 c.p.p., cit., p. 2567. Per un'attenta disamina dei due orientamenti in contrapposizione, v. L. Suraci, *Nuove contestazioni*, cit., p. 499.

³³ T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 31.

³⁴ T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 298; Cass., sez. I, 18 febbraio 2010, n. 9091, cit., p. 638, con nota di M. Sculco, *Diversa qualificazione giuridica del fatto e prerogative difensive*.

³⁵ Cass., sez. un., 19 giugno 1996, n. 16, in *CED Cass.*, n. 205619.

³⁶ Nella stessa direzione, Cass., sez. II, 18 novembre 2014, n. 47413, in *CED Cass.*, n. 260960, ove è stato affermato che se la nuova qualificazione ha concretamente inciso sulle strategie difensive corre l'obbligo di restituire l'imputato nelle facoltà concesse al diritto di difesa anche mediante la proposizione di richieste di prova.

una fattispecie astratta ben può acquisire un significato anche molto differente rispetto ad un altro titolo di reato³⁷.

A questo indirizzo ermeneutico si è però obiettato che non è del tutto comprensibile postulare una violazione del principio di correlazione a priori e quindi anche nell'ipotesi in cui non vi sia stata una concreta lesione al diritto di difesa ed al contraddittorio³⁸.

L'altro indirizzo ermeneutico che è germogliato in dottrina, diretto a valorizzare la *ratio* del principio di correlazione, ha, invece, adottato una linea interpretativa volta a verificare caso per caso se la modificazione degli elementi di fatto abbia o meno menomato le possibilità di difesa dell'imputato³⁹.

Nel formante giurisprudenziale, un filone interpretativo maggioritario e fatto proprio dalle Sezioni Unite ha adottato un criterio sostanzialistico con riguardo al "fatto diverso": la cd. teoria "funzionale" del fatto⁴⁰. La diversità del fatto presuppone non già la modifica della qualificazione giuridica del fatto, espressamente attribuita al giudicante dall'art. 521, comma 1, c.p.p., bensì l'immutazione del fatto storico che avviene laddove fra il fatto contestato e quello racchiuso nel provvedimento finale del giudice vi sia un rapporto di eterogeneità e, quindi, di assoluta incompatibilità⁴¹.

Nel dettaglio, in base a questa impostazione, poiché la nozione strutturale di "fatto", contenuta nelle disposizioni in questione, va coniugata con quella funzionale, fondata sull'esigenza di reprimere solo le effettive lesioni del diritto di difesa, il principio di necessaria correlazione tra accusa contestata e decisione giurisdizionale risponde all'esigenza di evitare che l'imputato sia condannato per un fatto, inteso come episodio della vita umana, rispetto al quale non abbia potuto difendersi⁴². Viceversa, non ricorrebbe tale violazione allorché tra i due fatti sussista una certa omogeneità o un mero nesso di specificazione⁴³.

Più nel particolare, il fatto per essere diverso deve risultare tale in base all'accertamento del giudice effettuato sulla base dell'intero compendio probatorio emerso nel corso dell'istruzione probatoria non essendo, per contro, sufficiente la mera affermazione delle parti circa la sua diversità⁴⁴. In questo caso, il giudicante, non potendo decidere allo stato sul fatto diverso, deve trasmettere gli atti al p.m.

Infatti, la stessa Corte costituzionale ha precisato come: «l'art. 521 cod. proc. pen. ha codificato il principio della necessaria correlazione tra imputazione contestata e sentenza, in base al quale il giudice può attribuire al fatto una definizione giuridica diversa, senza incorrere nella violazione del suddetto principio, soltanto quando l'accadimento storico addebitato rimanga identico negli elementi costitutivi tipici, cioè quando risultano immutati l'elemento psicologico, la condotta, l'evento e il nesso di causalità. Se il giudice, invece, accerta che il fatto è diverso da quello descritto nell'imputazione, deve disporre la trasmissione degli atti al pubblico ministero. L'anzidetto principio è diretto a garantire il contraddittorio e il diritto di difesa dell'imputato, il quale deve essere posto nelle condizioni di conoscere l'oggetto dell'imputazione nei suoi elementi essenziali e di difendersi, secondo la linea ritenuta più opportuna, in relazione ad esso»⁴⁵.

Ne deriva, una novazione dei termini dell'addebito tali da rendere la difesa menomata proprio sui profili di novità che da quel mutamento sono scaturiti⁴⁶.

Andando ancor più a fondo, si scorge come la giurisprudenza in tema di omogeneità del fatto abbia

³⁷ A. Capone, *Iura novit curia*, cit., p. 62. T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 300.

³⁸ L. Suraci, *Nuove contestazioni*, cit., p. 499.

³⁹ L. Suraci, *Nuove contestazioni*, cit., p. 499.

⁴⁰ Oggetto di critiche in dottrina, v. A. Capone, *Iura novit curia*, cit., p. 63; L. Suraci, *Nuove contestazioni*, cit., p. 453.

⁴¹ Cfr. Cass. sez. IV, 10 marzo 2015, n. 10140, in *CED Cass.*, n. 262802. Si ha mutamento del fatto in caso di trasformazione radicale degli elementi essenziali «in modo che si configuri un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti di difesa»: in questi termini, Cass., sez. un., 15 luglio 2010, n. 36551, in *CED Cass.*, n. 248051.

⁴² Cfr. Cass., sez. un., 15 luglio 2010, n. 36551, in *CED Cass.*, n. 248051. In dottrina, v. L. Suraci, *Nuove contestazioni*, cit., p. 495.

⁴³ In particolare, non vi è compressione del diritto di difesa se il fatto oggetto della sentenza abbia degli elementi meramente "sovrabbondanti" rispetto a quello addebitato dal p.m., così Cass., sez. II, 3 febbraio 2017, n. 5260, in *CED Cass.*, n. 269666.

⁴⁴ Cass., sez. IV, 23 febbraio 2017, n. 13469, in *CED Cass.*, n. 269405.

⁴⁵ C. cost., sent. 10 marzo 2010, n. 103, cit., p. 1158. Nello stesso senso, T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 22.

⁴⁶ Vedasi in proposito, Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, in *CED Cass.*, n. 264438.

in genere fatto ricorso al criterio della “continenza”⁴⁷ e, quindi, il fatto non sarebbe diverso qualora il nucleo comune resti immutato e il giudice riqualifichi il reato come un delitto meno grave. Invero, al giudice non può essere precluso dare l’esatta qualificazione giuridica del fatto, anche in chiave peggiorativa⁴⁸, com’è avvenuto nel caso di specie, salvo il limite del divieto di *reformatio in peius*⁴⁹. Infatti, nonostante non sia espressamente prevista la facoltà (che era invero esplicitata nell’art. 477, comma 1, c.p.p. 1930) del giudicante di infliggere le pene corrispondenti al reato più grave, non sembra revocabile in dubbio che gli sia attribuita tale prerogativa in quanto diversamente opinando ne risulterebbe frustrata la *ratio* stessa dell’art. 521, comma 1, c.p.p.⁵⁰

IL PRINCIPIO DI CORRELAZIONE NELLE IMPUGNAZIONI

Diversamente da quanto sostenuto da parte della dottrina⁵¹, la giurisprudenza ritiene che i poteri di riqualificazione del fatto *ex art.* 521, comma 1, c.p.p. sono ben spendibili non soltanto dal giudice di prime cure, ma altresì nel grado d’appello⁵² e financo in Cassazione⁵³. Specificamente, il meccanismo di riqualificazione si estende fino a ricoprire ogni fase dei tre gradi di giudizio purché non si tratti di decisione “a sorpresa” e non venga violato il divieto di *reformatio in peius*⁵⁴.

Anche in sede di impugnazione, la giurisprudenza applica il criterio teleologico. Ne deriva che non sussiste, secondo l’elaborazione giurisprudenziale, violazione del diritto al contraddittorio quando l’imputato abbia avuto modo di interloquire in ordine alla nuova qualificazione giuridica attraverso ad esempio l’ordinario rimedio dell’impugnazione⁵⁵, non solo davanti al giudice di secondo grado, ma anche davanti al giudice di legittimità⁵⁶. In tale prospettiva, è stato perciò ritenuto che la diversa qualificazione del fatto effettuata d’ufficio dal giudice di appello, anche direttamente in sentenza, non determini alcuna compressione o limitazione del diritto al contraddittorio in ordine alla natura e alla qualificazione giuridica dei fatti di cui l’imputato è chiamato a rispondere qualora la diversa qualificazione fosse nota o comunque prevedibile e non abbia comportato effettive lesioni al diritto di difesa⁵⁷, restando, inoltre, esperibile la via del ricorso in Cassazione⁵⁸.

⁴⁷ Cass., sez. II, 17 marzo 2015, n. 12207, in *CED Cass.*, n. 263017; Cass., sez. V, del 9 marzo 2011, n. 15556, in *CED Cass.*, n. 250180. Si veda anche L. Suraci, *Nuove contestazioni*, cit., p. 499.

⁴⁸ L. Marini, sub *art.* 521 c.p.p., cit., p. 476. In senso critico, A. Capone, *Iura novit curia*, cit., p. 63.

⁴⁹ A. Tucci, sub *art.* 521 c.p.p., cit., p. 2565; L. Suraci, *Nuove contestazioni*, cit., p. 491; M. Montagna, *Divieto di reformatio in peius e appello incidentale*, in A. Gaito (a cura di), *Le impugnazioni penali*, Torino, Utet, 1998, p. 401.

⁵⁰ Il giudice può, pertanto, «infliggere le pene corrispondenti, quantunque più gravi, e applicare le misure di sicurezza». In questa direzione, T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 291; L. Suraci, *Nuove contestazioni*, cit., p. 492; A. Tucci, sub *art.* 521 c.p.p., cit., p. 2567.

⁵¹ A. Capone, *Iura novit curia*, cit., p. 87, il quale, adottando un’interpretazione rigorosa dell’art. 597 c.p.p. e dell’effetto parzialmente devolutivo, ritiene che il giudice possa accedere ad una differente qualificazione giuridica solo se la *quaestio* rientri specificatamente nei punti della sentenza sollevati nei motivi d’appello.

⁵² Cass., sez. III, 9 marzo 2017, n. 22296, in *CED Cass.*, n. 269992; Cass., sez. V, 25 marzo 2016, n. 12612, in *CED Cass.*, n. 266044. In particolare, in appello oggetto della riqualificazione è, oltre il fatto di reato addebitato, il fatto così come accertato nella sentenza di primo grado, così C. Scaccianoce, sub *art.* 521 c.p.p., cit., p. 3306.

⁵³ Cass., sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 9133, in *CED Cass.*, n. 272263. Anche se, secondo qualche autore, i giudici di legittimità non possono riqualificare il fatto a meno che ciò sia espresso motivo di ricorso, cfr. A. Capone, *Iura novit curia*, cit., p. 127.

⁵⁴ Cfr. Cass., sez. V, 19 febbraio 2013, n. 7984, in *CED Cass.*, n. 254649; Cass., sez. V, 24 settembre 2012, n. 7984, in *CED Cass.*, n. 254649; Cass., sez. I, 18 febbraio 2010, n. 9091, in *CED Cass.*, n. 246494. In dottrina, v. R. Angeletti, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 257; L. Suraci, *Nuove contestazioni*, cit., p. 491; M. Montagna, *Divieto di reformatio in peius e appello incidentale*, cit., p. 401, secondo cui non sembra prospettabile la modifica del titolo del reato in senso peggiorativo laddove abbia appellato il solo imputato ad esempio sull’esclusione di una circostanza aggravante, sulla misura della pena o sulla mancata concessione delle attenuanti generiche o di altri benefici.

⁵⁵ Cass., sez. III, 17 gennaio 2013, n. 2341, in *CED Cass.*, n. 254135.

⁵⁶ *Ex multis*, Cass., sez. V, 19 febbraio 2013, n. 7984, in *CED Cass.*, n. 254649; Cass., sez. III, 17 gennaio 2013, n. 2341, in *CED Cass.*, n. 254135; Cass., sez. VI, 14 febbraio 2012, n. 10093, in *CED Cass.*, n. 251961; Cass., sez. II, 9 maggio 2012, n. 32840, in *CED Cass.*, n. 253267; Cass., sez. II, 13 novembre 2012, n. 45795, in *CED Cass.*, n. 254357.

⁵⁷ Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, in *CED Cass.*, n. 264438.

⁵⁸ Cass., sez. V, 12 febbraio 2018, n. 19380, in *CED Cass.*, n. 273204; Cass., sez. III, 9 maggio 2017, n. 22296, in *CED Cass.*, n.

Anche se non sono mancati autori⁵⁹ che hanno, invece, affermato che il collegio di secondo grado, per poter modificare il *nomen iuris*, abbia due obblighi. In primo luogo, i giudici d'appello devono pregiudizialmente promuovere la rinnovazione dell'istruzione probatoria ex art. 603, comma 3, c.p.p., finalizzata al contraddittorio sulla possibile variazione della qualificazione del fatto. In secondo luogo, la sentenza necessita di una motivazione rafforzata se si discosta in punto di qualificazione giuridica del fatto dalla sentenza del giudice di prime cure⁶⁰. Secondo quest'impostazione, non sarebbe, infatti, sufficiente l'astratta possibilità che l'imputato possa ipoteticamente prefigurarsi il possibile esercizio del potere ex art. 521, comma 1, c.p.p. da parte del giudice senza che vi sia stata alcuna previa interlocuzione sul punto, ma serve l'effettiva e concreta prospettazione all'imputato che nel caso concreto possa essere e attribuita al fatto un diversa qualificazione giuridica.

CONCLUSIONI

La pronuncia in commento, pur conformandosi all'interpretazione della giurisprudenza di legittimità maggioritaria, ha introdotto delle soluzioni innovative. Ciò nella misura in cui gli ermellini hanno ulteriormente allargato la portata dell'art. 521, comma 1, c.p.p. facendovi rientrare anche il caso in cui il giudice dà una qualificazione più grave al fatto di reato allorché vi sia stata una modifica legislativa, come nel caso di specie, del paradigma normativo.

Invero, come è stato lodevolmente chiarito, fra i poteri di riqualificazione del giudice, rientra anche quello di modificare il *nomen iuris* laddove vi sia stato *medio tempore* un intervento modificatore ad opera del legislatore. Secondo alcuni autori⁶¹, costituisce una precisa prerogativa del giudicante, nei limiti della sua competenza, quella di provvedere d'ufficio ad applicare i principi di diritto penale intertemporale di cui all'art. 25, comma 2, Cost. e all'art. 2 c.p. Se, invece, l'organo di giudizio restituisse gli atti al p.m. dichiarando la nullità del decreto di citazione alla luce di una riforma *in peius*, ciò costituirebbe un atto abnorme in quanto la sopravvenienza di nuove disposizioni di legge non inficia la validità del decreto ben potendo il giudice dare autonomamente al fatto la corretta qualificazione giuridica.

Sennonché, la sentenza in esame non ha utilizzato i meccanismi di cui all'art. 2, comma 4, c.p. in quanto, alla luce dei poteri ricavabili dal principio *iura novit curia* e dall'art. 521, comma 1, c.p.p., ha applicato retroattivamente la norma penale più sfavorevole così come modificata dall'intervento legislativo che aveva non abrogato, bensì semplicemente innovato il disposto normativo che si trova pertanto in rapporto di continuità normativa con quello previgente (la celeberrima *abrogatio sine abolitione*). Con ciò, i giudici di legittimità, anziché dare applicazione ultrattiva alla normativa più favorevole precedente alla successione intertemporale di leggi penali, hanno adottato un'interpretazione fortemente elastica del criterio teleologico in materia di poteri di riqualificazione del fatto sussumendo la condotta nel più grave reato.

La sentenza in commento, pur avendo dato un'interpretazione fortemente ampia del criterio teleologico, non contrasta con i principi enucleati e tutelati dagli artt. 25 Cost. e 2, comma 4, c.p. atteso che è in armonia con i più recenti sviluppi interpretativi della giurisprudenza di legittimità i quali escludono la violazione dei suindicati principi adottando un'interpretazione del principio di legalità e di irretroattività della legge penale conforme a quella adottata in seno alla Corte e.d.u. Non sussiste infatti un *vulnus* all'art. 7 Cedu, così come interpretato dalla Corte sovranazionale, nel caso in cui l'applicazione della norma sfavorevole, proveniente tanto dal formante legislativo quanto da quello giurisprudenziale, era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui è stata commessa la violazione della norma penale⁶².

269992; Cass., sez. II, 11 aprile 2014, n. 17782, in *CED Cass.*, n. 259564; Cass., sez. II, 17 maggio 2013, n. 21170, in *CED Cass.*, n. 255735; Cass., sez. V, 21 agosto 2012, n. 32840, in *CED Cass.*, n. 253267; Cass., sez. VI, 8 giugno 2012, n. 22301, in *CED Cass.*, n. 254055.

⁵⁹ Cass., sez. VI, 19 febbraio 2010, n. 20500, in *Cass. pen.*, 2011, V, p. 1834, con nota di V. Bruni, *Il contraddittorio sulle questioni inerenti alla riqualificazione del fatto*. Di diverso avviso, cfr. Cass., sez. IV, 13 aprile 2016, n. 23186, in *CED Cass.*, n. 268995.

⁶⁰ Cass., sez. II, 17 maggio 2017, S. ed altri, in *Arch. pen.*, 2017, III, p. 1057, con nota di A.M. Siagura, *Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello e riqualificazione giuridica del fatto: ancora un passo avanti nell'attuazione dei principi di oralità e immediatezza*.

⁶¹ R. Angeletti, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 256; A. Tucci, sub art. 521 c.p.p., cit., p. 2567. In giurisprudenza si veda Cass., sez. III, 25 ottobre 2002, n. 35862, in *CED Cass.*, n. 222922.

⁶² *Ex multis*, Corte e.d.u., 14 aprile 2015, Contrada c. Italia. Questa giurisprudenza della Corte di Strasburgo è stata recepita

La Suprema Corte ha, pertanto, escluso che la differente configurazione del reato effettuata dai giudici di appello fosse avvenuta “a sorpresa” in quanto le parti erano nella piena consapevolezza della novella che aveva inciso sul reato contestato *ab origine*.

In linea generale, se è pur vero che anche in caso di riqualificazione del fatto si necessitano meccanismi di garanzia analoghi a quelli contemplati in caso di “fatto diverso”⁶³ in quanto il criterio teleologico elaborato dal supremo consesso di legittimità viene spesso usato per eludere l’art. 521, comma 2, c.p.p.⁶⁴, è altrettanto vero che secondo una corretta impostazione può affermarsi che il principio di necessaria correlazione fra accusa e sentenza risulta pienamente riferibile al solo segmento del differente fatto storico⁶⁵ e non anche alla qualificazione giuridica del fatto.

Invero, il potere del giudice di riqualificare il fatto anche in senso peggiorativo costituisce un importante corollario del principio di legalità in materia penale in quanto consente al giudice stesso di dare, alla luce delle emergenze istruttorie, la corretta qualificazione giuridica del fatto, il quale, diversamente opinando, sarebbe costretto ad aderire al tipo di reato richiesto dalle parti, anche se errato⁶⁶. Ne consegue, che la riqualificazione del caso di specie, proprio in virtù della modifica normativa che ha semplicemente trasfuso la disciplina della fattispecie astratta *de qua* in un altro articolo, era non solo possibile ma altresì uno specifico compito dei giudici d’appello nel rispetto del principio di legalità in materia penale, del principio *iura novit curia* e di quello di irretroattività così come inteso dalla Corte e.d.u.

Nello stesso ordine di idee si pongono alcune pronunce della Corte di Strasburgo ove è stata pienamente ammessa la riqualificazione *extra petita* nel caso in cui l’imputato fosse perfettamente a conoscenza degli elementi fattuali che hanno consentito la modifica del *nomen iuris* ad esempio perché (come è avvenuto nel caso *de quo*) erano già contenuti nella contestazione iniziale⁶⁷. Inoltre, nel caso di specie non era verosimilmente imprevedibile la riqualificazione ai sensi della nuova normativa anche in considerazione del fatto che la stessa difesa tecnica nei motivi aggiunti aveva preso atto della modifica normativa *de qua* e della sussumibilità in essa delle condotte poste in essere dall’imputato.

anche dalla Suprema Corte di Cassazione in diverse pronunce ove si ebbe ad affermare l’ammissibilità di interpretazioni in *malam partem* di una norma incriminatrice laddove fossero prevedibili, v. Cass., sez. V, 24 aprile 2018, n. 37857, in *CED Cass.*, n. 273876; Cass., sez. V, 18 ottobre 2018, n. 47510, in *CED Cass.*, n. 274406.

⁶³ A. Capone, *Iura novit curia*, cit., p. 69; R.E. Kostoris, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, cit., p. 2523; T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 299; L. De Matteis, *Diversa qualificazione giuridica dell’accusa e tutela del diritto di difesa*, cit., p. 232; A. Tucci, sub art. 521 c.p.p., cit., p. 2567.

⁶⁴ C. Scaccianoce, sub art. 521 c.p.p., cit., p. 3298.

⁶⁵ T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 304; L. Suraci, *Nuove contestazioni*, cit., p. 491; Cass., sez. I, 18 febbraio 2010, n. 9091, cit., p. 638, con nota di M. Sculco, *Diversa qualificazione giuridica del fatto e prerogative difensive*.

⁶⁶ Cass., sez. un., 19 giugno 1996, n. 16, in *CED Cass.*, n. 205617; A. Capone, *Iura novit curia*, cit., p. 1.

⁶⁷ Corte e.d.u., 15 gennaio 2015, Mihei c. Slovenia; Corte e.d.u., 3 maggio 2011, Giosakis c. Grecia.

Ordine europeo di indagine e riconoscimento del P.M.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE VI, SENTENZA 2 APRILE 2019, N. 14413 – PRES. PETRUZZELLIS; REL. DE AMICIS

In tema di ordine europeo di indagine passivo concernente l'adozione di un provvedimento di perquisizione e sequestro, il decreto di riconoscimento che il pubblico ministero deve emettere, ex art. 4, comma 4, d.lgs. 21 giugno 2017 n. 108, è atto autonomo rispetto ai successivi atti esecutivi, e deve essere motivato, ai sensi dell'art. 125, comma 3, cod. proc. pen., in relazione a presupposti e limiti della procedura di cooperazione giudiziaria, sicché non ne costituisce un equipollente il decreto di sequestro probatorio, nella cui motivazione sia trasposto il contenuto dell'ordine dell'autorità straniera.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

Con ordinanza del 3 luglio 2018 il G.i.p. presso il Tribunale di Torino ha rigettato l'opposizione proposta da (OMISSIS) ex articolo 13 Decreto Legislativo n. 21 giugno 2017, n. 108, avverso il decreto di riconoscimento adottato il 28 marzo 2018 dal P.M. presso il Tribunale di Torino in relazione ad un ordine Europeo di indagine (O.I.E.) emesso dalla Procura della Repubblica di Bielefeld (Germania) per reati in materia di evasione fiscale previsti dal codice tributario tedesco (articolo 369, articolo 370, commi 1 e 3, n. 1, ritenuti corrispondenti alle fattispecie di reato intere di cui al Decreto Legislativo n. 74 del 2000, articoli 2 e 8), che il (OMISSIS) avrebbe commesso, in concorso con altri indagati e nel periodo ricompreso fra il settembre 2014 e l'ottobre 2016, nella sua qualità di collaboratore di una società tedesca (OMISSIS) avente ad oggetto il commercio di prodotti e supporti di memorizzazione elettronici, occupandosi a tal fine della gestione della maggior parte degli affari realizzati con imprese italiane.

Avverso la su indicata decisione ha proposto ricorso per cassazione il difensore del (OMISSIS), deducendo violazioni di legge e mancanza della motivazione ex articolo 4 Decreto Legislativo cit., articolo 178 c.p.p., comma 1, lettera c) e articolo 125 c.p.p., comma 3, con riferimento alle modalità di riconoscimento, avvenuto in via di fatto anziché mediante decreto motivato, dell'O.I.E. emesso dall'A.G. tedesca, sì come dall'odierno ricorrente già evidenziato in sede di opposizione.

Si censura, in particolare, il fatto che il decreto di riconoscimento dell'O.I.E. è privo della motivazione e non è stato notificato nè in occasione del compimento dell'atto richiesto dall'Autorità straniera (perquisizione, ricerca di oggetti e documentazione ecc.), nè immediatamente dopo, costituendo tale recepimento "di fatto" dell'O.I.E., ossia senza l'emissione di un decreto motivato ai sensi dell'articolo 125 c.p.p., comma 3, un atto nullo se non abnorme, tale da rendere invalidi tutti gli atti consecutivi, tra i quali v'è anche il decreto di perquisizione e sequestro emesso dal P.M. su richiesta dell'A.G. estera.

Assume inoltre il ricorrente che, pur avendo l'ordinanza impugnata correttamente riconosciuto che nel caso in esame, diversamente da quanto affermato dal P.M. in sede di gravame, non era possibile rinvenire nel corpo del decreto di perquisizione e sequestro la motivazione del giudizio di riconoscimento sotto il profilo della insussistenza dei motivi di rifiuto di cui all'articolo 10 Decreto Legislativo cit., la stessa, di contro, si rivela erronea nella parte in cui si afferma che tale carenza, definita quale "evenienza formale", non costituisca una ipotesi di nullità dell'atto interno di recepimento dell'O.I.E. emesso dal P.M.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Il ricorso è fondato e va accolto per le ragioni di seguito illustrate.

Deve preliminarmente richiamarsi quanto già affermato da questa Suprema Corte in ordine alla ratio, alle forme ed alle modalità di funzionamento che caratterizzano, anche in relazione ai compiti del Procuratore distrettuale e degli altri soggetti che a vario titolo vi prendono parte, lo svolgimento della procedura cd. “passiva” di riconoscimento ed esecuzione dell’ordine investigativo Europeo nello Stato (Sez. 6, n. 8320 del 31/01/2019, *Creo*, non mass.).

Al riguardo si è già avuto modo di osservare, in linea generale, che con il Decreto Legislativo n. 21 giugno 2017, n. 108, il Governo italiano ha recepito la direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 41/2014/UE del 3 aprile 2014 in tema di ordine Europeo di indagine penale (European Investigation Order – EIO), esercitando la delega conferitagli dal Parlamento con l’articolo 1 della legge di delegazione Europea 2014 (L. 9 luglio 2015, n. 114).

La direttiva si prefigge l’obiettivo di dar vita, attraverso il superamento del tradizionale meccanismo rogatorio, ad “un sistema generale di acquisizione delle prove nelle cause aventi dimensione transfrontaliera”, fondato sulla estensione del principio del reciproco riconoscimento anche alle decisioni giudiziarie in materia di prova, in linea con le previsioni di cui al punto 3.1.1 del Programma di Stoccolma del 2009.

L’ordine Europeo di indagine è “una decisione giudiziaria” (articolo 1, par. 1, della direttiva n. 41/2014/UE) emessa da un’autorità giudiziaria nazionale, ovvero da questa convalidata, e diretta all’autorità giudiziaria di altro Stato utilizzando un modulo uniforme appositamente predisposto al fine del compimento di uno o più atti di indagine specificatamente disciplinati dalla direttiva e recepiti dalla normativa interna.

L’esecuzione dell’ordine di indagine, in particolare, avviene in base al principio del reciproco riconoscimento e in conformità alle disposizioni della direttiva (ex articolo 1, par. 2, direttiva cit.).

La decisione è assunta dal Procuratore distrettuale (articolo 4, comma 1, Decreto Legislativo cit.) con un decreto motivato, applicandosi al riguardo la regola generale prevista dall’articolo 125 c.p.p., comma 3, ai sensi del quale i decreti sono nulli se manca la motivazione nei casi previsti dalla legge.

Ai fini della adozione di un motivato decreto di riconoscimento, la valutazione del Procuratore distrettuale si concentra sulla presenza di eventuali situazioni ostative al riconoscimento – e quindi alla successiva esecuzione dell’ordine Europeo d’indagine – previste dall’articolo 10 del Decreto Legislativo cit., verificando anzitutto la legittimazione dell’autorità emittente (ex articolo 10, comma 3), l’incompletezza dell’ordine, l’erroneità delle informazioni ivi racchiuse o la non corrispondenza di queste al tipo di atto richiesto.

Ne discende che l’autorità giudiziaria, come emerge anche dalla relazione illustrativa, non è chiamata a svolgere un ruolo meramente passivo, ma deve esercitare un attento sindacato, esteso finanche sulla tipologia e le conseguenze dell’atto richiesto attraverso il test di proporzionalità (ex articolo 7, Decreto Legislativo cit. e articolo 6, comma 1, lettera a), direttiva cit.), ad eccezione delle specifiche ipotesi delineate dall’articolo 9, comma 5, del decreto legislativo, ove, ferme le condizioni ostative in linea generale contemplate nell’articolo 10, comma 1, il legislatore ha stabilito che “si provvede in ogni caso all’esecuzione” per determinate categorie di atti d’indagine o di assunzione della prova (acquisizione dei verbali di prove e di informazioni contenute in banche dati accessibili all’autorità giudiziaria, atti d’indagine privi di incidenza sulla libertà personale, audizioni di testimoni o consulenti, dell’imputato o dell’indagato ecc.) (cfr par.2.2. del Considerato in diritto di Sez. 6 n. 8320 del 31/01/2019, *Creo*, cit.).

Il decreto di riconoscimento dell’o.i.e., una volta emesso dal Procuratore distrettuale, deve essere comunicato a cura della segreteria al difensore della persona sottoposta alle indagini (articolo 4, comma 4, Decreto Legislativo cit.).

Modalità e termini di tale avviso devono ricavarsi dalle regole dettate dal sistema processuale in relazione allo specifico atto probatorio oggetto della richiesta, con la conseguenza che, nell’ipotesi – verificatasi, giustappunto, nel caso in esame – in cui le norme processuali interne prevedano soltanto il diritto del difensore di assistere al compimento dell’atto a sorpresa, dunque senza preavviso, il decreto di riconoscimento va comunicato al momento in cui l’atto viene compiuto o immediatamente dopo (articolo 4, comma 4, secondo inciso).

Tale comunicazione al difensore assume particolare rilievo al fine di stabilire il dies a quo per pre-

sentare, entro il termine di cinque giorni, un'eventuale impugnazione nei confronti del decreto di riconoscimento, attraverso un'opposizione rivolta direttamente al G.i.p. (ex articolo 13, comma 1). Il G.i.p., a sua volta, deve decidere con ordinanza dopo aver sentito il P.M., e in caso di accoglimento dell'opposizione il decreto di riconoscimento sarà annullato e non si farà luogo all'esecuzione dell'o.i.e. (articolo 13, commi 3 e 6).

L'annullamento del decreto di riconoscimento, come pure la decisione di rifiuto, devono essere oggetto di un'immediata comunicazione all'autorità di emissione.

Nella specifica ipotesi in cui il decreto di riconoscimento riguardi, come avvenuto nel caso in esame, un ordine d'indagine avente ad oggetto il sequestro probatorio, il legislatore prevede un regime parzialmente diverso, poiché l'opposizione può essere presentata non solo dall'indagato o dall'imputato e dal suo difensore, ma anche dalla persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati, nonché da quella che avrebbe diritto alla loro restituzione: avverso la decisione del giudice, emessa nella forma dell'ordinanza all'esito di una procedura camerale instaurata ex articolo 127 c.p.p., è ammesso il ricorso in cassazione, per la sola ipotesi della violazione di legge, da parte del P.M. e degli interessati, entro il termine di dieci giorni dalla sua comunicazione o notificazione (articolo 13, comma 7).

Con riferimento al sequestro probatorio, dunque, il legislatore ha inteso garantire ai vari soggetti interessati una procedura partecipata, in luogo di quella de plano prevista per tutti gli altri casi (Sez. 6, n. 11491 del 14/02/2019, Bonanno, non mass.).

Ferma la preclusione del sindacato sulle "ragioni di merito" sottese alla emissione dell'o.i.e. (impugnabili solo dinanzi allo Stato di emissione ex articoli 14, par. 2, direttiva cit. e 696-quinquies c.p.p.), alla proposizione dell'impugnazione non è ricollegato alcun effetto sospensivo dell'esecuzione dell'o.i.e. (articolo 13, commi 4 e 7), ma l'attività di trasferimento dei risultati delle attività compiute potrà di fatto essere sospesa qualora il P.M. ritenga che, in concreto, possa derivarne un "grave e irreparabile danno" all'indagato, all'imputato, ovvero alla persona "comunque interessata" dal compimento dell'atto (articolo 13, comma 4, secondo inciso).

A norma dell'articolo 14, comma 1, Decreto Legislativo cit., inoltre, il Procuratore distrettuale può disporre il rinvio della stessa operazione di riconoscimento, per il periodo strettamente necessario, qualora dalla successiva esecuzione possa derivare pregiudizio alle indagini preliminari o ad un processo già in corso, ovvero quando le cose o i documenti o i dati oggetto della richiesta siano già sottoposti a vincolo fino alla revoca del relativo provvedimento. Possono venire in considerazione, in questa prospettiva, anche esigenze di riservatezza delle indagini o comunque di salvaguardia delle esigenze legate alla programmazione dell'attività investigativa, come pure, all'interno del processo, di salvaguardia dell'acquisizione genuina della prova. La decisione, tuttavia, dovrà essere motivata in ordine alle ragioni del rinvio e fornire precise indicazioni circa i suoi effetti sul piano temporale.

La fase dell'esecuzione dell'o.i.e., pertanto, consegue al provvedimento di riconoscimento entro i successivi novanta giorni (articolo 4, comma 2), senza che all'opposizione e all'eventuale ricorso per cassazione si ricollegli alcun effetto sospensivo dell'esecuzione (ex articolo 13, commi 4 e 7).

Nondimeno, se il decreto di riconoscimento, a seguito dell'opposizione, viene annullato, l'esecuzione dell'ordine di indagine non può avvenire, e se la stessa è iniziata, deve cessare (articolo 13, comma 6).

I compiti affidati all'autorità giudiziaria – sia essa italiana o estera – che agisce in sede di esecuzione sono chiaramente scolpiti nell'articolo 2, comma 1, lettera c), Decreto Legislativo cit., oltre che nell'articolo 2, lettera d), e articolo 9, parr. 1, 2 e 3 della su citata direttiva, e si riassumono, pertanto, negli atti rispettivamente volti a "ricevere", "riconoscere" e "dare esecuzione" ad un o.i.e..

Le fasi della ricezione e del riconoscimento sono autonomamente regolate dall'articolo 4, commi 1 e 3, e articolo 6, comma 1 Decreto Legislativo cit., mentre quella dell'esecuzione è disciplinata nell'articolo 4, commi 2 e 3.

Si tratta – come risulta con evidenza sia dalle citate disposizioni che da una, pur sommaria, disamina delle norme generali che nel nostro sistema definiscono la cornice entro cui si inseriscono i diversi strumenti del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri dell'Unione Europea (ex articolo 696 bis, comma 2, articolo 696 ter, comma 1, articolo 696 quater, comma 1, articolo 696 quinquies, comma 1, articolo 696 octies, commi 1 e 2, articolo 696 nonies comma 1, articolo 696 decies, comma 1) – di fasi temporalmente e logicamente connesse, ma fra loro ben distinte sul piano strutturale e funzionale, e in nessun modo sovrapponibili, poiché rispondenti a diversi presupposti

giustificativi ed orientate a soddisfare diverse finalità, alla cui realizzazione o meno si ricollegano effetti diversi, anche sul piano della concreta operatività della procedura di cooperazione attivata dall'autorità di emissione (ad es. con riferimento agli esiti delle procedure di impugnazione previste nell'articolo 13 Decreto Legislativo cit.).

Diversa, dunque, la prospettiva seguita da tale strumento del mutuo riconoscimento rispetto alle connotazioni proprie del suo "antecedente storico" rappresentato dalla procedura di consegna basata sul m.a.e., dove infatti non si distingue (neanche nella collegata ipotesi del sequestro e della consegna di beni a fini di prova o confisca ex articolo 29, della decisione quadro 2002/584/GAI e 35 della L. n. 69 del 2005) fra i diversi momenti del riconoscimento e dell'esecuzione, ma, semmai, fra la decisione che dispone sulla richiesta di esecuzione della decisione giudiziaria veicolata nell'Eurordinanza in vista dell'arresto e consegna della persona ricercata e i successivi adempimenti legati alla sua materiale consegna.

Al riguardo, inoltre, un particolare rilievo assume – nel quadro delle valutazioni affidate sia all'autorità di esecuzione, sia, secondo una, del tutto analoga e simmetrica, impostazione ricostruttiva del sistema, all'autorità di emissione – la linea di indirizzo ermeneutico tracciata nella norma di esordio (articolo 1) del Decreto Legislativo n. 108 del 2017, là dove si impone il "rispetto dei principi dell'ordinamento costituzionale e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e di giusto processo": norma che, in virtù della sua collocazione e del suo contenuto di principio generale, connota l'intera dinamica applicativa dei meccanismi di funzionamento della forma di cooperazione giudiziaria che deve essere reciprocamente offerta e richiesta in tema di circolazione della prova nello spazio territoriale Europeo, come si evince dal richiamo – esplicitamente o implicitamente – operato a quegli stessi principii nelle successive disposizioni di cui all'articolo 4 comma 2, articolo 10, comma 1, lettera e) (per la fase cd. "passiva") e 33 (per la fase cd. "attiva").

Linea di indirizzo, quella ora indicata, che trova ulteriore conferma nelle generali disposizioni del nuovo Titolo I-bis del Libro XI del codice di rito, così come inseritovi dal Decreto Legislativo 3 ottobre 2017, n. 149, articolo 3, comma 1, lettera a).

Le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle procedure di cooperazione giudiziaria hanno ottenuto, infatti, un preciso riconoscimento nella disposizione di cui all'articolo 696 ter c.p.p., là dove si prevede che è possibile procedere al riconoscimento o all'esecuzione della misura purchè non sussistano "fondatte ragioni" per ritenere che il soggetto possa subire "una grave violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato, dei diritti fondamentali della persona riconosciuti dall'articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea o dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea".

In forza della sedes materiae – la disposizione è infatti inserita tra i principi generali del mutuo riconoscimento di cui al titolo I-bis, a sua volta appendice delle disposizioni di principio di cui al Titolo I del Libro XI – e del suo ampio contenuto di garanzia dei diritti fondamentali, l'articolo 696 ter, è in grado di irradiare i suoi effetti sull'insieme degli strumenti normativi di mutuo riconoscimento che costituiscono oggetto dei nuovi rapporti inter-giurisdizionali fra le competenti autorità degli Stati membri dell'Unione Europea, ivi compresa, dunque, la nuova procedura di cooperazione basata sull'o.i.e. (Sez. 6, n. 8320 del 31/01/2019, Creo, cit.).

Ciò posto, deve rilevarsi come, nel caso in esame, non vi sia traccia in atti di un decreto motivato di riconoscimento emesso dal P.M. secondo le forme disciplinate dalle richiamate disposizioni normative.

È infatti rinvenibile unicamente la conferma della ricezione dell'o.i.e. emesso dall'Autorità richiedente, della quale il P.M. richiesto dell'esecuzione ha dato comunicazione in data 28 marzo 2018 nell'apposito modulo (Allegato B del decreto legislativo citato) che l'Autorità competente dello Stato di esecuzione è tenuta a compilare e trasmettere ai sensi dell'articolo 6, comma 1, Decreto Legislativo cit.. Adempimento materiale, questo, che si concreta nella redazione di un atto dal contenuto prefissato e con finalità meramente informativa in ordine ai dati indicativi dell'o.i.e. e dell'Autorità emittente e ricevente, ivi accompagnati dalla data di ricezione dell'ordine Europeo e dalla sottoscrizione dell'organo ricevente, oltre che, se del caso, da eventuali elementi informativi utili all'Autorità di emissione.

Atto, quello or ora richiamato, che per le ragioni dianzi esposte deve ritenersi del tutto autonomo e distinto dal decreto motivato di riconoscimento che il P.M. avrebbe dovuto invece adottare, ai sensi

dell'articolo 4, comma 1, Decreto Legislativo cit., entro il termine di trenta giorni dalla ricezione dell'ordine di indagine.

È di contro rinvenibile, in atti, unicamente un decreto di perquisizione e contestuale sequestro emesso dal P.M. in data 19 aprile 2018 in esecuzione dell'o.i.e. emesso dall'Autorità tedesca. Nella motivazione di tale decreto è riportata la contestazione dei delitti ipotizzati a carico del ricorrente nell'ambito dell'indagine estera e si dà conto del fatto che lo stesso è stato adottato in esecuzione dell'ordine ivi emesso, con l'indicazione della natura e dell'oggetto delle relative attività di acquisizione probatoria ai sensi degli articoli 252 e 253 c.p.p..

Al riguardo, per vero, l'ordinanza impugnata pone in evidenza il fatto che nel corpo del decreto emesso dal P.M. non sia ricavabile, anche solo in termini negativi, "la parte motivazionale ad hoc afferente il giudizio di "riconoscimento"" richiesto dall'articolo 4 cit. ai fini della verifica dei requisiti formali e sostanziali dell'o.i.e., non risultando sufficiente, a tal fine, per la sua genericità ed onnicomprensività, un "succinto" richiamo all'ordine ed ai suoi allegati.

Al contempo osserva, tuttavia, che la rilevata evenienza formale di per sè non costituisca un motivo di rifiuto o di restituzione dell'o.i.e. ai sensi dell'articolo 10, "nè un'ipotesi di nullità dell'atto interno del P.M. di recepimento ed esecuzione dell'OEI", muovendo dall'assunto che il Decreto Legislativo n. 108 del 2017, non avrebbe introdotto alcuna "speciale" ipotesi di invalidità, anche in relazione al principio di tassatività previsto dall'articolo 177 c.p.p..

Siffatta impostazione ricostruttiva, secondo quanto correttamente dedotto dal ricorrente, si pone in contrasto insanabile, come già sopra rilevato, con le implicazioni sottese al chiaro ambito di operatività del principio generale stabilito, per le forme e gli effetti dei provvedimenti giudiziari, dall'articolo 125 c.p.p., comma 3.

Essa, inoltre, confonde il decreto di riconoscimento con gli atti di indagine e di assunzione della prova che costituiscono l'oggetto della richiesta avanzata dall'Autorità di emissione con l'o.i.e., ed alla cui esecuzione solo successivamente si provvede, ex articolo 4, comma 2, Decreto Legislativo cit., proprio in forza della motivata valutazione positiva precedentemente espressa dal P.M..

Sulla base delle su esposte considerazioni, dunque, il P.M., a norma dell'articolo 4, comma 4, secondo inciso, del Decreto Legislativo n. 108 del 2017, doveva comunicare al difensore il decreto di riconoscimento dell'o.i.e. al momento in cui erano stati compiuti gli atti di perquisizione e sequestro, o "immediatamente dopo", proprio al fine di consentire all'indagato e al suo difensore di proporvi opposizione dinanzi al G.i.p. ai sensi dell'articolo 13, comma 7, Decreto Legislativo cit.

Gli atti di indagine richiesti dallo Stato di emissione, di contro, sono stati eseguiti in assenza di un motivato decreto di riconoscimento.

La comunicazione tempestiva del decreto di riconoscimento dell'o.i.e. è finalizzata, come dianzi osservato, a consentire alla parte interessata la possibilità di tutelarsi eccependo immediatamente la presenza di eventuali motivi di rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione, ovvero l'assenza di proporzionalità dell'attività richiesta, ed ottenere di conseguenza, in caso di annullamento del decreto, il blocco stesso della esecuzione dell'ordine di indagine (ex articolo 13, comma 6), o comunque della ulteriore trasmissione dei risultati di prova acquisiti, se l'esecuzione è ancora in corso.

Il decorso della procedura di esecuzione dell'o.i.e. in assenza di una rituale comunicazione del decreto di riconoscimento ai sensi dell'articolo 4, comma 4, Decreto Legislativo cit. determina un duplice effetto negativo in violazione dei diritti della difesa: non consente alla parte interessata di contestare, attraverso l'unico rimedio impugnatorio esperibile con l'atto di opposizione (seguito, se del caso, dal ricorso in cassazione per violazione di legge), la presenza di eventuali ragioni ostative all'esecuzione degli atti richiesti con l'o.i.e., nè le consente di impedire, nell'ipotesi in cui la procedura di impugnazione sia prontamente definita con l'accoglimento dell'opposizione, la trasmissione di tutta o di buona parte dei risultati di prova in tal modo acquisiti sul territorio dello Stato dalla richiedente autorità dello Stato membro di emissione.

Al riguardo, invero, l'articolo 14, comma 4, della direttiva 2014/41/UE stabilisce in linea generale che i termini di impugnazione devono essere applicati dagli Stati membri in modo da garantire che il diritto all'impugnazione possa essere esercitato efficacemente dalle persone interessate, secondo una regola di equivalenza dei termini previsti in casi interni analoghi.

Se è vero, inoltre, che le modalità di riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti giudiziari e delle decisioni di altri Stati membri UE devono essere "idonee ad assicurare la tempestività e l'efficacia" (articolo 696 octies c.p.p.), è pur vero, sotto altro ma connesso profilo, che il sindacato al ri-

guardo esperibile dalle autorità di esecuzione deve “in ogni caso” assicurare il rispetto dei principi fondamentali dell’ordinamento giuridico dello Stato (articolo 696 quinquies c.p.p.).

Né, sulla base delle su esposte considerazioni, è possibile ritenere, diversamente da quanto prospettato nell’impugnata ordinanza, una condizione di sostanziale equipollenza fra le attività legate all’adozione e alla successiva comunicazione del decreto di riconoscimento, da un lato, e gli effetti ricollegabili, dall’altro, ad una eventuale trasposizione dell’o.i.e. emesso dall’autorità estera, sia che essa avvenga in forma parziale, o addirittura integrale, nel “corpo” del decreto di perquisizione e sequestro adottato dall’autorità che provvede all’esecuzione: si confonderebbero, in tal modo, atti governati da presupposti, funzioni, finalità e rimedi impugnatori del tutto diversi, sovrapponendo il controllo – non meramente formale, ma sostanziale – che l’autorità di esecuzione deve svolgere sulla legittima circolazione della cd. “Eurordinanza”, dunque sulla stessa condizione giustificativa dell’impulso dato alla procedura di cooperazione, con la legittima esecuzione degli atti di indagine o di assunzione probatoria che costituiscono, propriamente, l’oggetto della richiesta ivi formulata e previamente “riconosciuta”.

Il decreto di riconoscimento dell’o.i.e. avente ad oggetto il sequestro a fini di prova può essere impugnato, come si è visto, attraverso un’opposizione presentata al G.i.p. a norma dell’articolo 13, comma 7, Decreto Legislativo cit., mentre i verbali degli atti d’indagine specificamente compiuti, ed ai quali il difensore dell’indagato ha il diritto di assistere, secondo quanto previsto dalla disposizione di cui all’articolo 4, comma 8, Decreto Legislativo cit., sono depositati nella segreteria del P.M. ai sensi dell’articolo 366 c.p.p., comma 1, cui lo stesso articolo 4, comma 8, formalmente rinvia, in tal guisa consentendo, per gli atti richiesti nell’o.i.e., la esperibilità di mezzi di impugnazione “equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo”, sì come espressamente stabilito dall’articolo 14, par. 1, direttiva cit..

È dunque evidente che solo il mezzo di impugnazione previsto dall’articolo 13 Decreto Legislativo cit. integra lo strumento riconosciuto dall’ordinamento all’indagato per sindacare la legittimità del decreto di cui all’articolo 4, comma 1, Decreto Legislativo cit., non anche la eventuale richiesta di riesame proponibile avverso il decreto di perquisizione e sequestro, ossia nei confronti di un atto del tutto diverso, l’atto di indagine propriamente inteso, in ordine al quale ben differenti sono i parametri di censura e di valutazione da parte del Tribunale in tal modo adito (cfr. Sez. 3, n. 04244 del 29 novembre 2018, non mass.).

Nella stessa circolare diramata il 26 ottobre 2017 dal Ministero della giustizia in tema di attuazione della direttiva relativa all’o.i.e. si pone in evidenza, al riguardo, che la coppia concettuale riconoscimento/esecuzione segnala, nella norma interna di attuazione, la persistenza della funzione di controllo da parte dell’autorità giudiziaria di esecuzione e che l’eliminazione dell’*exequatur* non ha affatto comportato “l’abolizione della verifica di una serie di requisiti formali e sostanziali la cui insussistenza dovrà dar luogo in prima battuta a interlocuzioni intese all’emenda o all’integrazione dell’OEI da parte dell’autorità emittente; e in caso di mancata integrazione/rettifica, al rifiuto del riconoscimento e dell’esecuzione ai sensi del Decreto Legislativo n. 108 del 2017, articolo 10”.

Ne discende, conclusivamente, che, in tema di esecuzione di un ordine Europeo di indagine “passivo” avente ad oggetto la richiesta di atti di perquisizione e sequestro a fini di prova, il decreto di riconoscimento che il P.M. deve emettere ai sensi dell’articolo 4, commi 1 e 4, Decreto Legislativo cit. non può ritenersi equipollente a un decreto di sequestro probatorio nella cui motivazione si faccia riferimento al contenuto dell’ordine di indagine Europeo emesso dall’Autorità giudiziaria estera.

Sulla base delle su esposte considerazioni s’impone, conclusivamente, l’annullamento senza rinvio dell’ordinanza impugnata.

[*Omissis*]

ROSA MARIA GERACI

Professore associato di Procedura penale – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

Primi disorientamenti interpretativi in tema di OEI: la Cassazione interviene sulle corrette modalità del giudizio di riconoscimento

*First misinterpretations about EIO:
the Cassation clarifies right recognition procedure*

Le prime decisioni di merito sull'OEI denotano un evidente disallineamento rispetto alla *ratio* ed al tenore letterale della disciplina dettata in materia tanto dal d.lgs. n. 108/2017 che dalla direttiva 2014/41/UE. In particolare, è quanto si verifica con riferimento al giudizio di riconoscimento dell'ordine effettuato dal pubblico ministero, di cui vengono svilite portata e funzione, ammettendosene l'effettuazione "in via di mero fatto".

La Corte di legittimità reagisce con forza a tali disorientamenti interpretativi, richiamando la corretta configurazione degli istituti coinvolti e l'esatto ambito applicativo degli stessi.

First trial decisions about OEI denote a clear misalignment with reference to the purpose and the rules established by d.lgs. n. 108/2017 and directive 2014/41/UE. Specifically, it is what happens with regard to recognition procedure by public prosecutor, whose scope and function are devaluated, allowing a recognition of the order "by fact".

The Cassation strongly reacts to these misinterpretations, clarifying the right configuration and the exact scope of the institutions involved.

PREMESSA

Sin dai primi interventi in tema di ordine europeo di indagine (OEI) la Corte di legittimità è stata chiamata ad esercitare in modo significativo il suo ruolo di custode dell'ortodossia interpretativa del dato normativo, chiarendo la portata ed il corretto ambito di applicazione delle disposizioni di cui al d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108¹, che, in attuazione della direttiva 2014/41/UE², ha introdotto il menzionato istituto nel nostro ordinamento.

¹D.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, in *G.U.*, 13 luglio 2017, n. 162. Su tale disciplina, tra i numerosi contributi, si v. in dottrina G. Barrocu, *La Cooperazione investigativa in ambito europeo*, Cedam, Padova, 2017, p. 251 ss.; R. Belfiore, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 400 ss.; M. Caianiello, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, *ivi*, 2018, p. 2197 ss.; L. Camaldo, *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero*, *ivi*, 2017, p. 4196 ss.; A. Cisterna, *Un passo importante per omologare le investigazioni UE*, in *Guida dir.*, 2017, n. 40, p. 31 ss.; Id., *Una serie di regole che perfezionano gli atti di indagine*, *ivi*, 2017, n. 40, p. 37 ss.; M. Daniele-R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, Torino, 2018; M. Daniele, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, 28 luglio 2017; G. De Amicis, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 22 ss.; R. E. Kostoris, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1437 ss.; A. Mangiaracina, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 158 ss.; M. R. Marchetti-E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2019; F. Ruggieri (a cura di), *Processo penale e regole europee*, II, Giappichelli, Torino, 2018; Ead., *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale: l'ordine europeo di indagine penale*, in *questa rivista*, 2018, n. 1, p. 131 ss.; E. Selvaggi, *L'ordine europeo di indagine – EIO: come funziona?*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 44 ss.; M. Trogu, *Ordine europeo di indagine penale*, in A. Marandola (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 1004 ss.

²Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, in *G.U.U.E.*, 1° maggio 2014, L 130/1. *Ex plurimis*, sulla fonte europea, si v. in dottrina, G. Barrocu, *La Cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., p. 191 ss.; R. Belfiore, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3288 ss.; T. Bene-L. Lupària-L. Mara-

Le prime decisioni di merito relative al nuovo strumento di cooperazione giudiziaria si sono connotate, infatti, per un non irrilevante disallineamento rispetto alla *ratio* ed all'inequivoco tenore letterale sia della normativa interna che di quella europea, segnando di fatto una non corretta applicazione delle stesse.

Terreno ricorrente di tale tendenza si è da subito rivelato quello relativo alla procedura di "riconoscimento" dell'eurordine, snodo, invero, di fondamentale importanza nell'ambito dell'economia della nuova regolamentazione, poste le rilevanti implicazioni che ne conseguono.

La pronuncia in commento ne è un esempio paradigmatico.

IL CASO

Nell'ambito di un procedimento relativo a reati in materia di evasione fiscale, la Procura della Repubblica di Bielefeld (Germania) emetteva un OEI per il compimento di attività istruttorie nel nostro Paese (segnatamente, perquisizione e sequestro di oggetti e documentazione).

A fronte di tale istanza di assistenza, l'autorità giudiziaria italiana provvedeva senza aver previamente effettuato il necessario vaglio di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 108/2017: nessun provvedimento formale di riconoscimento dell'ordine era infatti rintracciabile in atti, con la ovvia conseguenza che nessuna comunicazione dello stesso era stata mai inviata alla difesa.

Si rinveniva, invece, unicamente la conferma – indirizzata all'autorità emittente attraverso l'apposito modulo *standard*³ – dell'avvenuta ricezione dell'ordine, in linea con quanto statuito dall'art. 6 del citato decreto.

In sostanza, si era quindi verificato una sorta di "riconoscimento di fatto" dell'OEI, prescindendosi dall'adozione di un decreto *ad hoc*, adeguatamente motivato e debitamente notificato al difensore della persona indagata, come statuito dall'art. 4, comma 4 cit.

Peraltro, pur dando atto di tali circostanze, riconoscendo – diversamente da quanto sostenuto dall'organo requirente – che nemmeno nel corpo del decreto di perquisizione e sequestro era possibile rinvenire la motivazione del menzionato giudizio di riconoscimento, anche il Giudice per le indagini preliminari provvedeva ad una svalutazione dell'importanza dell'adempimento *de quo*.

Investito dell'opposizione ai sensi dell'art. 13 d.lgs. n. 108/2017 avverso detto provvedimento, tale organo affermava infatti che la carenza in questione – definita mera "evenienza formale" – non poteva integrare un'ipotesi di nullità, posta l'assenza al riguardo, nel *corpus* normativo di disciplina dell'OEI, di una comminatoria di invalidità di ordine speciale.

Di contrario avviso la difesa, che adiva la Corte di cassazione deducendo, con riferimento alle descritte modalità di riconoscimento per *facta concludentia* dell'ordine, violazioni di legge e mancanza di motivazione ex artt. 4 d.lgs. n. 108/2017, 178, comma 1, lett. c), c.p.p. e 125, comma 3, c.p.p.

Si sosteneva, conseguentemente, la nullità, se non addirittura l'abnormità, del provvedimento *de quo*, in grado di inficiare la validità di tutti gli atti consecutivi, ivi compreso il decreto di perquisizione e sequestro emesso dal p.m. su richiesta dell'autorità giudiziaria estera.

GLI ANTECEDENTI

Non si tratta, invero, del primo arresto giurisprudenziale volto a svilire la portata e la funzione del meccanismo di riconoscimento dell'ordine europeo di indagine penale.

Con una pronuncia di poco anteriore⁴, i giudici di legittimità sono dovuti intervenire a censurare la

fioti (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2016; M. Caianiello, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *questa rivista*, 2015, n. 3, p. 1 ss.; L. Camaldo-F. Cerqua, *La direttiva sull'Ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3522 ss.; M. Daniele, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, n. 4, p. 86 ss.; A. Tinoco Pastrana, *L'ordine europeo di indagine penale*, in *questa rivista*, 2017, n. 2, p. 346 ss.; F. Siracusa, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, p. 275 ss.

³Si tratta del modulo di cui all'Allegato B del d.lgs. n. 108/2017.

⁴Cass., Sez. VI, sent. 31 gennaio 2019, n. 8320, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 marzo 2019, con nota di M. Daniele, *Ordine europeo di indagine e ritardata comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento: una censura della Cassazione*.

ritardata comunicazione alla difesa del provvedimento – in quel caso sì esistente – adottato ai sensi dell'art. 4 cit.

Più precisamente, nell'ipotesi in questione – relativa sempre ad un OEI di matrice tedesca volto al compimento in Italia di perquisizioni e sequestri – il pubblico ministero competente, dopo aver adottato il decreto di riconoscimento dell'ordine, aveva direttamente provveduto al compimento delle attività sollecitate, adempiendo ai correlati oneri informativi a favore della difesa a più di un mese di distanza dall'effettuazione delle stesse, in spregio a quanto previsto dalla normativa in materia.

Ai sensi dell'art. 4, comma 4 d.lgs. n. 108/2017, infatti, allorché – come nel caso degli atti istruttori sollecitati – la disciplina interna preveda il diritto del difensore di assistere al loro compimento senza previo avviso, il provvedimento di riconoscimento dell'ordine deve essere comunicato «al momento in cui l'atto è compiuto», o quantomeno, «immediatamente dopo»⁵.

È questo un adempimento di grande rilievo, specificamente volto a tutelare la parte interessata, decorrendo dallo stesso termine di cinque giorni per presentare un'opposizione al G.i.p. con cui contestare la possibilità di dar corso alle attività sollecitate, facendo valere l'eventuale sussistenza di ragioni ostative al riconoscimento o all'esecuzione delle stesse, ovvero l'assenza di proporzionalità, o ancora la loro contrarietà ai principi fondamentali del Paese ricevente, bloccando così l'esecuzione dell'ordine ovvero la trasmissione dei risultati di quanto già compiuto (art. 13 cit.)⁶.

La comunicazione tardiva del decreto di riconoscimento dell'OEI adottato dall'organo requirente, al contrario, risolvendosi in un ostacolo alla possibilità di reazione dell'indagato e del suo difensore avverso lo stesso, come riconosciuto dalla Corte di legittimità, determina una lesione delle prerogative difensive, integrando quindi una nullità a regime intermedio ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p.⁷.

IL RICONOSCIMENTO DELL'OEI

I delineati disorientamenti interpretativi registratisi nella giurisprudenza di merito impongono una riflessione sulla procedura di riconoscimento delineata all'art. 4 del d.lgs. n. 108/2017.

Come è noto, l'ordine europeo di indagine costituisce un nuovo strumento di assistenza giudiziaria specificamente volto ad ovviare ai *deficit* di efficienza del sistema rogatorio, che sostituisce nell'area dello spazio comune europeo.

Esso, conformemente all'impostazione tradizionale in materia, si articola in una fase attiva ed in una passiva, a seconda che il nostro Paese sia il propulsore ovvero il recettore dell'istanza di cooperazione con l'estero.

Non trattandosi di un meccanismo di mutuo riconoscimento “puro”⁸, nella seconda delle eventuali-

⁵ Piuttosto difficile risulta in concreto l'individuazione del difensore cui spetta la comunicazione in discorso. L'assenza al riguardo di puntuali indicazioni normative – tanto nella direttiva quanto nella disciplina di attuazione – potrebbe indurre a ritenere che si tratti del professionista straniero impegnato nel processo in corso nel Paese emittente. Evidente la problematicità di siffatta conclusione, che si tradurrebbe in un mero “simulacro” di difesa a causa delle difficoltà logistiche, linguistiche, di tempistica (si pensi alla comunicazione relativa ad atti cui il difensore ha diritto di partecipare senza preventivo avviso). Di qui, la conclusione per cui in tali ipotesi andrebbe nominato un difensore d'ufficio prontamente reperibile (T. Rafaraci, *Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione*, in M. R. Marchetti-E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 304; R. Belfiore, *Su alcuni aspetti*, cit., pp. 404-405), posto che l'indagato dovrebbe essere considerato privo del difensore, in quanto sprovvisto del patrocinio di un legale abilitato all'esercizio della professione forense nel territorio dello Stato (E. Lorenzetto, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine*, in M. R. Marchetti-E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 352 s.). Nel senso dell'inadeguatezza di tale soluzione a «garantire pienamente l'effettività della difesa tecnica», v. A. Mangiaracina, *Il procedimento di esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, in M. Daniele-R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 113. Per la tesi secondo cui la dir. 2013/48/UE sulla c.d. *dual defence* nel procedimento di esecuzione del MAE, recepita con il d.lgs. n. 184/2016, «ha una portata ampia e complessiva che si riferisce a qualsiasi strumento di mutuo riconoscimento che in avvenire verrà in essere nel diritto europeo», con conseguente applicazione «senza dubbio anche all'ordine di investigazione europeo», cfr. E. Selvaggi, *Soddisfatte anche tutte le garanzie in tema d'informazione*, in *Guida dir.*, 2016, n. 43, p. 73.

⁶ Nel senso della stretta connessione tra comunicazione del decreto di riconoscimento ed esercizio del potere di impugnare, cfr. E. Lorenzetto, *I diritti della difesa*, cit., pp. 351-352.

⁷ Cass., Sez. VI, sent. 31 gennaio 2019, n. 8320, cit.

⁸ Come efficacemente da subito messo in rilievo in dottrina, il nuovo istituto si connota, infatti, per una natura in un certo

tà menzionate, lungi dal darsi automaticamente corso alla richiesta ricevuta, occorre invece procedere preliminarmente ad un vaglio della stessa, onde verificarne la possibilità di esecuzione.

Entro trenta giorni dalla sua ricezione – ovvero entro il diverso termine, comunque non eccedente i sessanta giorni, indicato dall'autorità emittente – il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto in cui gli atti devono essere compiuti⁹ procede ad un controllo preliminare sulla stessa possibilità di ottemperare all'assistenza richiesta, verificando la compatibilità giuridica degli atti sollecitati, che devono presentare determinati requisiti formali e sostanziali.

È questo fondamentalmente un giudizio sull'ammissibilità della domanda di cooperazione, funzionale anche al dialogo tra le autorità giudiziarie coinvolte nella procedura di assistenza¹⁰

L'organo requirente deve, infatti, innanzitutto verificare che non ricorra nessuna delle condizioni ostative contemplate agli artt. 2, comma 1, lett. a), 7, 9, commi 1, 2 e 3 e 10 del d.lgs. n. 108 del 2017: ordine emesso da un organo diverso dall'autorità giudiziaria o da questa non convalidato, contenuto incompleto o riportante informazioni erranee o non corrispondenti al tipo di atto richiesto, mancato rispetto del divieto di *bis in idem*, del principio di doppia incriminazione¹¹, di condizioni di immunità, del canone di proporzionalità, degli obblighi sanciti dall'art. 6 TUE e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, esistenza di un pregiudizio per la sicurezza nazionale¹².

Nell'ipotesi in cui dovesse riscontrarsi la sussistenza di una delle menzionate evenienze impeditive, non ne consegue l'immediato rifiuto dell'esecuzione, potendosi invece avviare una "interlocuzione costruttiva" con l'autorità richiedente, volta ad emendare, correggere, integrare i difetti riscontrati, addivenendo alla reiezione del riconoscimento e dell'esecuzione dell'OEI solo in caso di mancato adeguamento o rettifica.

Ove nessuna problematica venga, invece, riscontrata, ovvero, si sia provveduto a risolvere quelle eventualmente profilatesi, si procede con il riconoscimento dell'ordine¹³, atto formale dalle implicazio-

senso "ibrida" (M. Caianiello, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3 s. e F. Siracusano, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 682 ss.), presentando taluni tratti tipici del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed altri caratteristici dell'assistenza giudiziaria tradizionale. Tra i primi possono essere annoverati l'instaurazione di rapporti diretti tra autorità giudiziarie, lo svilimento del ruolo dell'autorità politica, la *standardizzazione* del contenuto, la contrazione del vaglio sulla doppia punibilità, la scomparsa della clausola di rifiuto incentrata sulla territorialità, l'obbligo di esecuzione in caso di richiesta di prove precostituite o non comportanti coercizione, la previsione di termini piuttosto stringenti entro cui dar corso alla cooperazione sollecitata; tra i secondi possono invece ascrivere la previsione di non pochi motivi di rifiuto dell'esecuzione (peraltro resi obbligatori dalla normativa interna di attuazione, laddove la direttiva europea li contempla come meramente facoltativi), l'applicazione combinata dei criteri *lex fori-lex loci*, la possibilità di forme partecipate di esecuzione comportanti il coinvolgimento dell'autorità emittente.

⁹ Il Procuratore della Repubblica individuato su base distrettuale assume un ruolo di primo piano nell'ambito della nuova procedura, vedendosi attribuite funzioni che nel vecchio sistema rogatorio erano di competenza della Corte d'appello. È questa una novità coerente con la linea evolutiva che ha caratterizzato in generale la materia della cooperazione giudiziaria (si v. l'art. 8, comma 1 ss. d. lg. 5 aprile 2017, n. 52, nonché l'art. 724 c.p.p., come modificato dal d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, che ha riformato il Libro XI del codice di procedura penale), e che si spiega alla luce di intenti economico-acceleratori: si vuole, cioè, valorizzare il ruolo dei soggetti ordinariamente investiti dei compiti investigativi, come tali, i più idonei a cogliere collegamenti tra indagini in corso all'estero e indagini in corso o da intraprendere in Italia, e i più attenti a sfruttare al meglio le occasioni di scambio informativo con l'autorità straniera e a promuovere la costituzione di squadre investigative comuni. Sul punto, si v. la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo*, emessa dal Dipartimento per gli Affari di Giustizia Direzione Generale della Giustizia penale del 26 ottobre 2017, in *Cass. pen.*, 2018, p. 60; in senso critico, si v. P. Spagnolo, *I presupposti e i limiti dell'ordine di indagine europeo nella procedura passiva*, in M. R. Marchetti-E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 267, nonché, sia pure con riferimento alla riforma in materia di rogatorie, M. R. Marchetti, *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1546 s.

¹⁰ Cfr. la *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE*, cit., p. 63.

¹¹ Fatte salve le eccezioni espressamente contemplate (cfr. artt. 9, comma 5 e 11 d.lgs. n. 108/2017).

¹² Si tratta, all'evidenza, di valutazioni particolarmente delicate, che forse avrebbero reso più opportuno il relativo affidamento alla ponderazione dell'organo giudiziale e che, in ogni caso – come evidenziato in dottrina – esigono una «rinforzata sensibilità», in modo tale da «conservare al riconoscimento effettiva autonomia». In particolare, occorrerà evitare che il giudizio in questione «finisca per assumere un ruolo sostanzialmente "gregario" rispetto alle istanze dell'assistenza investigativa e/o del coordinamento investigativo transnazionale, alle quali la procura distrettuale non può non essere istituzionalmente rivolta» (T. Rafaraci, *Il procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione*, cit., p. 297).

¹³ Da notare che, ove dall'esecuzione dell'OEI possa conseguire un pregiudizio per le indagini preliminari o per un processo già in corso, il procuratore distrettuale può disporre il rinvio del riconoscimento per il tempo necessario (art. 14, comma 1, d.lgs. n. 108/2017).

ni sostanziali: adottato dal Procuratore della Repubblica con apposito decreto motivato, lo stesso deve essere comunicato al difensore dell'indagato con le modalità e secondo le scadenze temporali previste dalla disciplina nazionale per lo specifico atto in questione.¹⁴ Nel caso in cui la normativa interna preveda solo il diritto del difensore di assistere al compimento dell'atto, senza preventivo avviso, la predetta comunicazione deve avvenire al momento in cui l'atto è compiuto, ovvero, immediatamente dopo (art. 4, comma 4)¹⁵.

L'OPPOSIZIONE INNANZI AL G.I.P.

Il suddetto obbligo informativo costituisce un adempimento di fondamentale importanza, strumentale alla tutela dell'indagato: dalla sua effettuazione decorre, infatti, come detto, il termine di cinque giorni concesso a questi ed al suo difensore per presentare opposizione al G.i.p. avverso il decreto di riconoscimento dell'O.E.I.¹⁶ (art. 13 d.lgs. n. 108/2017)¹⁷.

È questa una rilevante novità rispetto alla vecchia disciplina rogatoria: mentre quest'ultima non contemplava alcun rimedio avverso la decisione (positiva o negativa che fosse) della Corte di appello sull'*exequatur*¹⁸, la nuova normativa consente l'esperibilità di un'impugnazione *ad hoc* avverso il decreto adottato ai sensi dell'art. 4 cit., con tutta probabilità in considerazione del fatto che a pronunciare tale provvedimento – ulteriore, rilevante novità del nuovo assetto normativo – è il pubblico ministero, ossia una parte¹⁹, e non un organo giudicante (come avveniva, appunto, in passato con riferimento alle rogatorie), ragion per cui è opportuno consentire un sindacato giurisdizionale sullo stesso.

Si tratta, sostanzialmente, di un controllo *ex ante*, ossia antecedente al compimento degli atti richiesti con l'ordine, o comunque, al trasferimento allo Stato estero dei risultati ottenuti con gli stessi²⁰. Esso ha ad oggetto la ricevibilità in sé della domanda di assistenza e la possibilità di darvi corso, dovendo, perciò stesso, essere declinato alla luce delle medesime ragioni concernenti la riconoscibilità dell'ordine,

¹⁴ Come osserva C. Parodi, *Ordine d'indagine europeo. Sui tempi necessari per garantire il diritto di difesa*, in *Il Penalista.it*, 7 marzo 2019, «non tutti gli OEI impongono una comunicazione del decreto al difensore. In molti casi la richiesta ha per oggetto attività funzionali all'individuazione del soggetto che sarà – in seguito – indagato [...], cosicché non appare identificabile il potenziale destinatario della comunicazione stessa».

¹⁵ La norma mira a garantire il diritto di difesa: ne consegue, quindi, che l'avviso successivo al compimento dell'atto dovrebbe essere considerato legittimo solo in caso di oggettiva impossibilità di un suo invio contestuale (M. Trogu, *Ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 1023).

¹⁶ Nessuna forma di controllo, invece, è prevista nei confronti della decisione che neghi il riconoscimento. Al riguardo, in senso critico, si v. M. Trogu, *Ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 1048, secondo cui tale scelta «non si adatta bene né al ruolo di parte» del procuratore della Repubblica, «né alla necessità, per lo Stato, di assicurare un elevato livello di cooperazione giudiziaria in seno all'Unione europea».

¹⁷ L'opponibilità del riconoscimento è, dunque, correlata ai casi in cui ne è prevista la comunicazione al difensore dell'indagato. Conseguentemente, nell'ipotesi di compimento di atti cui il difensore non ha diritto di assistere, non essendo il relativo riconoscimento oggetto di comunicazione, il rimedio *ex art. 13 cit.* è precluso. La stessa conclusione vale per l'eventualità in cui – richiedendolo l'autorità emittente o esigendolo la normativa interna – ai fini esecutivi sia necessario l'intervento del G.i.p. *ex art. 5*. In tal caso, dovendo lo stesso organo giudicante provvedere alla verifica delle condizioni per il riconoscimento dell'ordine, le parti possono interloquire con questi, avanzando apposita richiesta volta a far rilevare la sussistenza di eventuali condizioni ostative, ed ottenere il conseguente annullamento del decreto adottato dal Procuratore della Repubblica (sul punto, si v. E. Lorenzetto, *L'assetto delle impugnazioni*, in M. Daniele-R. E. Kostoris (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 165, che qualifica tale ipotesi, regolata dall'art. 13 commi 5 e 6, come "annullamento su richiesta", distinguendola dalla "opposizione-base" regolata dai commi 1 e 4, e dalla "opposizione in ipotesi di sequestro probatorio" disciplinata dal comma 7 della medesima disposizione).

¹⁸ Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, che ammetteva solo la possibilità di esperire l'incidente di esecuzione avverso gli atti compiuti in esecuzione di una rogatoria, sempre che tale rimedio non si fondasse sulla contestazione della decisione di *exequatur*, ma avesse ad oggetto solo le questioni inerenti all'esistenza del titolo esecutivo, o le condizioni costitutive, modificative o estintive dello stesso (Sez. IV, 6 ottobre 1994, n. 1348, in *C.E.D. Cass.*, n. 200970-01; Sez. IV, 16 maggio 1995, n. 1755, *ivi*, n. 201880-01; Sez. III, 14 aprile 1999, n. 1365, *ivi*, n. 214502-01; Sez. I, 29 novembre 2006, n. 40415, *ivi*, n. 235420-01; Sez. II, 7 novembre 2011, n. 43247, *ivi*, n. 220611-01).

¹⁹ L'organo requirente, peraltro, provvede senza sentire la difesa.

²⁰ Posto che la comunicazione del decreto di riconoscimento può essere non solo previa, ma anche contestuale o immediatamente successiva all'esecuzione degli atti richiesti con l'OEI.

già oggetto del sindacato effettuato dal Procuratore della Repubblica (artt. 2, comma 1, lett. a), 7, 9, commi 1, 2 e 3 e 10, d.lgs. n. 108/2017)²¹.

Caratteristiche precipue del rimedio in discorso appaiono la limitata legittimazione all'attivazione (riconosciuta solo all'indagato ed al suo difensore), l'assenza di celebrazione di alcuna udienza (essendo il G.i.p. solo tenuto a sentire – evidentemente in forma cartolare – il procuratore della Repubblica²²) e l'inoppugnabilità della decisione conclusiva.

Tali profili procedurali subiscono delle variazioni nell'eventualità in cui l'OEI abbia ad oggetto un sequestro probatorio.

In tal caso, infatti, l'opposizione in parola presenta talune peculiarità: una legittimazione all'impugnazione più ampia (riconosciuta non solo all'indagato o imputato ed al suo difensore, ma anche alla persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati e a quella che avrebbe diritto alla loro restituzione²³), la celebrazione di un'udienza in forma camerale *ex art. 127 c.p.p.*²⁴, e la possibilità di attivazione del ricorso di legittimità per violazione di legge avverso la decisione conclusiva (art. 13, comma 7).

In ogni caso, comunque, l'eventuale accoglimento dell'opposizione produce un effetto "inibitorio" sull'ulteriore corso della procedura di assistenza, implicando l'annullamento del decreto di riconoscimento e, dunque, l'impossibilità di procedere all'esecuzione dell'ordine, ovvero – se già eseguito – di provvedere al trasferimento dei risultati degli atti posti in essere.

CONCLUSIONI

Se ne ricava, dunque, il ruolo essenziale, in chiave di tutela delle prerogative difensive, del riconoscimento, che, da un lato, deve essere *espresso ed adeguatamente motivato* e, dall'altro, deve essere *tempestivamente* notificato alla difesa.

Da queste due variabili dipende l'effettiva possibilità di reazione dell'indagato alle determinazioni del suo antagonista processuale.

Evidente, infatti, che l'omissione di un esplicito giudizio *ex art. 4 cit.* – ritenuto compiuto in via di mero fatto – ovvero la sua tardiva comunicazione arrecano un inaccettabile *vulnus* alla posizione della difesa, privandola della possibilità di una pronta ed incisiva reazione a quello che – implicito o espresso – è pur sempre un atto di parte, su cui quanto mai opportuna è l'attivazione di un vaglio giurisdizionale.

Per tali ragioni, come riconosciuto del resto anche dalla Suprema corte, la comunicazione del provvedimento di riconoscimento *ex art. 4, comma 4, cit.*, non può ammettere "equipollenti".

Da un lato, non può infatti ritenersi equivalente alla stessa «la eventuale trasposizione dell'o.i.e. emesso dall'autorità estera, sia essa in forma parziale o addirittura integrale, nel "corpo" del decreto di perquisizione e sequestro adottato dall'autorità che provvede all'esecuzione», posto che «si confonderebbero, in tal modo, atti governati da presupposti, funzioni, finalità e rimedi impugnatori del tutto diversi»: «il controllo – non meramente formale, ma sostanziale – che l'autorità di esecuzione deve svol-

²¹ In questo senso v. pure, in giurisprudenza, Cass., Sez. VI, 31 gennaio 2019, n. 8320, cit.; Id., sez. III, 29 novembre 2018, n. 4244, *non massimata*; nel senso, invece, che l'opposizione avrebbe una "valenza globale", potendo sindacarsi anche la legittima esecuzione degli atti compiuti in attuazione dell'OEI, v. Cass., sez. III, 11 ottobre 2019, n. 5940, in *C.E.D. Cass.*, n. 74855-01. Sulla questione, sia consentito rinviare a R. M. Geraci, *Ordine europeo di indagine ricevuto dall'estero e rimedi impugnatori praticabili*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 9.

²² Cfr. G. De Amicis, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine*, cit., p. 33; M. Trogu, *Ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 1049, il quale stigmatizza la mancata previsione di termini entro cui l'organo requirente deve esprimere il suo parere: «la lacuna è grave in quanto l'opposizione non sospende l'esecuzione dell'atto, né la trasmissione della relativa documentazione all'autorità di emissione», ragion per cui «consentire al procuratore di rallentare una possibile decisione contraria alla sua viola apertamente il diritto di difesa».

²³ Tali ultimi soggetti, tuttavia, come osserva E. Lorenzetto, *I diritti della difesa*, cit., p. 352, sono esclusi dal novero dei destinatari della comunicazione del decreto di riconoscimento, riservata solo *ex art. 4, comma 4, cit.*, al difensore dell'indagato: ne consegue che «risulta problematico stabilire quale sia per costoro il veicolo di conoscenza dell'avvenuto riconoscimento e il momento a cui agganciare la decorrenza del termine per l'opposizione».

²⁴ Con riferimento al sequestro probatorio, quindi, il legislatore ha voluto garantire ai vari soggetti interessati una procedura partecipata, in luogo di quella *de plano* prevista per tutti gli altri casi (Cass., sez. VI, 14 febbraio 2019, n. 11491, *non massimata*).

gere sulla legittima circolazione della cd. “eurordinanza”, e dunque, «sulla stessa condizione giustificativa dell’impulso dato alla procedura di cooperazione», verrebbe infatti indebitamente sovrapposto alla «legittima esecuzione degli atti di indagine o di assunzione probatoria che costituiscono, propriamente, l’oggetto della richiesta ivi formulata». ²⁵

Dall’altro, nemmeno può ritenersi equipollente alla comunicazione del riconoscimento la mera conferma all’autorità emittente della ricezione dell’eurordine ai sensi dell’art. 6 d.lgs. n. 108/2017.

Come affermato dalla pronuncia in commento, quest’ultima costituisce infatti un atto «del tutto autonomo e distinto dal decreto motivato di riconoscimento» che il p.m. è tenuto ad adottare entro trenta giorni dalla ricezione dell’OEI, consistendo invece in un semplice «adempimento materiale», assolto attraverso la «redazione di un atto dal contenuto prefissato» e dotato di «finalità meramente informativa in ordine ai dati indicativi dell’o.e.i. e dell’Autorità emittente e ricevente, ivi accompagnati dalla data di ricezione dell’ordine europeo e dalla sottoscrizione dell’organo ricevente, oltre che, se del caso, da eventuali elementi informativi utili all’Autorità di emissione».

Un atto, insomma, “standardizzato”, redatto completando le voci dell’apposito modello di cui all’allegato B del d.lgs. n. 108/2017, dotato di mera valenza informativo-ricognitiva circa l’esito dell’invio, ed estraneo invece a qualunque contenuto logico-esplicativo circa l’evadibilità della richiesta di cooperazione sollecitata.

Sotto altro profilo, poi, non corretta appare l’affermazione compiuta dalla giurisprudenza di merito secondo cui l’omessa adozione di un provvedimento espresso di riconoscimento non integrerebbe un’ipotesi di nullità, stante l’omessa specifica previsione nel corpo del d.lgs. n. 108/2017 di alcuna ipotesi di invalidità di ordine speciale.

Come efficacemente messo in rilievo in dottrina, si tratta di un ragionamento fondato su un «pre-supposto fallace», postulante – fatti salvi i soli specifici ed espressi rinvii alle prescrizioni del codice di rito penale – la tendenziale “autosufficienza” del sistema dell’OEI.

In realtà, lungi dall’essere un assetto “autoconcluso”, quello in questione è un “sistema integrato”, in cui «in mancanza di indicazioni contrarie, devono ritenersi operanti tutte le norme di carattere generale che attengono agli atti processuali penali», categoria tra cui è senza dubbio ricompreso anche il riconoscimento dell’OEI effettuato dal p.m.

Se ne ricava, quindi, «la piena applicabilità dell’art. 125 comma 3 c.p.p., che colpisce con una nullità la mancanza della motivazione dei provvedimenti giudiziari», oltre che «dell’art. 178, lett. c) c.p.p., che ricollega un analogo vizio alle violazioni del diritto di difesa» ²⁶.

In conclusione, pare quindi essersi di fronte ad una pericolosa china intrapresa dalla giurisprudenza di merito, che al tempo stesso stupisce ed allarma: stupisce, in quanto negli ultimi tempi lo stesso legislatore nazionale – a differenza del passato ²⁷– nell’implementazione sul piano interno della disciplina sovraordinata, aveva dimostrato una maggiore aderenza allo spirito ed al testo della stessa; allarma, per l’ulteriore *vulnus* che apporta alle prerogative difensive, già piuttosto penalizzate nel nuovo im-

²⁵ Cass., sez. VI, 31 gennaio 2019, n. 8320, cit., che ha precisato che «il decreto di riconoscimento dell’o.e.i. avente ad oggetto il sequestro a fini di prova può essere impugnato [...] attraverso un’opposizione presentata al G.i.p. a norma dell’art. 13, comma 7 d.lgs. cit., mentre i verbali degli atti di indagine specificamente compiuti, ed ai quali il difensore dell’indagato ha diritto di assistere, secondo quanto previsto dalla disposizione di cui all’art. 4, comma 8, d.lgs. cit., sono depositati nella segreteria del P.M. ai sensi dell’art. 366, comma 1, cod. proc. pen., cui lo stesso art. 4, comma 8 formalmente rinvia, in tal guisa consentendo, per gli atti richiesti nell’o.e.i., la esperibilità di mezzi di impugnazione “equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo”, sì come espressamente stabilito dall’art. 14, par. 1, direttiva cit.». «È dunque evidente che solo il mezzo di impugnazione previsto dall’art. 13 integra lo strumento riconosciuto dall’ordinamento all’indagato per sindacare la legittimità del decreto di cui all’art. 4, comma 1, d.lgs. cit., non anche la eventuale richiesta di riesame proponibile avverso il decreto di perquisizione e sequestro, ossia nei confronti di un atto del tutto diverso, l’atto di indagine propriamente inteso, in ordine al quale ben differenti sono i parametri di censura e di valutazione da parte del Tribunale in tal modo adito (in questo senso, v. pure Cass., sez. III, 29 novembre 2018, n. 4244, cit.).

²⁶ M. Daniele *Il riconoscimento “di fatto” dell’ordine europeo di indagine*, cit.

²⁷ Si pensi alla legge n. 69/2005, di attuazione del MAE, che sotto diversi aspetti “remava contro” i principi fissati nella decisione quadro 2002/584/GAI, contraddicendo per certi versi la stessa filosofia di fondo del nuovo istituto, ispirato al principio del mutuo riconoscimento di cui si cercava di realizzare un significativo ridimensionamento, ad esempio prevedendo inediti motivi di rifiuto della consegna e sostituendo, così alla libera circolazione dei prodotti giudiziari «una circolazione limitata e condizionata» (R. E. Kostoris, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1199).

piano normativo dalla mancata piena *disclosure* degli elementi a base dell'emissione dell'ordine, dall'insussistenza di un efficace sistema di eurodifesa in grado di garantire un tempestivo contatto e coordinamento tra difensori operanti in diversi ordinamenti, dalla problematica attuazione del diritto difensivo all'emissione dell'OEL, tutt'ora costretto negli angusti schemi della "canalizzazione" della richiesta per il tramite dell'autorità requirente, con conseguente pregiudizio in termini di *discovery* delle proprie strategie²⁸.

Forse la spiegazione di simili arresti giurisprudenziali – come messo in evidenza dai commentatori più attenti – è da rinvenire in «certi lassismi in passato tollerati con le rogatorie», giustificati in base alla «comprensibile esigenza di favorire l'efficienza e la rapidità della raccolta delle prove»²⁹, ragion per cui ancora più apprezzabile ed opportuna appare l'opera di argine da subito intrapresa contro tali orientamenti dalla Corte di legittimità, impegnata a richiamare la corretta configurazione teorica degli istituti coinvolti e l'esatto ambito applicativo degli stessi.

²⁸ In argomento, si v. M. Caianiello, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 11.

²⁹ M. Daniele *Il riconoscimento "di fatto" dell'ordine europeo di indagine*, cit.

L'interpretazione adeguatrice non è assimilabile allo *ius superveniens*

CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA 23 GENNAIO 2019, N. 25 – PRES. LATTANZI; REL. AMOROSO

È costituzionalmente illegittimo l'art. 75, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136), nella parte in cui prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti la misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi"; in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), è costituzionalmente illegittimo l'art. 75, comma 1, cod. antimafia, nella parte in cui prevede come reato contravvenzionale la violazione degli obblighi inerenti la misura della sorveglianza speciale senza obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi".

[Omissis]

RITENUTO IN FATTO

1. – La Corte di cassazione, sezione seconda penale, con ordinanza del 26 ottobre 2017, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136), in riferimento agli artt. 25 e 117 della Costituzione – quest'ultimo in relazione all'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, e all'art. 2 del Protocollo n. 4 della stessa Convenzione, adottato a Strasburgo il 16 settembre 1963, reso esecutivo con d.P.R. 14 aprile 1982, n. 217, interpretati alla luce della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, grande camera, 23 febbraio 2017, de Tommaso contro Italia – nella parte in cui sanziona penalmente la violazione degli obblighi di «vivere onestamente» e «rispettare le leggi» connessi all'imposizione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno.

In punto di fatto la Corte di cassazione premette che la Corte d'appello di Bari aveva confermato la responsabilità dell'imputato per i reati di cui agli artt. 628, comma 2, del codice penale (capo A) e 75, comma 2, cod. antimafia (capo B), al quale era stato contestato anche il reato da ultimo citato, perché nelle stesse circostanze di tempo e di luogo, pur sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con obbligo di soggiorno nel Comune di Bitonto per la durata di mesi dieci e giorni undici, in virtù del provvedimento del Tribunale di Bari, violava le prescrizioni di cui al punto 4 («vivere onestamente, rispettare le leggi dello Stato e non dare ragione alcuna di sospetto in ordine alla propria condotta») commettendo il delitto di rapina aggravata.

Per tale delitto (capo B) era stato inflitto un aumento di pena, in continuazione con la sanzione relativa al reato di rapina, di anno uno, mesi sei di reclusione ed euro 400 di multa.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione l'imputato, deducendo il vizio di legge e di motivazione in ordine al giudizio di bilanciamento tra le circostanze e all'individuazione della pena base.

1.1. – Quanto alla rilevanza delle questioni, in primo luogo la Corte rimettente si sofferma sulla so-pravvenuta sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite penali, 27 aprile-5 settembre 2017, n. 40076 (cosiddetta "sentenza Paternò"), secondo cui la norma incriminatrice di cui all'art. 75, comma 2, cod. antimafia deve essere interpretata nel senso che non ha ad oggetto anche la violazione delle

prescrizioni di «vivere onestamente» e «rispettare le leggi». Quindi, l'inosservanza di tali prescrizioni da parte del soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno non configura il reato previsto dall'art. 75, comma 2, il cui contenuto precettivo è integrato esclusivamente dalle prescrizioni cosiddette specifiche; aggiungendo, tuttavia, che la predetta inosservanza può rilevare ai fini dell'eventuale aggravamento della misura di prevenzione.

Le Sezioni unite – prosegue la Corte rimettente – danno atto che «solo una lettura “tassativizzante” e tipizzante della fattispecie può rendere coerenza costituzionale e convenzionale alla norma incriminatrice di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011». Si tratta, pertanto, di una interpretazione adeguatrice che si risolve, di fatto, in un'abrogazione giurisprudenziale del reato previsto dall'art. 75, comma 2, con riferimento alla violazione dell'obbligo di vivere onestamente e di rispettare le leggi.

La Corte rimettente ricorda, altresì, che tale interpretazione adeguatrice delle Sezioni unite ha trovato la ratio ispiratrice nei principi di cui alla citata sentenza della Corte EDU de Tommaso, che, con riguardo alla tassatività delle prescrizioni, ha affermato che gli obblighi di «vivere onestamente e rispettare le leggi» (e di «non dare ragione alcuna ai sospetti», previsto dalla legge 27 dicembre 1956, n. 1423, recante «Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità», non riprodotto nel codice delle leggi antimafia) non sono stati delimitati in modo sufficiente dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 282 del 2010, trattandosi di obblighi indeterminati e pertanto l'interpretazione datane non fornisce indicazioni sufficienti per le persone interessate.

La Corte rimettente ritiene non di meno necessario sollevare l'incidente di costituzionalità avente ad oggetto l'art. 75, comma 2, cod. antimafia, nonostante l'intervenuta sentenza delle Sezioni unite in ordine alla non configurabilità del reato, là dove siano violate le prescrizioni di vivere onestamente e di rispettare le leggi.

Quanto, in particolare, al presupposto della rilevanza, la Corte rimettente ritiene che il ricorso per cassazione è inammissibile in quanto il ricorrente ha proposto doglianze generiche nei confronti del trattamento sanzionatorio là dove invece il giudice di merito ha ben utilizzato i suoi poteri discrezionali e il ragionamento non è stato il frutto di mero arbitrio o di illogicità. Alla rilevata inammissibilità del ricorso conseguirebbe il passaggio in giudicato della condanna.

Tuttavia, ad avviso del giudice a quo, la valutazione in ordine all'inammissibilità del ricorso non esaurisce gli oneri valutativi gravanti sulla Corte di legittimità che, tranne nei casi di ricorso tardivo, ha l'obbligo di rilevare d'ufficio l'eventuale *abolitio criminis*.

Solo in caso di *abolitio criminis* o di dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice è possibile la revoca della sentenza di condanna ai sensi dell'art. 673 del codice di procedura penale. Sicché, in presenza di un ricorso inammissibile, la Corte di cassazione può porsi il problema di un giudicato pregiudizievole (per l'imputato) che sta per formarsi. L'adempimento dell'onere di controllo della «legalità del giudicato» impone, nel caso di specie, la verifica della perdurante esistenza del reato previsto dall'art. 75, comma 2, cod. antimafia.

In conclusione, la Corte rimettente afferma di non poter rilevare ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. che il delitto previsto dall'art. 75, comma 2, cod. antimafia non è integrato dalla violazione dell'obbligo di vivere onestamente e di rispettare le leggi che grava sul sorvegliato speciale con obbligo (o divieto) di soggiorno. Da ciò deriva la rilevanza delle questioni di costituzionalità.

1.2. – Quanto alla non manifesta infondatezza, la Corte rimettente si sofferma sul ruolo della «norma» convenzionale nel sistema interno delle fonti alla luce della sentenza n. 49 del 2015, ponendo in rilievo come in tale occasione si sia affermato che l'obbligo dell'interpretazione adeguatrice incombe sul giudice solo in presenza di un'interpretazione consolidata o di una sentenza pilota, ovvero nel solo caso di un «diritto consolidato».

In particolare, la Corte rimettente afferma – condividendo sul punto le argomentazioni espresse nella sentenza delle Sezioni unite – che alla sentenza della Corte EDU de Tommaso può essere riconosciuta la qualità di «diritto consolidato» e la conseguente capacità di attivare in capo al giudice comune l'onere conformativo.

Nella fattispecie, l'indeterminatezza delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi» violerebbe il principio di legalità della Costituzione e della CEDU. L'indeterminatezza della descrizione della fattispecie penale confliggerebbe – come ritenuto dalla Corte EDU nella sentenza de Tommaso – con il canone di prevedibilità, alla stregua del quale non sono legittime incisioni del diritto alla libertà per condotte non sufficientemente definite.

2. – È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, il quale ha concluso per l'inammissibilità e comunque la non fondatezza del ricorso.

Sotto il profilo dell'ammissibilità, l'Avvocatura generale afferma che, se è possibile rilevare l'intervenuta *abolitio criminis*, altrettanto può dirsi con riferimento alla interpretazione adeguatrice accolta dalla citata sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione.

Inoltre, si osserva che i dubbi della Corte rimettente sono diretti non tanto all'interpretazione abrogatrice fornita dalla Cassazione e ancor prima dalla Corte EDU, quanto alla non stabilità, a fronte di possibili diverse aree di definizione di condotte penalmente rilevanti, rispetto a una casistica appunto indeterminata.

Nel merito, l'Avvocatura sostiene che la sentenza della Corte EDU, ancorché pronunciata dalla Grande camera, non è espressione di una giurisprudenza consolidata nei termini indicati nella sentenza n. 49 del 2015.

3. – Con atto depositato il 24 maggio 2018, fuori termine, è intervenuto in giudizio M.S.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. – La Corte di cassazione, sezione seconda penale, con ordinanza del 26 ottobre 2017, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136), in riferimento agli artt. 25 e 117 della Costituzione – quest'ultimo in relazione all'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, e all'art. 2 del Protocollo n. 4 della stessa Convenzione, adottato a Strasburgo il 16 settembre 1963, reso esecutivo con d.P.R. 14 aprile 1982, n. 217, interpretati alla luce della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, grande camera, 23 febbraio 2017, de Tommaso contro Italia – nella parte in cui sanziona penalmente la violazione degli obblighi di «vivere onestamente» e «rispettare le leggi» connessi all'imposizione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno.

Il dubbio di costituzionalità si fonda essenzialmente sulla vaghezza, indeterminatezza e non prevedibilità di tale prescrizione – «vivere onestamente» e «rispettare le leggi» – imposta «[i]n ogni caso» con la misura della sorveglianza speciale con conseguente violazione del principio di legalità prescritto in materia penale dalla Costituzione e del canone di prevedibilità sancito dalla CEDU.

La disposizione censurata (comma 2 dell'art. 75) prevede, come delitto, l'inosservanza degli «obblighi» e delle «prescrizioni» inerenti alla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza con obbligo o divieto di soggiorno, tipica misura di prevenzione applicabile ai soggetti elencati nell'art. 4 dello stesso codice delle leggi antimafia – essenzialmente soggetti indiziati di determinati gravi reati – ove ricorra il presupposto della loro pericolosità. Parallelamente il comma 1 dell'art. 75 prevede come contravvenzione la violazione delle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale senza obbligo o divieto di soggiorno.

Le specifiche prescrizioni della sorveglianza speciale sono determinate dal tribunale e sono sia a contenuto non normativamente determinato (art. 8, comma 2, cod. antimafia), ma tali comunque da rispondere a un criterio di ragionevole proporzionalità rispetto all'obiettivo di contrastare il pericolo che il soggetto destinatario della misura commetta reati, sia elencate in un catalogo più puntuale (art. 8, commi 3 e 4).

In ogni caso – precisa il comma 4 del medesimo art. 8 – il tribunale prescrive, in generale, «di vivere onestamente, di rispettare le leggi», nonché, in particolare, di tenere altri comportamenti elencati dalla stessa disposizione (non allontanarsi dalla dimora senza preventivo avviso all'autorità locale di pubblica sicurezza; non associarsi abitualmente alle persone che hanno subito condanne e sono sottoposte a misure di prevenzione o di sicurezza, non rincasare la sera più tardi e non uscire la mattina più presto di una data ora e senza comprovata necessità e, comunque, senza averne data tempestiva notizia all'autorità locale di pubblica sicurezza, non detenere e non portare armi, non partecipare a pubbliche riunioni).

Il comma 4 dell'art. 8 è stato successivamente modificato dal decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113 (Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento

dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata), convertito, con modificazioni, nella legge 1° dicembre 2018, n. 132, che ha inserito come ulteriore prescrizione quella di «non accedere agli esercizi pubblici e ai locali di pubblico trattenimento, anche in determinate fasce orarie».

Questo affiancamento di una prescrizione di carattere generale ad altre di contenuto più specifico risale all’originaria formulazione delle prescrizioni della misura di prevenzione della sorveglianza speciale prevista dall’art. 5, terzo comma, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità), che all’obbligo di vivere onestamente e di rispettare le leggi aggiungeva anche quello di «non dare ragione di sospetti», più non riprodotto nell’art. 8, comma 4, citato.

Il giudizio a quo ha ad oggetto la condotta di un sorvegliato speciale con obbligo di soggiorno che ha commesso un reato comune (nella specie, una rapina), del quale è stato ritenuto responsabile; la stessa condotta poi – hanno affermato i giudici di merito – ha integrato la fattispecie del reato previsto dalla disposizione censurata (art. 75, comma 2) perché il sottoposto alla misura, nel commettere la rapina, ha – parimenti (e inevitabilmente, con la stessa condotta) – violato anche l’obbligo di vivere onestamente e di rispettare le leggi e quindi ha commesso anche il reato di cui all’art. 75, comma 2. Con la sentenza di condanna per i due reati (quello comune e quello ex art. 75, comma 2) i giudici di merito, in particolare, hanno applicato un aumento di pena (ai sensi dell’art. 81, primo comma, del codice penale) su quella ritenuta congrua per il reato comune in ragione del concorso formale con il reato di cui all’art. 75, comma 2.

Tale sentenza è oggetto del ricorso per cassazione, della cui cognizione è investita la Corte rimettente. La quale ritiene che – ferma la definitiva responsabilità dell’imputato per il reato comune, stante la ritenuta inammissibilità, per manifesta infondatezza e genericità, delle censure mosse nel ricorso – l’aumento di pena per il concorso formale dei due reati potrebbe essere *contra legem* in ragione della denunciata illegittimità costituzionale dell’art. 75, comma 2, che prevede il reato concorrente con quello comune.

2. – Preliminarmente deve essere dichiarata l’inammissibilità dell’intervento di M.S., in quanto intervenuto oltre il termine previsto dall’art. 4, comma 4, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale).

3. – Si pone innanzi tutto un sottile problema di rilevanza – e quindi di ammissibilità – delle sollevate questioni di costituzionalità, che è oggetto di una puntuale eccezione dell’Avvocatura generale.

4. – La Corte rimettente conosce bene il recente arresto giurisprudenziale costituito dalla sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite penali, 27 aprile-5 settembre 2017, n. 40076 (cosiddetta “sentenza Paternò”), sopravvenuto dopo la pronuncia della Corte d’appello impugnata con ricorso per cassazione. Le Sezioni unite, innovando la precedente giurisprudenza, hanno affermato il seguente principio di diritto: «L’inosservanza delle prescrizioni generiche di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi”, da parte del soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, non integra la norma incriminatrice di cui all’art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011». Da ciò conseguirebbe che la condotta, di cui l’imputato ricorrente è stato ritenuto responsabile, non costituisce reato.

La Corte rimettente non dubita dell’esattezza di questa più recente giurisprudenza, di cui la Corte d’appello, che ha emesso la sentenza impugnata con ricorso per cassazione, non ha potuto tener conto perché successiva e che può qualificarsi come attuale diritto vivente in ragione della provenienza dalle Sezioni unite, le cui pronunce sono ora assistite dal particolare vincolo processuale di cui all’art. 618, comma 1-bis, del codice di procedura penale (secondo cui, se una sezione della Corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso). Sicché, nella specie – alla luce di tale giurisprudenza – non sussisterebbe il reato ai sensi dell’art. 75, comma 2, concorrente con il reato comune; però – osserva la Corte rimettente – non si tratta di una sopravvenuta *abolitio criminis* per successione della legge nel tempo, ma di un’interpretazione giurisprudenziale che risulta essere più favorevole per l’imputato ricorrente. La non assimilabilità di tale orientamento giurisprudenziale a uno *ius superveniens* fa sì che – secondo la Corte rimettente – non è possibile tenerne conto perché il ricorso, nella specie, muove solo censure manifestamente infondate, e quindi inammissibili, alla sentenza impugnata e, pertanto, è destinato a una pronuncia di inammissibilità. Invece, ove l’art. 75, comma 2, fosse dichiarato costituzionalmente illegittimo, si avrebbe una situazione assimilabile all’*abolitio criminis*, che sarebbe rilevabile d’ufficio ai sensi dell’art. 129 cod. proc. pen.

La stessa situazione si riproduce in sede di esecuzione della condanna passata in giudicato perché l'art. 673 cod. proc. pen. prevede la revoca della sentenza per abolizione del reato; rimedio questo non esperibile dal condannato deducendo una giurisprudenza sopravvenuta secondo cui il fatto per cui è stata pronunciata la condanna non costituisce reato.

Di qui la ritenuta rilevanza delle questioni: la Corte rimettente chiede una pronuncia di illegittimità costituzionale per poter rilevare d'ufficio che il fatto contestato come delitto ai sensi dell'art. 75, comma 2, non costituisce reato ed evitare così che si formi un giudicato non più emendabile in sede esecutiva e quindi ingiustamente pregiudizievole per l'imputato ricorrente.

5. – Tale predicata rilevanza effettivamente sussiste.

Va innanzi tutto condivisa l'affermazione della Corte rimettente secondo cui l'*abolitio criminis* – per *ius superveniens* o a seguito di pronuncia di illegittimità costituzionale – è cosa diversa dallo sviluppo della giurisprudenza, essenzialmente di legittimità, che approdi all'esito (simile) di ritenere che una determinata condotta non costituisca reato.

In un ordinamento in cui il giudice è soggetto alla legge e solo alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), la giurisprudenza ha un contenuto dichiarativo e nella materia penale deve conformarsi al principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., che vuole che sia la legge a prevedere che il fatto commesso è punito come reato.

L'attività interpretativa del giudice, anche nella forma dell'interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata, può sì perimetrare i confini della fattispecie penale circoscrivendo l'area della condotta penalmente rilevante. Ma rimane pur sempre un'attività dichiarativa, non assimilabile alla successione della legge penale nel tempo.

Questa Corte (sentenza n. 230 del 2012) – in una situazione simile che vedeva la sopravvenienza di un orientamento delle Sezioni unite penali secondo cui non costituiva reato la condotta oggetto di una sentenza di condanna passata in giudicato, di cui era chiesta la revoca ex art. 673 cod. proc. pen. per abolizione del reato – ha sottolineato che, pure in presenza di un orientamento giurisprudenziale che abbia acquisito i caratteri del «diritto vivente», il giudice rimettente ha soltanto la facoltà, e non già l'obbligo di uniformarsi a esso. E ha ribadito che «[a]l pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione – totale o parziale – non può, infatti, dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (*eius est abrogare cuius est condere*)». In tal senso, pur con qualche distinzione, si è pronunciata anche la giurisprudenza di legittimità (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 29 ottobre 2015-23 giugno 2016, n. 26259).

Inoltre, si è affermato che l'ordinamento nazionale «conosce ipotesi di flessione dell'intangibilità del giudicato, che la legge prevede nei casi in cui sul valore costituzionale ad esso intrinseco si debbano ritenere prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali il legislatore intende assicurare un primato» (sentenza n. 210 del 2013). E, con riferimento al procedimento di adeguamento dell'ordinamento interno alla CEDU, originato da una pronuncia della Grande camera della Corte EDU, ha aggiunto che «il giudicato non costituisce un ostacolo insuperabile che [...] limiti gli effetti dell'obbligo conformativo ai soli casi ancora *sub iudice*».

A maggior ragione è rilevante un dubbio di legittimità costituzionale della norma incriminatrice in tutti i casi in cui il giudicato non si è ancora formato, ma sta per formarsi proprio in ragione della pronuncia di inammissibilità del ricorso per cassazione che la Corte rimettente ritiene debba essere emessa, a meno che non sia accolta la questione di costituzionalità e sia dichiarata l'illegittimità della norma incriminatrice.

6. – Risponde poi al canone di plausibilità l'ulteriore affermazione della Corte rimettente secondo cui nella stretta processuale determinata da un ricorso manifestamente infondato, avviato pertanto a una pronuncia di inammissibilità, la Corte possa rilevare d'ufficio ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. l'*abolitio criminis*, ma non anche la sopravvenienza di una giurisprudenza che esclude la rilevanza penale della condotta per cui è stata pronunciata la sentenza di condanna.

L'affermazione trova le sue radici in un risalente, ma sempre seguito, arresto delle Sezioni unite penali (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 22 novembre-21 dicembre 2000, n. 32) che, inaugurando un filone giurisprudenziale più volte ribadito, hanno affermato che l'inammissibilità del ricorso per cassazione dovuta alla manifesta infondatezza dei motivi non consente il formarsi di un valido rapporto di impugnazione e preclude, pertanto, la possibilità di rilevare e dichiarare le cause di non punibilità a norma dell'art. 129 cod. proc. pen.

Di questo principio si è fatta ripetuta applicazione soprattutto in caso di prescrizione del reato maturata successivamente alla sentenza impugnata con il ricorso. Più recentemente tale non rileva-

bilità d'ufficio ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. è stata affermata anche con riferimento alla prescrizione maturata in data anteriore alla pronuncia della sentenza di appello, ma non rilevata né eccepita in quella sede e neppure dedotta con i motivi di ricorso (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 17 dicembre 2015-25 marzo 2016, n. 12602).

Dibattuta è la rilevabilità, ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., della sopravvenuta introduzione di una causa di non punibilità, quale la particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* cod. pen.), prevalentemente esclusa in caso di ricorso inammissibile (Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenza 1° febbraio-28 febbraio 2018, n. 9204). Anche la rilevabilità della sopravvenuta *abolitio criminis* in caso di ricorso inammissibile, più volte affermata dalla giurisprudenza (*ex plurimis*, Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza 2 maggio-18 ottobre 2016, n. 44088), non è del tutto pacifica (in senso contrario, Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza 14 aprile-28 settembre 2016, n. 40290).

In questo contesto giurisprudenziale la valutazione che fa la Corte rimettente è certamente plausibile, anche se corre sul crinale scivoloso della distinzione tra manifesta infondatezza e mera infondatezza dei motivi di ricorso e della conseguente costituzione, o no, del rapporto processuale di impugnazione.

Solo se il ricorso fosse stato ammissibile, ancorché infondato, le questioni di costituzionalità avrebbero potuto essere risolte in via interpretativa e sarebbero risultate prive di rilevanza perché il giudice di legittimità ben avrebbe potuto rilevare che, secondo il mutato orientamento giurisprudenziale, la condotta contestata non costituiva reato (in tal senso, Corte di cassazione, sezione sesta penale, sentenza 21 settembre 2017-21 giugno 2018, n. 28825).

Invece, contenendo il ricorso solo censure manifestamente infondate, il giudice di legittimità non può rilevare d'ufficio l'insussistenza del reato secondo il nuovo orientamento giurisprudenziale e da ciò consegue la rilevanza – e quindi l'ammissibilità – delle questioni di costituzionalità dal momento che solo un'eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale della disposizione incriminatrice consentirebbe al giudice di legittimità di annullare la sentenza impugnata limitatamente al concorrente reato di cui al censurato art. 75, comma 2, e quindi all'aumento di pena ai sensi dell'art. 81, primo comma, cod. pen.

7. – Nel merito, la questione è fondata, nei termini che seguono, con riferimento agli artt. 7 CEDU e 2 del Protocollo n. 4 della stessa Convenzione.

8. – La Corte di cassazione rimettente ha posto le questioni di costituzionalità in riferimento sia al parametro nazionale (art. 25 Cost.) sia a quelli convenzionali (art. 7 CEDU e art. 2 del Protocollo n. 4 della stessa Convenzione), questi ultimi interposti per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost. E ciò ha fatto confrontandosi puntualmente con la giurisprudenza di questa Corte, della Corte EDU e delle Sezioni unite della stessa Corte di cassazione.

Le questioni si pongono infatti nel punto di confluenza della giurisprudenza delle tre Corti e segnatamente della sentenza n. 282 del 2010 di questa Corte, della sentenza de Tommaso della Corte EDU, e della sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite penali, n. 40076 del 2017.

9. – Il parametro nazionale evocato è il principio di legalità in materia penale (art. 25, secondo comma, Cost.), che vuole che sia la legge a prevedere che il fatto commesso sia punito come reato. Da ciò discende il principio di tassatività e determinatezza della fattispecie penale.

Questa Corte (sentenza n. 282 del 2010) ha valutato la conformità a tale principio della fattispecie penale prevista dall'art. 9 della legge n. 1423 del 1956, all'epoca vigente dopo le modifiche apportate con l'art. 14 del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144 (Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale), convertito in legge 31 luglio 2005, n. 155, che disponeva nel comma 1 che il «contravventore agli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale è punito con l'arresto da tre mesi ad un anno» e nel comma 2, allora censurato, che se «l'inosservanza riguarda gli obblighi e le prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con l'obbligo o il divieto di soggiorno, si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni». Tra le prescrizioni della sorveglianza speciale la cui violazione poteva integrare il reato era già previsto – dall'art. 5 della stessa legge n. 1423 del 1956 – l'obbligo di vivere onestamente e rispettare le leggi. Tali disposizioni (l'art. 5 e l'art. 9) si ritrovano riprodotte negli stessi termini, in parte qua, nell'art. 8 e nel censurato art. 75 cod. antimafia.

La Corte ha ricordato che per verificare il rispetto del principio di tassatività o di determinatezza della norma penale occorre non già valutare isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, bensì collegarlo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa s'inserisce. E, in particolare, ha ribadito che «l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensibili, ovvero di clausole generali o concetti elastici, non com-

porta un *vulnus* del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall’incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento mediante un’operazione interpretativa non esorbitante dall’ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo» (*ex plurimis*, sentenze n. 327 del 2008, n. 5 del 2004, n. 34 del 1995 e n. 122 del 1993).

Ha, quindi, concluso ritenendo che la prescrizione di vivere onestamente e di rispettare le leggi non violasse il principio di legalità in materia penale. Da una parte, le «leggi» sono tutte le norme a contenuto precettivo, non solo quelle la cui violazione è sanzionata penalmente; d’altra parte, l’obbligo di «vivere onestamente» va «collocat[o] nel contesto di tutte le altre prescrizioni previste dal menzionato art. 5» e quindi ha il valore di un monito rafforzativo di queste ultime senza un autonomo contenuto prescrittivo.

10. – Dei due parametri convenzionali, evocati nell’ordinanza di rimessione, che però esprimono lo stesso canone di prevedibilità della condotta prevista dalla norma nazionale perché possa giustificarsi una limitazione della libertà personale, è stato preso in considerazione dalla sentenza de Tommaso della Corte EDU, in particolare, l’art. 2 del Protocollo n. 4 della Convenzione, nella parte in cui pone il principio di legalità con riferimento specifico alla libertà di circolazione che può subire solo le restrizioni «previste dalla legge».

La Corte EDU ha ritenuto che «la loi n° 1423/1956 était libellée en des termes vagues et excessivement généraux. Ni les personnes auxquelles les mesures de prévention pouvaient être appliquées (article 1 de la loi de 1956) ni le contenu de certaines de ces mesures (articles 3 et 5 de la loi de 1956) n’étaient définis avec une précision et une clarté suffisantes. Il s’ensuit que cette loi ne remplissait pas les conditions de prévisibilité telles qu’elles se dégagent de la jurisprudence de la Cour». Ossia il sistema nazionale delle misure di prevenzione – quanto ai presupposti soggettivi e al loro contenuto – è stato censurato per essere formulato «in termini vaghi ed eccessivamente ampi» tali da non rispettare il criterio della «prevedibilità», come enunciato dalla giurisprudenza di quella Corte. La quale in particolare – pur dando atto della (non collimante) interpretazione accolta da questa Corte nella citata sentenza n. 282 del 2010 con riferimento all’omologo principio di legalità dell’art. 25, secondo comma, Cost. – ha ritenuto, all’opposto, che gli obblighi di «vivere onestamente e rispettare le leggi» (oltre che di «non dare ragione alcuna ai sospetti», prescrizione questa non più rilevante perché non riprodotta nel citato art. 8 cod. antimafia) non fossero delimitati in modo sufficiente e che, pertanto, fosse violato il principio di prevedibilità della condotta da cui consegue la limitazione della libertà personale, segnatamente quello posto dall’art. 2 del Protocollo n. 4.

11.– La pronuncia della Corte EDU è stata decisiva nell’orientare la puntualizzazione giurisprudenziale espressa dalla sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite penali, n. 40076 del 2017 (cosiddetta “sentenza Paternò”).

Le Sezioni unite penali si sono pronunciate con riferimento alla fattispecie penale di violazione delle prescrizioni della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, del tutto analoga a quella oggetto dell’ordinanza di rimessione: il sorvegliato speciale, nel commettere un reato comune, aveva (con la stessa condotta) violato anche l’obbligo di vivere onestamente e rispettare le leggi.

La Corte di cassazione si confronta con la sentenza de Tommaso, avendo ben presente che – come affermato da questa Corte (sentenza n. 239 del 2009) – compete al giudice di assegnare alla disposizione interna un significato quanto più aderente alla CEDU. Considera, in particolare, che «la Corte europea, riferendosi al contenuto del “vivere onestamente nel rispetto delle leggi”, sottolinea, quindi, come tali prescrizioni non siano state sufficientemente delimitate dall’interpretazione della Corte costituzionale, in quanto permane una evidente indeterminatezza dei comportamenti che si pretendono dal sorvegliato speciale, soprattutto nella misura in cui possono integrare la fattispecie penale di cui all’art. 9 legge n. 1423 del 1956 (ora art. 75, comma 2, d.lgs. 159 del 2011)». La Corte procede quindi a una «rilettura del diritto interno che sia aderente alla CEDU» e perviene alla conclusione che «il richiamo “agli obblighi e alle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno” può essere riferito soltanto a quegli obblighi e a quelle prescrizioni che hanno un contenuto determinato e specifico, a cui poter attribuire valore precettivo. Tali caratteri difettano alle prescrizioni del “vivere onestamente” e del “rispettare le leggi”».

La conclusione è che «le prescrizioni del vivere onestamente e rispettare le leggi non possono integrare la norma incriminatrice di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. 159 del 2011». Aggiungono le Sezioni unite: «ad esse tuttavia può essere data indiretta rilevanza ai fini dell'eventuale aggravamento della misura di prevenzione della sorveglianza speciale».

Quindi, la giurisprudenza di legittimità ha già compiuto il processo di adeguamento e maggiore conformità ai principi della CEDU proprio con riferimento alla fattispecie oggetto dell'ordinanza di rimessione: non sussiste il reato previsto dal censurato art. 75, comma 2, allorché la violazione degli obblighi e delle prescrizioni della misura della sorveglianza speciale consista nell'inosservanza dell'obbligo di vivere onestamente e di rispettare le leggi.

12. – Orbene, la convergenza delle Sezioni unite verso la citata pronuncia della Corte EDU segna l'arresto ultimo del diritto vivente, ben posto in risalto dall'ordinanza di rimessione: l'inosservanza dell'obbligo di vivere onestamente e di rispettare le leggi, quale prescrizione della misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, non integra la fattispecie di reato di cui al censurato art. 75, comma 2.

Però – per quanto sopra ritenuto in ordine alla rilevanza e all'ammissibilità delle questioni – non si è di fronte a un'*abolitio criminis* per successione nel tempo della legge penale; ciò comporta che, proprio per l'affermata non riconducibilità dell'orientamento giurisprudenziale sopravvenuto a uno *ius superveniens*, sussiste non di meno una limitata area in cui occorre ancora domandarsi se la fattispecie penale suddetta, schermata solo dall'interpretazione giurisprudenziale, sia conforme, o no, al principio di legalità in materia penale, vuoi costituzionale che convenzionale. Area questa costituita – come già sopra rilevato – sia dall'esecuzione del giudicato penale di condanna, sia dalla rilevanza ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. in caso di ricorso per cassazione recante solo censure manifestamente infondate e quindi inammissibili.

13. – In questi stretti limiti si pone, in sostanza, la questione di costituzionalità come possibile completamento dell'operazione di adeguamento dell'ordinamento interno alla CEDU, già fatta dalle Sezioni unite nei limiti in cui l'interpretazione giurisprudenziale può ritagliare la fattispecie penale escludendo dal reato condotte che prima si riteneva vi fossero comprese.

L'interpretazione del giudice comune, ordinario o speciale, orientata alla conformità alla CEDU – le cui prescrizioni e principi appartengono indubbiamente ai vincoli derivanti da obblighi internazionali con impronta costituzionale (quelli con «vocazione costituzionale»: sentenza n. 194 del 2018) – non implica anche necessariamente l'illegittimità costituzionale della disposizione oggetto dell'interpretazione per violazione di un principio o di una previsione della CEDU, quale parametro interposto ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.

È ricorrente che gli stessi principi o analoghe previsioni si rinverano nella Costituzione e nella CEDU, così determinandosi una concorrenza di tutele, che però possono non essere perfettamente simmetriche e sovrapponibili; vi può essere uno scarto di tutele, rilevante soprattutto laddove la giurisprudenza della Corte EDU riconosca, in determinate fattispecie, una tutela più ampia. Questa Corte ha già affermato che, quando viene in rilievo un diritto fondamentale, «il rispetto degli obblighi internazionali [...] può e deve [...] costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa» (sentenza n. 317 del 2009). È quanto si è verificato da ultimo (sentenza n. 120 del 2018) con riferimento al diritto di associazione sindacale, tutelato sia dalla Costituzione (art. 39) che dalla CEDU (art. 11).

Non c'è però, nel progressivo adeguamento alla CEDU, alcun automatismo, come risulta già dalla giurisprudenza di questa Corte, stante, nell'ordinamento nazionale, il «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU» (sentenza n. 49 del 2015).

Da una parte, la denunciata violazione del parametro convenzionale interposto, ove già emersa dalla giurisprudenza della Corte EDU, può comportare l'illegittimità costituzionale della norma interna sempre che nelle pronunce di quella Corte sia identificabile un «approdo giurisprudenziale stabile» (sentenza n. 120 del 2018) o un «diritto consolidato» (sentenze n. 49 del 2015 e, nello stesso senso, n. 80 del 2011). Inoltre, va verificato che il bilanciamento, in una prospettiva generale, con altri principi presenti nella Costituzione non conduca a una valutazione di sistema diversa – o comunque non necessariamente convergente – rispetto a quella sottesa all'accertamento, riferito al caso di specie, della violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla CEDU. Va infatti ribadito che, «[a] differenza della Corte EDU, questa Corte [...] opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante» (sentenza n. 264 del 2012); bilanciamento in cui si sostanzia tra l'altro il «margine di apprezzamento» che compete allo Stato membro (sentenze n. 193 del 2016, n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009).

14. – Nella fattispecie in esame ricorrono entrambi tali presupposti per completare, con riferimento alla norma oggetto delle questioni di costituzionalità, l'adeguamento alla CEDU in concordanza con quello già operato, in via interpretativa, dalla citata sentenza delle Sezioni unite.

14.1. – Sotto il primo profilo – anche se inizialmente tra i giudici di merito vi sono stati orientamenti non concordanti, in ragione soprattutto della circostanza che la sentenza della Corte EDU de Tommaso si presentava come un nuovo approdo giurisprudenziale (come riconosciuto in quella stessa sentenza: «La Cour note qu'à ce jour elle n'a pas eu à examiner en détail la prévisibilité de la loi n. 1423/1956»), recava plurime opinioni parzialmente dissenzienti e riguardava un caso in cui il rimedio impugnatorio interno aveva portato all'annullamento ex tunc della misura di prevenzione – la giurisprudenza di legittimità si è indirizzata nel senso di valutare tale sentenza come idonea a fondare l'interpretazione convenzionalmente orientata di cui si è detto (“sentenza Paternò” delle Sezioni unite).

Da ultimo, questa Corte (sentenza n. 24 del 2019) ha tenuto conto proprio della sentenza della Corte EDU e dell'esigenza di conformità al principio di prevedibilità, quale espresso da tale pronuncia, per dichiarare l'illegittimità costituzionale, in parte qua, dell'art. 1 della legge n. 1423 del 1956, dell'art. 19 della legge 22 maggio 1975, n. 152 (Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico) e degli artt. 4, comma 1, lettera c), e 16 cod. antimafia.

14.2. – Sotto l'altro profilo, si ha che la valutazione di sistema all'interno dei parametri della Costituzione e il possibile bilanciamento con altri valori costituzionalmente tutelati non è affatto distonica, nella fattispecie, rispetto al pieno dispiegarsi dei parametri interposti.

L'esigenza di contrastare il rischio che siano commessi reati, che è al fondo della ratio delle misure di prevenzione e che si raccorda alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza, come valore costituzionale, è comunque soddisfatta dalle prescrizioni specifiche che l'art. 8 consente al giudice di indicare e modulare come contenuto della misura di prevenzione della sorveglianza speciale con o senza obbligo (o divieto) di soggiorno.

Vi è poi da considerare, all'opposto, che la previsione come reato della violazione, da parte del sorvegliato speciale, dell'obbligo «di vivere onestamente» e «di rispettare le leggi» ha, da una parte, l'effetto abnorme di sanzionare come reato qualsivoglia violazione amministrativa e, dall'altra parte, comporta, ove la violazione dell'obbligo costituisca di per sé reato, di aggravare indistintamente la pena, laddove l'art. 71 cod. antimafia già prevede come aggravante, per una serie di delitti, la circostanza che il fatto sia stato commesso da persona sottoposta, con provvedimento definitivo, a una misura di prevenzione personale durante il periodo previsto di applicazione della misura.

Può, pertanto, pervenirsi alla conclusione che la norma censurata viola il canone di prevedibilità della condotta sanzionata con la limitazione della libertà personale, quale contenuto in generale nell'art. 7 CEDU e in particolare nell'art. 2 del Protocollo n. 4, e rilevante come parametro interposto ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.

15. – In conclusione – assorbito il parametro interno dell'art. 25, secondo comma, Cost. – va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui punisce come delitto l'inosservanza delle prescrizioni di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi” da parte del soggetto sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno.

16. – Le questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione riguardano il delitto previsto dall'art. 75, comma 2.

Ma gli stessi dubbi di costituzionalità possono porsi con riferimento al reato contravvenzionale di cui al comma 1 della medesima disposizione che prevede analogamente la violazione degli obblighi inerenti la misura di prevenzione della sorveglianza speciale, ma senza obbligo né divieto di soggiorno, allorché le prescrizioni consistono nell'obbligo di vivere onestamente e di rispettare le leggi; reato che parimenti la giurisprudenza di legittimità ritiene in via interpretativa non più configurabile dopo la richiamata pronuncia delle Sezioni unite (ex plurimis, Corte di cassazione, sezione settima penale, 6 ottobre 2017-13 marzo 2018, n. 11171).

Pertanto, in via consequenziale e per le stesse ragioni va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 1, cod. antimafia, nella parte in cui prevede come reato contravvenzionale la violazione degli obblighi inerenti la misura della sorveglianza speciale senza obbligo o divieto di soggiorno, ove consistente nell'obbligo di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”.

P.Q.M.

LA CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara inammissibile l'intervento di M.S.;

2) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136), nella parte in cui prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti la misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi";

3) dichiara, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 1, cod. antimafia, nella parte in cui prevede come reato contravvenzionale la violazione degli obblighi inerenti la misura della sorveglianza speciale senza obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi".

[*Omissis*]

CLELIA IASEVOLI

Professore associato di Procedura penale – Università degli Studi di Napoli “Federico II”

Il giudice delle leggi nelle strettoie processuali del ricorso per manifesta infondatezza

The judge of the laws in the procedural bottlenecks of the appeal for manifest groundlessness

La Corte costituzionale riconosce l'inammissibilità per manifesta infondatezza come causa preclusiva della declaratoria di non punibilità perché il fatto non costituisce reato, secondo il mutato orientamento giurisprudenziale. Si vuole dimostrare che, pure se il ricorso fosse stato ammissibile, ancorché infondato, la questione di costituzionalità non poteva essere risolta in via interpretativa, trattandosi di una norma invalida *ab origine*.

The Constitutional Court recognizes the inadmissibility for manifest groundlessness as a preclusive cause of the declaration of non punishment because the fact does not constitute a crime, according to the changed jurisprudential orientation. We want to demonstrate that, even in the hypothesis in which the appeal had been admissible, even if groundless, the question of constitutionality could not be resolved by way of interpretation, since it is an invalid rule ab origine.

I LIMITI DELL'INTERPRETAZIONE ADEGUATRICE

Come epilogo naturale di un dialogo 'disteso' tra le Corti, si è pervenuti alla pronuncia del giudice delle leggi¹, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, nella parte in cui prevede come delitto la violazione delle prescrizioni, inerenti alla misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi». In relazione a tale fattispecie si era già pronunciata la Corte di Strasburgo², che ne aveva 'censurato' l'eccessiva indeterminatezza e, quindi, l'imprevedibilità delle conseguenze.

Eppure, l'argine alla componente prognostica del giudizio di prevenzione è costituito proprio dalla descrizione normativa delle condotte: la sola fonte giustificatrice delle limitazioni dei diritti inviolabili implicati, che presuppone la tassatività e la definizione precisa dei contenuti giuridici. Tra i presupposti per la legittimità delle misure restrittive della libertà vi è, appunto, la conformità alla legge, congiuntamente alla necessità di assicurare la tutela di una delle esigenze, elencate dall'art. 2, comma 3, Prot. n. 4 ed alla realizzazione di un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico ed i diritti dell'individuo³.

È, dunque, la delicata funzione del mezzo a richiedere tecniche di redazione legislativa, quanto più connotate da chiarezza, essendo quest'ultima essenziale al coordinamento dei testi, all'orientamento dei comportamenti e, quindi, all'efficienza del controllo.

Sicché il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla giurisprudenza europea consolidatasi ovvero, ai sensi dell'art. 8 del Prot. 14 alla Cedu, a quella giurisprudenza uniformemente applicata dalla Corte europea, qualora sulla questione di principio si sia pronunciata la Grande Camera.

¹ C. cost., sent., 27 febbraio 2019, n. 25, in www.giurcost.org.

² Corte e.d.u., Grande camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, in www.giustizia.it. In dottrina, V. Maiello, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1039 ss.; A.M. Maugeri, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2017, p. 15.

³ Corte e.d.u., Steel c. Gran Bretagna, n. 67/97; Corte e.d.u., Achour c. Francia, 29 marzo 2006.

La sentenza de Tommaso⁴ ne costituisce una pregnante esemplificazione: essa è apprezzabile, soprattutto sotto il profilo del *vulnus* di determinatezza, accertato con riferimento alla legge n. 1423 del 1956 (oggi, in parte, trasfusa nel d.lgs. 159 del 2011) per la genericità della prescrizione di «vivere onestamente e di rispettare le leggi».

Su questo fronte, le Sezioni Unite⁵ hanno adempiuto all'obbligo di interpretazione convenzionalmente orientata, attività subordinata al prioritario compito di un'attività esegetica compatibile con i principi costituzionali⁶. In quest'ottica, la Cassazione⁷ ha affermato che «il difetto di precettività, insito nel generico obbligo di rispettare le leggi, impedisce alla norma di influire sul comportamento del destinatario, in quanto non sono individuate quelle condotte socialmente dannose, che devono essere evitate, e non sono prescritte quelle socialmente utili, che devono essere perseguite».

Per questa via, si è giunti alla costatazione secondo cui la situazione di incertezza è tale che il sorvegliato speciale non è posto in condizione di conoscere e prevedere le conseguenze della violazione di una regola così indefinita: sicché l'ordinamento non può pretenderne l'osservanza.

Vero è che non si tratta di *abolitio criminis* per successione nel tempo della legge penale, bensì di interpretazione sopravvenuta non riconducibile ad uno *ius superveniens*; questo dato è sufficiente a giustificare la domanda se la fattispecie penale, 'schermata' dal solo orientamento giurisprudenziale, sia conforme al principio di legalità costituzionale e convenzionale.

Come è noto, l'art. 25 comma 2 Cost. affida il potere di normazione in materia penale all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: il Parlamento. Parimenti l'abrogazione di una fattispecie criminosa, al pari della sua creazione, non può dipendere dall'attività ermeneutica della Cassazione, ma soltanto da un atto di volontà legislativa.

Ed è qui che il principio di stretta legalità manifesta la sua forza; laddove l'art. 7 Cedu, riconoscendo il diritto giurisprudenziale come fonte di orientamento dei comportamenti degli individui⁸, svela la propria debolezza. La nostra idea è che – su questo fronte – non siano ammessi cedimenti di determinatezza/tassatività⁹.

LA RILEVANZA DELLA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE.

Dunque, non si vuole mettere in discussione la rilevanza della questione di legittimità costituzionale; né potrebbe essere altrimenti, essendo per noi insuperabile il margine rappresentato dalle inderogabili esigenze di legalità/prevedibilità, cioè, dalla linea segnata dagli articoli 25 commi 1, 2; 27 commi 1, 2 e 3; e 111 Cost.

Oltre questa linea, sarebbe difficile evitare una violazione all'uguaglianza di trattamento di cui all'art. 3 Cost.; quest'ultimo, tra tanto altro, esige che l'interpretazione giudiziale sia costante e che, nello stesso arco temporale, non muti da caso a caso, da giudice a giudice: la garanzia dell'uguaglianza implica la prevedibilità dell'interpretazione¹⁰.

⁴F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. e cont.*, 2017, p. 370; F.P. Lasalvia, *Il sasso nello stagno: luci "europee" e ombre "nazionali" su una sentenza storica? Appunti su Cedu De Tommaso c. Italia*, in *Arch. pen. online*, 2017, p. 1; A. Dello Russo, *La Corte edu sulle misure di prevenzione. Altro conflitto istituzionale?*; in *Cass. pen.* 2017, p. 2071.

⁵Cass., sez. un., 27 aprile 2017, n. 40076, in *CED Cass.*, n. 270496. G. Biondi, *Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza Corte EDU De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75 comma 2, D. lgs. n. 159/2011: luci ed ombre di una sentenza attesa*.

⁶Cass., sez. un., 27 aprile 2017, n. 40076, cit. L'obbligo, per il giudice comune, di interpretare la legislazione interna in modo conforme alla *ratio decidendi* del giudice convenzionale, facendo ricorso ad ogni strumento ermeneutico disponibile, deriva dalla natura dei principi convenzionali, così come interpretati dalla giurisprudenza europea, quale fonte *interposta* tra il piano costituzionale e quello delle leggi ordinarie; una fonte, cioè, del diritto interno di rango sovralegislativo, ma subcostituzionale.

⁷Cass., sez. un., 27 aprile 2017, 40076, cit.

⁸O. Mazza, *La giustizia penale in ambito europeo. La procedura penale*, in *spec. Dir. pen. proc.*, 2011, p. 3; già F. Ruggieri, *Di un «processo penale europeo» ovvero di una «civitas magna» in costruzione*, in P. Corso – E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, II, Piacenza, La Tribuna, p. 529 ss.

⁹Per il richiamo al valore forte della legalità sancita nella nostra Costituzione, G. Garuti, *Proposte per la ricostruzione sistematica del processo accusatorio: la fonte costituzionale*, in www.archiviopenale.it, 3, 2017.

¹⁰Sul tema, A. Nappi, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 11 e ss.

A non convincere è l'impostazione della questione: essa presenta un vizio di metodo, essendo radicata nelle strettoie processuali dell'inammissibilità del ricorso per manifesta infondatezza.

Ma v'è di più. Il giudice delle leggi, addirittura, ha precisato che «solo se il ricorso fosse stato ammissibile, ancorché infondato, le questioni di costituzionalità avrebbero potuto essere risolte in via interpretativa e sarebbero risultate prive di rilevanza perché il giudice di legittimità ben avrebbe potuto rilevare che, secondo il mutato orientamento giurisprudenziale, la condotta contestata non costituiva reato»¹¹. Il che significa che l'inammissibilità per manifesta infondatezza è stata ricostruita – anche dalla Corte costituzionale – come causa preclusiva della declaratoria di non punibilità perché il fatto non costituisce reato secondo la mutata ricostruzione esegetica.

Eppure, altro è il problema. La carenza di legalità non è suscettibile di essere sanata con l'interpretazione adeguatrice, perché – qualora si applicasse questo strumento – si eleverebbe il diritto convenzionale a causa di abrogazione della fattispecie penale, prevista dall'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011¹². Ciò se, per un verso, sarebbe compatibile con il principio di legalità di cui all'art. 7 Cedu, non lo sarebbe, invece, con gli artt. 3 e 25 comma 2 Cost. Si ricorda che il precedente giurisprudenziale, anche se proveniente dalle Sezioni Unite, non è direttamente vincolante, salvo che per il giudice di rinvio.

Va posto, poi, in debito risalto che l'interpretazione convenzionalmente orientata è un meccanismo a vocazione casistica, non in grado né di garantire uno *standard* di certezza del diritto sufficiente, né di definire l'area delle condotte penalmente rilevanti, né di produrre una *vis* abrogativa tale da travolgere il giudicato. Essa si pone come obbligo di 'risultato', laddove l'incidente di legittimità costituzionale rappresenta l'*ultima ratio* ed è il solo che «ha la capacità di incidere sulla legge con efficacia retroattiva e può assegnare alla condotta prevista dall'art. 75 comma 2 del d.lgs. n. 159 del 2011 la connotazione "stabile" necessaria per garantire la prevedibilità della sanzione ed il sostanziale rispetto del principio di legalità»¹³.

Sicuramente il sindacato di costituzionalità è il meccanismo predisposto dall'ordinamento per rimediare alle carenze dell'attività legislativa, ogni qual volta si traducano in una violazione della Costituzione.

Sorprende, invece, che il giudice delle leggi abbia riconosciuto forza abrogatrice al principio di diritto nell'ipotesi di infondatezza del ricorso e negata la stessa efficacia nell'ipotesi di manifesta infondatezza: un'evidente sperequazione trattamentale, determinata dalla vaghezza della locuzione.

Questo è il *punctum dolens!*

Inoltre, l'omessa previsione di criteri normativi, idonei a guidare la discrezionalità del giudice, non consente l'identificazione del punto di discriminazione, evidenziando un *vulnus* al principio di uguaglianza¹⁴. Il solo dato non opinabile è che un motivo infondato sia tale, indipendentemente dal "peso" dell'infondatezza, ammesso che essa sia suscettibile di una valutazione quantitativa: qui la prospettiva è classificatoria non ordinatoria. Si può risalire, invece, all'*iter* logico attraverso cui il giudice opera il sindacato di merito, essendo esso connotato da passaggi razionali, che si ripetono costantemente.

LO SCIVOLOSO CRINALE TRA MANIFESTA INFONDATEZZA DEI MOTIVI E MERA INFONDATEZZA.

A ciò si aggiunga che l'infondatezza rinvia, concettualmente, ad un'accezione inerente alla 'sostanza' della doglianza: il rilievo non è alterato dalla qualificazione legislativa 'manifesta'.

Eppure, il vaglio di ammissibilità dell'impugnazione ha natura preliminare, essendo volto a verificare le condizioni per l'accesso alla giurisdizione di controllo: una verifica che precede, necessariamente, la fase del merito¹⁵.

Il legislatore, nell'ottica meramente deflattiva, ammette la commistione fra le due sequenze, antici-

¹¹ Così, Cass., sez. VI, 21 giugno 2018, n. 28825, in www.giustizia.it.

¹² Su questo punto è già in tal senso, sia consentito il rinvio al nostro *La Cassazione penale 'giudice dei diritti'. Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, Napoli, Esi, 2018, p. 99 e ss.

¹³ Cass., sez. II, 26 ottobre 2017, n. 1, in www.giustizia.it.

¹⁴ P. Ferrua, *L'inammissibilità del ricorso: a proposito dei rapporti tra diritto 'vigente' e diritto 'vivente'*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3008.

¹⁵ O. Mazza, *La nuova cultura dell'inammissibilità fra paradossi e finzioni legislative*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3472.

pando la valutazione di merito alla fase preliminare inerente alla forma dell'atto impugnatorio.

Da qui si origina la contraddittorietà intrinseca. Se l'inquadramento sistematico dell'inammissibilità, nell'ambito delle sanzioni processuali, è opinione condivisa¹⁶, soprattutto per l'efficacia preclusiva rispetto al merito, essa diventa – eccezionalmente – un connotato intrinseco del motivo a causa della manifesta infondatezza, riscontrata, però, soltanto dopo averne valutato il contenuto. La sequenza della successione teleologica degli atti non differisce da quella che conduce all'accoglimento o al rigetto del ricorso.

E se il versante di legittimità formale dell'impugnazione ha ad oggetto la verifica dell'idoneità dell'atto introduttivo a determinare l'accesso alla giurisdizione di controllo, l'inammissibilità, quale vizio dell'atto, impedisce la progressione processuale: non si può provvedere nel merito a causa della mancanza delle condizioni di instaurazione del procedimento, essendo i presupposti e i requisiti processuali posti a garanzia della legalità del procedere.

Il frazionamento tra la valutazione di ammissibilità e l'accertamento della fondatezza dell'impugnazione è strumentale al riscontro di ogni fatto essenziale alla decisione, primo fra tutti, l'osservanza delle forme.

L'evoluzione esegetica ha subito una battuta di arresto sul piano delle garanzie, riscontrabile nel principio di diritto secondo cui l'inammissibilità del ricorso per cassazione per manifesta infondatezza dei motivi «non consente il formarsi di un valido rapporto di impugnazione e preclude, pertanto, la possibilità di rilevare e dichiarare le cause di non punibilità a norma dell'art. 129 c.p.p., ivi compresa la prescrizione intervenuta nelle more del procedimento di legittimità»¹⁷.

Si tratta ora di verificare in quali termini l'asserzione sia sostenibile.

Occorre partire dal dato che la sentenza rappresenta il momento terminativo di un rapporto validamente costituito e, contestualmente, il fondamento per l'ulteriore sviluppo di quel rapporto, quando sia possibile una successiva fase dello stesso. Sicché la decisione costituisce una situazione giuridica idonea tanto a consolidare il rapporto giuridico processuale, esaurendone l'oggetto, quanto a determinarne lo sviluppo. Nel primo caso, essa assumerà forza di cosa giudicata; nel secondo, produrrà la stabilità di tutte le situazioni antecedenti, che non ammettano ulteriori modificazioni, dando adito soltanto a quelle modificazioni consentite nei limiti di efficacia dei poteri, conferiti dalla legge alle parti per impedire il definitivo rafforzamento della situazione stessa. Anche le attività, volte a mantenere talune situazioni giuridiche allo stato fluido, sono tassativamente prescritte, non essendo altro che estrinsecazione di un onere, ovvero di un potere giuridico tendente ad ostacolare la definitività delle stesse.

Su questo versante si rilevano, sovente, tatticismi difensivi a fini dilatori, volti a procrastinare il passaggio in giudicato formale della sentenza ed a propiziare la decorrenza dei termini di prescrizione. Di recente, è stata rafforzata la natura afflittiva della condanna al pagamento di una somma da 1.000 a 5.000 euro, che può essere aumentata fino al doppio, in base alla causa di inammissibilità del ricorso (art. 616 c.p.p.); tale criterio di proporzionalità conferma il nesso intrinseco tra inammissibilità e tipizzazione delle vie di accesso alla Cassazione, nell'intento di contenerne l'assedio¹⁸.

Ed in quest'ottica si muove la *fictio* strumentale al distinguo tra l'infondatezza, che determina il rigetto del ricorso, e quella manifesta, che, non a caso, rende il ricorso inammissibile con un duplice ordine di conseguenze negative: l'inoperatività – secondo la Corte – dell'obbligo di immediata declaratoria delle cause di non punibilità (art. 129 c.p.p.) e la condanna al pagamento di una somma in favore della cassa delle ammende, *ex art. 616 c.p.p.*

Nell'ambito della dottrina risalente, vi era stato chi¹⁹, in una prospettiva limitatrice, aveva posto in evidenza taluni contenuti possibili della valutazione inerente alla manifesta infondatezza: come la verifica dei motivi che non avessero negli elementi di fatto, quali risultassero dalla sentenza impugnata,

¹⁶ R. Fonti, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Padova, Cedam, 2008, p. 88.

¹⁷ Cass., sez. un., 22 novembre 2000, n. 32, in *CED Cass.*, n. 217266. Nel caso di specie, l'inammissibilità del ricorso era dovuta alla manifesta infondatezza dei motivi e la prescrizione del reato era maturata successivamente alla data della sentenza impugnata con il ricorso. In senso conforme: Cass., sez. un., 2 marzo 2005, n. 23428, in *CED Cass.*, n. 231164; Cass., sez. un., 28 febbraio 2008, n. 1960, in *CED Cass.*, n. 23940.

¹⁸ O. Mazza, *La Corte assediata e il garantismo efficiente (note a margine della Carta di Napoli)*, in *questa rivista*, 2014, p. 1 ss.

¹⁹ U. Aloisi, *Manuale pratico di procedura penale*, vol. III, *Delle impugnazioni, disciplina generale, impugnazioni istruttorie, appello, ricorso per cassazione*, Milano, Giuffrè, 1932-1952, p. 504.

quelle premesse che ne giustificassero la proposizione; ovvero quando, pur esistendo tali premesse, le conseguenze che, in linea di diritto, il ricorrente pretendesse di trarne, fossero in pieno e palese contrasto con le disposizioni implicate *dal* o *nel* provvedimento impugnato.

Seguendo tale impostazione, Giuseppe Sabatini²⁰, tra gli altri, dimostrò che la manifesta infondatezza non potesse essere affermata, se non attraverso l'indagine relativa al contenuto dei motivi, giungendo ad alcune esemplificazioni paradigmatiche, concernenti le ipotesi in cui: *a)* si richiedesse la applicazione di norme non pertinenti alla fattispecie o, apertamente, contrastanti con l'elemento di riscontro; *b)* l'inconferenza oppure l'incompatibilità fossero rilevabili *ictu oculi* e non fossero contestati con l'elemento di riscontro; *c)* nel concorso di più motivi di ricorso l'infondatezza fosse propria di ciascuno di essi e fosse constatabile per tutti.

Non passa inosservata l'attualità delle riflessioni; ed altrettanto può ritenersi per le conseguenze che da esse discendono: *a)* in relazione a motivi di mancanza o contraddittorietà di motivazione del provvedimento impugnato, l'infondatezza non è mai rilevabile *ictu oculi*, essendo sempre necessario un procedimento logico complesso, richiedente l'esame di tutti gli elementi di giudizio per fermare quelli utili e necessari, nonché per escludere quelli inutili ed erronei; *b)* parimenti, qualora i motivi ripropongano questioni più volte decise con giurisprudenza costante, va sottolineato che esse possono essere decise in maniera differente a seguito di nuovo dibattito; inoltre, per il solo fatto che la questione sia sorta e sia stata decisa resta ferma la rilevanza delle norme di cui si chiede l'applicazione.

«Sarebbero invece manifestamente infondati: il motivo che deduca la nullità per mancata sottoscrizione del verbale di udienza, quando il verbale risulta al contrario sottoscritto; il motivo che deduca la nullità per mancata sottoscrizione della decisione, quando al contrario la sottoscrizione esiste; il motivo che deduca la mancanza o l'incompletezza del dispositivo quando il dispositivo esiste ed è completo»²¹.

L'EROSIONE GIURISPRUDENZIALE DEGLI SPAZI OPERATIVI DELL'ART. 129 C.P.P.

Quanto al distinguo, di matrice giurisprudenziale, tra cause d'inammissibilità originarie e cause sopravvenute²², esso si radica, strutturalmente, nella peculiare configurazione dell'atto impugnatorio secondo l'esperienza giuridica previgente, in cui l'atto si perfezionava secondo una precisa scansione temporale: prima la dichiarazione di impugnazione (artt. 197 e 199) e, poi, la presentazione dei motivi (art. 201).

Le prime esplicavano efficacia nel momento genetico, impedendo non solo l'instaurazione del nuovo grado di giudizio, ma anche l'operatività di disposizioni più favorevoli all'imputato, come le cause di non punibilità di cui all'art. 152 c.p.p. del 1930. Viceversa, le seconde derivavano da circostanze esterne e successive alla dichiarazione d'impugnazione ammissibile (es. l'omessa o irregolare presentazione dei motivi): esse non precludevano l'applicabilità dell'art. 152 c.p.p. del 1930, giacché non ponevano in discussione la valida instaurazione del rapporto d'impugnazione.

Di conseguenza, la deroga all'obbligo di immediata declaratoria di non punibilità era da rinvenirsi nell'esito negativo dell'accertamento dei requisiti minimi prescritti per l'atto introduttivo. La presentazione di un ricorso difforme dal modello legale ritardava soltanto il giudicato formale, essendo quello sostanziale formatosi contestualmente alla proposizione dell'atto invalido, con l'ulteriore conseguenza dello sbarramento a qualsiasi verifica giudiziale, diversa da quella preliminare, e assorbente, di inammissibilità. Altrettanto non poteva ritenersi per l'ipotesi di conformità del ricorso alla forma prescritta, ipotesi compatibile con l'esercizio della giurisdizione e dei poteri cognitivi ovvero con l'immediata declaratoria di cause di non punibilità da parte del giudice *ad quem*.

Ma v'è di più. Si assumeva che l'obbligo di proscioglimento avesse carattere prioritario rispetto ad ogni altra valutazione; ne derivava, pertanto, la sua pregiudizialità rispetto alla declaratoria di inammissibilità nei seguenti casi: *a)* mancanza di interesse; *b)* esposizione non specifica dei motivi; *c)* proposizione di motivi non consentiti dalla legge; *d)* proposizione di motivi manifestamente infondati. Si ri-

²⁰ G. Sabatini, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, Utet, 1953, p. 386.

²¹ G. Sabatini, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, cit., p. 387.

²² Cass., sez. un., 10 gennaio 1976, n. 2553, in *CED Cass.* n. 132542.

conosceva, cioè, l'inderogabilità della giurisdizione a condizione dell'ammissibilità strettamente formale dell'impugnazione, quanto all'osservanza della legittimazione soggettiva, dell'impugnabilità oggettiva e dei termini.

Dunque: il giudizio di inammissibilità per infondatezza, sia pure palese, implicava ed implica – a nostro avviso – come atto necessitato l'ammissibilità *stricto sensu* del ricorso. Se le cose stanno in questi termini, gli effetti vanno riconsiderati alla luce del dato secondo cui la sentenza invalidamente impugnata diventa intangibile sin dal momento in cui si concretizza la causa di inammissibilità, che va apprezzata in un'ottica sostanzialistica della dinamica impugnatoria e delle relative conseguenze sul piano delle preclusioni processuali. La successiva declaratoria d'inammissibilità della impugnazione da parte del giudice *ad quem* ha carattere meramente ricognitivo di una situazione già esistente e determina la formazione del giudicato formale.

Siffatti rilievi, unitamente alle regole di organizzazione e di struttura dell'impugnazione, evidenziano le interrelazioni tra le categorie di giudicato, di giurisdizione e di processo, rafforzate oggi dall'unità della forma dell'atto impugnatorio (art. 581 c.p.p.). Il testo vigente dispone che «l'impugnazione si propone con atto scritto nel quale sono indicati il provvedimento impugnato, la data del medesimo e il giudice che lo ha emesso, con l'enunciazione specifica, a pena di inammissibilità: a) dei capi o dei punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione; b) delle prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione o erronea valutazione; c) delle richieste, anche istruttorie; d) dei motivi, con l'indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta». L'innovata formulazione si inserisce nel contesto delineato dall'art. 591 c.p.p., che attribuisce al giudice la competenza di dichiarare l'inammissibilità con ordinanza, anche d'ufficio, e di disporre l'esecuzione del provvedimento impugnato.

A fronte dell'eterogeneità delle situazioni, a cui rinvia l'art. 591 c.p.p., la giurisprudenza ha gradualmente esteso l'ambito delle cause di inammissibilità originaria, erodendo lo spazio cognitivo del giudice, fino ad affermare il carattere desueto della differenziazione.

Volendo ripercorrere i passaggi decisivi di tale operazione ermeneutica, va segnalato che nel 1994 le Sezioni Unite²³ hanno stabilito che l'omissione degli elementi indicati dall'art. 581 c.p.p., non esclusa la specificità dei motivi, rende l'impugnazione inidonea ad introdurre il nuovo grado di giudizio, ostacolando qualsivoglia pronuncia diversa dalla dichiarazione di inammissibilità. Viceversa, l'atto introduttivo, conforme al modello di cui all'art. 581 c.p.p., è idoneo a determinare il giudizio di legittimità; sicché i motivi di ricorso, diversi da quelli consentiti, o manifestamente infondati, o concernenti violazioni di legge non dedotte in appello (art. 606 c.p.p., comma 3), sono stati annoverati tra le cause sopravvenute, ammettendone la compatibilità con una pronuncia, ai sensi dell'art. 129 c.p.p.

Successivamente, i giudici di legittimità²⁴ hanno spostato in avanti il confine mobile tra le due specie di inammissibilità, annoverando tra le cause originarie i casi elencati nell'art. 591 comma 1 c.p.p., fatta eccezione per la rinuncia all'impugnazione, e non escluse le ipotesi di motivi di ricorso diversi da quelli consentiti o concernenti violazioni di legge non dedotte in appello (art. 606, comma 3, c.p.p.). Si è avuto così l'ampliamento delle situazioni inadeguate ad introdurre il nuovo grado di giudizio, pure con riguardo a fattispecie che implicano un'attività cognitiva più approfondita degli atti processuali.

Per la manifesta infondatezza la Cassazione ha fatto un discorso diverso, in quanto la delibazione sulla fondatezza della censura comporta necessariamente un'incursione nell'area delle statuizioni di merito, il cui esito non impedisce che vengano rilevate e dichiarate eventuali cause di non punibilità, ai sensi dell'art. 129 c.p.p., norma che esprime un valore di garanzia, insito nel principio del *favor rei*, e che prevale sulla declaratoria d'inammissibilità, recessiva rispetto all'operatività della prima.

Un anno dopo si ritorna sul tema²⁵: si sostiene che il ricorso contrassegnato da motivi manifestamente infondati configuri una causa originaria di inammissibilità; la nozione è ormai deprivata da ogni valore designante.

Partendo da quest'assunto la Cassazione, con la sentenza Ricci²⁶, perviene all'unitarietà della cate-

²³Cass., sez. un., 11 novembre 1994, n. 21, in *CED Cass.*, n. 199903; l'orientamento è stato ripreso da Cass., sez. un., 24 giugno 1998, n. 11493, in *CED Cass.*, n. 211469.

²⁴Cass., sez. un., 30 giugno 1999, n. 30, in *CED Cass.*, n. 213981.

²⁵Cass., sez. un., 22 novembre 2000, n. 32, cit.

²⁶Cass., sez. un., 25 marzo 2016, n. 12602, in *CED Cass.*, n. 266821.

goria di inammissibilità, si annullano, cioè, gli indici differenziali e si ritiene che tutte le ipotesi previste, in via generale, dall'art. 591 c.p.p., comma 1, lett. a), b), c), e, con riferimento al ricorso per cassazione, dall'art. 606 c.p.p., comma 3, vizino geneticamente l'atto, provocando la reazione dell'ordinamento con la corrispondente sanzione, come risposta ad un potere di parte non correttamente esercitato. Sotto questo profilo le cause di invalidità diventano tutte, ugualmente, intrinseche alla struttura dell'atto, sì da renderlo idoneo ad investire il giudice, del grado successivo, della piena cognizione del processo. Parimenti, per la fattispecie più discussa della manifesta infondatezza, figura che nell'elaborazione giurisprudenziale ha perso ormai qualsiasi elemento caratterizzante rispetto alle altre, con la conseguenza dirompente che «la porzione di processo che si svolge tra il momento in cui si sollecita l'instaurazione del grado superiore di giudizio e quello in cui tale sollecitazione è dichiarata inammissibile rimane circoscritta al solo accertamento della questione processuale relativa alla sussistenza del presupposto di ammissibilità e, in difetto di questo, non riserva spazio ad altre decisioni»²⁷. Ne discende che soltanto l'accertata ammissibilità dell'impugnazione, per l'effetto propulsivo che la connota, investe il giudice del potere decisorio sul merito del processo.

L'orientamento non convince del tutto, dal momento che la manifesta infondatezza richiede una valutazione non scindibile dai contenuti delle doglianze²⁸.

Prima della 'virata' in senso efficientista, la stessa Cassazione aveva richiamato l'attenzione sul dato secondo cui, superato il vaglio formale, ogni ulteriore passaggio valutativo implicasse un'indagine inerente al merito. In buona sostanza, il motivo infondato, pure se palesemente infondato, è sempre ammissibile, essendo il profilo di ammissibilità dell'atto impugnatorio logicamente antecedente al momento accertativo.

La previsione di cui all'art. 606, comma 3, c.p.p. è stata interpretata come un meccanismo a fini deflattivi, azionabile dal giudice a seconda dei casi, con lo spostamento arbitrario del sottile confine tra il proscioglimento e la conferma della condanna.

La consapevolezza dell'incertezza di tale confine²⁹ si rintraccia anche nella giurisprudenza di legittimità, che non si è sottratta al tentativo di delimitarne l'ambito definitorio attraverso parametri affidabili³⁰.

Sicuramente non si traduce in un apporto di chiarezza, l'osservazione secondo cui manifestamente infondata è quella doglianza che si presenta «*ictu oculi* priva di ogni consistenza», ovvero che riproponga una questione già dichiarata non fondata in difetto «di nuovi motivi che possano indurre a modificare la precedente decisione», in quanto essa non si presta a restringere un ambito casistico, che, in quanto eccezionale, non è suscettibile di estensioni.

Che si tratti di un'attività di pura e semplice costatazione giudiziale è opinione condivisa³¹, dal momento che l'aggettivo "manifesta" evoca «la significazione di palese inconsistenza delle censure»; si pensi alla «proposizione di censure caratterizzate da evidenti errori di diritto nell'interpretazione della norma posta a sostegno del ricorso, il più delle volte contrastata da una giurisprudenza costante e senza addurre motivi nuovi o diversi per sostenere l'opposta tesi, ovvero invocando una norma inesistente nell'ordinamento, solo per indicare le più frequenti ipotesi di applicazione dell'art. 606, comma 3, secondo periodo, c.p.p.. Fino a profilare – sul piano funzionale – come costante la pretestuosità del gravame, non importa se conosciuta o no dallo stesso ricorrente»³².

In particolare, si è precisato che: a) qualora i motivi deducano inosservanza od erronea applicazione di leggi, il giudice di legittimità è tenuto a valutare se essi risultino caratterizzati da evidenti errori di diritto nell'interpretazione della norma posta a sostegno del ricorso, come accade quando si invochi una norma inesistente nell'ordinamento; si pretenda di disconoscere l'esistenza oppure il senso assolutamente univoco di una determinata disposizione di legge; si ripresenti una questione già costantemente decisa dal Supremo collegio in senso opposto a quello sostenuto dal ricorrente, senza addurre motivi

²⁷ Cass., sez. un., 25 marzo 2016, n. 12602, cit.

²⁸ In tal senso, già A. Bargi, *Inammissibilità dell'impugnazione ed immediata declaratoria di cause di non punibilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 2, p. 171.

²⁹ Cass., sez. un., 11 novembre 1994, n. 21, cit.

³⁰ In dottrina, v. L. Marafioti, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 159 ss.

³¹ A. Scella, *Il vaglio d'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 195.

³² Cass., sez. un., 22 novembre 2000, n. 32, cit.

nuovi o diversi per sostenere l'opposta tesi; b) nell'ipotesi in cui i motivi deducano vizi di motivazione, consentiti e dotati della specificità necessaria, ex art. 581 comma 1, lett. c) c.p.p., e muovano sul fatto, sullo svolgimento del processo, sulla sentenza impugnata, all'attenzione del giudice non possono sfuggire censure o critiche sostanzialmente vuote di significato in quanto manifestamente contrastate dagli atti processuali; ne costituisce una chiara esemplificazione il motivo di ricorso che attribuisca alla motivazione della decisione impugnata un contenuto letterale, logico e critico radicalmente diverso da quello reale.

Dal canto suo, il giudice delle leggi³³ ha asserito che la locuzione «possa essere contrassegnata, sempre sul piano funzionale, da una pretestuosità oggettiva, prescindente dalla deliberata volontà dell'interessato di ritardare la formazione del titolo esecutivo».

Non sfugge, dunque, la delicatezza della tematica, considerata la molteplicità delle sfumature, che si rinvencono nell'espressione normativa, divenendo fonte di disuguaglianze di trattamento, poiché il giudice è posto di fronte ad una scelta, la cui opinabilità non è tollerabile, considerate le ricadute negative sull'operatività dell'art. 129 c.p.p.

Da qui la convinzione che l'operazione di accertamento dell'infondatezza dei motivi – mera o manifesta – risenta, inevitabilmente, di soggettivismi non sindacabili, che incidono, ad esempio, sull'estinzione del reato per prescrizione³⁴. Quest'ultima verrebbe ad essere determinata non soltanto dal decorso del tempo e dal susseguirsi degli eventi che possano sospenderla od interromperla, ma da una valutazione giurisdizionale, tendenzialmente, non suscettibile di controllo.

Per questa via sono state riversate nel processo opzioni di politica criminale, con risultati di notevolissimo rilievo: l'erosione delle garanzie mediante operazioni intrasistemiche, cioè, mediante relazioni tra concetti e categorie, armonizzati sulla base di un deludente criterio teleologico: il fine giustifica i mezzi.

Tuttavia, definire il rapporto tra garanzie, effettività, efficacia ed efficienza della giurisdizione è questione complessa, che tende a modellare, secondo criteri di opportunità, il fatto al diritto, ottenendo un risultato "pratico". Si tratta, però, di stabilire in cosa debba risolversi questa conformazione del fatto al diritto, dal momento che le ragioni della speditezza processuale non sono necessariamente coincidenti con quelle della migliore tutela possibile³⁵; inoltre, tra effettività ed efficienza vi è un rapporto di presupposizione, che fa della seconda la *condicio sine qua non* della prima.

L'esigenza, dunque, è quella di trovare, sia pure nel contingente storico, un momento di sintesi, una ragionevole prevedibilità di esiti. Qui si manifesta la centralità del caso, in cui si elevano e si consolidano interessi e valori, diversamente destinati ad un'incomprensibile conflittualità; ed è qui che emerge il problema politico del funzionamento della macchina processuale, quale presupposto del corretto assolvimento della funzione, problema che non può essere risolto rinunciando alla tutela del diritto dell'imputato alla prescrizione³⁶.

Eppure, l'art. 1, co.1, lettere d), e) ed f) della l. 9 gennaio 2019, n. 3, stabilisce che il corso della prescrizione del reato rimanga "sospeso" dalla pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino all'esecutività della sentenza o all'irrevocabilità del decreto, sacrificando la presunzione di non colpevolezza. Si ignora che la ragionevole durata costituisce un valore nella misura in cui è funzionale all'effettività della tutela giurisdizionale, la quale non si identifica esclusivamente con la celerità del giudizio, essendo una locuzione di sintesi comprensiva delle situazioni soggettive protette³⁷.

E se con l'entrata in vigore di tale disposizione non sarà più necessario l'abuso della manifesta infondatezza al solo scopo di neutralizzare la prescrizione, resta comunque il problema dello scivoloso crinale a cui essa dà adito; non a caso, la Corte costituzionale ha riconosciuto al principio di diritto forza

³³ C. cost., sent., 13 giugno 2000, n. 186, in *www.giurcost.org*.

³⁴ In merito, Cass., sez. un., 25 marzo 2016, n. 12602, cit., secondo cui in caso di ricorso inammissibile non è rilevabile la prescrizione, non dedotta né rilevata in appello, né oggetto di ricorso per cassazione.

³⁵ In tal senso, già R. Orlandi, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in AA.VV., *Studi in memoria di Gian Domenico Pisapia*, Milano, Giuffrè, 2000, 558 ss.

³⁶ G. Spangher, *Una sanzione sulla carta, in Inammissibilità: sanzione o deflazione?*, Atti del convegno di Roma, 19-20 maggio 2017, Milano, Giuffrè, 2018, p. 15.

³⁷ P. Ferrua, *La ragionevole durata del processo penale tra Costituzione e Convenzione europea*, in *Quest. giustiz.*, 2017, 109 ss.; D. Putilanò, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 507 ss.

abrogatrice nell'ipotesi di infondatezza del ricorso, negandola nell'ipotesi di manifesta infondatezza. E' evidente la sperequazione trattamentale!

Ciò, a nostro avviso, pone le premesse per un'altra questione di legittimità costituzionale: quella inerente all'art. 606, comma 3, c.p.p., con peculiare riferimento agli artt. 25, 27 e 111 Cost. Ma non solo. Essa si colloca nel sistema multilivello dei diritti, ovvero all'interno dell'area di rispetto dei principi del processo *equo*, della presunzione di innocenza, della certezza del diritto, presidiati dall'art. 6, paragrafi 1 e 2, della Convenzione EDU.

LA DIFFERENZIAZIONE DELLA METODICA DI ACCERTAMENTO

Va, peraltro, posto in debito risalto che con la riforma Orlando è venuto meno uno dei perni fondamentali su cui si basava la ricostruzione, in termini di unitarietà, della categoria di inammissibilità: la comune metodica di accertamento delle eterogenee situazioni.

Più specificamente, l'interpolazione normativa del comma 5-*bis*, all'interno della disposizione di cui all'art. 610 c.p.p., prevede un modulo di declaratoria di inammissibilità «senza formalità di procedura»³⁸. L'ambiguità della locuzione non è discutibile: essa lascia margini eccessivamente ampi di interpretazione in ordine alla successione teleologica degli atti, affidandola alla prassi; nè vi sono dubbi che si traduca nell'attestazione della superfluità del contraddittorio, sia pure cartolare, con riferimento a specifiche inosservanze. Si tratta di vizi formali di facile accertamento e di difficile contestazione, identificati sulla base del modello delineato dall'art. 591 c.p.p.

Il comma 5 *bis* rinvia alla carenza di legittimazione, al provvedimento non impugnabile, alla violazione delle disposizioni degli artt. 582, 583, 585 e 586 c.p.p., alla rinuncia all'impugnazione, aggiungendo a queste ultime il ricorso contro la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, per motivi diversi da quelli prescritti dall'innovata formulazione dell'art. 448, comma 2-*bis*, c.p.p., ed il ricorso contro la sentenza pronunciata *ex art. 599-bis* c.p.p. A queste previsioni segue la norma di chiusura, che prevede la possibilità di impugnare la pronuncia di inammissibilità con il rimedio straordinario di cui all'art. 625-*bis* c.p.p.

Dal punto di vista sistematico, essa è orientata a comprendere tutte le situazioni rappresentate nel comma 5-*bis*.

A ciò si aggiunga che la sezione c.d. filtro, che ha il compito di procedere allo smistamento dei ricorsi, non è dotata di un organico adibito esclusivamente a tale funzione, né di un ufficio centralizzato alle dirette dipendenze del Primo Presidente. Si è mantenuta, cioè, l'organizzazione degli uffici-spglio, presenti nelle sei sezioni penali e formati da magistrati, che provvedono ad una prima selezione, su delega del Primo Presidente³⁹. L'assegnazione alle singole sezioni competenti avviene *ratione materiae*, con il duplice rischio di perdita di imparzialità e di valutazioni disomogenee.

Tale circolarità non appare virtuosa, anzi, si presta ad elusioni del contraddittorio. Ora, se l'operatività del modulo differenziato si fonda sulla possibilità di distinguere le cause di inammissibilità, in ragione della loro complessità di verifica, non si spiega perché il legislatore non sia intervenuto sull'indeterminatezza della locuzione "motivi manifestamente infondati", dal momento che essa si presta ad aggirare la regola della procedura più garantita, cioè, quella dell'udienza pubblica, prevista per i ricorsi infondati (art. 610, comma 3, c.p.p.), ma spesso ricondotti alla prima locuzione con effetti dirompenti sul diritto di difesa.

La differenziazione dell'*iter* processuale non è determinata da un canone normativo di orientamento, non essendo identificata la soglia di rilevanza processuale di tale sbarramento, né tipizzate le situazioni ad essa riconducibili. Da qui le disparità trattamentali, che sacrificano le esigenze di giustizia sostanziale, pur emergendo entrambe all'esito di un controllo sul contenuto dei motivi del ricorso.

In questo contesto la genericità della 'manifesta infondatezza' si presta a fungere da filtro della *quaestio iuris*, qualora il provvedimento impugnato abbia deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte ed il ricorrente non abbia indicato le ragioni per cui l'orientamento della

³⁸ Sia consentito il rinvio al nostro, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2297.

³⁹ G. Fidelbo, *Il regime delle inammissibilità e la sezione filtro. Esperienze e prospettive*, in *Cass. pen.*, 2013, 4748.

stessa sia erroneo, argomentando criticamente l'esigenza del mutamento. Il ricorso sarebbe considerato ammissibile, se uno o più dei suoi motivi o le circostanze del caso suscitassero nell'apposita sezione almeno il dubbio circa l'opportunità di un ripensamento della giurisprudenza di legittimità. Queste zone d'ombra evidenziano che l'atto introduttivo può non superare la soglia di ammissibilità, nonostante la sua conformità al modello legale.

La confusione tra questioni relative al regolare esercizio del potere d'impugnazione e questioni relative alla fondatezza della stessa, confusione determinata dalla mancanza di un canone normativo di orientamento, fa sì che gli effetti preclusivi, rispetto alla trattazione nel merito, travolgano anche l'atto introduttivo conforme al modello legale. Da qui si perviene di fatto – e surrettiziamente – all'eliminazione o alla limitazione *a priori* delle censure per vizio di motivazione, con l'evidente espansione dei poteri dei giudici di legittimità, espansione lesiva della fonte di legittimazione degli stessi poteri. Sicché l'ampliamento a dismisura dei margini di discrezionalità dei giudici di legittimità trasforma il *discrimen*, in punto di ammissibilità, in una 'manifesta' violazione dell'art. 111, comma 7, Cost.

Non ridimensiona il problema l'opzione legislativa di inserire nel primo comma dell'art. 610, comma 1, c.p.p., quarto periodo, la locuzione «con riferimento al contenuto dei motivi di ricorso», come ulteriore requisito dell'avviso, che indica la causa di inammissibilità rilevata; dall'altro, l'innovazione è strumentale a porre in essere la condizione necessaria per preparare l'attività difensiva. Quanto al modulo strettamente procedurale, una volta che il ricorso giunga alla settima sezione, la cancelleria comunica il deposito degli atti e la data di udienza al difensore, che può presentare memorie a sostegno dell'ammissibilità dello stesso.

La successione teleologica degli atti è quella prescritta dall'art. 611 c.p.p.; la procedura camerale non partecipata costituisce la regola, in deroga a quanto previsto dall'art. 127 c.p.p., salvo che sia diversamente stabilito, pur essendo in gioco diritti soggettivi e posizioni di rilevanza costituzionale.

Questo stato di cose non è neutrale sul piano degli effetti, ricadendo sui diritti inviolabili del ricorrente e continuando ad erodere gli spazi operativi dell'art. 129 c.p.p., pure se le modifiche normative hanno attestato la specificità dei tratti connotativi della manifesta infondatezza non suscettibile più di essere accertata attraverso una metodica comune alle altre specie di inammissibilità.

GLI EFFETTI DELLA DECLARATORIA DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

I condizionamenti di questi incisivi passaggi, giurisprudenziali e legislativi, consentono di percepire il sottile problema concernente il profilo di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, sollevata con riferimento all'art. 75, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, giacché soltanto la dichiarazione di illegittimità configura una situazione assimilabile all'*abolitio criminis*, compatibile con l'ambito di attività dell'art. 129 c.p.p., anche qualora il ricorso sia inammissibile per manifesta infondatezza dei motivi⁴⁰.

Si tratta, invero, di un precedente giurisprudenziale secondo cui l'*abolitio criminis* va rilevata indipendentemente dall'oggetto dell'impugnazione, per ragioni di economia processuale, che impongono di evitare una pronuncia di inammissibilità, il cui unico effetto sarebbe quello di rinviare la declaratoria di abrogazione del reato alla fase esecutiva⁴¹. Da qui l'anticipazione degli esiti obbligati della fase esecutiva, dal momento che i casi di *abolitio criminis* e di dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice comportano la revoca della sentenza di condanna da parte del giudice dell'esecuzione (art. 673 c.p.p.)⁴².

L'idea di fondo è che una condanna definitiva a pena illegale – soprattutto se derivante dall'abrogazione o dalla declaratoria d'illegittimità costituzionale della norma incriminatrice – debba essere rettificata dal giudice dell'esecuzione, per assicurare l'effettività del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* sancito dall'art. 25, comma 2, Cost. e dall'art. 7 Cedu, poiché la tutela dei diritti, costituzionalmente e convenzionalmente garantiti, non può non prevalere sull'intangibilità del giudicato. La tesi, peraltro, trova fondamento in numerose pronunce delle Sezioni Unite, con riferimento ai rapporti tra

⁴⁰ Di recente, Cass., sez. VI, 1° febbraio 2019, n. 5210, in *www.giustizia.it*.

⁴¹ Ad esempio, in tema di ingiuria si segnala: Cass., sez. V, 18 ottobre 2016, n. 44088, in *CED Cass.*, n. 267751.

⁴² Cass., sez. un., 29 ottobre 2015, n. 26259, in *CED Cass.*, n. 266872.

inammissibilità per manifesta infondatezza e abrogazione del reato⁴³.

Dal punto di vista sistematico, ne discende che le ipotesi di successione di leggi penali nel tempo, riconducibili all'art. 2 c.p., resistono alla 'regola' giurisprudenziale di preclusione della rilevanza d'ufficio delle cause di non punibilità, anche in presenza di ricorso inammissibile. La cartina di tornasole è costituita dall'accezione di condanna, desumibile dall'art. 673 c.p.p., corrispondente al concetto di giudicato formale; il che significa che prima della sua formazione spetta al giudice della cognizione la competenza funzionale a prendere atto dell'intervenuta *abolitio criminis*, annullando la condanna⁴⁴.

Ci preme chiarire, tuttavia, che l'abrogazione e la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi sono categorie giuridiche autonome, implicando piani differenti, competenze diverse ed effetti altrettanto diversi. Innanzitutto, va posto in debito risalto che la prima si sostanzia in un fenomeno fisiologico dell'ordinamento giuridico; la seconda configura una situazione di patologia normativa, in virtù del dato che le conseguenze della declaratoria di incostituzionalità invalidano fin dall'origine la disposizione censurata, se si tratta, invece, di disposizioni anteriori alla Costituzione, fin dall'emanazione di questa.

In definitiva: gli effetti della declaratoria di incostituzionalità non sono assimilabili a quelli dello *ius superveniens*. Se, infatti, l'applicazione della sopravvenuta legge penale più favorevole, che attiene alla vigenza normativa, trova un limite invalicabile nella sentenza irrevocabile, ciò non può valere per la sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale, che concerne il diverso fenomeno dell'invalidità. La norma costituzionalmente illegittima è espunta dall'ordinamento in quanto inficiata da una patologia originaria; da qui la proiezione retroattiva della intervenuta pronuncia di incostituzionalità sugli effetti ancora in corso di rapporti giuridici pregressi, da essa disciplinati: la pronuncia attesta, in via definitiva, l'uscita dall'ordinamento di una norma geneticamente invalida.

Stando così le cose, non possono non essere eliminate tutte le conseguenze pregiudizievoli derivanti da una sentenza penale di condanna fondata, sia pure parzialmente, su una disposizione dichiarata incostituzionale, ovviamente, nei limiti in cui ciò sia possibile, non potendo essere rimossi quegli effetti irreversibili perché già compiuti e del tutto consumati⁴⁵.

Dal quadro delineato emerge con chiarezza che l'*abolitio criminis* – per *ius superveniens* o a seguito di pronuncia di illegittimità costituzionale – è cosa diversa dallo sviluppo della giurisprudenza, essenzialmente di legittimità, che approdi all'esito (simile) di ritenere che una determinata condotta non costituisca reato. Non è un caso che in tema di esecuzione, la sentenza di condanna, passata in giudicato, non possa essere revocata (art. 673 c.p.p.), qualora si verifichi il mutamento di un precedente giurisprudenziale inerente ad una disposizione rimasta invariata, in quanto tale mutamento – anche se sancito dalle Sezioni Unite – non determina alcun effetto abrogativo della stessa⁴⁶.

D'altra parte, il discostarsi dai precedenti non costituisce il momento distruttivo della logica del precedente, bensì l'argine alla cristallizzazione giurisprudenziale e l'apertura a quei cambiamenti giuridici e sociali che impongono un adeguamento o, se del caso, un mutamento dell'esegesi giurisprudenziale consolidata, a condizione che sia possibile addurre ragioni congrue, convincenti a far venir meno l'attendibilità di un determinato indirizzo interpretativo⁴⁷.

In aderenza a tale contesto, la Corte rimettente⁴⁸ ha chiesto una pronuncia di illegittimità costituzio-

⁴³ Le recenti sentenze: Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040, in *CED Cass.*, n. 264207 (pronuncia che si è espressa sul tema dell'inammissibilità e del giudicato sostanziale rispetto a fenomeni di incostituzionalità di norme incidenti sul trattamento sanzionatorio); Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 46653, in *CED Cass.*, n. 265111 (decisione emessa in tema di inammissibilità e successione di leggi più favorevoli quanto al trattamento sanzionatorio) e Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 47766, in *CED Cass.*, n. 265106 (emessa nel diverso caso di inammissibilità e illegalità ab origine della pena) sembrano aver delineato un percorso chiaro, secondo cui può vincersi il limite dell'inammissibilità qualora vi sia necessità di rilevare, anche d'ufficio, l'abolizione di un reato o la dichiarazione di incostituzionalità di una norma incriminatrice, così come anche l'illegalità della pena o un trattamento sanzionatorio più favorevole e successivo, in ogni caso tranne che nell'ipotesi in cui l'inammissibilità derivi da tardività del ricorso. In linea con questi orientamenti è anche la decisione, Cass., sez. un., 25 marzo 2016, n. 12602, cit.

⁴⁴ Cass., sez. V, 22 maggio 2019, n. 22462, in *www.giustizia.it*.

⁴⁵ Cass., sez. VI, 16 febbraio 2007, n. 9270, in *www.giustizia.it*.

⁴⁶ Cass., sez. I, 15 novembre 2016, n. 11076, in *CED Cass.*, n. 269759.

⁴⁷ Sul vincolo del precedente, si rinvia al nostro, *La Cassazione penale 'giudice dei diritti'. Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, cit., p. 260 e ss.

⁴⁸ Cass., sez. II, ord., 26 ottobre 2017, in *www.giustizia.it*.

nale per poter rilevare d'ufficio che il fatto contestato come delitto ai sensi dell'art. 75, comma 2, d.lgs. 159 del 2011, non costituisca reato ed evitare così che si formasse un giudicato non più emendabile in sede esecutiva e, quindi, ingiustamente pregiudizievole per l'imputato ricorrente.

Dal nostro punto di vista, l'indeterminatezza di una norma è vizio di origine e di sistema, che non può essere rimediato attraverso interpretazioni giurisprudenziali. Sostenere il contrario significherebbe tradire la duplice funzione del principio di stretta legalità (art. 25, comma 2, Cost.): la prima, finalizzata a garantire la concentrazione della produzione della regola *juris* nel potere legislativo, verrebbe meno tutte le volte in cui la norma è creata o abrogata in misura più o meno ampia dai giudici; la seconda, cioè, quella di assicurare la conoscenza *ex ante* di ciò che è lecito e di ciò che è vietato, non sarebbe rispettata, dovendo sussistere tale garanzia sin dalla prima fase dell'applicazione della norma e non nel momento in cui si sia consolidata un'interpretazione, peraltro, sempre suscettibile di mutamenti.

Queste notazioni sono confermate da taluni passaggi argomentativi, riscontrabili nella decisione in commento⁴⁹, laddove si osserva che «in un ordinamento in cui il giudice è soggetto alla legge e solo alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), la giurisprudenza ha un contenuto dichiarativo e nella materia penale deve conformarsi al principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., che vuole che sia la legge a prevedere che il fatto commesso è punito come reato. L'attività interpretativa del giudice, anche nella forma dell'interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata, può sì perimetrare i confini della fattispecie penale circoscrivendo l'area della condotta penalmente rilevante. Ma rimane pur sempre un'attività dichiarativa, non assimilabile alla successione della legge penale nel tempo».

In linea di massima, dunque, si è accolto con favore l'intervento della Corte costituzionale sull'art. 75 comma 2 del d.lgs. n. 159, costituendo il solo rimedio per incidere sulla legge con efficacia retroattiva.

Il giurista, però, non può chiudere gli occhi di fronte alla realtà «e non può non considerare come realtà l'erosione del concetto di diritto sul piano teorico, e sul piano pratico la complessità della vita sociale, con l'affiorare di potenti e prepotenti interessi per i quali il diritto sembra un ostacolo nel cammino»⁵⁰.

⁴⁹ C. cost., sent., 27 febbraio 2019, n. 25, cit.

⁵⁰ S. Satta, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, Cedam, 1968, p. 71.



Processo penale e giustizia n. 5 | 2019

Dibattiti tra norme e prassi

Debates: Law and Praxis

GIUSEPPE BISCARDI

Ricercatore di procedura penale – Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Processo per reati tributari: tramonto o ascesa del doppio binario?

Trial for tax crimes: double track in or out?

La disciplina dei reati tributari, di cui al d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, reca una contraddizione *in nuce*. Da un lato, conferma – persino espandendolo – il doppio binario processuale introdotto dalla pregressa normativa. Dall'altro, ed a differenza di quest'ultima, prevede fattispecie incriminatrici imperniate, di regola, sull'evasione d'imposta. L'effetto che ne consegue è l'identificazione/sovrapposizione dei fatti qualificati penalmente illeciti con quelli che costituiscono violazione amministrativa: i primi si differenziano dai secondi in ragione del *quantum* di tributo sottoposto all'imposizione. Ciò, sul piano processuale, produce sostanziale identità di oggetto dei due (separati) giudizi. Al doppio binario, peraltro, si accompagna il *ne bis in idem* sostanziale, avendo il legislatore optato per la specialità, anziché per il cumulo, del trattamento sanzionatorio (art. 19 d.lgs. n. 74 del 2000). Su tale assetto, non proprio lineare e pertanto foriero, secondo i casi, di contrasto o "appiattimento" giudiziari, si innestano recenti pronunce della Corte EDU e della Corte GUE, volte ad imporre un riscontro di possibili connessioni tra procedimenti separati ad oggetto "unificato". Sebbene in astratto inidoneo ad incidere *in subiecta materia*, in ragione del ricordato principio di specialità, tale indirizzo contribuisce al perpetuarsi ed al rafforzarsi di un quadro interpretativo ai limiti della praticabilità.

The tax crime discipline under the March 10, 2000 legislative decree n. 74 reveals an internal contradiction. On the one hand, it confirms and even expands the double track principle established by the previous laws, on the other hand it differs from the previous criteria providing new crimes based on tax evasion in general terms. The consequence is an overlapping of facts that may be defined as crimes, with facts that are defined as infringements of administrative rules: the former ones are identified by the amount of tax illegally unpaid.

From a procedural point of view, this implies that the same issue be dealt with in two separate proceedings. It has to be taken into account, on top of that, that together with the double track principle goes the ne bis in idem principle in terms of content, since the law establishes that each sanction has its own purpose and cannot be combined with other types of sanctions (art. 19 legislative decree n. 74 of 2000).

Based on this approach, not really consistent and therefore misleading, two recent decisions by the European Court of Human Rights and by the EU Court of Justice have taken place aimed at imposing to verify possible connections between different proceedings with the same object. Such an approach continues and strengthens interpretations that make very difficult to deal with one case, even though the just mentioned principle of ne bis in idem applies.

RAPPORTI TRA PROCESSO PENALE E CONTENZIOSO TRIBUTARIO: LA DISCIPLINA INTERNA

Come noto, nel settore vige il doppio binario processuale. Sul versante tributario, l'art. 20 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, scolpisce il divieto di sospensione in ragione della pendenza del processo penale¹. In ambito processualpenalistico, viene anzitutto in rilievo l'art. 220 norme att. c.p.p., secondo cui, come noto, al sorgere di indizi di reato quanto occorre per l'applicazione della legge "penale" va raccolto e formato secondo le regole del codice di rito; il che, *a contrario*, sta a significare che l'attività di verifica amministrativa proseguirà in aderenza alle regole di settore. Incide, inoltre, la previsione di cui all'art.

¹Tale disposizione contiene espresso divieto di sospensione anche per il procedimento amministrativo, a differenza di quanto previsto nell'art. 12, comma 1, d.l. 10 luglio 1982, n. 429, conv. in l. 7 agosto 1982, n. 516.

479 c.p.p.: in proposito, non può certo escludersi che la decisione sull'esistenza del reato dipenda dalla soluzione di una controversia tributaria particolarmente complessa². Tuttavia, il meccanismo sospensivo *in subiecta materia* non opera, giacché occorre che il giudizio extrapenale non soffra limitazioni probatorie³. A tale proposito, a parte ogni altra questione è noto che nel processo tributario vige divieto di prova testimoniale⁴, che di contro costituisce il mezzo istruttorio "protagonista" in sede processuale penale. Infine, assume importanza la previsione di cui all'art. 654 c.p.p.: l'efficacia vincolante del giudicato penale – *rectius*, dei fatti materiali accertati nel processo penale⁵ – non potrà mai darsi in sede tributaria, attesi i limiti probatori ora richiamati⁶. A conclusioni non difformi deve giungersi circa l'(in)efficacia del giudicato tributario in sede penale: atteso che l'unica eccezione in tal senso è rappresentata dal giudicato extrapenale su stato di famiglia e di cittadinanza⁷. In sintesi: sebbene l'"innesco" delle due procedure sia "interdipendente"⁸, investigazione, istruttoria e decisione sono autonome⁹, ossia insuscettibili di reciproci ed automatici condizionamenti¹⁰.

DOPPIO BINARIO E TEMPO DEI GIUDIZI

Sul doppio binario, pertanto, si viaggia in triplice direzione: a) investigativa (art. 220 norme att. c.p.p.); b) istruttoria (divieto di testimonianza nel processo tributario); c) valutativa, atteso che come già visto il giudicato penale non vincola *aliunde*¹¹ (e viceversa). Sempre a tale proposito, deve aggiungersi che l'inutilizzabilità è sanzione esclusiva dell'ambito processualpenalistico, e non incide sugli atti del giudizio tributario¹², a meno che non si tratti di prova "incostituzionale"¹³, nel qual caso la categoria assurge a principio generale inderogabile¹⁴; e che, infine, il giudicato penale mai potrebbe fondare l'affermazione di responsabilità sulla base di presunzioni, delle quali, viceversa, il contenzioso tributario è disseminato¹⁵.

² Art. 479, comma 1, c.p.p.

³ Art. 479, comma 1, c.p.p.

⁴ Art. 7, comma 4, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

⁵ Cfr. art. 654 c.p.p.

⁶ Cfr. art. 654 c.p.p. Qui il richiamo alla legge "civile" è da intendersi alle disposizioni diverse da quelle penali; come sinonimo di legge extrapenale, insomma. D'altro canto, accettare la tesi opposta condurrebbe ad un'irragionevole differenza di disciplina tra giudizi civili ed amministrativi – oltretutto distintamente menzionati nel testo dell'art. 654 c.p.p. –, ai quali ultimi è comunemente riaccolta la giurisdizione tributaria.

⁷ Art. 3, comma 4, c.p.p. Si tratta, peraltro, dell'unico caso in cui nel processo penale vanno osservate le limitazioni probatorie proprie della giurisdizione "dedicata" (art. 193 c.p.p.).

⁸ In quanto di regola la notizia di reato tributario sorgerà a seguito dell'attività amministrativa di accertamento. Ma può accadere il contrario, ossia che quanto di interesse per l'Amministrazione Finanziaria provenga da risultanze penali: si vedano gli artt. 33, comma 3, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, e 63, comma 1, d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633.

⁹ Altra questione è la possibilità, senz'altro in via di estensione, di far "circolare" la prova da un processo all'altro: *infra*.

¹⁰ Tuttavia, va rammentato che in due distinte occasioni la Corte costituzionale (sentt. 23 marzo 1992, n. 120, in *Giur. it.*, 1994, p. 464; 23 luglio 1997, n. 264, in *Giur. imposte dirette*, 1988, p. 470), ha sancito il vincolo dei fatti materiali accertati in sede penale sull'attività dell'Amministrazione Finanziaria. Vero che le decisioni sono state rese nella vigenza dell'art. 12, comma 2, d.l. n. 429 del 1982, conv. in l. n. 516 del 1982, che appunto disponeva: «*In base ai fatti di cui al comma precedente gli uffici delle imposte sui redditi e gli uffici dell'imposta sul valore aggiunto, se non è scaduto il termine per l'accertamento, procedono ad accertamenti e possono integrare, modificare o revocare gli accertamenti già notificati nonché irrogare o revocare le pene pecuniarie previste per i fatti stessi dalle disposizioni in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto*»; e che tale disposizione è stata successivamente abrogata dall'art. 25 d.lgs. n. 74 del 2000. Ma, stando alle argomentazioni della Consulta, tale rilievo non è dirimente, atteso che la stessa fa discendere il vincolo *de quo* dalla previsione di cui all'art. 4, comma 2, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E («*L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso*»).

¹¹ Fermo quanto osservato *supra*, nota precedente.

¹² In termini Cass. civ., sez. VI, 28 aprile 2015, n. 8605, in *Riv. dir. tributario*, 2015, 4, p. 189.

¹³ Ossia ottenuta in violazione della libertà personale e di domicilio, e della segretezza delle comunicazioni e della corrispondenza, con conseguente lesione dei diritti inviolabili di cui all'artt. 13, 14 e 15 Cost.

¹⁴ Cfr. Cass. civ., sez. VI, 28 aprile 2015, n. 8605, cit.

¹⁵ Efficace, in proposito, lo schema ricognitivo adottato da D. Deotto-M. Nadalutti (a cura di), *Presunzioni legali, la giungla delle "prove" a favore del Fisco*, in *Sole 24 Ore*, 10 giugno 2019.

A tutto quanto sinora esposto, deve aggiungersi in conclusione che, posto il divieto “reciproco” di sospensione dei processi, l’“ordine di arrivo” degli stessi – in punto di irrevocabilità della relativa pronuncia – sarà casuale, e comunque non prevedibile¹⁶.

Per altro verso, non è da escludere che il procedimento amministrativo si concluda con l’irrogazione di una sanzione *sine iudicio*, ossia comminata dall’autorità amministrativa e non contestata in sede giurisdizionale dal (presunto) trasgressore. Ipotesi impossibile nel processo penale, in cui anche la forma più contratta di rito¹⁷ – e quindi più “sbrigativa” quanto ad applicazione di pena – non può prescindere dal *dictum* giurisdizionale¹⁸.

Di per sé l’illustrato parallelismo – che come appena visto è adottato nella forma estrema dell’indifferenza per gli aspetti “cronologici” – non pone problemi, se non sotto un profilo politico-sociale di coerenza delle decisioni. Profilo, d’altro canto, assoggettato a non esecrabile svalutazione, in un’ottica di stampo accusatorio volta a privilegiare il rispetto delle regole e la presa di coscienza dell’inevitabile limitatezza della verità “processuale”, in contrapposizione ad un’inesausta – quanto invasiva, per la persona che la “subisce” – ricerca della verità “reale”. Il problema, come si vedrà, sorge in quanto i due giudizi hanno ad oggetto identici fatti¹⁹, al contrario di quanto accadeva in precedenza: il d.l. 10 luglio 1982, n. 429, conv. in l. 7 agosto 1982, n. 516, infatti, contemplava fattispecie “prodromiche” all’evasione, ossia caratterizzate da profili lesivi dell’obbligo di trasparenza contabile, documentale e dichiarativa del contribuente, e non dell’obbligazione tributaria *tout court*, il cui inadempimento era osteggiato dalle sanzioni extrapenali²⁰.

DUPLICE ACCERTAMENTO, UNICA SANZIONE

Alla sostanziale identità di oggetto dei giudizi, tuttavia, non seguiranno, nell’eventualità²¹, sanzioni plurime “multilivello” (penali ed amministrative)²². Il legislatore ha infatti optato per la specialità²³, al contrario di quanto disposto in precedenza²⁴. Si è soliti ritenere che tale criterio condurrà all’(eventuale) applicazione della sola sanzione penale, in quanto essa tutela fattispecie di norma caratterizzate da soglie quantitative di evasione²⁵, o quantomeno da dolo specifico di evasione²⁶; elementi “caratterizzanti” rispetto all’illecito amministrativo. In argomento, non pare inopportuna qualche puntualizzazione. Se l’affermazione di specialità della norma penale è di regola condivisibile, non va tuttavia trascurato che, nello specifico settore, alla strutturale mutevolezza del quadro normativo si accompagna una costante ed irreversibile proliferazione di sanzioni extrapenali; senza voler considerare che il legislatore, mediante apposite innovazioni, rimane libero di invertire il *trend* sopra illustrato, ossia di rendere speciale l’illecito amministrativo. Rammentando, altresì, che non sono mancate opinioni, pur senz’altro minori-

In modo senz’altro opinabile, la giurisprudenza (v. ad esempio Cass., sez. III, 23 gennaio 2013, n. 7078, *In questa Rivista*, 2013, 5, p. 36) attribuisce valore indiziario a tali presunzioni specie in ambito cautelare reale, al fine di riscontrare il *fumus* di cui all’art. 321, comma 2, c.p.p.

¹⁶ *Infra*.

¹⁷ Art. 459 c.p.p.

¹⁸ Circa le ipotesi di decreto penale emesso dall’autorità amministrativa (Intendente di Finanza), si vedano gli artt. 36 ss l. 7 gennaio 1929, n. 4, caduti giocoforza sotto la scure della Corte costituzionale (sent. 3 aprile 1969, n. 60, in www.corte costituzionale.it).

¹⁹ *Infra*.

²⁰ Come noto, prima dell’entrata in vigore del d.l. n. 429 del 1982, conv. in l. n. 516 del 1982, con riferimento alle imposte dirette l’art. 21, comma 7, l. n. 4 del 1929, vietava l’esercizio dell’azione penale sin quando la controversia tributaria non fosse stata definita: era il sistema della cosiddetta “pregiudiziale tributaria” (*infra*).

²¹ Posto che i giudizi potrebbero concludersi in modo favorevole per l’imputato/contribuente.

²² Si veda tuttavia *infra*.

²³ Art. 19 d.lgs. n. 74 del 2000.

²⁴ L’art. 10 d.l. n. 429 del 1982, conv. in l. n. 516 del 1982, infatti, imponeva il cumulo delle sanzioni. Tuttavia in quest’ultimo caso, come appena visto, le fattispecie penalistiche non di rado divergevano, quanto a condotta descritta, da quelle che davano luogo ad illecito amministrativo.

²⁵ Si veda ad esempio l’art. 5 d.lgs. n. 74 del 2000.

²⁶ Si veda ad esempio l’art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000.

tarie, tendenti a ribaltare l'illustrato rapporto di specialità²⁷, su tale questione è consigliabile un atteggiamento prudenziale, volto ad adottare, con riguardo alle singole fattispecie, una valutazione "caso per caso"²⁸. Ad ulteriore chiarimento in tema, va precisato che il criterio di specialità opera solo quando la persona fisica sia allo stesso tempo imputata e contribuente, ossia parte del giudizio tributario. Per espressa previsione²⁹, infatti, la specialità non viene in rilievo nei casi di rappresentanza legale di società o persone giuridiche³⁰. Si tratta, del resto, di conclusione "fisiologica": essendo diversi i destinatari della duplice sanzione, non può porsi problema di *bis in idem* sostanziale³¹.

In ultimo, ma non nel senso dell'importanza, va rimarcato che (inevitabilmente, del resto) la specialità rileva solo in presenza di uno stesso fatto³², giuridicamente qualificabile tanto come illecito amministrativo che come illecito penale. Di contro, la giurisprudenza di legittimità³³, in relazione ai delitti di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter* d.lgs. n. 74 del 2000, ha affermato la diversità tra fatto costituente reato e fatto costituente illecito amministrativo. Con riferimento all'art. 10-*ter* d.lgs. n. 74 del 2000, in particolare, si è affermato che l'omessa dichiarazione IVA si differenzia dalla fattispecie di cui all'art. 13 d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, oltre che per la soglia di punibilità, per la diversità del termine finale³⁴. Pertanto, nei casi ora richiamati la sanzione amministrativa si aggiunge(rebbe) a quella penale. Tale impostazione pare ampiamente opinabile: premesso che la diversità del termine è dato estrinseco³⁵ al "fatto", da intendersi quale condotta più oggetto materiale su cui quest'ultima impatta³⁶, si è affermato in modo condivisibile³⁷ che l'illecito amministrativo si configura quale *work in progress*, sino al momento in cui viene raggiunta una soglia di evasione penalmente rilevante. Sono quindi proprio le affermazioni della giurisprudenza a condurre ad esiti interpretativi opposti a quelli cui essa aderisce: se tra gli illeciti vi è progressione³⁸, la fattispecie *maior* ingloba e "neutralizza" la fattispecie *minor*, che dalla prima viene assorbita³⁹. Tali pur pregevoli conclusioni, tuttavia, non valgono a pretermettere il dato per cui i richiamati *dicta* giurisprudenziali hanno, allo stato, un peso interpretativo ed applicativo tutt'altro che lieve⁴⁰. Aspetto, come si vedrà *infra*, tutt'altro che trascurabile per la questione qui in esame.

IL PRINCIPIO DI SPECIALITÀ TRA VINCOLO IN SEDE AMMINISTRATIVA E POSSIBILE CONTRASTO DI GIUDICATI

L'assetto dei rapporti intergiurisdizionali in esame è quindi connotato da due punti fermi: *ne bis in idem* sostanziale – sebbene con i limiti sopra indicati – e *bis in idem* processuale. Quest'ultimo, oltretutto, disegnato in maniera rigida, essendosi già ricordata l'inibizione del principale meccanismo di raccordo utilizzato, di regola, nei casi di identità, totale o parziale, di oggetto di giudizio: la sospensione di uno

²⁷ Cfr. R. Ferrazzani-B. Cartoni, *Rapporto di specialità tra sanzione amministrativa e sanzione penale introdotto dalla legge 662 del 1996. Prima applicazione*, in *Fisco*, 1999, p. 4512 ss.

²⁸ P. Rivello, *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2018, 1, p. 108.

²⁹ Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 74 del 2000.

³⁰ V. art. 11 d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472.

³¹ Cfr., in ultimo, Cass., sez. III, 26 febbraio 2019, n. 25734, in www.cortedicassazione.it.

³² *Infra*.

³³ Cass., sez. un., 28 marzo 2013, n. 37424, in *Cass. pen.*, 2014, p. 38, e Id., 28 marzo 2013, n. 37425, *ivi*, p. 54.

³⁴ Periodico nell'art. 13 d.lgs. n. 471 del 1997; annuale nell'art. 10-*ter* d.lgs. n. 74 del 2000.

³⁵ Cfr. Cass., sez. III, 8 febbraio 2012, n. 18757, in *Riv. pen.*, 2012, p. 731.

³⁶ V. F. Cordero, *Procedura penale*, 8ª ed., Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1219, 1224: *infra*. Secondo Cass., sez. III, 8 febbraio 2012, n. 18757, cit., nell'art. 10-*bis* d.lgs. n. 74 del 2000, l'oggetto materiale è da individuarsi nelle ritenute.

³⁷ G. M. Flick, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 settembre 2014, pp. 16-17.

³⁸ Cfr. Cass., sez. un., 28 marzo 2013, n. 37424, cit.

³⁹ G. M. Flick, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, cit., *ibidem*.

⁴⁰ In alcuni casi, tuttavia, la giurisprudenza ha proseguito a discostarsi da tale orientamento: cfr., ad esempio, Trib. Bergamo, ord. 27 giugno 2018, in www.giurisprudenzapenale.com, 6 novembre 2018.

dei processi, in attesa che nell'altro si formi il giudicato⁴¹. Soluzione, come visto, impedita tanto in sede processuale penale che in sede processuale tributaria. Il rapporto, per alcuni versi singolare⁴², tra la specialità sostanziale e la separazione ed autonomia degli accertamenti giurisdizionali, viene composto dal legislatore come segue. A norma dell'art. 21 d.lgs. n. 74 del 2000, l'Amministrazione Finanziaria procede ad irrogare le sanzioni amministrative per illeciti (che essa ritiene) penalmente rilevanti. All'irrogazione, tuttavia, non seguirà l'esecuzione in danno dell'imputato, dovendosi attendere la conclusione del procedimento o del processo penale. Se questi ultimi si definiscono, rispettivamente, con archiviazione o sentenza irrevocabile⁴³ «di assoluzione o proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto»⁴⁴, l'esecuzione delle sanzioni extrapenali potrà avere corso. Tra le pronunce che escludono la rilevanza penale del fatto possono senz'altro annoverarsi quelle emesse con la formula "il fatto non costituisce reato" per difetto di dolo, posto che la responsabilità per illecito amministrativo può sorgere anche a fronte di condotte colpose⁴⁵. Nonché quelle che affermano la mancata previsione come reato del fatto, attesa la possibile permanenza di profili di illiceità extrapenale.

Dal testo della disposizione in esame emergono *a contrario* due conseguenze che paiono ineluttabili: in primo luogo, la sentenza che esclude il fatto *tout court*, e non solo la sua illiceità penale, impedisce l'esecuzione della sanzione amministrativa. In altri termini, l'Amministrazione Finanziaria è vincolata, sul punto, alle determinazioni del giudice penale. Vi è quindi chiara eccezione al principio di inefficacia del giudicato⁴⁶; con l'importante precisazione, tuttavia, che destinataria del vincolo è l'autorità amministrativa, e non la giurisdizione tributaria. A diverse conclusioni sembrerebbe potersi giungere laddove il giudice assolva l'imputato per non aver commesso il fatto: tecnicamente, non viene sancita l'irrelevanza penale della condotta, il che lascerebbe libera l'Amministrazione Finanziaria di eseguire la sanzione extrapenale. Ma pare opzione irragionevole: non si comprenderebbe, infatti, perché il vincolo dovrebbe operare in punto di sussistenza del fatto, e viceversa non avere rilievo in ordine alla non addebitabilità dello stesso all'imputato⁴⁷.

In secondo luogo, è ancor più evidente che la condanna definitiva di quest'ultimo preclude l'esecuzione delle sanzioni amministrative in suo danno⁴⁸. Nella sostanza, il legislatore impone una soluzione *ope iudicis* della *querelle* sulla specialità, riservata alla sede processuale penale, anche nel caso in cui in tale sede non venga presa espressa posizione sul tema del concorso apparente di norme⁴⁹. Anche in tale ipotesi, pertanto, non può negarsi la sussistenza di un vincolo per l'Amministrazione Finanziaria, "costretta" all'abbandono della sanzione amministrativa a seguito di giudicato penale affermativo della responsabilità. Soluzione non peregrina, posto che in qualche modo il nodo "specialità" deve pur essere sciolto; che tuttavia autorizza interrogativi su una disposizione – appunto l'art. 21 d.lgs. n. 74 del 2000 – che sembra lasciare in sospenso questioni applicative di non poco conto. Il caso prefigurato nella norma in esame sembra essere quello di irrogazione di sanzione extrapenale non impugnata dal destinatario; e della definitività dell'atto prima che si formi il giudicato penale. Ipotesi senz'altro prospettabile⁵⁰, ma non ineluttabile, potendo in astratto il giudicato penale precedere il provvedimento amministrativo;

⁴¹ Si veda, in tal senso, la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, contenuta all'interno di Corte e.d.u., Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia, in www.archiviopenale.it.

⁴² *Infra*.

⁴³ L'uso dell'aggettivo sembra inesorabilmente escludere, dai provvedimenti rilevanti in tale sede, la sentenza di non luogo a procedere (cfr., altresì, l'art. 648, comma 1, c.p.p.). Conclusione obbligata, pur a fronte dell'indubbio arricchimento cognitivo di cui è munita oggi l'udienza preliminare, alla luce delle innovazioni introdotte dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479 (artt. 421-bis, 422, 424, 425 c.p.p.).

⁴⁴ Art. 21, comma 2, d.lgs. n. 74 del 2000.

⁴⁵ Art. 5 d.lgs. n. 472 del 1997.

⁴⁶ Si veda del resto *supra*, nota 10.

⁴⁷ D'altra parte, l'erario potrebbe comunque eseguire la sanzione in danno di chi, diverso dall'imputato, venga individuato quale autore materiale dell'illecito: cfr. art. 11, comma 1, d.lgs. n. 472 del 1997.

⁴⁸ Si ribadisce la circoscrizione soggettiva dell'*iter* descritto nell'art. 21 d.lgs. n. 74 del 2000, alla luce di quanto disposto dall'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 74 del 2000 (*supra*).

⁴⁹ Che in quanto tale preclude la doppia punizione: in ultimo cfr. C. Buffon, *Interferenze tra ne bis in idem processuale e sostanziale nel contenimento del doppio binario sanzionatorio*, In questa Rivista, 2019, p. 532.

⁵⁰ V. infatti *infra*.

specie nei casi in cui il primo si formi a seguito dell'adozione di riti alternativi⁵¹ ed il secondo promani da risultanze penali trasmesse all'Amministrazione Finanziaria a norma degli artt. 33, comma 3, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, e 63, comma 1, d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633. Fin qui *nulla quaestio*: come, a determinate condizioni, il *dictum* penale irrevocabile pregiudica l'esecuzione della sanzione amministrativa⁵², alle stesse condizioni lo stesso inibirà l'atto prodromico a tale esecuzione, ossia il provvedimento di irrogazione. In argomento, va in ultimo osservato che il mancato esperimento dei rimedi giurisdizionali avverso tale atto fa sì che non possa sorgere questione di *bis in idem* processuale: solo il giudice penale, infatti, deciderà sulla controversia⁵³.

Il quadro si complica, e non poco, laddove il contribuente, che è anche imputato⁵⁴, ricorra avanti la giurisdizione tributaria avverso il provvedimento di irrogazione della sanzione. Si tratta di *casus omissis* nel testo dell'art. 21 d.lgs. n. 74 del 2000; per cui, sono prospettabili due interpretazioni di radicale alternatività. Potrebbe ritenersi che i giudicati "inibitori" di cui alla citata disposizione⁵⁵ mantengano sempre e comunque tale valenza; quindi, se la sentenza irrevocabile interviene a processo tributario in corso, l'ufficio non potrà porre in esecuzione il titolo amministrativo. È chiaro tuttavia che, così argomentando, si introdurrebbe un vincolo *pro iudicato* anche nei confronti del giudice tributario; in aperta quanto "silente" violazione dell'art. 654 c.p.p.⁵⁶. In proposito, sembra solo formale il rilievo per cui il vincolo in questione si produrrebbe solo *versus* l'Amministrazione Finanziaria, e non nei confronti del giudice extrapenale: sta di fatto che la prima dovrebbe conformarsi al *dictum* anche a fronte di diverso avviso delle Commissioni Tributarie⁵⁷. Oltretutto, non pare inequivoca la disciplina da applicare laddove il giudicato tributario preceda quello penale: ipotesi tutt'altro che infrequente, attesa la maggiore speditezza del rito extrapenale, ed il suo incardinamento previo rispetto all'avvio del procedimento penale, posto che di regola l'Amministrazione Finanziaria trasmette la notizia di reato solo dopo l'emanazione dell'atto amministrativo⁵⁸. Se il giudice tributario afferma la specialità della sanzione amministrativa – magari argomentando espressamente sul punto – il titolo esecutivo non è più l'atto dell'amministrazione⁵⁹, ma la pronuncia giurisdizionale cui l'Amministrazione Finanziaria non dovrebbe uniformarsi, dovendo attendere il giudicato *extra moenia*. Conclusione, all'evidenza, non proprio lineare, e per alcuni aspetti paradossale. Infatti, posta la più volte ricordata autonomia degli accertamenti giurisdizionali, l'assoluzione per insussistenza del fatto potrebbe coesistere con l'affermazione dell'obbligo di corrispondere il tributo⁶⁰, nonché le sanzioni amministrative. In tal caso, l'interpretazione "totalizzante" dell'art. 21 d.lgs. n. 74 del 2000⁶¹ porterebbe a concludere per la debenza del solo tributo: la sanzione penale è scongiurata dal giudicato assolutorio, così come quella amministrativa, a norma della disposizione ora citata. Potrebbe persino verificarsi un caso limite: quello in cui l'oggetto del giudizio tributario si identifichi ed esaurisca nel solo tema della responsabilità per illecito amministrativo, in assenza di emersione di materia imponibile. Il processo tributario si concluderebbe in un "nulla di fatto", pur in presenza di un convincimento positivo circa l'addebitabilità dell'illecito (*sic*). Di contro, l'opzione alternativa è ritenere che l'art. 21 d.lgs. n. 74 del 2000 operi al di fuori dei rapporti in-

⁵¹ Ad eccezione del decreto di condanna e dell'applicazione di pena su richiesta, che in questa sede mai potrebbero venire in rilievo dato il testo dell'art. 21, comma 2, d.lgs. n. 74 del 2000 (*supra*). Si veda tuttavia *infra*.

⁵² *Supra*.

⁵³ Questione di non poco conto, alla luce dei problemi che verranno affrontati *infra*.

⁵⁴ *Supra*.

⁵⁵ *Supra*.

⁵⁶ *Supra*. In termini, non a caso, L. Nicotina, *Le interferenze tra processo tributario e processo penale: pregiudizialità, autonomia o coordinazione critica*, in *Riv. dir. tributario*, 2011, 10, pp. 475-476.

⁵⁷ Espresso, ad esempio, in pronunce di primo o secondo grado ancora impugnabili.

⁵⁸ A meno che il meccanismo operi "a parti invertite" (*supra*), ossia quando le risultanze di interesse fiscale sgorgino da atti del procedimento penale.

⁵⁹ Lo stesso, in verità, è a dirsi per le pronunce tributarie "instabili": cfr. art. 69 d.lgs. n. 546 del 1992. In tale ultimo caso, tuttavia, non si pone il tema del rapporto, rilevante in questa sede, tra contrasto di giudicati ed applicazione del principio di specialità.

⁶⁰ Si vedano infatti Cass. civ., sez. trib., 27 settembre 2011, n. 19786, in *www.dirittoegiustizia.it*, 8 ottobre 2011 e Id., 12 marzo 2007, n. 5720, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 3, p. 551.

⁶¹ *Supra*.

tergiurisdizionali, ossia solo quando il provvedimento amministrativo non venga impugnato, rimanendo per il resto inalterate le regole “di sistema”: indipendenza ed autonomia dei rispettivi accertamenti. Cosa accadrebbe, tuttavia, se in entrambe le sedi dovesse essere affermata la responsabilità? Il cumulo sanzionatorio sarebbe vietato⁶²; ma l’Amministrazione Finanziaria, parte (almeno)⁶³ del processo tributario sarebbe destinataria di due comandi incompatibili: eseguire la sanzione (per effetto della decisione tributaria), e non eseguirla (in aderenza alla pronuncia penale). Si avrebbe, in altri termini, seppure con i dovuti adattamenti⁶⁴, conflitto pratico di giudicati.

LA GIURISPRUDENZA SOVRANAZIONALE E LA “MUTAZIONE GENETICA” DELLA SANZIONE AMMINISTRATIVA: IMPLICAZIONI PROCESSUALI

In proposito, ed in estrema sintesi, va premesso che da tempo⁶⁵ la Corte EDU afferma che, al di là delle formali qualificazioni giuridiche, una sanzione va ritenuta di natura penale quando ricorrano, quantomeno in via alternativa⁶⁶, i seguenti criteri: appunto la qualificazione giuridica interna della sanzione; la natura dell’illecito; ed infine la fisionomia deterrente e preventiva, ed in ultima istanza punitiva, della sanzione stessa. Proprio sotto tale ultimo profilo, è innegabile l’afflittività delle sanzioni tributarie “interne”, che al contrario non assolvono ad alcuna finalità riparatoria e/o risarcitoria⁶⁷. Secondo la Corte EDU, pertanto, le sanzioni tributarie previste dal legislatore italiano hanno natura penale; ed in tema va ricordato, doverosamente, che le norme CEDU, in quanto “interposte” tra la Carta costituzionale e la legge statale ordinaria⁶⁸, vanno applicate nei termini risultanti dall’interpretazione convenzionale⁶⁹. Ove si rilevi contrasto tra norma CEDU e norma interna, e quest’ultima non sia assoggettabile ad interpretazione conforme alla prima, il giudice nazionale dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale, essendogli inibita la disapplicazione diretta della disposizione interna⁷⁰. A tal proposito, è nota la previsione di cui all’art. 4, comma 1, prot. n. 7 CEDU, secondo cui “nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un’infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato”⁷¹.

Ora: se la sanzione è “penale” – ossia ritenuta tale secondo i cosiddetti “criteri Engel”⁷² –, e se l’art. 4 prot. n. 7 CEDU, laddove questa sia irrogata in via definitiva, inibisce non solo ulteriori sanzioni (*bis in idem* sostanziale), ma persino il processo volto all’eventuale applicazione di tale *bis in idem*⁷³, la posizio-

⁶² *Supra*.

⁶³ Non potendosi infatti escludere la sua partecipazione al processo penale quale parte civile, attesa la struttura “di danno” delle fattispecie di cui al d.lgs. n. 74 del 2000.

⁶⁴ *Infra*.

⁶⁵ E precisamente da Corte e.d.u., 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

⁶⁶ M. Bontempelli, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, p. 123; Corte giust. UE, 5 giugno 2012, Bonda, causa C-489/10, in <http://curia.europa.eu/juris>.

⁶⁷ Si pensi solo che esse possono giungere in alcuni casi – v. ad esempio l’art. 5 d.lgs. n. 471 del 1997 – ad una percentuale che oscilla tra il 120 ed il 240 per cento dell’imposta evasa; e che la Corte EDU ha ritenuto la natura penale di sanzioni stabilite nella percentuale del 30 per cento (sent. 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia, cit.) o del 25 per cento (sent. 18 maggio 2017, Johansson e a. c. Islanda, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 18 maggio 2017) del *quantum* di evasione.

⁶⁸ C. cost., sentt. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, pp. 197 e 229.

⁶⁹ C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in *Riv. dir. internaz.*, 2015, p. 1022.

⁷⁰ C. cost., sentt. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, cit.

⁷¹ Dello stesso tenore l’art. 50 CDFUE: «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell’Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge». Come noto, la giurisprudenza della Corte GUE ha ad oggetto fattispecie previste a tutela degli interessi dell’Unione europea. Nel settore qui in esame, di conseguenza, viene in rilievo l’omesso versamento di cui all’art. 10-ter d.lgs. n. 74 del 2000, attesa la natura comunitaria del tributo (cfr. M. Bontempelli, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, cit., pp. 117-118).

⁷² *Supra*.

⁷³ Cfr. art. 4 prot. n. 7 CEDU, che sancisce con chiarezza non solo il divieto di doppia condanna, ma anche quello di doppia “persecuzione”.

ne della giurisprudenza sovranazionale, nell'ipotesi di cumulo sanzionatorio previsto nella legislazione interna⁷⁴, non poteva che essere la seguente: in caso di definitività della sanzione (ritenuta in base ai criteri Engel) penale⁷⁵, il cumulo è impedito tanto dal *ne bis in idem* sostanziale⁷⁶, che da quello processuale⁷⁷. Trasponendo tale impostazione nell'ambito qui in rilievo, se ne dovrebbe dedurre che la definitività della sanzione di cui ai criteri Engel dovrebbe inibire non solo la condanna penale propriamente detta, ma addirittura l'instaurazione o il prosieguo del processo penale. A tali conclusioni, infatti, sono giunti, dopo la pronuncia della Corte EDU del 4 marzo 2014⁷⁸, alcuni Tribunali di merito⁷⁹. In base alla normativa interna, si tratta di orientamento non accoglibile, ed infatti censurato, in modo corretto, dalla giurisprudenza di legittimità⁸⁰. Anzitutto, l'eventuale mancata impugnazione del provvedimento sanzionatorio impedisce, si direbbe in modo ontologico, la configurabilità del *bis in idem* processuale⁸¹. Quanto al *bis in idem* sostanziale, accogliere nell'ordinamento interno le conclusioni cui giunge la Corte EDU a prescindere dal sindacato di costituzionalità⁸², significherebbe abbattere *ope iudicis* la previsione espressa di specialità di cui all'art. 19 d.lgs. n. 74 del 2000; che è appunto il rimedio, nella fattispecie, volto ad impedire la doppia punizione⁸³. Le obiezioni appena formulate non sembra possano venir meno nell'ipotesi – sebbene differente in modo significativo da quella sinora esaminata – in cui la definitività della sanzione “penale” (secondo i criteri Engel) maturi per effetto del giudicato tributario. In particolare, con riferimento al *ne bis in idem* processuale, la preclusione ad altro giudizio può sorgere solo laddove vi sia stata previa celebrazione di un processo davanti al giudice penale⁸⁴. Non pare invece del tutto incontrovertibile asserire⁸⁵ che nella fattispecie l'art. 649 c.p.p. non è applicabile, in quanto volto a scongiurare conflitti pratici di decisioni; quindi il rischio di comandi incompatibili⁸⁶, qui insussistente attesa l'impermeabilità della giurisdizione penale a quella tributaria, e viceversa. Se, invece, dovesse ritenersi che la previsione volta ad attuare il principio di specialità – art. 21 d.lgs. n. 74 del 2000 – non trovi applicazione nel caso in cui entrambi i giudicati dovessero contenere un'affermazione di responsabilità⁸⁷, il conflitto pratico potrebbe porsi. Come si vede, tuttavia, si tratta di un terreno estremamente scivoloso, di ardua percorribilità persino adottando le massime cautele possibili⁸⁸.

⁷⁴ Il riferimento alle ipotesi di cumulo sanzionatorio nella disciplina statale è decisivo; e da tenere sempre presente anche per le considerazioni che verranno sviluppate *infra*.

⁷⁵ L'apprezzamento al riguardo è riservato al giudice interno: cfr., tra le altre, Corte e.d.u., Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia, cit.

⁷⁶ Posta l'omogeneità delle sanzioni irrogabili, *infra*.

⁷⁷ Atteso il ricordato divieto di “persecuzione” scolpito nell'art. 4 prot. n. 7 CEDU. Cfr. Corte e.d.u., 4 marzo 2014, n. 18640, Grande Stevens c. Italia, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3098.

⁷⁸ Cit. *supra*, nota precedente.

⁷⁹ Trib. Asti, sez. II, 10 aprile 2014, in *Riv.dir. tributario*, 2015, p. 3 ss., con nota di C. Sanvito, *Principio di specialità e divieto di un secondo giudizio nei reati tributari: recenti evoluzioni della giurisprudenza italiana e della CEDU*; Trib. Terni, sez. pen., ord. 12 giugno 2015, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2 dicembre 2015, con nota di F. Viganò, *Ancora in tema di omesso versamento IVA e ne bis in idem: il Tribunale di Terni dichiara non doversi procedere per la sanzione penale*; e Trib. Brindisi, sez. pen., ord. 17 ottobre 2014, in *Dir. pen. contemporaneo*, 12 dicembre 2014, con nota di S. Finocchiaro, *Improvvisabilità per ne bis in idem a fonte di sanzioni “formalmente” disciplinari: l'art. 649 c.p.p. interpretato alla luce della sentenza Grande Stevens*.

⁸⁰ Cass., sez. III, 21 aprile 2016, n. 25815, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4515.

⁸¹ *Supra*.

⁸² *Infra*.

⁸³ Nel senso che la specialità sia di per sé ostativa a meccanismi di cumulo sanzionatorio (*infra*), si veda la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, in Corte e.d.u., Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia, cit.

⁸⁴ Cass., sez. III, 21 aprile 2016, n. 25815, cit.; M. Bontempelli, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, cit., p. 128; E. M. Mancuso, *Ne bis in idem e giustizia sovranazionale*, in A. Giarda-A. Perini-G. Varraso, *La nuova giustizia penale tributaria. I reati – Il processo*, Milano, CEDAM, 2016, p. 541. Del resto, la lettera dell'art. 649 c.p.p. non consente equivoci.

⁸⁵ Insiste sul punto in particolare M. Bontempelli, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, cit., p. 129

⁸⁶ *Supra*.

⁸⁷ *Supra*.

⁸⁸ *Infra*.

In argomento, è sempre utile ripetere che la giurisprudenza sovranazionale appena ricordata prende le mosse da previsioni normative interne di cumulo di sanzioni per lo stesso fatto, per poi affermare il divieto di cumulo nell'ipotesi di pene omogenee⁸⁹. Se così è, ecco un'ulteriore ragione per asserire la non incidenza, nel settore in esame, dei *dicta* sovranazionali; posto che il principio di specialità, deve ripetersi, è volto proprio ad impedire la doppia sanzione⁹⁰.

Altro argomento per negare l'impatto delle pronunce in esame *in subiecta materia*, perlomeno nelle ipotesi di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter* d.lgs. n. 74 del 2000, potrebbe essere il rilievo per cui in tali fattispecie si è di fronte a fatti diversi, e non ad un fatto identico⁹¹. È noto che, ad onta del richiamo di cui all'art. 4 prot. n. 7 CEDU, al "reato"⁹², da tempo⁹³ la Corte EDU è orientata all'applicazione, ai fini del *ne bis in idem* sostanziale e processuale, di un concetto di *idem factum* dissimile, e più restrittivo, rispetto a quello adottato dalla giurisprudenza interna. La quale, come altrettanto noto, include nella nozione, oltre la condotta e l'oggetto materiale su cui essa "cade", anche il nesso causale e l'evento naturalistico⁹⁴. Per quel che qui interessa, tuttavia, tale difformità non sembra rilevante, atteso che il d.lgs. n. 74 del 2000 non contempla ipotesi di reato connotate dalla presenza di eventi naturalistici. Il rilievo circa la diversità del fatto, tuttavia, non coglierebbe nel segno, quantomeno nei casi in cui vi sia coincidenza fattuale tra illecito amministrativo e illecito penale⁹⁵. Infatti, ciò che importa per la giurisprudenza sovranazionale, ai fini dello scrutinio delle ipotesi di cumulo sanzionatorio, è la ricostruzione storica dell'accaduto, e non la differenza di elementi costitutivi tra gli illeciti⁹⁶.

Se, come sinora visto, in argomento i fattori ostativi ad un recepimento interno *de plano* della giurisprudenza citata sono numerosi e significativi, d'altra parte sembrano doverose considerazioni finali di ordine, se così può dirsi, politico-culturale. Pur con tutte le sacrosante riserve tecniche di cui sinora si è dato conto, sta di fatto che, in base alla legislazione interna di settore, il destinatario di sanzione "penale" (secondo i criteri Engel) può successivamente essere processato per lo stesso fatto⁹⁷, in chiara antitesi alla previsione di cui all'art. 4 prot. n. 7 CEDU⁹⁸. Lo stesso è a dirsi nel caso in cui pendano processo tributario e processo penale, e quest'ultimo sia stato instaurato prima dell'altro: è noto che la giurisprudenza di legittimità⁹⁹ ha ritenuto il *ne bis in idem* principio generale, applicabile pertanto anche alle ipotesi di litispendenza, non ricomprese nella previsione di cui all'art. 649 c.p.p.¹⁰⁰. Tuttavia, a "pendere" – e quindi ad ostare ad un secondo processo – dovrà essere un processo penale; e non un processo tributario, che pure potrebbe condurre alla irrogazione di sanzioni "penali" (secondo i criteri Engel).

Insomma: nella sostanza si materializzerebbe la violazione della garanzia convenzionale, il cui fine

⁸⁹ *Supra*. È da rimarcare che né la Corte e.d.u., Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia, cit., né la Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, Menci, causa C-524/15, in *Guida dir.*, 2018, 16, p. 32, negano il possibile concorso di sanzioni (davvero) eterogenee, in quanto volte a tutelare interessi distinti, quando (almeno) una delle due sia priva di afflittività "penale".

⁹⁰ Corretti G. M. Flick-V. Napoleoni, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? "Materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Rivista AIC*, 2014, 3, p. 11. Al contrario di Cass., sez. I, 17 dicembre 2013, n. 19915, in *CED Cass.*, n. 260686, quando afferma che la specialità esclude in radice il doppio giudizio. È vero infatti l'opposto: il doppio processo è fisiologico, rinviandosi l'attuazione della specialità alla conclusione del processo penale (*supra*).

⁹¹ Almeno secondo Cass., sez. un., 28 marzo 2013, n. 37424, cit., e Id., 28 marzo 2013, n. 37425, cit.

⁹² Nello stesso senso l'art. 50 CDFUE.

⁹³ E precisamente a partire dalla sentenza del 10 febbraio 2009, Zolotoukhin c. Russia, in www.hudoc.echr.coe.int.

⁹⁴ C. cost., sent. 21 luglio 2016, n. 200, in *Cass. pen.*, 2017, p. 60. In argomento cfr. R. A. Ruggiero, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3816 ss.

⁹⁵ Ad esempio, quando l'omesso versamento dell'IVA si manifesti solo a seguito di inadempimento entro i termini di cui all'art. 10-*ter* d.lgs. n. 74 del 2000, in assenza di infrazioni periodiche (*supra*).

⁹⁶ In termini Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, Menci, causa C-524/15, cit., che ha ritenuto la sussistenza dell'*idem factum* proprio in relazione al possibile concorso dell'art. 10-*ter* d.lgs. n. 74 del 2000 con l'art. 13 d.lgs. n. 471 del 1997, in apparente contrasto con quanto statuito da Cass., sez. un., 28 marzo 2013, n. 37424, cit.

⁹⁷ Nonché punito, ferma restando l'applicazione del meccanismo di cui all'art. 21 d.lgs. n. 74 del 2000.

⁹⁸ Che, come le altre norme convenzionali, "vive" nel sistema interno alle condizioni, e nei termini, in cui è interpretato dalla Corte EDU (cfr. C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, cit.).

⁹⁹ Cass., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *Arch. n. proc. pen.*, 2005, p. 669.

¹⁰⁰ E neppure nelle previsioni di cui all'art. 4 prot. n. 7 CEDU ed all'art. 50 CDFUE.

precipuo è far sì che, a fronte dello stesso fatto e dello stesso soggetto, debba esservi un unico processo, che potrà eventualmente concludersi con la condanna ad un'unica sanzione¹⁰¹.

IL NUOVO ORIENTAMENTO DELLA CORTE EDU: LA CONNESSIONE TRA PROCEDIMENTI. INSOSTENIBILE CRITICITÀ IN RAPPORTO ALLA NORMATIVA INTERNA

Le questioni in esame, di per sé come visto complesse e foriere di notevoli disorientamenti interpretativi, sono se possibile rese ancor più controverse a seguito degli ultimi sviluppi della giurisprudenza sovranazionale. Come noto, la Corte EDU¹⁰², al cui orientamento ha in seguito aderito la Corte GUE¹⁰³, ha ritenuto, nelle ipotesi di cumulo sanzionatorio "omogeneo"¹⁰⁴, derogabile il *ne bis in idem* sostanziale di cui all'art. 4 prot. n. 7 CEDU¹⁰⁵, laddove sia riscontrabile una stretta connessione temporale e materiale tra i procedimenti volti ad irrogare la doppia sanzione. Tale riscontro, come di consueto, va effettuato caso per caso, ed è demandato al giudice interno¹⁰⁶. I parametri utili alla verifica *de qua* sono declinati come segue¹⁰⁷:

- a) perseguimento di obiettivi complementari da parte dei due procedimenti;
- b) prevedibile dualità di procedimenti e sanzioni¹⁰⁸;
- c) divieto di ripetizione, quanto più esteso possibile, nelle attività di raccolta e valutazione della prova;
- d) necessità che la sanzione irrogata per ultima tenga conto, sotto il profilo "quantitativo", di quella irrogata in precedenza, al fine di garantire la proporzionalità del trattamento punitivo;
- e) possibili parallelismo e definizione non simultanea dei procedimenti, nonché la "cesura" tra gli stessi, nel senso che il secondo può iniziare anche dopo la definizione del primo; a condizione che quello che si conclude dopo sia caratterizzato da un nesso temporale stretto con quello terminato prima, e che l'"ultimo" si concluda tanto più rapidamente, quanto più lungo è stato lo svolgimento del "primo".

Stando così le cose, sarebbe agevole obiettare che un orientamento del genere non ha incidenza *in subiecta materia*, per ragioni già illustrate: i casi decisi dalla giurisprudenza sovranazionale, si ripete, hanno ad oggetto fattispecie di cumulo sanzionatorio non riscontrabile nella normativa interna, che adotta, viceversa, il principio di specialità¹⁰⁹. La linearità di tale conclusione, tuttavia, deve fare i conti con quello che viene definito, forse con qualche abuso, il "diritto vivente". A tal proposito è noto che la Corte costituzionale¹¹⁰ si è pronunciata per l'applicabilità del criterio di *sufficiently close connection in substance and in time*¹¹¹ proprio in relazione ad un giudizio avente ad oggetto il reato di cui all'art. 5 d.lgs. n. 74 del 2000; e che la Corte GUE¹¹² ha seguito la stessa linea in relazione al reato di cui all'art. 10-ter d.lgs. n. 74 del 2000.

¹⁰¹ G. De Amicis-P. Gaeta, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 469.

¹⁰² Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia, cit.

¹⁰³ La cui pronuncia più significativa per l'ordinamento interno è quella del 20 marzo 2018, Menci, causa C-524/15, cit.

¹⁰⁴ *Supra*.

¹⁰⁵ Ed all'art. 50 CDFUE.

¹⁰⁶ Corte e.d.u., Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia, cit.

¹⁰⁷ Già in precedenza la Corte EDU aveva fatto uso, sebbene sporadico, di tale criterio; ma si trattava, nella maggioranza dei casi, di una seconda sanzione come conseguenza accessoria ed automatica rispetto alla pena principale (ad esempio, il ritiro della patente nelle ipotesi di guida in stato di ebbrezza). Per ampi richiami in argomento, cfr. C. cost., sent. 2 marzo 2018, n. 43, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1940; E. M. Mancuso, *Ne bis in idem e giustizia sovranazionale*, in A. Giarda-A. Perini-G. Varraso, *La nuova giustizia penale tributaria. I reati – Il processo*, cit., p. 543, nota 33.

¹⁰⁸ Con specifico riferimento alla prevedibilità di doppia sanzione E. Aprile, *Osservazioni a C. cost., sentenza 2 marzo 2018, n. 43*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1947; nonché la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, in Corte e.d.u., Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia, cit.

¹⁰⁹ *Supra*.

¹¹⁰ sent. 2 marzo 2018, n. 43, cit.

¹¹¹ Corte e.d.u., Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia, cit.

¹¹² Grande Sezione, 20 marzo 2018, Menci, causa C-524/15, cit.

Le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza costituzionale paiono ampiamente opinabili. La pronuncia sovranazionale “recepita”, si ripete, può valere, seppur discutibilmente, ad autorizzare in casi specifici il cumulo sanzionatorio “omogeneo”; ma giammai potrebbe introdurre tale cumulo in un settore in cui vige l’opposta regola della specialità. Del resto, è la stessa Consulta¹¹³ ad inquadrare il criterio della connessione di materia e tempo tra le deroghe *in malam partem* al divieto di doppia sanzione (*sic*).

Fermo quanto sopra, allo stato in ogni caso ci si dovrà chiedere se il *revirement* della Corte EDU sia compatibile con l’assetto interno dei rapporti intergiurisdizionali in esame. La risposta sembra, all’evidenza, negativa; proprio argomentando dai parametri utilizzati per verificare la connessione materiale e temporale tra i procedimenti¹¹⁴. E premettendo che l’insopprimibile elasticità, se non addirittura vaghezza, degli stessi¹¹⁵, si pone in rapporto di inconciliabilità con ordinamenti, quale quello italiano, caratterizzati da stretta legalità processuale.

In tema, può convenirsi che in alcuni casi sia data complementarietà di scopi perseguiti, rispettivamente, in sede penale ed amministrativa. Ciò può accadere, ad esempio, laddove la fattispecie incriminatrice sia volta a reprimere condotte fraudolente¹¹⁶, mentre l’illecito amministrativo sia configurato a presidio delle finalità di gettito erariale. A conclusioni diverse deve giungersi, tuttavia, quando quest’ultimo sia il bene tutelato in via diretta da entrambi gli illeciti, come accade nelle ipotesi di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter* d.lgs. n. 74 del 2000¹¹⁷. D’altro canto, se la duplicazione di procedimenti è senz’altro prevedibile – anzi, il legislatore la impone¹¹⁸ – lo stesso non potrà dirsi per la prevedibilità della doppia sanzione, posto che *in subiecta materia* vige il principio opposto¹¹⁹. Così come è davvero difficile individuare le modalità attraverso le quali possa operarsi “compensazione” in punto di trattamento sanzionatorio, attesa, a tacer d’altro, l’ontologica diversità tra pene detentive e sanzioni pecuniarie¹²⁰. Circa il parallelismo o la consecutività delle procedure, in effetti il parametro è talmente labile da essere, da un lato, applicabile solo in concreto, ossia caso per caso¹²¹; dall’altro, foriero di grandissime incertezze applicative e discriminazioni. Posto che, per situazioni non distinguibili con lampante chiarezza, in alcuni casi sarà consentita deroga al *ne bis in idem*, in altri sarà censurata. Il che, per inciso, può prestarsi a manipolazioni: si potrà, ad esempio, tentare di dilatare i tempi della seconda procedura per poi dolersi dell’insussistenza del nesso temporale¹²².

Ma è senz’altro con riguardo alla stretta connessione probatoria e valutativa tra procedimenti che il *dictum* sovranazionale, pur nella sua genericità concepito come un *passe partout* insuscettibile di rigidi sbarramenti, pare all’evidenza non trasportabile nel settore in esame. Nel quale, vige, va ripetuto, un inequivoco doppio binario, istruttorio e decisionale¹²³. Vero che sono in crescita “contaminazioni” normative e giurisprudenziali. Sotto il primo profilo, l’interrelazione tra accertamenti è affermata¹²⁴ con riferimento agli artt. 13 e 13-*bis* d.lgs. n. 74 del 2000, che come noto prevedono, rispettivamente, una causa di non punibilità ed un’attenuante speciale laddove, prima della dichiarazione di apertura del

¹¹³ Si veda proprio la sentenza 2 marzo 2018, n. 43, cit.

¹¹⁴ *Supra*.

¹¹⁵ Non a caso Corte e.d.u., Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia, cit., contiene, come già in più occasioni segnalato, ampia ed articolata – sebbene talora enfatica – *dissenting opinion*.

¹¹⁶ Ad esempio, art. 3 d.lgs. n. 74 del 2000.

¹¹⁷ In termini Trib. Bergamo, ord. 27 giugno 2018, cit.

¹¹⁸ *Supra*.

¹¹⁹ Art. 19 d.lgs. n. 74 del 2000 (*supra*).

¹²⁰ In termini la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, in Corte e.d.u., Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia, cit. Tuttavia Cass., sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869, in *Cass. pen.*, 2019, p. 642, sebbene nella differente fattispecie di cumulo sanzionatorio di cui agli artt. 184 e 187-*bis* d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, ritiene possibile la disapplicazione *in mitius* del minimo edittale della sanzione penale, fermo restando il limite invalicabile (quindici giorni) di cui all’art. 23 c.p.

¹²¹ *Supra*.

¹²² *Supra*.

¹²³ *Contra* P. Rivello, *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, cit., p. 101, che ipotizza un assetto attuale tra procedimenti connotato da “convergenze parallele”.

¹²⁴ D. Potetti, *Confisca tributaria e sequestro preventivo alla luce del nuovo art. 12-bis, comma 2, del d.lgs. n. 47 del 2000*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1697.

dibattimento, l'imputato abbia provveduto al pagamento del debito tributario¹²⁵ e delle relative sanzioni¹²⁶, fermi restando gli altri presupposti di cui alle disposizioni ora citate. Tale opinione non pare condivisibile. Si tratta, infatti, di aspetti sostanziali, che nulla mutano in punto di autonomia degli accertamenti¹²⁷. Piuttosto, a tale proposito assume senz'altro maggiore rilievo la previsione del patteggiamento condizionato all'adempimento dell'obbligazione tributaria¹²⁸. Norma di certo significativa, sebbene non tipica del settore; ma di per sé – sembrerebbe – non sufficiente ad affermare l'eclissi della regola del doppio binario.

Quanto alla giurisprudenza, è vero che si tende, specie in sede processuale tributaria, ad incentivare la cosiddetta circolazione probatoria, ad esempio includendo tra il materiale fruibile per il giudizio le intercettazioni¹²⁹; ovvero attribuendo natura "confessoria" al patteggiamento¹³⁰, e quindi accettando significative compressioni della propria autonomia valutativa¹³¹. Ma si tratta di orientamenti, oltretutto non fluviali e di ampia discutibilità¹³², non in grado di elidere *in toto* i divieti probatori sanciti nel settore, e – soprattutto inidonei a scalfire l'autonomia valutativa nei (separati) giudizi, quantomeno nella forma "basica" dell'inefficacia (reciproca) dei giudicati. Sempre circa la connessione probatoria, va ricordato che in sede processuale penale è pur sempre possibile l'uso della sentenza tributaria passata in giudicato, a norma dell'art. 238-bis c.p.p. A meno che il riferimento espresso all'aggettivo "irrevocabili", in tale disposizione, voglia consentire il "veicolo" a fini probatori delle sole pronunce penali, attesa la valenza prettamente processualpenalistica del lessico adoperato¹³³. In ogni caso, la contraria e non irragionevole interpretazione non sembra assumere una valenza decisiva per la questione qui in esame; altrimenti, dovrebbe concludersi per l'esistenza indiscriminata di connessioni probatorie, considerato che l'art. 238-bis c.p.p. autorizza il "transito" di qualunque sentenza extrapenale, e non solo della pronuncia tributaria.

Insomma, ad oggi sembrano non essere state demolite le fondamenta del doppio binario: divieto di prova testimoniale in sede tributaria¹³⁴; divieto "bilaterale" di sospensione; irrilevanza della tempistica di conclusione dei processi; obbligo di autonomo apprezzamento dei fatti (identici) nelle due sedi di giudizio¹³⁵.

È chiaro, tuttavia, che l'orientamento adottato dalla Corte costituzionale¹³⁶ rende, allo stato, "di retroguardia" continuare ad occuparsi di *bis in idem* processuale nella prospettiva "europea", ossia di

¹²⁵ Anche quantificato all'esito di procedure conciliative e di adesione: cfr. artt. 13 e 13-bis d.lgs. n. 74 del 2000.

¹²⁶ L'art. 13-bis d.lgs. n. 74 del 2000 configura, pertanto, chiara quanto subdola deroga all'art. 19 d.lgs. n. 74 del 2000. Cfr. E. M. Mancuso, *Ne bis in idem e giustizia sovranazionale*, in A. Giarda-A. Perini-G. Varraso, *La nuova giustizia penale tributaria. I reati – Il processo*, cit., p. 546, che pure ritiene la previsione "politicamente" accettabile; M. Bontempelli, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, cit., p. 121, nota 27.

¹²⁷ In termini P. Corvi, *I rapporti tra accertamento tributario e accertamento penale*, in A. Giarda-A. Perini-G. Varraso, *La nuova giustizia penale tributaria. I reati – Il processo*, cit., p. 496.

¹²⁸ Anche "concordata": art. 13-bis, comma 2, d.lgs. n. 74 del 2000.

¹²⁹ Cass. civ., sez. trib., 23 febbraio 2010, n. 4306, in *Giust. civ. mass.*, 2010, 2, p. 256. Si tratta di affermazione altamente opinabile; se il legislatore, in ragione dell'invasività dello strumento, limita l'uso di tale mezzo di ricerca della prova persino in altri procedimenti penali privi della "gravità" di cui all'art. 270, comma 1, c.p.p., a fortiori la limitazione dovrebbe valere in rapporto alla giurisdizione extrapenale.

¹³⁰ Cass. civ., sez. trib., 9 dicembre 2010, n. 24887.

¹³¹ Si tratta di opzione interpretativa non accoglibile. Il patteggiamento, *rectius* la sua richiesta, non equivale ad ammissione di responsabilità.

¹³² Vedi infatti *supra*, note 129 e 131.

¹³³ In tal senso Cass., sez. V, 4 marzo 2013, n. 14042, in *www.dirittoegiustizia.it*, 26 marzo 2013; *contra* Cass., sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 10210.

¹³⁴ *Supra*. Anche se va segnalato che da tempo la giurisprudenza ammette l'uso, nel processo tributario, di (vaghe ed ambigue) "dichiarazioni di terzi" (in ultimo Cass. civ., sez. VI, 19 novembre 2018, n. 29757, in *www.cortedicassazione.it*). Le quali, tuttavia, attesa a tacer d'altro la loro fisionomia "documentale", non possono assimilarsi al mezzo istruttorio tipico ora in rilievo. In ogni caso, le dichiarazioni in questione non potrebbero consistere nel verbale di testimonianza resa nel processo penale, del quale pertanto dovrà ritenersi la non acquisibilità in sede tributaria. In modo logico, del resto; altrimenti consentendosi un aggiramento surrettizio dell'art. 7, comma 4, d.lgs. n. 546 del 1992. Sulle ragioni del divieto di testimonianza nel processo tributario si veda C. cost., sent. 21 gennaio 2000, n. 18, in *Foro it.*, 2001, I, p. 1487.

¹³⁵ Seppure con le eccezioni ipotizzate *supra*.

¹³⁶ Sent. 2 marzo 2018, n. 43, cit.

operatività del divieto a fronte della comminatoria di sanzione “penale” (in base ai criteri Engel). Infatti, se si giunge ad autorizzare un cumulo punitivo viceversa vietato per legge (*sic*), pare difficile, allo stato, pronosticare casi in cui non si darà riscontro dei (labilissimi) parametri evocati dalla Corte EDU. Tuttavia, ove tale riscontro da parte del giudice interno fosse negativo, ed una delle due sanzioni fosse già definitiva a tal momento, si aprirebero (di nuovo) gravi problemi interpretativi. Sia che la sanzione già definitiva consista in quella formalmente penale, sia che accada il contrario¹³⁷, l’art. 649 c.p.p. sarebbe inapplicabile, giacché postula non solo un giudicato penale “a monte”¹³⁸, ma anche un procedimento penale “a valle”¹³⁹. Così come è inapplicabile il *ne bis in idem* quale principio generale, disancorato dalla previsione specifica¹⁴⁰, in quanto quest’ultimo comunque presuppone atti riservati alla giurisdizione penale: un (previo) processo penale, in altri termini¹⁴¹. Non resterebbe, appunto, che una pronuncia di illegittimità costituzionale, che avrebbe l’effetto di ricomprendere nel *nebis in idem* processuale anche le ipotesi di procedimenti finalizzati all’applicazione di sanzioni “penali” (secondo i criteri Engel); ossia, procedimenti “non” penali. Se così è, possono comprendersi, almeno in parte, le perplessità della Consulta nell’adottare una soluzione così dirompente, stretto come sarebbe il giudice delle leggi tra garanzie convenzionali¹⁴² e principi, tutt’altro che friabili sul piano culturale, di legalità delle forme di accertamento giurisdizionale. Insomma: sarebbe tempo di eliminare il *monstrum* di una sanzione “penale” irrogata a seguito di un processo extrapenale, o addirittura comminata *ex abrupto* al di fuori della giurisdizione¹⁴³.

CONCLUSIONI

Alla luce di quanto esposto, anche proprio in ultimo, appare urgentissimo raccogliere l’invito della Corte costituzionale¹⁴⁴ – questo senz’altro condivisibile – a disciplinare *ex novo* la materia; al fine di ridurre, quantomeno, le frizioni con la giurisprudenza sovranazionale¹⁴⁵. Al riguardo, le vie percorribili sembrano solo due. O una riscrittura delle fattispecie sostanziali, caratterizzata dalla netta diversità delle condotte rilevanti in sede rispettivamente penale ed amministrativa; prevedendosi in questo ultimo caso sanzioni riparatorie e risarcitorie in grado di “resistere” ai criteri Engel¹⁴⁶. Ma pare opzione poco pronosticabile nell’attuale temperie socio-culturale¹⁴⁷. Ovvero disporre il cumulo processuale¹⁴⁸, davan-

¹³⁷ Per inciso, la sanzione “penale” (secondo i criteri Engel) potrebbe essere divenuta definitiva per mancato esperimento dei rimedi giurisdizionali, in aperta violazione del principio *nulla poena sine iudicio* (*infra*).

¹³⁸ *Supra*.

¹³⁹ «L’imputato...non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale» (art. 649, comma 1, c.p.p.).

¹⁴⁰ Cfr. Cass., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, cit.; C. cost., sent. 19 gennaio 1995, n. 27, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1371.

¹⁴¹ M. Bontempelli, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, cit., p. 128.

¹⁴² E – potrebbe ritenersi – costituzionali. Coraggiosa, sul punto, C. cost., sent. 21 luglio 2016, n. 200, cit. Perplessa, viceversa, sulla copertura costituzionale del *ne bis in idem* processuale, R. A. Ruggiero, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, cit., p. 3811.

¹⁴³ *Supra*. Di estremo interesse C. cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117, in *www.dirittoegiustizia.it*, 13 maggio 2019, in tema di *nemo tenetur se detegere* nel procedimento amministrativo (nella fattispecie, il “diritto al silenzio”).

¹⁴⁴ Sent. 2 marzo 2018, n. 43, cit.

¹⁴⁵ Frizioni che, per la verità, rischiano di condurre ad un vero e proprio stallo interpretativo ed applicativo.

¹⁴⁶ Il che potrebbe persino consentire la permanenza dell’*idem factum* nel doppio giudizio e l’introduzione del cumulo sanzionatorio (*supra*).

¹⁴⁷ Specie sotto il profilo della mitigazione delle sanzioni amministrative, per evidenti (e sempre impellenti) necessità “di cassa”. A tal proposito, può notarsi il paradosso cui conduce l’obiettivo di tutela del bene giuridico. Sussiste il massimo interesse statale alla repressione dei reati tributari, in particolare sotto il profilo della prevenzione generale, attesa la “nevalgicità” dell’ambito. D’altro canto, il perseguimento di tali finalità repressive potrebbe nuocere proprio all’erario, in ragione dell’“abbandono” di (robuste) sanzioni pecuniarie, per effetto del principio di specialità (*supra*). Tuttavia, non vanno dimenticati i (plurimi) limiti, e deroghe, di cui tale principio soffre (*supra*). Inoltre, ed infine, la pratica attuazione dell’art. 19 d.lgs. n. 74 del 2000 è demandata alla «comunicazione» da parte della «cancelleria» dei provvedimenti non ostanti all’esecuzione delle sanzioni (art. 21, comma 2, d.lgs. n. 74 del 2000). Del tempestivo adempimento di tale obbligo, e della sua uniforme osservanza su tutto il territorio nazionale, non è irragionevole dubitare.

¹⁴⁸ Soluzione, del resto, ritenuta auspicabile proprio dalla giurisprudenza sovranazionale (Corte e.d.u., Grande Camera, 15

ti al giudice penale, tra regiudicanda “propria” e giudizio sull’illecito amministrativo: *simultaneus processus* all’interno del quale, all’evenienza, decidere sulla specialità di cui all’art. 19 d.lgs. n. 74 del 2000. In tal modo, si ovvierebbe anche all’equivoco, ormai insostenibile sotto il profilo delle garanzie individuali¹⁴⁹, di una sanzione penale irrogabile, *extra moenia*, persino da “non giudici”¹⁵⁰. L’obiezione volta ad evidenziare l’eccesso di tecnicismo extrapenale di cui verrebbe sovraccaricato il giudice non reggerebbe, posto che già oggi *in subiecta materia* egli è obbligato ad accertamenti molto complessi¹⁵¹. Certo, non potrebbe negarsi l’attentato alla massima semplificazione processuale (Direttiva 2 legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81). Tuttavia, si tratta di opzione già adottata¹⁵², il cui esempio più significativo si rinviene nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231¹⁵³; e presente da tempo proprio nello specifico settore, con una disposizione mai formalmente abrogata, sebbene sottoposta a progressiva ed irreversibile obsolescenza. All’epoca della cosiddetta pregiudiziale tributaria¹⁵⁴, prevista nell’ambito delle imposte dirette, per quelle indirette il legislatore aveva disposto la *vis attractiva*, da parte del giudizio penale, della controversia tributaria, con conseguente trattazione “in cumulo”¹⁵⁵. In ogni caso, pur a voler condividere le illustrate perplessità, si tratterebbe senz’altro del “male minore”, attese le (irrimediabili?) criticità sinora evidenziate.

novembre 2016, A. e B. c. Norvegia, cit.; Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, Menci, causa C-524/15, cit.) il cui recepimento, allo stato, produce enormi disorientamenti interpretativi.

¹⁴⁹ Cfr. P. Rivello, *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, cit., p. 122.

¹⁵⁰ *Supra*.

¹⁵¹ Cfr. art. 1, lett. f), d.lgs. n. 74 del 2000.

¹⁵² Si veda anche l’art. 24 l. 24 novembre 1981, n. 689.

¹⁵³ La differenza tra il processo agli enti e l’ipotesi qui in esame è che, nel primo caso, alla pluralità di regiudicande si accompagna sempre la pluralità dei destinatari dell’accertamento giurisdizionale.

¹⁵⁴ Art. 21, comma 7, l. n. 4 del 1929 (*supra*).

¹⁵⁵ Art. 22, comma 1, l. n. 4 del 1929. Con coerenza, si prevedeva l’efficacia del giudicato penale in danno, od a favore, dell’“autorità finanziaria” (art. 22, comma 2, l. n. 4 del 1929).

FRANCESCO ZACCHÈ

Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Milano-Bicocca

Inammissibile l'abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo: osservazioni a margine della l. 12 aprile 2019, n. 33

The summary procedure is not available for crimes punished by life imprisonment: a short comment about law no. 33 of 12 April 2019

Lo scritto analizza l'ultima legge di riforma del giudizio abbreviato, approfondendo alcuni degli aspetti più delicati, come il tema della partecipazione del popolo all'amministrazione della giustizia, e la rinnovata disciplina sull'inammissibilità del rito e i relativi controlli.

This paper concerns the reform bill no. 33 of 2019 regarding the summary trial, focusing on new aspects such as: enhancement of jurors; the request and control of the special trial.

PENE ESEMPLARI VS. DEFLAZIONE PROCESSUALE

La l. 12 aprile 2019, n. 33, in materia d'inammissibilità del giudizio abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo, si colloca a pieno titolo nel solco delle scelte di matrice securitaria che, nell'ultimo anno, stanno contrassegnando l'agenda del legislatore, nella realizzazione del cosiddetto "Contratto per il governo del cambiamento", sottoscritto da Movimento 5 Stelle e Lega Nord.

Benché il populismo penale non sia certo nato con le elezioni del 4 marzo 2018¹, è indubbio che l'attuale compagine governativa sia, o meglio si senta, fortemente impegnata sul fronte della tutela della sicurezza collettiva, come dimostrano i diversi prodotti normativi che si sono avvicendati senza soluzione di continuità in un breve lasso temporale: decreto sicurezza, legittima difesa, riforma dell'ordinamento giudiziario, spazza-corrotti e, appunto, esclusione del rito sommario per i delitti punibili con l'ergastolo. L'obiettivo perseguito è chiaro. Mettere «al centro del sistema ... la certezza della pena ... dimostran[do] di puntare sulla massima estensione del diritto penale, respingendo ogni forma di depenalizzazione, esaltando l'estremismo sanzionatorio che promuove l'inasprimento delle pene e, infine, elevando il carcere a suprema garanzia»² nella lotta alla delinquenza.

Sul piano processuale, questo fenomeno è particolarmente evidente nelle due riforme che hanno toccato, prima, il patteggiamento e, ora, il giudizio abbreviato.

Per fronteggiare l'endemica, reale o percepita, corruzione che ammorba il Paese, la l. 9 gennaio 2019, n. 3 ha puntato molto sulla pena, in modo addirittura «cieco e, a tratti, irragionevole»³, specie attraver-

¹Secondo quanto rammenta G.D. Caiazza, *Governo populista e legislazione penale: un primo bilancio*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 589, il quale rileva come sia lunga la serie di «interventi normativi adottati negli ultimi lustri da maggioranze politiche tra di loro diverse, segnati da una chiara ispirazione populista». Tanto è vero che la stessa odierna novella nasce dalla confluenza di due disegni di legge d'iniziativa, rispettivamente, dell'on. Molteni (Lega Nord) e della sen. Bini (Partito Democratico).

²E. Amodio, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, Donzelli, 2019, pp. X-XII, per il quale si tratta di «un programma che ribalta radicalmente i principi costituzionali in tema di giustizia penale. Viene ripudiato il potere del giudice di applicare la pena come espressione di una intollerabile 'discrezionalità buonista', da cancellare al pari della 'discrezionalità deflattiva' cioè di quel potere del giudice che mira ad alleggerire il carico di lavoro giudiziario».

³N. Pisani, *Il disegno di legge 'spazza corrotti': solo ombre*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3589.

so gli «incrementi clamorosi delle pene accessorie del settore»⁴. Sennonché, l'efficacia della novella era minacciata dalla previgente disciplina del patteggiamento. Dai dati statistici, il legislatore aveva ricavato che, fra il 2012 e il 2017, il numero di dibattimenti celebrati per il delitto di corruzione propria era stato estremamente esiguo, a tutto favore della definizione anticipata del giudizio *ex art.* 444 c.p.p.⁵. Da qui, l'opzione di modificare il precedente regime premiale del rito concernente le pene accessorie, allo scopo di evitare la “fuga” dell'imputato da quelle sanzioni che, nel settore in questione, meglio di altre sono in grado d'esprimere una funzione special-preventiva. Ma tutto ciò ha un costo: disincentivare l'accesso a tale rito, frustrando le prospettive di una rapida definizione del procedimento penale, proprio là dove esso ha dimostrato, statistiche alla mano, di funzionare.

Con la l. n. 33 del 2019, il copione si ripete. Il legislatore parte dal presupposto secondo cui, per i reati più gravi contemplati dal nostro ordinamento, la pena irrogata all'esito dell'abbreviato in caso di condanna sarebbe sproporzionata per difetto rispetto al disvalore di cui essi sono portatori e all'allarme sociale che gli stessi generano. Come si evince dal dibattito parlamentare, è l'ipotesi dell'omicidio aggravato a tenere banco: «il meccanismo delle attenuanti, combinato con l'effetto premiale del rito contratto po[teva] condurre ad una pena ... inadeguata alla gravità del reato»⁶. Da ciò, la scelta d'interdire la possibilità di celebrare il giudizio alternativo quando si procede con un delitto punibile con la pena perpetua, «riporta[ndo] le lancette ... al 1991»⁷, allorché la Corte costituzionale aveva dichiarato, per eccesso di delega, l'illegittimità costituzionale dell'art. 442, comma 2, c.p.p., nella parte in cui prevedeva, in caso di condanna, la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella della reclusione di anni trenta⁸.

In un momento storico nel quale il giudice delle leggi⁹ ha «proiettato più di un dubbio sulla legittimità della pena perpetua»¹⁰, dunque, la l. n. 33 del 2019 torna ad ampliare lo spettro applicativo del “fine pena mai”, cantando, al contempo, il *requiem* al già agonizzante giudizio abbreviato. Dalle informazioni fornite dal Ministero della giustizia emerge che, nel periodo compreso fra il 2016 e il 2017, i giudizi definiti con l'abbreviato si sono attestati, rispettivamente, sul 17% e 21%. Quanto al rapporto tra i procedimenti concernenti i reati puniti con la pena perpetua celebrati con il rito ordinario e quelli svolti con l'abbreviato, la percentuale è nettamente a favore di quest'ultimo: il 68%, nel 2016, il 79%, nel 2017¹¹.

PARTECIPAZIONE DEL POPOLO ALL'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA E GIUDIZIO ABBREVIATO

Eppure, era possibile percorrere una diversa strada per «rassicurare il cittadino»¹². Sarebbe bastato

⁴M. Romano, sub art. 317-bis, in M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Art. 314-335-bis cod. pen. Commentario sistematico*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2019, p. 141.

Il riferimento corre a quello che è stato definito come il “Daspo a vita” contro la corruzione, così come è stato ribattezzato impropriamente, ma con un certo successo mediatico: cfr., in proposito, D. Piva, *Le sfide del DDL anticorruzione: effettività, proporzione e rieducazione all'insegna del “chi sbaglia paga, l'onestà conviene”*, in *Giur. pen.*, 2018, 10, p. 4, consultabile all'indirizzo internet www.giurisprudenzapenale.it.

⁵Relazione di accompagnamento al d.d.l. n. 1189, presentato alla Camera dei Deputati dal Ministro della Giustizia il 24 settembre 2018, p. 4, consultabile sul sito internet www.camera.it.

⁶Lo rammenta G. Spangher, *Esclusi dall'abbreviato i reati puniti con l'ergastolo (l. n. 33 del 2019)*, in *Il processo*, 2019, p. 492; v. anche E. Dolcini, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 maggio 2019, pp. 7-8; A. Trinci, *La preclusione del giudizio abbreviato per i delitti punibili con l'ergastolo. Considerazioni sulla l. 33/2019*, in www.ilpenalista.it, 20 maggio 2019, § 1.

⁷S. Scuto, *Perché è sbagliato escludere i delitti puniti con l'ergastolo dal giudizio abbreviato*, in *Sole 24 Ore*, 3 aprile 2019.

⁸C. cost., sent. 23 aprile 1991, n. 176, in *Giur. cost.*, 1991, p. 1456 ss. Al riguardo, cfr. F. Zacchè, *Il giudizio abbreviato*, in G. Ubertis-G. P. Voena (a cura di), *Trattato di procedura penale*, XXXV.2, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 29-30.

⁹Cfr. C. cost., sent. 11 luglio 2018, n. 149, in *Giur. cost.*, 2018, p. 1632, con note di A. Pugiotto e F. Fiorentin.

¹⁰E. Dolcini, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, cit., p. 8; per una serrata critica alla tenuta della pena perpetua rispetto ai principi costituzionali, cfr. Id., *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 dicembre 2018, p. 24 ss.

¹¹I dati e le relative tabelle possono essere consultati nel *Parere del Consiglio Superiore della Magistratura sul testo del disegno di legge AC 392/C, abbinata alla proposta di legge AC 460/C, avente ad oggetto “Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo”*, 6 febbraio 2019, pp. 6-8, consultabile all'indirizzo internet www.csm.it.

¹²Mutuando l'espressione di F. Giunchedi, *De profundis per i procedimenti speciali. Considerazioni a margine alla legge d'inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con l'ergastolo*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, p. 1.

coinvolgerlo in prima persona nella celebrazione del rito, mantenendo, o almeno rimodulando¹³, l'indispensabile sconto di pena quale contrappeso per la rinuncia alle garanzie del dibattimento¹⁴.

In proposito, non si può tacere come la l. n. 33 del 2019 abbia, invece, rivalorizzato la celebrazione del processo di fronte ai giudici popolari della Corte d'assise, i quali sono «il vero 'giudice naturale' (art. 25 comma 1 Cost.), inteso [questo] come garanzia di espressione dei comuni valori socio-culturali nell'esercizio della funzione giurisdizionale ed esponente di quel popolo cui la 'sovranità appartiene' (art. 1 comma 2 Cost.) e in nome del quale la 'giustizia è amministrata' (art. 101 comma 1 Cost.)»¹⁵.

Nel previgente regime, in effetti, la loro partecipazione al giudizio abbreviato era puramente eventuale, in quanto limitata allo svolgimento del rito speciale in grado d'appello¹⁶. Tanto che non mancava chi dubitasse della legittimità costituzionale della disciplina del rito abbreviato, nella parte in cui permetteva la definizione del processo di fronte al giudice dell'udienza preliminare, a meno di non riconoscere come disponibile per il cittadino la garanzia della naturalità¹⁷.

Sappiamo, d'altro canto, che la Corte costituzionale aveva reputato conforme, fra l'altro, agli artt. 1, 25, 102, commi 2 e 3, Cost. la normativa oggi rivisitata. Per il giudice delle leggi, entro i limiti della ragionevolezza non può essere «*motivo di censura la presunta maggiore o minore idoneità o qualificazione ... che possa essere rivendicata o riconosciuta all'uno o all'altro organo della giurisdizione, e così la scelta per l'attribuzione della competenza al giudice monocratico piuttosto che a quello collegiale e, nell'ambito del secondo, al collegio tutto professionale piuttosto che a quello composto anche da 'soggetti idonei estranei all'amministrazione della giustizia' o anche da 'giudici popolari'*»¹⁸.

Al di là di tali rilievi, a ogni modo, il punto che si vorrebbe rimarcare è un altro. Se è corretto ritenere che i giudici non togati, di per sé, sono portatori della necessaria «sensibilità» per intendere «il clima in cui si sono svolti i fatti di particolare rilievo per il vivere sociale»¹⁹, il legislatore avrebbe potuto ripensare gli assetti del rito speciale, anticipando, mediante le indispensabili riforme codicistiche e ordinamentali, la «partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia», ai sensi dell'art. 102, comma 3, Cost. Si sarebbe così potuto affiancare, nei reati di competenza dell'assise, al giudice dell'udienza preliminare la componente laica, sulla falsariga di quanto avviene, *mutatis mutandis*, nei processi a carico dei minorenni. I giudici popolari avrebbero per tale via veicolato nel processo le diverse istanze della società nella ricostruzione del fatto e nell'irrogazione dell'eventuale sanzione, garantendo una pena sì «scontata», ma «pronta», perché all'esito di un processo «breve».

PRECLUSIONE ALL'ABBREVIATO E CONTROLLI SULL'ERRONEA IMPUTAZIONE: LE NOVITÀ

Sul fronte più squisitamente tecnico, il nucleo della riforma gira intorno: alla modifica dell'art. 442 c.p.p., attraverso l'abrogazione di quella parte della norma in cui si disponeva che «*alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta*» e «*alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo*» semplice (art. 3 l. n. 33 del 2019); al conseguente divieto di ammettere il giudizio speciale per i reati puniti con l'ergastolo, mediante l'introduzione dell'art. 438, comma 1-bis, c.p.p. (art. 1 l. n. 33 del 2019); ai rimedi da seguire nelle ipo-

¹³ È questa la soluzione prospettata nei primi commenti alla riforma allo scopo di mantenere la possibilità d'accedere al giudizio abbreviato per gli illeciti più gravi: cfr., ad esempio, G. Giostra, *Soluzione che aggrava invece di risolvere*, 5 aprile 2019, consultabile all'indirizzo internet www.giustiziainsieme.it; E. Dolcini, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, cit., p. 8, nonché il *Parere del Consiglio Superiore della Magistratura sul testo del disegno di legge AC 392/C, abbinata alla proposta di legge AC 460/C, avente ad oggetto "Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo"*, cit., pp. 11-12.

¹⁴ In realtà, i giudizi alternativi contribuiscono a realizzare «una tipica esigenza di prevenzione generale», poiché, «concorrendo ad incrementare la celerità e la speditezza del processo, intendono assicurare che il sistema nel suo complesso possa garantire una sollecita repressione dei reati» (T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 435-436).

¹⁵ G. Ubertis, *Sul progetto preliminare del codice di procedura penale* (1988), in Id., *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 31-32.

¹⁶ Su tale paradossale assetto, cfr. volendo F. Zacchè, *Il giudizio abbreviato*, cit., p. 205.

¹⁷ G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 159.

¹⁸ C. cost., ord. 2 aprile 2009 n. 102, in *Giur. cost.*, 2009, p. 924.

¹⁹ G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, cit., p. 158.

tesi in cui vi siano delle variazioni “patologiche” o “fisiologiche” dell'imputazione, ai sensi dei nuovi artt. 438, commi 6 e 6-ter, 441, comma 1-bis, e 429, comma 2-bis, c.p.p. (artt. 1, 2 e 4 l. n. 33 del 2019). Completa il quadro la norma intertemporale, in forza della quale la riforma si applica solo ai reati commessi successivamente all'entrata in vigore della legge, ossia il 20 aprile 2019 (art. 5 l. n. 33 del 2019).

Mentre quest'ultima previsione non pone alcun problema, poiché taglia alla radice qualunque questione sulla successione di leggi di matrice processuale che prevedono un trattamento penale più favorevole all'imputato, facendo propri gli insegnamenti provenienti dalla vicenda Scoppola²⁰, meno lineare potrebbe apparire cosa accade quando si procede nell'udienza preliminare con un reato ostativo all'abbreviato in ordine tanto ai controlli del giudice quanto ai conseguenti rimedi. Similmente, occorre ricostruire cosa avvenga nel caso in cui l'abbreviato venga chiesto e ammesso erroneamente per un delitto punibile in astratto con l'ergastolo.

Dopo la sentenza n. 176 del 1991, la Corte costituzionale si era già occupata del tema. Contestando inesattamente un reato punibile con la pena più grave, il pubblico ministero avrebbe potuto impedire lo svolgimento del rito semplificato, così da negare il trattamento sanzionatorio più favorevole alla controparte. In tali frangenti, secondo i giudici di Palazzo della Consulta, sarebbe risultato interdetto all'organo giurisdizionale, investito dalla domanda di semplificazione delle forme processuali, modificare l'imputazione formulata dal pubblico ministero. Piuttosto, considerati i vantaggi sostanziali indebitamente preclusi all'accusato da un'imputazione sbagliata, il relativo sindacato sarebbe stato di competenza del giudice dibattimentale, cui sarebbe spettato il controllo su tutti i presupposti che condizionavano il beneficio della riduzione della pena, fra i quali la punibilità o meno del fatto con la pena dell'ergastolo²¹.

L'odierna riforma, pertanto, supera i precedenti approdi della Corte costituzionale, anche in ragione delle evoluzioni normative e giurisprudenziali che l'udienza preliminare e il giudizio abbreviato hanno avuto successivamente alla l. 16 dicembre 1999, n. 479 (la cosiddetta legge “Carotti”).

Oggi, ferma l'inammissibilità del giudizio abbreviato per i delitti puniti col carcere a vita ex art. 438, comma 1-bis, c.p.p., come si desume implicitamente dal rinnovato art. 438, comma 6, c.p.p., l'imputato può comunque sottoporre al giudice la richiesta di accedere al rito semplificato, naturalmente subordinando la domanda alla riformulazione dell'imputazione; in caso di rigetto della richiesta – la quale, si badi, non produce alcuna sanatoria, ai sensi dell'art. 438, comma 6-bis, c.p.p., poiché questa rimane vincolata all'accoglimento della domanda di abbreviato –, la difesa è legittimata a rinnovare la richiesta fino alla precisazione delle conclusioni, una volta terminata la discussione e le eventuali attività istruttorie.

All'esito dell'udienza preliminare, poi, il giudice che ritenga necessario dare al «fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione, tale da rendere ammissibile il giudizio abbreviato» è tenuto ad avvisare (a pena di nullità a regime intermedio) l'interessato con il decreto che dispone il giudizio che questi ha il diritto di chiedere il rito sommario «entro quindici giorni dalla lettura del provvedimento o dalla sua notificazione», osservandosi le «disposizioni dell'articolo 458» c.p.p. (art. 429, comma 2-bis, c.p.p.).

Infine, qualora «la richiesta di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare sia stata dichiarata inammissibile ai sensi del comma 1-bis», e il giudice in sede di condanna «ritiene che per il fatto accertato» sarebbe stato «ammissibile il giudizio abbreviato», occorre procedere all'applicazione della «riduzione della pena ai sensi dell'art. 442, comma 2», c.p.p. (art. 438, comma 6-ter, c.p.p.).

CONTROLLI SULL'INAMMISSIBILITÀ DELL'ABBREVIATO: EMENDATIO IURIS

Lo sbaglio in cui potrebbe incorrere il pubblico ministero nel formulare la richiesta di rinvio a giudizio, a ben vedere, potrebbe originare da un'errata qualificazione giuridica dell'illecito, piuttosto che da un difetto di correlazione tra i fatti materiali allegati rispetto alla loro descrizione.

Tali ipotesi vanno tenute distinte.

²⁰ Cfr., per tutti, C. Pecorella, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (parte II)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 397 ss.

²¹ C. cost., ord. 3 aprile 1992 n. 163, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1254. V. inoltre C. cost., ord. 26 maggio 1994 n. 204, *ivi*, 1994, pp. 1745-1746; C. cost., ord. 7 luglio 1993 n. 305, *ivi*, 1993, p. 2455.

L'odierna novella, infatti, non sembra riguardare i casi di *emendatio libelli*, ma, come si evince dallo stesso tenore dell'art. 429, comma 2-bis, c.p.p., unicamente i casi di *emendatio iuris*. Ciò, del resto, troverebbe una conferma espressa nella giurisprudenza costituzionale ante "Carotti", allorché il giudice delle leggi aveva avuto occasione di chiarire, quanto «al riconoscimento del potere di modificazione dell'imputazione ... anche come contestazione di una determinata materialità dei fatti», che, «prima e al di fuori della cristallizzazione dell'imputazione ai fini e nei limiti della decisione sull'ammissibilità del rito, ritrova[va] pienezza e anzi doverosità di applicazione il principio della necessaria costante corrispondenza tra l'imputazione e le emergenze processuali»²², in forza della sent. cost. n. 88 del 1994²³.

Se quanto precede risulta corretto, allora, è evidente che i rimedi da esperire nelle due situazioni ipotizzate divergono notevolmente.

Più specificamente, qualora si tratti di emendare, su richiesta dell'imputato, un errore sulla qualificazione dell'illecito addebitato²⁴, non si scorgono ostacoli ad attribuire al giudice dell'udienza preliminare il potere di procedere all'*emendatio iuris*²⁵ in fase d'ammissione del rito speciale.

Se, al contrario, non venisse istaurato l'abbreviato, il delitto contestato potrebbe comunque essere riqualificato con il decreto che dispone il giudizio, dovendo il giudice dare corso agli adempimenti di cui al nuovo art. 429, comma 2-bis, c.p.p.²⁶. Qua, è agevole però sostenere, argomentando dalla sent. cost. n. 401 del 1991²⁷, che il rinvio operato dall'art. 429, comma 2-bis, c.p.p. all'art. 458, comma 2, c.p.p. fa sì che il giudice dell'udienza preliminare sia incompatibile rispetto all'organo investito del rito abbreviato, ai sensi dell'art. 34, comma 2, c.p.p.

Chiude il cerchio dei rimedi il riconoscimento in capo all'imputato, che abbia subito il processo ordinario per un addebito errato "in diritto", di ottenere lo sconto di pena all'esito del dibattimento, senza che sia necessaria una rinnovazione della domanda di semplificazione delle forme processuali²⁸. In tal caso, l'effetto premiale, nonostante la celebrazione del dibattimento di fronte alla corte d'assise, viene «quasi a compensare il ritardo e le maggiori spese sostenute dall'accusato nella definizione del processo»²⁹.

(SEGUE): EMENDATIO LIBELLI

Quanto alle ipotesi di *emendatio libelli*, le sorti della domanda di abbreviato si desumono dagli assetti in materia di modifica del fatto nell'udienza preliminare tracciati dalla copiosa giurisprudenza costituzionale. A essere rigorosi, invero, il giudice di tale fase, rilevato il difetto di corrispondenza tra il fatto contestato e quello emergente dal fascicolo, dovrebbe disporre «la trasmissione degli atti al pubblico ministero ... determinando la regressione del procedimento sino alla fase delle indagini preliminari, affinché quest'ultimo assumesse le proprie determinazioni in ordine all'azione penale»³⁰, ai sensi dell'art. 521, comma 2, c.p.p.³¹.

²² Per questa e le precedenti citazioni del capoverso, cfr. C. cost., ord. 26 maggio 1994 n. 204, cit., pp. 1755-1746.

²³ C. cost., sent. 7 marzo 1994 n. 88, in *Giur. cost.*, 1994, p. 846 ss.

²⁴ Integrato quando l'organo dell'accusa, «dopo aver descritto il fatto alla luce dei soli requisiti della fattispecie incriminatrice x, lo qualificasse, invece, come y, che contiene diversi requisiti d'incriminazione» (F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, in G. Ubertis-G.P. Voena (a cura di), *Trattato di procedura penale*, XXXI, cit., 2016, p. 279, nota 125).

²⁵ Reputa plausibile, durante l'udienza preliminare, la «contestazione d'ufficio del diverso nomen iuris (previa sollecitazione al pubblico ministero, e ove questa non sia recepita)», in quanto sarebbe «la soluzione che torna a esprimere un più diretto dominio del giudice sulla qualificazione giuridica, in un contesto, peraltro, in cui tale dominio si presenta ancora più pregnante – e, insieme, discutibile – perché ... s'insinua nel costruito dell'azione penale alla stregua dei risultati delle indagini preliminari» (T. Rafaraci, *Poteri d'ufficio e contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto: la Consulta rimanda al legislatore*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1770).

²⁶ Il legislatore segue la soluzione prospettata, *de iure condendo*, da F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., pp. 332-333.

²⁷ C. cost., sent. 12 novembre 1991 n. 401, in *Giur. cost.*, 1991, p. 3494, per la quale il giudice incaricato dello svolgimento del giudizio abbreviato non può essere lo stesso giudice persona fisica che ha dato corso al rito immediato.

²⁸ Dubitativamente, invece, cfr. G. Spangher, *Esclusi dall'abbreviato i reati puniti con l'ergastolo (l. n. 33 del 2019)*, cit., p. 497.

²⁹ F. Zacchè, *Il giudizio abbreviato*, cit., p. 31.

³⁰ F. Cassibba, *Modifica "cooperativa" dell'imputazione nell'udienza preliminare: la legalità processuale arretra nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 114.

³¹ Sulla cui applicazione nell'udienza preliminare, nonostante il silenzio del c.p.p., cfr. fra le altre C. cost., sent. 29 marzo 2019 n. 66, in *Gazz. Uff.*, I Serie speciale, 2019, n. 14, p. 21; C. cost., sent. 17 marzo 2010 n. 103, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1158; C. cost., sent. 7

Occorre, tuttavia, prendere atto che, sul tema in questione, la Corte costituzionale segue le statuizioni elaborate dalle sezioni unite della Corte di cassazione con riguardo ai rimedi esperibili in caso d'imputazione formulata in maniera generica³². Si è affermato così un "diritto vivente"³³ in base al quale, in caso di *emendatio libelli*, il giudice dovrebbe, in prima battuta, invitare il pubblico ministero a modificare l'imputazione nel corso dell'udienza preliminare, ai sensi dell'art. 423 c.p.p.; solo allorché l'organo dell'accusa non assecondasse l'*input* giudiziale, scatterebbe – quale *extrema ratio* – il «rimedio regressivo al riscontrato difetto di correlazione»³⁴, a norma dell'art. 521, comma 2, c.p.p.

Applicato questo schema alla domanda inammissibile di abbreviato per difetto di contestazione, si verrebbe a delineare la seguente situazione. Il pubblico ministero, invitato dal giudice ad aggiustare l'imputazione, potrebbe ricalibrarla, rendendo possibile la definizione anticipata del processo. In tale eventualità, ci chiediamo però se il giudice divenga incompatibile *ex art. 34*, comma 2, c.p.p. È vero che la Corte costituzionale ha già escluso una violazione dell'imparzialità del giudice nell'ipotesi di elaborazione "cooperativa" dell'accusa in seno all'udienza preliminare. A suo parere, infatti, l'«*invito a modificare l'imputazione rappresenta un rimedio 'endofasico'*», in cui «*il giudice esterna un convincimento ... ma lo fa come momento immediatamente prodromico alla decisione che è – legittimamente – chiamato ad assumere in quello stesso contesto*»³⁵. Nondimeno, è altrettanto vero che, nel caso in discussione, i compiti del giudice che ha invitato a modificare l'imputazione non si limitano a risolvere l'alternativa fra rinvio a giudizio e sentenza di non luogo a procedere, dovendo invece egli decidere "sul" merito della regudicanda, dopo aver manifestato un proprio pre-convincimento sulla correttezza della ricostruzione fattuale operata dal pubblico ministero.

Qualora, infine, l'organo dell'accusa non procedesse a un aggiornamento dell'imputazione, il giudice potrebbe restituire gli atti all'esito dell'udienza preliminare, secondo le cadenze più sopra illustrate. Viceversa, nel caso in cui l'errore si perpetuasse fino al dibattimento, a questo punto entrerebbe in gioco la disciplina dettata dall'art. 521, comma 2, c.p.p. per il difetto di correlazione. In forza della sent. cost. n. 333 del 2009³⁶, d'altra parte, quando la contestazione derivasse da una rivalutazione degli atti d'indagine, l'imputato sarebbe rimesso in termini per chiedere il giudizio abbreviato *in limine* al dibattimento.

RIMEDI ALL'ABBREVIATO INSTAURATO PER UN REATO OSTATIVO: UNA DISCIPLINA LACUNOSA

Un cenno conclusivo meritano le situazioni in cui, viceversa, per cause "fisiologiche" o "patologiche" non si può, o non si poteva, celebrare il giudizio abbreviato.

Al riguardo, il legislatore ha disciplinato solo la prima evenienza, stabilendo, similmente a quanto previsto per le nuove contestazioni nel corso del rito sommario, che, «*se, a seguito [di queste], si procede per delitti puniti con la pena dell'ergastolo, il giudice revoca, anche d'ufficio, l'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato e fissa l'udienza preliminare o la sua eventuale prosecuzione*», trovando qui applicazione l'art. 441-bis, comma 4, c.p.p. (art. 441-bis, comma 1-bis, c.p.p.).

Diversamente, resta dubbio cosa accada quando si procede con l'abbreviato – perché, ad esempio, instaurato prima e al di fuori dell'udienza preliminare³⁷ – sulla base di un'imputazione per un reato che solo apparentemente non osta alla semplificazione delle forme processuali.

Poiché la l. n. 33 del 2019 non ha previsto su tale fronte dei rimedi affini a quanto prescritto dall'art. 441-bis, comma 1-bis, c.p.p., la soluzione va rinvenuta sul piano interpretativo.

marzo 1994 n. 88, cit., p. 849 (in merito alla forzatura di applicare analogicamente l'art. 521, comma 2, c.p.p., all'udienza preliminare, a ogni modo, cfr., per tutti, O. Mazza, *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare* [2008], in Id., *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 49).

³²Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, Battistella, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2310, m. 714.3, con motivazione e con note di L. Pistorelli e C. Marinelli.

³³Cfr., per tutte, C. cost. sent. 24 gennaio 2017 n. 18, in *Giur. cost.*, 2017, p. 111.

³⁴F. Cassibba, *Modifica "cooperativa" dell'imputazione nell'udienza preliminare: la legalità processuale arretra nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 115.

³⁵C. cost., sent. 24 gennaio 2017 n. 18, cit., p. 112.

³⁶C. cost., sent. 18 dicembre 2009 n. 333, in *Giur. cost.*, 2009, pp. 4944-4945 ss., con nota di M. Caianiello.

³⁷Su tale possibilità, cfr. F. Zacchè, *Il giudizio abbreviato*, cit., p. 94.

In proposito, tocca distinguere, come in precedenza, fra i casi di *emendatio iuris* e *libelli*.

Nel primo, il giudice potrebbe respingere la domanda di abbreviato già in fase ammissiva, sindacando la correttezza del *nomen iuris* attribuito dal pubblico ministero ai fatti. Allorché, all'opposto, venisse ammesso erroneamente il rito premiale, sembra ragionevole prospettare un'interpretazione analogica dell'art. 441-bis, comma 1-bis, c.p.p., considerata la somiglianza della situazione disciplinata da tale norma e quella non regolamentata dalla legge.

Nel secondo, invece, occorre applicare ancora l'art. 521, comma 2, c.p.p.³⁸. Posto che, di recente, la Cassazione ha dato risposta negativa al quesito se al pubblico ministero «sia consentito procedere alla modificazione dell'imputazione o a contestazioni suppletive con riguardo a fatti già desumibili dagli atti delle indagini preliminari»³⁹, va a ogni modo ribadito che il «giudice del giudizio abbreviato non è [mai] esonerato dal controllo di correlazione ... con conseguente ... trasmissione degli atti al pubblico ministero in forza della ravvisata diversità fra il fatto contestato e quello ritenuto dal giudice»⁴⁰.

³⁸ Sulla cui operatività in seno all'abbreviato, cfr. C. cost., sent. 5 dicembre 1997 n. 378, in *Giur. cost.*, 1997, p. 3652; nonché, per tutte, Cass., sez. II, 5 dicembre 2012, Chiapolino, in *CED Cass.*, n. 254186.

³⁹ E indipendentemente dall'eventuale svolgimento di attività istruttorie interne al rito, in base a quanto chiesto alle Sezioni Unite nell'ordinanza di rimessione da Cass., sez. I, 14 dicembre 2018, Andriy, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 aprile 2019, p. 13 (in proposito, cfr. G. Leo, *Le sezioni unite sulle contestazioni "tardive" del pubblico ministero nell'ambito del giudizio abbreviato con integrazione probatoria*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 aprile 2019, quanto all'informazione provvisoria fornita da Cass., sez. un., 18 aprile 2019, Andriy, *ivi*).

⁴⁰ F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., pp. 131-132.

FRANCESCA DRI

Dottoranda in Procedura penale – Università degli Studi di Trieste

Vizi e virtù dell'attuazione della Direttiva 2016/1919/UE sul patrocinio a spese dello Stato: una prima lettura

Defects and virtues of implementation of the 2016/1919/UE Directive on legal aid: a first reading

Il presente contributo si propone l'obiettivo di analizzare l'attuazione della Direttiva 2016/1919/UE del 26 ottobre 2016 in materia di *legal aid*, avvenuta con l'adozione del d.lgs. 7 marzo 2019, n. 24. Premessi brevi cenni in ordine al contesto europeo che ha dato origine alla direttiva in parola, ci si è soffermati sulle singole disposizioni che integrano il decreto, esaminandone l'impatto sulla disciplina contenuta nel d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, c.d. "testo unico spese di giustizia". Particolare attenzione è stata dedicata al profilo dell'effettività del diritto di difesa, autentico *fil rouge* della direttiva, e al modo in cui la novella ha tentato di garantirla. Da ultimo, si è ritenuto opportuno dedicare alcune considerazioni alle criticità del provvedimento in esame, il quale, nel suo complesso, appare poco incisivo e soddisfacente.

In the present work we analyze the implementation of directive (EU) 2016/1919 of the European Parliament and of the Council of 26 October 2016 on legal aid, which took place with the adoption of Legislative Decree 7th March 2019, n. 24. After a brief introduction to the European context, that gave rise to the directive in object, we focused on the individual provisions that supplement the decree, examining the impact on the discipline contained in d.p.r. 30th May 2002, n. 115, so called "Testo unico spese di giustizia". Particular attention was paid to the profile of the right of defense effectiveness, a true common thread of the directive, and to the way in which the decree attempted to guarantee it. Finally, we examined the critical points of the provision in object, which, as a whole, appears to be not incisive or satisfactory.

PREMESSA

La necessità di dare attuazione alla Direttiva 2016/1919/UE¹ in materia di *legal aid* ha riaperto l'attenzione del legislatore domestico su un punto nevralgico dell'ordinamento interno, caratterizzato dalla costante frizione tra interessi antagonisti: da un lato, l'imperativo costituzionale di garantire ai non abbienti attinti da un procedimento penale i mezzi per difendersi in giudizio, dall'altro, la cronica carenza di risorse da destinarvi nel concreto.

Da decenni, infatti, attorno all'istituto del patrocinio a spese dello Stato si accumulano ansie e spe-

¹ Direttiva 2016/1919/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2016 «sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo», in Gazz. Uff. U.E., 4 novembre 2016, L 297/1. Per un commento alla direttiva, v. L. Camaldo, *La direttiva 2016/1919/UE sul gratuito patrocinio completa il quadro europeo delle garanzie difensive nei procedimenti penali*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 dicembre 2016; N. Canestrini, *La direttiva sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 839 ss.; C. Peloso, *L'approvazione della direttiva 2016/1919 sul patrocinio a spese dello Stato: la battuta finale nel cammino verso la mappatura dei diritti procedurali fondamentali*, in www.lagislazionepenale.eu, 4 maggio 2017; S. Cras, *The Directive on the Right to Legal Aid in Criminal and EAW Proceedings. Genesis and Description of the Sixth Instrument of the 2009 Roadmap*, in *Eucrim*, 2017, 1, p. 35 ss.; D. Vigoni, *Novità sovranazionali. La direttiva (UE) 2016/1919 in materia di patrocinio a spese dello Stato*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 2, p. 224 ss.; M. Postiglione, *Verso un effettivo diritto al patrocinio a spese dello Stato*, in www.eurojus.it, 20 febbraio 2017.

ranze²: non si allude soltanto al comprensibile timore di chi si trova ad affrontare le incognite e le lungaggini di un procedimento penale a proprio carico senza avere la forza economica per poterselo permettere, ma anche alle preoccupazioni del difensore, che spesso è chiamato a prestare la propria opera professionale nell'incertezza, rischiando di pagarne in prima persona i costi; da ultimo, seppur in misura diversa, si aggiunga anche il magistrato, al quale tocca il compito, non sempre facile, di "fissare il prezzo" del lavoro del professionista³, che lo Stato dovrà poi corrispondere.

Non è un caso che, nel corso degli anni, l'accumulo di tali tensioni abbia dato origine ad un numero cospicuo⁴ di pronunce della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite in materia, a riprova della difficoltà di trovare un punto di equilibrio soddisfacente tra istanze contrapposte.

Su impulso dell'Europa, il legislatore italiano è stato dunque chiamato a valutare globalmente la funzionalità della propria disciplina interna, a smussarne gli spigoli e a scioglierne i nodi, per realizzare concretamente quell'"effettività" del diritto di difesa⁵ che costituisce l'anima e il *fil rouge* della direttiva in parola.

A ciò si aggiunga altresì che l'esigenza di un ripensamento critico della disciplina è divenuta ancor più impellente, attesa la preoccupante espansione del fenomeno delle cosiddette "nuove povertà", che interessa fette sempre più consistenti della popolazione⁶. L'espansione ipertrofica delle fattispecie pe-

² Sull'istituto del patrocinio a spese dello Stato cfr., tra gli altri, P. A. Airoidi, *La difesa dei non abbienti nel nuovo processo penale*, *Questioni Giustizia*, 1991, 1, p. 238; E. Amodio, *Il patrocinio statale per i non abbienti nel nuovo processo penale*, *Giust. pen.*, 1980, III, p. 308; V. Bonini-S. Giors-S. Quattrocchio, *Le modifiche apportate dal d.P.R. 30.5.2002 n. 115*, in M. Chiavario-E. Marzaduri (diretto da), *La difesa penale: commento alle leggi 7 dicembre 2000, n. 397; 6 marzo 2001, n. 60; 29 marzo 2001, n. 134 e alle successive modifiche*, Torino, Utet, 2003, pp. 561 ss.; G. Cascini, *L'assistenza legale dei meno abbienti: una riforma che non può più attendere*, in *Questioni Giustizia*, 1996, p. 667; L. P. Comoglio, *sub art. 24 c. 3 Cost.*, in G. Branca-A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1981, p. 118; P. Corso, *La tutela dei non abbienti nel nuovo procedimento penale*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, II, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 463 ss.; P. Corso, *Patrocinio dei non abbienti ed illeciti tributari*, in *Corriere trib.*, 1990, pp. 2491-2492; L. Di Paola, *Il patrocinio dei non abbienti*, in G. Dean (a cura di), *I soggetti*, I, t. 1, (*Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*), Torino, Utet, 2009, p. 819; L. Di Paola, *Difesa d'ufficio e patrocinio dei non abbienti nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2003; R. E. Kostoris, *Note in merito alla difesa "gratuita"*, in *Difesa pen.*, 1990, p. 99 ss.; L. Luparia, *Il nuovo procedimento di ammissione al patrocinio per i non abbienti nel processo penale*, in *Giur. it.*, 2003, pp. 836 ss.; R. Puglisi, *sub art. 98 c.p.p.*, in A. Giarda-G. Spangher, *Codice di procedura penale commentato*, I, Milano, Ipsoa, p. 1004 ss.; A. Bellocchi- E. Farinelli-R. Fonti, *sub artt. 74-118 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115*, in A. Giarda-G. Spangher, *Codice di procedura penale commentato*, III, Milano, Ipsoa, 2017, pp. 2887 ss.; P. Sechi, *Il patrocinio dei non abbienti nei procedimenti penali*, Milano, Giuffrè 2006.

³ A. De Nicola, *La giurisprudenza di legittimità sul D.P.R. 115/2002: problemi vecchi e nuovi*, reperibile all'indirizzo internet www.distretto.torino.giustizia.it/documentazione/D_1993.pdf, pp. 1-6. La competenza in materia di liquidazione dell'onorario spetta, per ciascun segmento processuale, al giudice dinanzi al quale si è svolta l'opera del difensore, anche se il processo è nel frattempo transitato ad altra fase o grado. La *ratio* di tale regola, codificata dall'art. 83 d.p.r. n. 115 del 2002, così come modificato dalla l. 24 febbraio 2005, n. 25, è dovuta al fatto che soltanto tale giudice può compiutamente valutare la congruità degli onorari richiesti rispetto all'attività effettivamente svolta dall'avvocato. In tal senso, v. Cass., sez. I, 16 gennaio 2004, n. 3944, in *CED Cass.*, n. 226963.

⁴ Come osservato da A. De Nicola, *La giurisprudenza di legittimità sul D.P.R. 115/2002: problemi vecchi e nuovi*, cit., p. 1, in materia si registrano almeno sei pronunce rese dalla Corte di cassazione a sezioni unite ed almeno 36 decisioni della Corte costituzionale, ricomprendendo in tale numero sia i provvedimenti in forma di sentenza, che di ordinanza. Per un'indicazione analitica di queste ultime, si rinvia a A. Giarda - G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, III, cit., pp. 2888, 2895, 2899, 2900, 2915, 2924, 2929-2930, 2935, 2958, 2971, 2978, 2982, 2988, 2994, 3006. Per quanto invece concerne le pronunce a Sezioni Unite, cfr. Cass., sez. un., 28 maggio 2003, n. 25080, in *CED Cass.*, n. 224610; Cass., sez. un., 25 febbraio 2004, n. 19289, in *CED Cass.*, n. 227355; Cass., sez. un., 24 maggio 2004, n. 30181, in *CED Cass.*, n. 228118; Cass., sez. un., 30 giugno 2004, n. 30433, in *CED Cass.*, n. 228231; Cass., sez. un., 14 luglio 2004, n. 36168, in *CED Cass.*, n. 228666; Cass., sez. un., 30 gennaio 2007, n. 6816, in *CED Cass.*, n. 235344. Sul punto, v. inoltre P. Sechi, *Sui tempi di risposta all'istanza di ammissione al patrocinio per i non abbienti la legislazione continua ad essere inquieta*, nota a C. cost., 21 marzo 2002, n. 86, in *Giur. cost.*, 2002, 4, p. 2686B.

⁵ L'effettività del diritto di difesa è un tema che riveste grande importanza anche nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In proposito, si richiama la pronuncia della Corte e.d.u., 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*, relativa all'assistenza legale in regime di patrocinio a spese dello Stato. Nello specifico, al par. 33 della sentenza in parola, la Corte precisa che «*the Convention is intended to guarantee not rights that are the oretical or illusory but rights that are practical and effective; this is particularly so of the rights of the defence in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial, from which they derive*».

⁶ Sul punto, v. E. Pazè, *Giustizia, roba da ricchi*, Bari, Laterza, 2017, p. X, secondo cui «*I poveri non coincidono più solo con le figure tradizionali dello zingaro, del barbone, della prostituta. C'è un esercito di giovani disoccupati, di anziani con una pensione inferiore ai limiti di sussistenza che esauriscono prima della fine del mese i soldi a disposizione. Anche la disgregazione delle famiglie, con il moltiplicarsi di genitori soli, ha contribuito all'aumento della povertà: due stipendi che erano appena sufficienti a pagare l'affitto e le spese di un alloggio, dopo la separazione non bastano a sostenere i costi di due case*». Per un approfondimento in merito alle cc.dd. "nuove povertà", v. Z. Bauman, *Lavoro, consumismo e nuove povertà*, Troina, Ed. Città Aperta, 2004. Per consultare i dati relativi all'espansione del fenomeno in Italia, v. *La povertà in Italia*, comunicato stampa, reperibile all'indirizzo <https://www.istat.it/it/archivio/217650>, nel quale

nalmente rilevanti⁷, unita all'avanzare della soglia dell'indigenza, mette quotidianamente a dura prova la tenuta del sistema, che fatica a trovare risorse adeguate.

In questo quadro composito, in cui si intrecciano precetti europei provenienti dall'alto e pressioni dalla società, il legislatore italiano ha tentato di elaborare una propria risposta, intervenendo sul tessuto normativo già esistente mediante una tecnica quasi chirurgica, fatta di minime ablazioni, piccole suture e misurate aggiunte. Si anticipa sin d'ora che tale approccio, improntato al mantenimento delle strutture esistenti anziché ad un meditato rinnovo, non sembra aver colto la vera essenza della Direttiva 2016/1919/UE, di cui ora si tratteranno i punti salienti.

IL QUADRO EUROPEO E LA DIRETTIVA 2016/1919/UE

Com'è noto, la direttiva in parola s'inscrive nell'ambito di un articolato progetto volto a irrobustire le garanzie difensive di imputati e indagati nel procedimento penale, al fine di assicurare loro uno *standard* minimo e uniforme di tutela nel territorio degli Stati membri. Le linee di sviluppo di tale intervento sono state tracciate dalla c.d. *Roadmap*, altresì detta "tabella di marcia", contenuta nella Risoluzione del Consiglio dell'Unione europea del 30 novembre 2009⁸ ed in seguito trasfusa nel Programma di Stoccolma⁹, intitolato a "un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini".

L'intuizione di fondo sottesa a tale iniziativa, significativamente denominata "*salami tactic*"¹⁰, ha previsto la predisposizione di un ventaglio di misure da attuare secondo un approccio progressivo e costante, che ha permesso una graduale assimilazione delle stesse da parte degli ordinamenti degli Stati membri. Ad una prima fase, contraddistinta dall'emanazione di una nutrita serie di direttive, che hanno già trovato attuazione in Italia, ne è seguita una seconda¹¹ nel 2013, nella quale si colloca la Direttiva 2016/1919/UE.

Per quanto interessa in questa sede, tale atto normativo ha sviluppato nel dettaglio la previsione contenuta nella seconda parte della misura C della *Roadmap*, relativa al diritto alla consulenza e all'assistenza legale gratuita per l'imputato, l'indagato e il ricercato nel procedimento penale. Secondo quanto prescritto dall'art. 1, par. 2, della direttiva in parola, le regole in materia di patrocinio debbono operare in stretta sinergia con quelle già contenute nella Direttiva 2013/48/UE¹², sul diritto di accesso

vengono distinte due diverse forme di povertà, rispettivamente "assoluta" e "relativa". La prima si definisce in relazione alla soglia di sopravvivenza ed alle necessità primarie, quali il fabbisogno nutrizionale minimo e la disponibilità di beni e servizi essenziali, prescindendo dagli *standard* di vita prevalenti all'interno della comunità di riferimento. La seconda, al contrario, è strettamente correlata al tenore di vita degli individui dell'ambito territoriale e sociale in cui il soggetto di riferimento vive, e si determina valutando anche i bisogni che vanno al di là della mera sussistenza.

⁷ V. E. Pazè, *Giustizia, roba da ricchi*, cit., p. 133 ss. Sulla «criminalizzazione della vita collettiva» v. A. Garapon - D. Salas, *La repubblica penale*, Macerata, Liberilibri Editrice, 1998. Per una panoramica generale in materia di ipertrofia del diritto penale, si veda inoltre U. Curi - G. Palombarini (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli, 2002.

⁸ *Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009 relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati nei procedimenti penali*, in *Gazz. Uff. U.E.*, 4 dicembre 2009, C 295/1.

⁹ *Programma di Stoccolma, un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in *Gazz. Uff. U.E.*, 4 maggio 2010, C 115/1.

¹⁰ Per una panoramica generale sul punto, si veda J. Della Torre, *Le direttive UE sui diritti fondamentali degli accusati: pregi e difetti nel primo embrione di un sistema europeo di garanzie difensive*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1396 ss. Come è stato osservato dall'autore, "*salami tactic*" è un'espressione utilizzata dal prof. Hertog nell'ambito di un dibattito riguardante l'approvazione di una proposta di decisione quadro UE sull'assistenza linguistica (v. in proposito *Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Framework Decision on the Right to Interpretation and to Translation in Criminal Proceedings*, SEC (2009) 916, p. 53). Essa descrive con grande efficacia il *modus operandi* adottato dalla Presidenza svedese, basato sull'idea di frazionare in "porzioni" i principali atti normativi in materia di diritti fondamentali degli accusati, onde agevolarne l'approvazione e la progressiva assimilazione da parte dei singoli Stati membri. Per un ulteriore approfondimento in merito, v. R. E. Kostoris, *La tutela dei diritti fondamentali*, in R. E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 94 ss.

¹¹ Seguendo un approccio graduale, la citata "tabella di marcia" prevedeva l'adozione di misure riguardanti il diritto alla traduzione e all'interpretazione nei procedimenti penali (misura A), il diritto a ricevere informazioni relative ai diritti e all'accusa (misura B), il diritto alla consulenza legale e all'assistenza legale (misura C), il diritto alla comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità consolari (misura D), nonché garanzie speciali per indagati e imputati vulnerabili (misura E).

¹² Si ascrivono a questa prima fase le seguenti misure:

a) la direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio *sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali* del 20 ottobre 2010, in *Gazz. Uff. U.E.*, 26 ottobre 2010, L 280/1, recepita in Italia dal d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, recante

ad un difensore nel processo penale, e nella Direttiva 2016/800/UE¹³, in materia di minori indagati o imputati in procedimenti penali. Tale stretta interdipendenza rivela la valenza strumentale della direttiva sul *legal aid*, la quale ha la funzione di creare una sorta di “meta-diritto”¹⁴, che permetta il pieno godimento delle facoltà sancite dalle altre direttive citate a prescindere dalle condizioni economiche di partenza.

Solo neutralizzando l’incidenza che il fattore povertà spiega sull’accesso alle tutele si può ambire ad un sistema genuinamente efficiente: a tal proposito, appare emblematico il contenuto del considerando n. 1 della Direttiva 2016/1919/UE, che adotta un approccio estremamente pragmatico nel richiamarsi all’effettività, pietra di paragone cui fare riferimento per valutare la qualità dell’attuazione italiana.

L’ATTUAZIONE ITALIANA: UN CHIAROSCURO DI ADDIZIONI E SOTTRAZIONI

Con largo anticipo rispetto allo spirare del termine fissato per il recepimento¹⁵, il legislatore italiano

Attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all’interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, in Gazz.Uff., n. 64 del 18 marzo 2014; sul punto, v. M. Gialuz, *L’assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, Milano, Cedam, 2018, p. 108 ss.; dello stesso autore, si veda anche *Il decreto legislativo di attuazione della direttiva sull’assistenza linguistica (n. 32 del 2014): un’occasione sprecata per modernizzare l’ordinamento italiano*, in www.penalcontemporaneo.it, 10 aprile 2014; C. Amalfitano, *Unione europea e garanzie processuali: il diritto all’interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2001, p. 83 ss.; M. Bargis, *L’assistenza linguistica per l’imputato: dalla Direttiva europea 64/2010 nuovi inputs alla tutela tra teoria e prassi*, in M. Bargis (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Milano, Giuffrè, 2013;

b) la direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 *sul diritto alle informazioni nel procedimento penale*, in Gazz. Uff. U.E., 1° giugno 2012, L 142/1 e attuata con il d.lgs. 1° luglio 2014, n. 101, recante *Attuazione della Direttiva 2012/13/UE sul diritto all’informazione nei procedimenti penali*, in Gazz. Uff., 17 luglio 2014, n. 164; in materia v. S. Ciampi, *Diritto all’informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della direttiva 2012/13/UE da parte del d.lgs. 1° luglio 2014 n. 101*, in www.penalcontemporaneo.it, 24 settembre 2014;

c) la direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013 *sul diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo, sul diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà e sul diritto delle persone private della libertà di comunicare con terzi e con le autorità consolari*, in Gazz. Uff. U.E., 6 novembre 2013, L 294/1, attuata con il d.lgs. 15 settembre 2016, n. 184, recante *Attuazione della direttiva 2013/48/UE, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le Autorità consolari*, in Gazz. Uff., 3 ottobre 2016, n. 231; per un commento, si vedano F. A. Bubula, *La direttiva 2013/48/UE sul diritto del difensore a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà personale*, in www.penalcontemporaneo.it, 29 novembre 2013; S. Quattrocchio, *Interventi minimi in materia di accesso al difensore: la recente trasposizione della Direttiva 2013/48/UE*, in www.eurojus.it, 15 ottobre 2016.

¹³ Sul punto, M. Cagossi, *Prosegue inarrestabile il percorso verso il rafforzamento dei diritti processuali dei cittadini dell’Unione europea*, in www.penalcontemporaneo.it, 20 dicembre 2013. Il secondo gruppo di direttive comprende:

a) direttiva 2016/800/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 maggio 2016 *sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali*, in Gazz. Uff. U.E., 21 maggio 2016, L 132/1; in materia si veda L. Camaldo, *Garanzie europee per i minori autori di reato nel procedimento penale: la Direttiva 2016/800/UE in relazione alla normativa nazionale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4572C; S. Civiello Conigliaro, *All’origine del giusto processo minorile europeo*, in www.penalcontemporaneo.it, 13 febbraio 2016; S. Monici, *L’UE continua la ricerca dell’equità nei processi penali: introdotte nuove regole comuni per il processo penale minorile*, in www.eurojus.it, 22 maggio 2016;

b) direttiva 2016/343/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, in Gazz. Uff. U.E., 11 marzo 2016, L 65/1; sul tema, v. J. Della Torre, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto a presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie fondamentali?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1835; L. Camaldo, *Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un’unica Direttiva dell’Unione europea*, in www.penalcontemporaneo.it, 23 marzo 2016; F. Alonzi, *La direttiva Ue sul diritto dell’imputato di partecipare al giudizio e la disciplina italiana sul processo in absentia*, in www.legislazionepenale.eu, 21 settembre 2016; N. Canestrini, *La direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, un’introduzione, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2224B ss.

¹⁴ L’istituto del patrocinio a spese dello Stato si può configurare come un “diritto concernente altri diritti”, riprendendo la definizione di “meta-diritto” elaborata in R. Guastini, *Filosofia del diritto positivo. Lezioni*, a cura di V. Velluzzi, Torino, Giappichelli, 2017, p. 82. Al pari di quanto avviene in materia di diritto all’assistenza linguistica nel procedimento penale, anche il diritto di accedere al beneficio in parola è strumentale rispetto al pieno esercizio del diritto di difesa.

Sul punto, v. M. Gialuz, *L’assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, cit., pp. 138 ss.

¹⁵ Si precisa che è intervenuta una rettifica del termine di recepimento, originariamente fissato per il 25 maggio 2019, con conseguente anticipazione dello stesso al giorno 5 maggio 2019. Sul punto, v. *Rettifica della direttiva (UE) 2016/1919 del Parlamento*

ha dato attuazione alla direttiva in parola con il d.lgs. 7 marzo 2019, n. 24¹⁶, il quale si compone di quattro articoli di telegrafica brevità.

D'altro canto, come si evince chiaramente dalla Relazione illustrativa¹⁷ al provvedimento e dalla Tabella di concordanza¹⁸, l'intervento non poteva che essere stringato e conciso, dal momento che «*la normativa sul patrocinio legale gratuito attualmente in vigore già [contiene] tutte le prescrizioni di cui alla direttiva in esame*», fatta eccezione per i procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo e per «*l'espressa esclusione dei reati indicati all'art. 91, lett. a), t.u.*» che «*non si ritiene del tutto in linea con le previsioni di cui alla direttiva*». Tale considerazione è sintomatica dell'approccio minimalista adottato dal legislatore, il quale si è limitato a ritoccare una disciplina già valutata soddisfacente e pressoché esaustiva nel suo complesso.

Entrando nel merito della trasposizione, si osserva innanzitutto che l'art. 3 della Direttiva 2016/1919/UE ha circoscritto il perimetro dell'intervento ad un oggetto ben preciso, da individuarsi nell'attività di «*finanziamento da parte di uno Stato membro dell'assistenza di un difensore che consenta l'esercizio del diritto di avvalersi di un difensore*».

Sul piano interno, tale definizione ben s'attaglia all'istituto del patrocinio a spese dello Stato in materia penale, che affonda le proprie radici nell'art. 24, comma 3, Cost.¹⁹.

La disciplina di dettaglio è attualmente contenuta negli artt. 74-145, parte III, d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115²⁰, recante il "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia" (d'ora in poi, per semplicità espositiva, "t.u."). Tale corpus normativo raccoglie, con qualche innovazione, quanto già disposto dalla precedente l. 30 luglio 1990, n. 217²¹, che per prima aveva regolato compiutamente la materia, ponendo fine all'inerzia del legislatore in ambito penale.

Infatti, nonostante l'altissimo valore sociale, il comma 3 del citato art. 24 Cost. è stato per lungo tempo una disposizione negletta e dimenticata, una sorta di Cenerentola²² tra i principi.

Al contrario, esso possiede una grande ricchezza di sfumature, apprezzabile sotto un duplice aspetto.

Secondo una visione più tradizionale, maggiormente centrata sulla dimensione dell'individuo, è un imprescindibile strumento di sostegno per il non abbiente che si trova a subire un procedimento penale. La normativa italiana, infatti, non contempla alcuna ipotesi di autodifesa²³ in materia, imponendo come

europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2016, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo (Gazz. Uff., 4 novembre 2016, L. 297), in Gazz. Uff. U.E., 4 aprile 2017, L. 91/40.

¹⁶ D.lgs. 7 marzo 2019, n. 24, recante *Attuazione della direttiva (UE) 2016/1919 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2016, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in Gazz. Uff., 26 marzo 2019, n. 72.

¹⁷ Senato della Repubblica, XVIII Leg., *Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 62, Relazione illustrativa*, p. 6, reperibile all'indirizzo web <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1093897.pdf>.

¹⁸ Senato della Repubblica, XVIII Leg., *Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 62, tabella di concordanza*, reperibile all'indirizzo web <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1093897.pdf>.

¹⁹ In materia, si veda M. Gialuz, *Commento all'art. 24 Cost.*, in S. Bartole-R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, 2ª ed., Milano, Cedam, 2008, p. 237 ss.

²⁰ D.p.r. n. 115 del 2002, recante *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia*, in Gazz. Uff., 15 giugno 2002, n. 139, Suppl. ord. n. 126.

²¹ L. 30 luglio 1990, n. 217, recante *Istituzione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti*, in Gazz. Uff., 6 agosto 1990, n. 182.

²² Sul punto, v. C. Peloso, *L'approvazione della direttiva cit.*, p. 6; il riferimento è di A. Pizzorusso, *L'art. 24, 3° comma della Costituzione e le vigenti disposizioni sul gratuito patrocinio*, in *Foro it.*, 1967, V, 6.

²³ Nell'ordinamento interno, l'obbligatorietà della difesa tecnica è sancita dagli artt. 96 e 97 c.p.p., dai quali si ricava che le parti, anche se abilitate all'esercizio della professione forense, non possono esercitare in proprio l'autodifesa; sul punto, v. anche Cass., sez. V, 3 aprile 2013, n. 32143, in *CED Cass.*, n. 256085, secondo cui tale divieto trae origine da una scelta politica del legislatore, «*mirata a garantire l'effettività del diritto di difesa*»; in merito alla compatibilità della disciplina interna con il dettato dell'art. 6, par. 3, lett. c), Cedu, v. Cass., sez. II, 16 luglio 2013, n. 40715, in *Guida dir.*, 2013, 45, p. 71; sull'impossibilità per l'imputato di opporre un rifiuto alla difesa tecnica, v. Cass., sez. un., 12 dicembre 1981, n. 9, in *Arch. pen.*, 1983, p. 530; per un approfondimento sul processo tenutosi dinanzi alla Corte di assise di Torino nel 1976 contro i vertici dell'organizzazione "Brigate rosse", che manifestarono la propria opposizione alla regola dell'irrinunciabilità della difesa, giungendo al punto di assassinare l'avvocato Fulvio Croce, v. F. Gianaria - A. Mittone, *L'avvocato necessario*, Torino, Einaudi, 2007, p. 29.

obbligatoria la presenza del difensore. Tale beneficio funge dunque da contrappeso a tale regola, costituendo un corollario dell'art. 2 Cost. e una specificazione dell'art. 3, comma 2, Cost.

Da un secondo punto di vista, più generale, tale previsione contribuisce a realizzare nel concreto la parità delle armi²⁴, permettendo il corretto funzionamento del meccanismo del contraddittorio, funzionale alla realizzazione del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.

Tali istanze sono dunque confluite nel t.u. in esame, il quale nel corso degli anni ha subito numerosi rimaneggiamenti²⁵, spesso ispirati da estemporanee esigenze di politica criminale, e che continua tuttora ad essere oggetto di un acceso dibattito²⁶.

La novella del 2019 ha a sua volta rimodulato l'assetto della disciplina, attraverso un chiaroscuro di addizioni e sottrazioni normative volte, a seconda dei casi, a dilatare o restringere la portata delle garanzie fissate dal t.u.

L'ESTENSIONE DEL PATROCINIO AI PROCEDIMENTI DI ESECUZIONE DEL MANDATO DI ARRESTO EUROPEO

Il d.lgs. n. 24 del 2019 si apre con una disposizione specificamente dedicata all'estensione del patrocinio a spese dello Stato ai procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo (da qui in avanti, per semplicità espositiva, "m.a.e."), istituito introdotto nell'ordinamento italiano dalla l. 12 aprile 2005, n. 69²⁷ in attuazione della Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002²⁸.

Tale inclusione, prescritta dall'art. 5 della direttiva in esame, rappresenta un punto focale nel progetto europeo di innalzamento degli *standard* di garanzia, atteso che tra i diversi ordinamenti degli Stati membri vi è una grande disomogeneità di disciplina²⁹, ulteriormente aggravata dal fatto che la giurisprudenza di Strasburgo non ritiene le procedure di estradizione e di m.a.e. tutelabili *ex art. 6 Cedu*³⁰.

L'art. 1 del menzionato decreto rappresenta, dunque, uno dei punti maggiormente qualificanti la novella, in quanto deputato a colmare la vistosa lacuna normativa di cui all'art. 75 t.u., che il legislatore, nell'intento di minimizzarne la portata, aveva più volte definito come una carenza meramente formale³¹ e apparente.

In particolare, la precedente formulazione di tale articolo non contemplava espressamente la figura del "ricercato non abiente" nel novero dei possibili beneficiari del patrocinio: tale dimenticanza si tra-

²⁴ In materia di riequilibrio della parità delle parti «nel nuovo processo penale caratterizzato dal modello accusatorio», v. Cass., sez. un., 24 novembre 1999, n. 25, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1167.

²⁵ Oltre agli interventi normativi di cui si farà specificamente cenno nel prosieguo, si ricordano altresì i seguenti provvedimenti di modifica del t.u.: l. n. 25 del 2005 recante *Modifiche al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115*, in *Gazz. Uff.*, 2 marzo 2005, n. 50, che ha ampliato la platea dei difensori nominabili dall'ammesso al patrocinio, dei sostituti dei difensori, degli investigatori privati e dei consulenti tecnici; d.l. 30 giugno 2005, n. 115, convertito con modificazioni nella l. 17 agosto 2005, n. 168, il quale ha modificato le disposizioni sulla revoca dell'ammissione al patrocinio; l. 30 dicembre 2004, n. 311 ("Legge Finanziaria 2005"), la quale ha abolito il previo parere del Consiglio dell'Ordine in merito alle liquidazioni delle parcelle dei difensori; l. 4 agosto 2006, n. 248 (legge di conversione del d.l. 4 luglio 2006 n. 223, c.d. "Decreto Bersani") la quale ha ripristinato la liquidazione giudiziale sulla base della tariffa professionale, regola che sembrava essere stata abrogata a seguito dell'eliminazione dei minimi tariffari.

²⁶ V. Consiglio Nazionale Forense, *Ipotesi di modifica del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115*, Roma, 18 aprile 2018, reperibile all'indirizzo <https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/25901/425930/Patrocinio+a+spese+dello++Stato++ARTICOLATO.pdf/1911c3e8-58f4-42b5-ad6a-228d319aa380>.

²⁷ L. 22 aprile 2005, n. 69, recante *Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*, pubblicata in *Gazz. Uff.*, 29 aprile 2005, n. 98.

²⁸ Decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, *relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*, in *Gazz. Uff.*, 18 luglio 2002, L 190, p. 1.

²⁹ Senato della Repubblica, XVIII Leg., *Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 62, Analisi di impatto della regolamentazione (A.I.R.)*, pp. 5 ss.

³⁰ Secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, i procedimenti di esecuzione del m.a.e. non rientrano nell'ambito dei cc.dd. "criminal proceedings" e, conseguentemente, esulano dall'ambito di applicazione dell'art. 6 Cedu. Sul punto, cfr. *Impact Assessment Accompanying the Proposal for Measures on Legal Aid for Suspects or accused Persons in Criminal Proceedings*, SWD (2013), 476 final, 27 novembre 2013, p. 19, reperibile all'indirizzo web <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52013SC0476>.

³¹ Senato della Repubblica, XVIII Leg., *Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 62, Tabella di concordanza*, cit., p. 7.

duceva in una potenziale causa di esclusione dal patrocinio ed era tale inficiare il meccanismo della cosiddetta “*dual defence*”³². Tale istituto, conosciuto anche come “*dual representation*”, consta nel diritto dei ricercati di potersi avvalere di una doppia tutela difensiva, tanto nello Stato membro di emissione del m.a.e., quanto in quello di esecuzione. Sul piano sovranazionale, essa è garantita dall’art. 10 della Direttiva 2013/48/UE, attuata nell’ordinamento italiano con il d.lgs. 15 settembre 2016, n. 184.

Purtroppo, il recepimento di tale direttiva non si era rivelato sufficiente a garantire una tutela piena ed effettiva ai ricercati. È innegabile, infatti, che la funzionalità concreta di detto sistema dipenda in gran parte dalla disponibilità economica del singolo interessato, il quale deve farsi carico delle spese derivanti dalla duplice assistenza legale, a cavallo tra i due ordinamenti coinvolti. La difficoltà di sopportare tale onerosità spesso si traduceva in una compressione significativa del diritto alla *dual defence* che, nonostante i proclami, spesso veniva frustrato nel concreto³³.

A tale asimmetria del sistema aveva supplito ben presto la giurisprudenza delle Corti d’appello le quali, con un’acrobazia interpretativa, avevano trovato il modo di estendere³⁴ la portata del beneficio in parola anche ai soggetti ricercati, limitatamente ai casi di m.a.e. passivo.

Tale soluzione risultava praticabile in forza della lettura combinata degli artt. 75 e 90 del t.u.: la prima disposizione, infatti, sancisce il principio di efficacia immanente³⁵ del patrocinio «*per ogni grado e per ogni fase del processo e per tutte le eventuali procedure, derivate ed accidentali, comunque connesse*», mentre la seconda garantisce la parità di trattamento dello straniero e dell’apolide residente sul territorio nazionale rispetto al cittadino italiano. Considerando, dunque, l’arresto e l’eventuale consegna come un segmento procedimentale connesso alla vicenda principale, in cui era stata chiesta e ottenuta l’ammissione al patrocinio, era stato possibile supplire all’incompletezza del dato normativo.

Tuttavia, nonostante l’apprezzabile tentativo della giurisprudenza di estendere le maglie della tutela, tale soluzione, per quanto condivisa e consolidata, non poteva ritenersi sufficiente, trattandosi di un correttivo elaborato in via emergenziale. Tale interpretazione, inoltre, rischiava di porsi in tensione con il dettato dell’art. 91, comma 1, lett. b), t.u., che esclude dal beneficio il richiedente assistito da più di un difensore, eccezion fatta per i soli casi di cui all’art. 100 t.u., relativo alle ipotesi di partecipazione a distanza al processo penale³⁶.

L’intervento del legislatore si è dunque rivelato quanto mai opportuno, perché ha finalmente cristallizzato una garanzia imprescindibile, complementare alla previsione di cui all’art. 9, comma 5-bis, l. n. 69 del 2005, che sancisce il diritto del soggetto attinto dal m.a.e. di ricevere avviso della facoltà di nominare un difensore anche nello Stato membro di emissione del provvedimento, difensore che ha il compito di assistere il collega nominato nello Stato membro di esecuzione.

Tanto premesso, ai sensi del nuovo comma 2-bis aggiunto all’art. 75 t.u., la disciplina del patrocinio si applica, per quanto riguarda le procedure passive di consegna, «*dal momento dell’arresto eseguito in conformità del mandato d’arresto europeo fino alla consegna o fino al momento in cui la decisione sulla mancata consegna diventi definitiva*» nonché nelle procedure attive di consegna «*in favore della persona ricercata oggetto di un procedimento di esecuzione del mandato d’arresto europeo ai fini dell’esercizio di un’azione penale e che ha esercitato il diritto di nominare un difensore sul territorio nazionale affinché assista il difensore nello Stato membro di esecuzione*».

In relazione al primo profilo, relativo alle procedure passive di consegna nelle quali lo Stato italiano ha l’obbligo di dare esecuzione al m.a.e., vi è poco da aggiungere, atteso che l’attuazione italiana è il calco esatto e letterale della disciplina europea.

³² Per una panoramica completa sull’argomento, v. M. Bargis, *Il diritto alla “dual defence” nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo: dalla direttiva 2013/48/UE alla direttiva (UE) 2016/1919*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, 3, p. 40 ss; G. Centamore, *Il diritto al difensore nei procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo nella direttiva 2013/48/UE: osservazioni generali e aspetti problematici*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 gennaio 2016.

³³ Cfr., M. Bargis, *Il diritto alla “dual defence” nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo: dalla direttiva 2013/48/UE alla direttiva (UE) 2016/1919*, cit., p. 7.

³⁴ Senato della Repubblica, XVIII Leg., *Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 62, Analisi di impatto della regolamentazione (A.I.R.)*, cit., p. 13, dove l’interpretazione estensiva adottata dalle corti viene definita «*lungimirante*».

³⁵ A. Giarda - G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Tomo I, Milano, Ipsoa, 2017, p. 2899.

³⁶ L’art. 91, comma 1, lett. b), t.u. stabilisce infatti che l’ammissione al patrocinio è esclusa «*se il richiedente è assistito da più di un difensore; in ogni caso gli effetti dell’ammissione cessano a partire dal momento in cui la persona alla quale il beneficio è stato concesso nomina un secondo difensore di fiducia, eccettuati i casi di cui all’articolo 100*».

Per quanto invece concerne la seconda parte, inerente alle procedure in cui l'Italia è lo Stato di emissione del m.a.e., balza all'occhio la mancata trasposizione dell'inciso «*nella misura in cui il patrocinio a spese dello Stato sia necessario ad assicurare un accesso effettivo alla giustizia*», che chiude il comma 2 dell'art. 5 della direttiva.

Secondo un'opinione condivisibile³⁷, tale clausola va interpretata alla luce del considerando n. 21 della direttiva, il quale riferisce tale eventualità alla sola ipotesi in cui il difensore dello Stato di esecuzione non sia in grado di svolgere i propri compiti in modo efficiente, senza l'assistenza del suo omologo nello Stato di emissione.

La scelta di recepire tale clausola avrebbe dunque provocato uno svuotamento del contenuto del diritto in parola³⁸, frustrandone la funzione e l'essenza, poiché avrebbe demandato allo Stato il potere discrezionale sull'attuazione del diritto in parola.

Da questo punto di vista, l'attuazione non pedissequa della direttiva da parte dello Stato italiano si è tradotta in un innalzamento dello *standard* della tutela rispetto alla soglia minima richiesta dall'Europa.

Da ultimo, il residuo par. 3 dell'art. 5 della direttiva riserva agli Stati membri la possibilità di limitare l'accesso alla fruizione del beneficio previa valutazione delle risorse economiche a disposizione dell'interessato. Si tratta del c.d. *means test*, disciplinato all'art. 4 della direttiva, che ai fini della concessione del beneficio impone di considerare il reddito, il patrimonio e la situazione familiare dell'interessato, nonché il costo dell'assistenza di un difensore e il tenore di vita goduto in tale Stato membro. L'Italia ha optato per questa soluzione, sottoponendo anche i ricercati alle condizioni dettate dall'art. 75 t.u., al pari di quanto avviene per le altre figure già oggetto di disciplina.

Nel complesso, il legislatore sembra aver attuato in maniera soddisfacente l'art. 5 della direttiva, aggiungendo un importante tassello al mosaico di garanzie predisposto dalla l. n. 69 del 2005 e dal d.lgs. n. 184 del 2016. Gli effetti positivi del recepimento si possono apprezzare su un duplice piano, poiché, se da un lato risulta irrobustita la tutela "atomistica" del singolo, dall'altro risulta agevolato il reciproco riconoscimento dei provvedimenti giudiziari, basato sulla fiducia tra Stati membri.

Tuttavia, a onor del vero, va rilevato che, sul punto, lo sforzo richiesto al legislatore è stato minimo, poiché si trattava di recepire una prassi già pienamente consolidata e rodada da giurisprudenza pluridecennale.

Esula dal perimetro di tale intervento soltanto la procedura attiva di consegna relativa al c.d. m.a.e. esecutivo, istituito volto a consentire l'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privativa della libertà personale nei confronti del soggetto ricercato. Tale esclusione è dovuta ad una ragione di carattere strutturale, dal momento che la direttiva si applica soltanto alle ipotesi di m.a.e. processuale, emesso per agevolare l'esercizio dell'azione penale³⁹.

L'ABROGAZIONE PARZIALE DELLA PRECLUSIONE DI CUI ALL'ART. 91, COMMA 1, LETT. A), T.U.

Il secondo profilo ritenuto meritevole di un intervento specifico è stato individuato nell'art. 91 t.u., che disciplina i casi di esclusione in radice dalla possibilità di fruire del beneficio. In particolare, il comma 1, lett. a) della disposizione, nella sua formulazione precedente alla novella in esame, conteneva una preclusione di carattere assoluto, volta a impedire l'accesso al patrocinio a spese dello Stato all'indagato, all'imputato e al condannato per «*reati commessi in violazione delle norme per la repressione dell'evasione in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto*».

Invero, tale divieto era già stato previsto dall'art. 1, comma 9, l. n. 217 del 1990, ma all'epoca esso era

³⁷ Cfr. E. Grisonich, *L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE: un timido intervento in materia di patrocinio a spese dello Stato*, in *Dir. pen. cont.-Riv. Trim.*, 2019, 5, p. 219.

³⁸ Così C. Peloso, *L'approvazione della direttiva 1919/2016 sul patrocinio a spese dello Stato*, cit., p. 12.

³⁹ E. Grisonich, *L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 220, secondo cui il fondamento della limitazione del campo di applicazione della direttiva in parola va ravvisato «*in un generale atteggiamento di ostilità da parte degli Stati membri, i quali inizialmente avevano perfino rifiutato del tutto la garanzia dell'assistenza legale gratuita con riferimento al diritto di accesso al difensore nel Paese di emissione*». In virtù di una logica di compromesso, si è infine pervenuti all'attuale formulazione normativa, la quale inibisce l'accesso al beneficio in relazione alle ipotesi di m.a.e. esecutivo. Secondo l'autrice, a seguito di tale esclusione le garanzie dettate dalla direttiva 2016/1919/UE non risulterebbero allineate a quelle previste dalla direttiva 2013/48/UE, che non distingue tra m.a.e. processuale ed esecutivo.

stato dettato in relazione al solo imputato: nel passaggio al t.u. del 2002 la regola è divenuta ancor più ferrea e restrittiva, estendendosi anche all'indagato e al condannato, nell'intento di fare terra bruciata attorno alla figura dell'evasore fiscale, anche se supposto tale, a prescindere dallo *status*⁴⁰ procedimentale da esso rivestito.

La *ratio* sottesa a tale trattamento deterioro era fondata su un assunto non passibile di alcuna prova contraria, secondo cui i soggetti sopracitati avrebbero senz'altro potuto contare sulla disponibilità di risparmi occulti, derivanti dalla presunta evasione fiscale, tali da rendere la persona non meritevole di ricevere alcun supporto economico da parte dello Stato.

Sul punto, quasi a voler stemperare tale rigore, la Corte di cassazione ha precisato che la scelta del legislatore di istituire tale divieto è stata in realtà dettata dalla «impossibilità di verifica delle condizioni economiche dell'imputato»⁴¹, ravvisando la ragion d'essere della preclusione in un problema di carattere probatorio, anziché nella natura del reato contestato.

Tale disciplina prestava indubbiamente il fianco a numerosi rilievi critici, essendo affetta da delicati problemi di consonanza rispetto ad alcuni fondamentali principi sanciti dalla Carta costituzionale, segnatamente quelli previsti dagli artt. 3, 24 e 27, comma 3, Cost.

Innanzitutto, era del tutto palese la contrarietà dell'art. 91, comma 1, lett. a), t.u. al principio della presunzione di innocenza di cui all'art. 27, comma 3, Cost., laddove il soggetto indagato o imputato veniva escluso *tout court* dalla possibilità di fruire del beneficio, a prescindere da ogni valutazione in merito alla fondatezza delle accuse elevate a carico.

In secondo luogo, la disciplina collideva con il dettato dell'art. 3 Cost., dando luogo a disparità di trattamento di palmare evidenza.

Sotto un primo profilo, si è osservato che la menzionata disposizione ha carattere eccezionale e, in quanto tale, non è applicabile in via analogica al di fuori dei casi espressamente previsti⁴²: essa, pertanto, non opera in relazione a reati tributari diversi da quelli di evasione⁴³, né per altre fattispecie di rilevanza penale che permettono di ottenere risparmi fiscali di diverso tipo, come accade nell'ipotesi del contrabbando di tabacchi lavorati esteri di cui all'art. 291-bis t.u.l.d.⁴⁴

Verosimilmente, anche tali reati potrebbero assicurare una situazione patrimoniale inconciliabile con l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ma per essi non vige alcuna aprioristica esclusione.

La schizofrenia della scelta preclusiva si apprezzava anche sotto un altro punto di vista. Infatti, il legislatore, pur avendo vietando l'accesso al beneficio alle persone attinte dal procedimento penale, paradossalmente lo ammetteva per gli stessi soggetti nell'ambito di alcune controversie di natura fiscale e

⁴⁰ G. Leo, *La Corte costituzionale sul divieto di accesso al patrocinio a spese dello Stato per i reati tributari*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 aprile 2012.

⁴¹ Cass., sez. I, 17 marzo 2000, n. 2023, in *CED Cass.*, 2000. Tale consolidato orientamento della Corte di cassazione è stato altresì confermato da C. cost., ord. 19 aprile 2007, n. 136, con nota di V. Cardone, *Ancora sul gratuito patrocinio per i reati tributari*, in *Riv. dir. tributario*, 2007, 11, p. 110. Secondo l'ordinanza citata, «la norma impugnata, [l'art. 91, comma 1, lett. a) t.u.] nell'escludere il beneficio del patrocinio dello Stato limitatamente ad una particolare categoria di reati, presume, non irragionevolmente, l'impossibilità di verifica delle condizioni economiche dell'autore sulla sola base documentale».

⁴² Sul punto, si ricorda quanto statuito Cass., sez. I, 15 gennaio 2003, n. 5994, in *CED Cass.*, n. 223451, secondo cui è «illegittimo il provvedimento che revoca l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, già disposta a favore di imputato di reato fiscale diverso da quelli di evasione delle imposte sui redditi o di quella sul valore aggiunto in relazione ai quali la norma di cui all'art. 1, comma 9, legge n. 217/1990 non consente il riconoscimento del beneficio, in quanto tale disposizione, dettando deroghe al principio generale di concessione del patrocinio ai non abbienti, ha carattere eccezionale e, come tale, non è estensibile per analogia al di fuori dei casi tassativamente previsti». Nel caso di specie, il titolo di reato per cui si procedeva era l'art. 23-bis r.d.l. 28 febbraio 1939, n. 334, recante *Istituzione di un'imposta di fabbricazione sugli oli minerali e sui prodotti della loro lavorazione in sostituzione della preesistente tassa di vendita*, in 28 febbraio 1939, n. 49: la disposizione citata reprime la condotta di evasione delle accise e non dell'imposta sui redditi o sul valore aggiunto.

⁴³ Il riferimento è alle fattispecie di reato p. e p. dal d.lgs. 26 ottobre 1995, n. 504, recante *Testo unico delle disposizioni legislative concernenti le imposte sulla produzione e sui consumi e relative sanzioni penali e amministrative*, Gazz. Uff., 29 novembre 1995, n. 279, altresì conosciuto come "T.U. accise".

⁴⁴ D.p.r. 23 gennaio 1973, n. 43, recante *Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale*, in Gazz. Uff., 28 marzo 1973, n. 80. Sul punto, si precisa che non vi è alcuna limitazione all'accesso al beneficio in questione per i soggetti indagati o imputati per i titoli di reato per cui vige la presunzione dettata dall'art. 76, comma 4-bis, t.u., di cui si tratterà nel prosieguo. Nonostante la natura lucrativa che caratterizza anche tali fattispecie, per le quali vige il medesimo problema di accertamento dei redditi riscontrato in relazione all'art. 91, comma 1, lett. a), il legislatore ha scelto di non sottoporle al medesimo regime restrittivo dettato per i reati in materia di evasione di imposte sui redditi e sul valore aggiunto.

tributaria, come ad esempio accade per i ricorsi alle Commissioni Tributarie avverso i provvedimenti di accertamento fiscale.

Inoltre, la prassi ha messo in luce un'ulteriore incongruenza di fondo, che di fatto permetteva di aggirare il divieto in parola. Infatti, il difensore d'ufficio, eventualmente nominato per assistere l'evasore fiscale non abbiente, poteva comunque ottenere dallo Stato il pagamento della propria prestazione utilizzando l'art. 116 t.u., ferma restando la prova di aver esperito inutilmente tutte le procedure per il recupero dei crediti professionali. Ecco allora che «*la presa di posizione dello Stato, apparentemente attento a non elargire denaro pubblico a chi è accusato di condotte lesive degli interessi patrimoniali dello Stato, si risolve in una 'grida manzoniana' perché, alla resa dei conti, comunque è lo Stato a pagare la difesa del non abbiente quale che sia l'imputazione di cui è chiamato a rispondere. Certamente, in tale ultimo caso, lo Stato ha diritto di ripetere le somme anticipate (art. 116, comma 2, del DPR n. 115/2002) ma, se veramente l'imputato è un non abbiente, tale diritto rimane assolutamente non esercitabile proficuamente*»⁴⁵.

Numerosi sono stati i tentativi di sottoporre al sindacato di costituzionalità la disposizione in parola, ma le questioni sollevate sono sempre state ritenute manifestamente inammissibili⁴⁶. Non è mancato chi ha osservato come la Corte abbia deliberatamente evitato di addentrarsi nello scrutinio del merito, schivando il problema e trincerandosi dietro «*sottili paraventi*»⁴⁷ e «*bizantine analisi*», contribuendo al mantenimento della linea dura in materia di evasione fiscale.

Nonostante tutte queste criticità, è stato necessario l'impulso dell'Europa per spingere il legislatore a mettere mano alla disciplina.

Come si evince dalla Relazione illustrativa⁴⁸, la disposizione *de qua* è stata ritenuta «*non in linea*» con gli *standard* europei, atteso che il tenore letterale della direttiva, nello specifico l'art. 4, non sembra autorizzare la previsione di alcun trattamento differenziato in base alla natura del reato perseguito. Tale assunto si armonizza altresì con il dettato dell'art. 24 Cost., che prevede come unica condizione di accesso al beneficio la qualità di «*non abbiente*».

Sulla base di questi rilievi, si è dunque provveduto ad eliminare parzialmente la preclusione mediante alcuni interventi localizzati, espungendo dal testo i termini «*indagato*» e «*imputato*» e aggiungendo la locuzione «*con sentenza definitiva*» al termine «*condannato*». Quest'ultima precisazione si rivela di grande utilità, poiché, fugando ogni dubbio interpretativo sul punto, permette di estendere l'applicabilità dell'istituto anche al soggetto che, condannato in primo grado, intenda coltivare un'impugnazione, garantendo dunque una tutela effettiva e completa fino al provvedimento irrevocabile.

In definitiva, dunque, la preclusione è rimasta in piedi per il solo condannato con sentenza definitiva passata in giudicato.

Invero, era stata presa in considerazione⁴⁹ anche l'ipotesi di espungere definitivamente dall'ordinamento l'intera lett. a) in esame, ma tale scelta è stata scartata per tre diverse ragioni, più o meno condivisibili.

La prima, di natura formale, è legata all'ambito di applicazione della direttiva, la quale non riguarda le persone condannate, ma soltanto gli indagati, gli imputati ed i ricercati; la seconda si rifà all'asserita impossibilità di accertare validamente le condizioni patrimoniali del condannato per reati fiscali ai fini dell'ammissione al beneficio; la terza, invece, risulta basata su una «*valutazione di impatto sociale*»⁵⁰, dalla

⁴⁵ V. Cardone, *Ancora sul gratuito patrocinio per i reati tributari*, cit., p. 111.

⁴⁶ Analoghe questioni di legittimità costituzionale erano state dichiarate inammissibili da C. cost., ord. 15 luglio 2015, n. 162, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1316; C. cost., ord. 18 aprile 2012, n. 95, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1340; C. cost., ord. 19 aprile 2007, n. 136, in *Giur. cost.*, 2007, p. 1246; C. cost., ord. 29 dicembre 2005, n. 482, in *Giur. cost.*, 2005, p. 5104; C. cost., ord. 1° luglio 2005, n. 251, in *Giur. cost.*, 2005, p. 2351; C. cost., ord. 12 marzo 2004, n. 94, in *Corriere trib.*, 2004, p. 2133 (con nota di P. Corso, *La non applicabilità del patrocinio a spese dello Stato ai procedimenti penali tributari*).

⁴⁷ G. Falsitta, *Note minime sul "doppio" termine di accertamento e sulla equiparazione tra indagato e condannato per reati tributari*, nota a C. cost., sent. 25 luglio 2011, n. 247, in *Riv. dir. tributario*, 2012, 4, p. 266.

⁴⁸ Senato della Repubblica, XVIII Leg., *Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 62, Relazione illustrativa*, p. 6.

⁴⁹ Senato della Repubblica, XVIII Leg., *Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 62, Analisi di impatto della regolamentazione (A.I.R.)*, cit., p. 21.

⁵⁰ Senato della Repubblica, XVIII Leg., *Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 62, Analisi di impatto della regolamentazione (A.I.R.)*, cit., p. 22, secondo cui «*considerato altresì che il numero dei procedimenti concernenti reati tributari definiti con condanna, nel triennio 2015-2017, secondo i dati forniti dalla Direzione Generale di Statistica ed Analisi organizzativa del Ministero della giustizia, si attesta a 4430, e che il dato di coloro che potrebbero fruire del beneficio si aggira intorno al 2% (per un numero potenziale di soggetti*

quale è emerso che non è opportuno apportare tale modifica, esorbitando dall'ambito di applicazione della direttiva, a fronte di un limitato numero di beneficiari, stimati in 80 unità.

Si precisa sin d'ora che quest'ultima motivazione appare quantomeno pretestuosa, atteso che la modifica intervenuta sull'art. 76 t.u., che a breve si illustrerà, è stata apportata proprio in relazione ai condannati per reati fiscali, senza sollevare alcun problema circa il campo di applicazione della direttiva.

Da ultimo, si ricorda che quanto residua della lett. a) va necessariamente guardato attraverso la lente dell'ordinanza n. 94 del 2004⁵¹ della Corte costituzionale, che fornisce un'importante chiave di lettura della disposizione.

Secondo tale pronuncia, l'accesso al beneficio viene inibito solo laddove vengano in rilievo reati fiscali in procedimenti successivi al giudicato di condanna, come accade nel caso del procedimento di esecuzione o dinanzi al magistrato di sorveglianza. In questi casi, la preclusione opera in maniera oggettiva, a differenza di quanto si dirà nel prosieguo in relazione all'art. 76 t.u.

In conclusione, al di là dell'abrogazione solo parziale dell'art. 91, comma 2, lett. a), t.u., fondamentalmente riconducibile ad una scelta di politica criminale, la soluzione adottata dalla novella appare apprezzabile, poiché ha permesso di sciogliere alcuni nodi interni al sistema.

In primis, ha consentito di superare l'*impasse* che si verificava per i procedimenti penali con oggetto "misto", comprendenti sia reati ostativi sia reati non ostativi, ma connessi a questi ultimi. Sul punto, la giurisprudenza era pervenuta infatti a due soluzioni contrapposte⁵², senza la netta prevalenza dell'una sull'altra.

Inoltre, ha dissipato i dubbi di legittimità costituzionale gravanti sull'art. 91 t.u. in relazione agli artt. 3, 24 e 27, comma 3, Cost., restituendo intrinseca ragionevolezza ad una disciplina che aveva il sapore di una ingiustificata "caccia alle streghe".

L'AGGIUNTA DEL CONTRAPPESO: LA MODIFICA DI CUI ALL'ART. 76, COMMA 4-BIS, T.U.

Il terzo intervento di modifica ha interessato l'art. 76, comma 4-bis, t.u., che era stato introdotto dall'art. 12-ter l. 24 luglio 2008, n. 125⁵³, al fine di rendere più incisiva la lotta alla criminalità organizzata mediante l'adozione del c.d. "pacchetto sicurezza". Nello specifico, nella sua formulazione originaria, tale disposizione dettava una presunzione *iuris et de iure* in base alla quale, ai soli fini del t.u., il reddito valutabile ai fini dell'ammissione al beneficio si doveva ritenere superiore ai limiti fissati dallo stesso art. 76 t.u., per i soggetti già condannati con sentenza definitiva per i titoli di reato ivi tassativamente elencati⁵⁴, accomunati dal carattere marcatamente lucrativo⁵⁵ e dalla struttura di tipo associativo.

ammessi di circa 80 persone) s'è ritenuto di scartare tale ipotesi che avrebbe un effetto molto limitato anche rispetto agli obiettivi, perseguiti dalla direttiva, del rafforzamento della fiducia reciproca e del funzionamento del sistema di riconoscimento reciproco. L'opzione scelta invece è quella più efficace in termini di realizzazione degli obiettivi fissati dalla direttiva e quella che presenta impatti sociali positivi».

⁵¹ Secondo C. cost., ord. 12 marzo 2004, n. 94, cit., l'art. 91 «deve essere interpretato nel senso che l'esclusione opera solo in relazione a procedimenti direttamente concernenti la commissione di uno dei reati specificamente indicati e non con riferimento alla condizione soggettiva di chi, indagato, imputato o condannato in altri procedimenti per uno di tali reati, assuma la qualità di indagato, imputato o condannato per reati diversi».

⁵² In base ad un primo orientamento della giurisprudenza della Corte di cassazione, l'esclusione dal patrocinio operava anche con riferimento ad i reati di per sé non ostativi all'ammissione al beneficio, atteso che non vi era alcuna previsione espressa che consentisse di separare il procedimento per motivi attinenti al patrocinio (così Cass., sez. IV, giugno 2004, n. 26976, in *CED Cass.*, n. 229659, relativa ad una fattispecie di concorso in contrabbando di tabacchi lavorati esteri ed evasione i.v.a.; in senso conforme, v. anche Cass., sez. III, 10 maggio 2000, n. 724, in *CED Cass.*, n. 216340). In senso contrario, un secondo orientamento considerava legittima l'ammissione al patrocinio per il reato diverso da quello ostativo, ritenendo del tutto ininfluenza la connessione tra titoli di reato ai fini della concessione del beneficio in parola (così Cass., sez. I, 14 aprile 2000, n. 2023, in *CED Cass.*, n. 216340, in senso conforme, Cass., sez. IV, 13 luglio 2017, n. 48972, in *CED Cass.*, n. 271516).

⁵³ Ci si riferisce alla l. 24 luglio 2008, n. 125, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica* (*Gazz. Uff.*, 25 luglio 2008, n. 173), la quale ha convertito, con modificazioni, il d.l. 23 maggio 2008, n. 92, recante *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, in *Gazz. Uff.*, 25 luglio 2008, n. 173.

⁵⁴ L'art. 76, comma 4-bis, t.u. statuisce che, ai soli fini del presente decreto, il reddito si ritiene superiore ai limiti previsti «per i soggetti già condannati con sentenza definitiva per i reati di cui agli articoli 416-bis del codice penale, 291-quater del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, art. 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80 e 74, comma 1, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonché per i reati commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo» ol-

La *ratio* insita in tale scelta legislativa andava dunque ravvisata nella precisa volontà di escludere dal beneficio i soggetti condannati per i reati in questione, considerata «l'estrema difficoltà di accertare in modo oggettivo il reddito proveniente dalle attività delittuose della criminalità organizzata, a causa delle maggiori possibilità, per i partecipi delle relative associazioni, di avvalersi di coperture soggettive e di strumenti di occultamento delle somme di denaro e dei beni accumulati»⁵⁶, nonché del sostegno economico sovente fornito agli affiliati da parte dell'associazione criminale di appartenenza⁵⁷.

La medesima logica di fondo ha indotto il legislatore della novella ad ampliare⁵⁸ il catalogo delle fattispecie interessate dall'esclusione dal beneficio, aggiungendovi anche i soggetti condannati per i reati commessi «in violazione delle norme per la repressione dell'evasione in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto», ossia la stessa categoria di persone contemplata dall'art. 91, comma 1, lett. a), t.u., cui si è già fatto riferimento in precedenza.

Tale intervento ha destato non poche perplessità, atteso che esso si colloca in un contesto già di per sé controverso⁵⁹.

In primo luogo, come già anticipato, la novella ha travalicato l'ambito di applicazione di cui all'art. 1 della direttiva che, lo si ribadisce, riguarda soltanto gli indagati, gli imputati e i ricercati, non i soggetti già giudicati in via definitiva. L'art. 1 della direttiva viene dunque invocato a intermittenza dal legislatore, a seconda della convenienza politica: se esso ha spiegato efficacia ostativa all'abrogazione integrale dell'art. 91, comma 1, lett. a), t.u., lo stesso non si può dire per la modifica all'art. 76 t.u., la quale è stata paradossalmente definita «conforme alle previsioni eurounitarie»⁶⁰.

Tale intervento si può a buon diritto considerare un effetto riflesso⁶¹ della riforma, volto a ripristinare l'equilibrio interno, in senso repressivo, della disciplina della lotta all'evasione.

Infatti, se, da un lato, l'art. 2 d.lgs. n. 24 del 2019 ha abbattuto la preclusione che impediva l'accesso al beneficio da parte dell'indagato e dell'imputato ex art. 91 t.u., determinando un regime più favorevole, dall'altro, l'art. 3 del decreto stesso ha inasprito il trattamento per il condannato in via definitiva per i reati in parola: alla clemenza riservata ai primi, fa dunque da contraltare la maggior severità riservata alla seconda categoria.

tre che per i condannati per «reati commessi in violazione delle norme per la repressione dell'evasione in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto».

⁵⁵ Si precisa, tuttavia, che alcune delle circostanze aggravanti previste dall'art. 80, comma 1, d.p.r. n. 309 del 1990 in relazione alle condotte p. e. p. dall'art. 73 del medesimo provvedimento nulla abbiano a che vedere con una presunta maggiore redditività del traffico. Ci si riferisce alla consegna o alla destinazione della sostanza stupefacente a persona minorenni, l'induzione a commettere il reato, o a cooperare nella commissione del medesimo, di persona dedita all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope, nonché all'offerta o alla cessione finalizzata a ottenere prestazioni sessuali di persona tossicodipendente. Sul punto, v. R. Bricchetti - L. Pistorelli, *Gratuito patrocinio ad accesso ristretto*, in *Guida dir.*, 2008, 32, p. 113.

⁵⁶ P. Sechi, *Condannati presunti abienti e patrocinio a spese dello Stato*, commento a C. cost., sent. 16 aprile 2010, n. 139, in *Giur. cost.*, 2010, 2, p. 1655B.

⁵⁷ Sul punto, v. *Relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare*, approvata il 18 gennaio 2006, tomo I, 24, in <http://www.parlamento.it>.

⁵⁸ L'art. 3 d.lgs. n. 24 del 2019 ha modificato l'art. 76 d.p.r. 115 del 2002, aggiungendo al comma 4-bis, dopo le parole «stesso articolo», le seguenti parole: «e per i reati commessi in violazione delle norme per la repressione dell'evasione in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto».

⁵⁹ La natura della presunzione in esame è stata per lungo tempo controversa, stante la genericità della previsione aggiunta dalla novella del 2008. Parte della dottrina, nell'intento di dissipare i dubbi circa la conformità a Costituzione di tale fattispecie, ha optato per qualificazione della stessa come presunzione *iuris tantum*, implicante una mera deroga al criterio generale in tema di autocertificazioni, fissato dall'art. 43, comma 1, d.p.r. n. 445 del 2000 (così N. Russo, *Modifiche alle disposizioni sul gratuito patrocinio*, in A. Scalfati (a cura di), *Il decreto sicurezza*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 298-299). Secondo tale interpretazione, la previsione non sembrava dettare una rigida e inderogabile esclusione a priori dell'accesso al beneficio, quanto una regola di giudizio, rivolta al giudice, di valutazione dei requisiti reddituali ai fini della concessione del patrocinio (v. Senato della Repubblica, XVIII Leg., *Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 62, Relazione illustrativa*, cit., p. 9). L'intervento della Corte costituzionale ha in definitiva fugato ogni dubbio in proposito, riconoscendo la natura assoluta della presunzione in parola (per un approfondimento, v. P. Sechi, *Condannati presunti abienti e patrocinio a spese dello Stato*, cit., p. 1656).

⁶⁰ Senato della Repubblica, XVIII Leg., *Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 62, Relazione illustrativa*, cit., p. 10, laddove l'intervento additivo è stato valutato «conforme alle previsioni eurounitarie sul punto e, dall'altro, compatibile con la Costituzione e con la giurisprudenza costituzionale a riguardo», poiché concernente reati «che ben possono presumersi, di regola, lucrativi se non altro sotto il profilo del risparmio di esborsi che comportano per il reo» e applicabile solo «in presenza di condanne già passate in cosa giudicata».

⁶¹ Così E. Grisonich, *L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 224.

Sul punto, giova inoltre precisare che, a differenza di quanto avviene per l'art. 91 t.u., l'esclusione di cui all'art. 76 t.u. spiega i propri effetti in tutti i procedimenti futuri, a prescindere dalla loro natura e dalla posizione processuale rivestita dall'interessato: che si versi in ambito civile, amministrativo, tributario, contabile o penale, anche laddove il condannato sia persona offesa o danneggiato dal reato⁶², la preclusione in parola è in astratto idonea a colpire l'interessato, seppur con le precisazioni che a breve si faranno.

È del tutto evidente che una simile disposizione, stante la sua natura anelastica, non tiene minimamente in considerazione gli effetti del tempo, atteso che essa è destinata ad operare anche nei procedimenti che si collocano a grande distanza dal precedente ostativo, a prescindere dall'effettiva situazione reddituale attuale del soggetto.

L'inibizione all'accesso al patrocinio segue dunque il condannato in tutte le future vicende giudiziarie, quasi fosse una sorta di stigma, capace di minare e comprimere il diritto di difesa anche nei procedimenti futuri.

A stemperare il rigore della disciplina legislativa ha contribuito la pronuncia additiva n. 139 del 2010 della Corte costituzionale⁶³, la quale accoglie sotto il proprio ombrello di garanzia anche la disciplina sopravvenuta di cui al d.lgs. n. 24 del 2019.

Nello specifico, la sentenza in questione ha riconosciuto la natura assoluta della presunzione in esame e, ritenendola intrinsecamente irragionevole alla luce degli artt. 3 e 24 Cost., l'ha trasformata in relativa, censurandola nella parte in cui non ammetteva prova contraria.

In relazione ai reati ostativi, la Corte ha infatti rilevato che «*esiste una sensibile differenza tra la posizione ed il reddito dei capi delle associazioni criminali e la cosiddetta manovalanza del crimine, spesso compensata con somme di scarsa entità, che non consentono disponibilità economiche di consistenza tale da procurare ai percettori risorse adeguate a provvedere alla loro difesa in eventuali futuri processi*»: l'equiparazione tra soggetti in posizioni apicali e semplici gregari è dunque motivo di palese irragionevolezza della disciplina censurata.

Lo stesso si può affermare anche in relazione alla fattispecie aggiunta dalla novella, atteso che anche il fenomeno dell'evasione fiscale è estremamente variegato al suo interno: infatti, nel novero dei condannati può rientrare anche chi, venutosi a trovare nella drammatica alternativa tra pagare lo stipendio ai propri dipendenti e l'adempimento del debito tributario, ha privilegiato la prima opzione, commettendo la c.d. "evasione di sopravvivenza"⁶⁴.

A seguito della pronuncia della Corte, il soggetto condannato, anche per i nuovi reati aggiunti dalla novella, ha dunque guadagnato la possibilità di fornire prova positiva circa la propria situazione di indigenza, allegando «*concreti elementi di fatto, dai quali possa desumersi in modo chiaro e univoco*»⁶⁵ la sua effettiva situazione economica e patrimoniale.

Tale inversione dell'onere probatorio circa l'entità dei redditi se, per un verso, ha rappresentato un notevole passo avanti, dall'altro, si è rivelata un'arma a doppio taglio, attesa la grande difficoltà pratica di fornire la prova di una situazione, quale l'indigenza, contraddistinta per sua stessa definizione dalla "mancanza" di ricchezza.

Secondo costante giurisprudenza, infatti, l'onere di dimostrazione gravante sull'interessato non può venire soddisfatto dalla semplice allegazione di un'autocertificazione, ma richiede elementi ben più corposi, al punto che, in molti casi, nemmeno la prova del periodo di detenzione in carcere né quella dell'assenza di beni mobili e immobili intestati all'interessato⁶⁶ sono state ritenute soddisfacenti.

⁶² Occorre tuttavia precisare che l'art. 76, comma 4-ter, t.u. dispone che «*la persona offesa dai reati di cui agli artt. 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale può essere ammessa al patrocinio anche in deroga ai limiti di reddito*» previsti dal t.u. Inoltre, ai sensi dell'art. 10 l. 3 agosto 2004, n. 206, recante *Nuove norme in favore delle vittime del terrorismo e delle stragi di tale matrice*, in Gazz. Uff., 11 agosto 2004, n. 187, il patrocinio delle vittime di atti di terrorismo e delle stragi di tale matrice o dei superstiti è a totale carico dello Stato nei procedimenti penali, civili, amministrativi e contabili.

⁶³ C. cost., sent. 16 aprile 2010, n. 139, cit. V. inoltre L. Dipaola, *Con l'ammissibilità della prova contraria cade la preclusione al patrocinio a spese dello Stato per i condannati per determinati reati riferibili a contesti di criminalità organizzata*, nota a C. cost., 16 aprile 2010, n. 139, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3373B.

⁶⁴ D. Pignoloni, *Sull'ipotizzata efficacia scriminante della crisi di liquidità nella dinamica del reato di omesso versamento IVA*, nota a Cass., sez. III, 1° febbraio 2017, n. 15235, in *www.iltributario.it*, 12 luglio 2017.

⁶⁵ C. cost., sent. 16 aprile 2010, n. 139, cit.

⁶⁶ Cass., sez. IV, 21 ottobre 2010, n. 5041, in *CED Cass.*, n. 249563, nota di L. Dipaola; in senso conforme, Cass., sez. IV, 13 luglio 2017, n. 48972, in *CED Cass.*, n. 271516. V. inoltre L. Dipaola, *Con l'ammissibilità della prova contraria cade la preclusione al patrocinio a spese dello Stato per i condannati per determinati reati riferibili a contesti di criminalità organizzata*, cit., p. 3375.

Indubbiamente, rimane impregiudicata la possibilità per il giudice procedente di avvalersi degli strumenti di verifica di cui all'art. 96 t.u., ma l'esercizio di tale potere si configura come una mera facoltà, non certo come un obbligo, in capo a quest'ultimo.

In conclusione, valutando nel complesso l'impatto della riforma sull'art. 76, comma 4-bis, t.u., non si comprende per quale motivo il legislatore non abbia colto l'opportunità per riscrivere la regola in questione, mettendo nero su bianco una volta per tutte il correttivo elaborato dalla Corte costituzionale⁶⁷, al pari di quanto fatto in relazione al m.a.e. e alla prassi delle Corti d'Appello.

Nel caso di specie, si è dato spazio unicamente alla volontà di non concedere troppi margini al condannato per evasione, mentre ci si è accontentati del "rattoppo" operato dalla giurisprudenza sul tessuto normativo: per quanto autorevole e necessario, esso rimane pur sempre una soluzione di fortuna, sintomatica del ruolo di supplenza della Corte dinanzi alla pigrizia del legislatore.

Da ultimo, allargando la prospettiva visuale, si considerino i casi in cui lo strumento della presunzione viene usato in maniera speculare, ossia per garantire l'accesso al beneficio alle persone offese da alcune tipologie di reati⁶⁸ a prescindere dal limite di reddito. Senza entrare nel merito di tale tematica, che esula dall'oggetto del presente contributo, ci si limita ad osservare che l'istituto del patrocinio viene sempre più spesso piegato a finalità che gli sono estranee e che vanno ben oltre la mera funzione di sopperire alla mancanza di risorse economiche dell'interessato. Esso, infatti, appare sempre più simile ad una leva, da azionare ora per stigmatizzare un determinato tipo di autore, ora per alleviare la sofferenza delle vittime di specifici reati, «come se il termometro della "non abbenza" fosse dato dal reato commesso o subito e non dalle reali condizioni in cui versa il richiedente l'ammissione»⁶⁹. I rischi insiti in tale prassi sono evidenti, poiché la logica del premio/punizione snatura l'autentica funzione dell'istituto, portando alla creazione di vittime e imputati di serie A e di serie B.

LE DISPOSIZIONI FINANZIARIE

L'articolo che chiude il decreto in esame è dedicato alle disposizioni finanziarie, aspetto di importanza tutt'altro che marginale ai fini di una piena attuazione delle garanzie previste dalla direttiva.

La novella prevede che gli oneri derivanti dall'art. 2 del decreto, valutati in 2.400.000 euro annui a decorrere dall'anno 2019, debbano gravare sul Fondo per il recepimento della normativa europea previsto dall'art. 41-bis l. 24 dicembre 2012, n. 228⁷⁰ (c.d. "legge di stabilità per il 2013") come richiamato dall'art. 1, comma 3, l. 25 ottobre 2017, n. 163⁷¹.

Invece, per quanto concerne le residue disposizioni, riguardanti essenzialmente il m.a.e., si è stabilito che da esse non possano derivare «nuovi o maggiori oneri» a carico della finanza pubblica, e che le risorse umane, finanziarie e strumentali necessarie vadano attinte da quelle disponibili.

Pertanto, a fronte di un ampliamento della platea dei possibili destinatari del beneficio, si è deciso di prevedere una copertura specifica soltanto in favore degli indagati e degli imputati per i reati fiscali e non per i ricercati attinti dal m.a.e.

Il motivo di tale scelta è stato illustrato dalla Relazione tecnica⁷² a corredo del decreto, secondo cui la

⁶⁷ Tale interpretazione è stata ribadita anche nella successiva pronuncia C. cost., ord. 21 giugno 2012, n. 155, n. massima 36415, in www.cortecostituzionale.it.

⁶⁸ Il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito in l. 23 aprile 2009, n. 38, recante: *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, entrambi pubblicati in *Gazz. Uff.*, 24 aprile 2009, n. 95, ha aggiunto all'art. 76 t.u. il comma 4-ter, secondo cui «la persona offesa dai reati di cui agli articoli 572, 583-bis, 609-bis, 609-quater, 609-octies e 612-bis, nonché, ove commessi in danno di minori, dai reati di cui agli articoli 600, 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 601, 602, 609-quinquies e 609-undecies del codice penale, può essere ammessa al patrocinio anche in deroga ai limiti di reddito previsti dal presente decreto».

⁶⁹ L. Dipaola, *Con l'ammissibilità della prova contraria cade la preclusione al patrocinio a spese dello Stato per i condannati per determinati reati riferibili a contesti di criminalità organizzata*, cit., p. 3375.

⁷⁰ L. 24 dicembre 2012, n. 228, recante *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (c.d. "Legge di stabilità 2013"), in *Gazz. Uff.*, 29 dicembre 2012, n. 302.

⁷¹ L. 25 ottobre 2017, n. 163, recante *Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2016-2017*, in *Gazz. Uff.*, 6 novembre 2017, n. 259.

⁷² Senato della Repubblica, XVIII Leg., *Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 62, Relazione illustrativa*, p. 10, che fa espresso rinvio a Senato della Repubblica, XVIII legislatura, *Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 62, Analisi di impatto della regolamentazione (A.I.R.)*, cit., p. 23.

disposizione sul m.a.e. «*interviene solo per formalizzare un obbligo di adeguamento alla normativa europea, ma che di per sé è già correntemente applicata*» e che la stessa «*non è suscettibile di determinare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, fatta eccezione per quelli, in definitiva contenuti, indicati nella distinta Relazione tecnica di accompagnamento al presente provvedimento*».

In materia di competenza, si ricorda che l'onere di garantire adeguate coperture economiche per l'implementazione del servizio deve gravare interamente ed in via esclusiva sullo Stato, non potendo configurarsi in materia alcuna potestà concorrente delle Regioni⁷³.

Tale breve panoramica esaurisce le considerazioni sui risvolti economico-finanziari della novella, la quale nulla dispone in relazione ad altri profili. Balza all'occhio la mancata previsione di risorse *ad hoc* da dedicare alla formazione dei professionisti e del personale coinvolto nella procedura: nonostante la cronica carenza di mezzi, destinare anche una piccola parte di fondi a tale scopo non soltanto consentirebbe di aumentare la qualità globale del servizio reso al cittadino, ma potrebbe anche contribuire alla riduzione del numero di errori e di incertezze applicative, che spesso rappresentano dei costi occulti a carico dell'intera collettività.

OSSERVAZIONI IN MERITO ALLA TRASPOSIZIONE

Dopo aver cercato di dare conto delle modifiche apportate dalle singole disposizioni attuative, si possono trarre alcune conclusioni.

Un rapido confronto con il testo della direttiva è sufficiente per constatare che tante suggestioni sono rimaste inascoltate e che il legislatore, nella sua attuazione frettolosa, ha glissato su profili che meritavano maggiore considerazione, forse spinto dalla sciatteria, forse per scelta consapevole e deliberata.

L'effettività, da principio cardine cui improntare l'azione di adeguamento, in sede di trasposizione sembra essere stata annacquata dalla presenza concorrente di altri fattori, legati alle esigenze di bilancio, alla politica criminale e ad un certo disinteresse verso l'approfondimento delle questioni.

Indubbiamente, il nodo problematico più consistente è rappresentato dal fattore "tempo", che in più occasioni, seppur a diverso titolo, si è rivelato causa di attrito con l'Europa⁷⁴.

Nel complesso, il meccanismo del patrocinio a spese dello Stato presenta rilevanti aspetti di inefficienza, dovuti alle tempistiche dilatate e poco definite della procedura, che si pongono in netto contrasto con il dettato degli artt. 4, par. 5, e 6, par. 1, della direttiva. In particolar modo, i punti critici sono due: il tempo sprecato "a monte", nell'attesa della valutazione della domanda di ammissione, e le lungaggini che si verificano "a valle", causate dal cronico ritardo nella liquidazione degli onorari ai difensori.

Per quanto concerne il primo punto, l'art. 4, par. 5, della direttiva richiede alle autorità competenti di assicurare che «*il patrocinio a spese dello Stato sia concesso senza indebito ritardo e, al più tardi, prima che sia svolto l'interrogatorio dell'interessato da parte della polizia, di un'altra autorità di contrasto o di un'autorità giudiziaria, oppure prima che siano svolti gli atti investigativi o altri atti di raccolta delle prove di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettera c)*».

La verifica delle condizioni di accesso al beneficio, nonché l'eventuale ammissione, dovrebbero dunque collocarsi prima di tali incumbenti, onde consentire all'interessato e al proprio difensore di affrontare con serenità gli accertamenti svolti dal p.m. e dalla polizia.

Sul piano pratico, ciò non è sempre possibile, poiché gli apparati preposti a tali adempimenti sono spesso gravati da numerose richieste e dall'obbligo di svolgere in concomitanza anche altri compiti istituzionali.

⁷³ A Moramarco, *Legittima difesa, illecito il patrocinio a spese della Regione*, commento a C. cost., sent. 13 aprile 2017, n. 81, in *Guida dir.*, 2017, 19, p. 39.

⁷⁴ Con riferimento al mese di marzo 2013, a carico dello Stato italiano risultavano pendenti 97 procedure di infrazione dovute al mancato recepimento tempestivo delle direttive europee, ridotte a 59 in data 9 luglio 2018. Tra i settori più interessati, vi sono l'ambiente, i trasporti, la fiscalità, le dogane, la concorrenza e gli aiuti di Stato. Per un approfondimento in materia, v. Camera dei deputati, Servizio studi, XVIII Leg., *La legge annuale europea e di delegazione europea*, 9 luglio 2018, reperibile all'indirizzo <http://www.camera.it/temi/documentazione/temi/pdf/1116030.pdf>.

Tale situazione, si ricorda, è stata ulteriormente appesantita nel 2008 dal c.d. “pacchetto sicurezza”, già citato in precedenza, che ha inciso profondamente sull’art. 96 t.u.

In primo luogo, da tale disposizione è stata espunta la regola della decisione immediata dell’autorità giudiziaria sull’istanza di ammissione, che, secondo consolidata giurisprudenza⁷⁵, doveva intervenire entro il termine dell’udienza. Venuto meno tale argine temporale, nella prassi si è affermata la tendenza a posticipare tale decisione, che di fatto può intervenire anche a distanza di molto tempo dalla presentazione dell’istanza.

Inevitabilmente, il ritardo dà adito a situazioni di instabilità e di incertezza, che si riverberano negativamente sulla complessiva funzionalità del sistema e sulle *chances* di difesa dell’interessato. Infatti, in caso di decisione negativa sull’istanza, l’interessato si trova a dover far fronte a tutte le spese maturate *medio tempore*: è pur vero che, difettando dei requisiti di accesso, egli avrebbe comunque dovuto corrispondere sin dall’inizio, ma la conoscenza tempestiva del diniego avrebbe verosimilmente consentito di concordare una diversa strategia difensiva.

In secondo luogo, è stata eliminata la previsione della nullità assoluta ai sensi dell’art. 179, comma 2, c.p.p., che colpiva gli atti del procedimento principale compiuti dopo l’inutile scadenza del termine di dieci giorni dalla presentazione dell’istanza di ammissione, entro il quale il giudice doveva provvedere.

Tale termine è dunque divenuto “ordinatorio”, poiché non vi è più alcuna sanzione processuale a presidiarlo: l’eventuale inosservanza si configura come una mera irregolarità del tutto priva di effetto deterrente, non adatta a fronteggiare il lassismo della prassi.

In tema di sanzioni e responsabilità per l’andamento disfunzionale del sistema, pare residuare soltanto l’art. 172 t.u., il quale, però, tutela l’interesse dello Stato. Secondo tale disposizione, «*i magistrati e i funzionari amministrativi sono responsabili delle liquidazioni e dei pagamenti da loro ordinati e sono tenuti al risarcimento del danno subito dall’erario a causa degli errori e delle irregolarità delle loro disposizioni, secondo la disciplina generale in tema di responsabilità amministrativa*». La cattiva applicazione delle regole in materia di patrocinio è stata espressamente presa in considerazione dal legislatore soltanto laddove idonea a provocare un danno erariale: nonostante la formulazione perentoria, si tratta invero di una responsabilità dai contorni alquanto rarefatti, di cui non si conoscono ancora applicazioni note⁷⁶.

Da ultimo, l’indolenza di cui è affetto il sistema si apprezza soprattutto in relazione al cronico ritardo con cui viene gestita la liquidazione degli onorari spettanti ai difensori, sulle spalle dei quali grava il costo effettivo delle garanzie⁷⁷.

In definitiva, per quanto riguarda il fattore “tempo”, sembra che il legislatore della novella abbia del tutto ignorato ciò che si definisce “l’elefante nella stanza”, evitando di occuparsi di un problema endemico, segnalato più e più volte dagli Ordini forensi e dalla dottrina.

La garanzia di una procedura certa, con scansioni temporali ben definite e prevedibili, è un aspetto fondamentale dell’effettività richiesta dalla direttiva, che meritava indubbiamente maggiore considerazione.

IL PROBLEMA DELL’“EFFECTIVE REMEDY”

Un altro ambito in cui si è riscontrata una scarsa attenzione all’effettività, richiesta espressamente

⁷⁵ *Ex multis*, v. Cass., sez. I, 12 aprile 2005, n. 14687, in *CED Cass.*, n. 231339.

⁷⁶ Così A. De Nicolo, *La giurisprudenza di legittimità sul D.P.R. 115/2002: problemi vecchi e nuovi*, cit., p. 1.

⁷⁷ Sul punto, si veda Consiglio Nazionale Forense, *Ipotesi di modifica del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115*, cit., p. 4, secondo cui «*il funzionamento del sistema è però seriamente inficiato anche dall’eccessiva lentezza del pagamento degli importi delle parcelle dovute dallo Stato a seguito dell’ammissione al patrocinio a spese dello stesso Stato. In media, le richieste di liquidazione da parte degli avvocati difensori depositate presso la cancelleria del giudice procedente per l’emanazione del decreto di pagamento hanno tempi di attesa che vanno da sei mesi a un anno, nella migliore delle ipotesi, e “di norma” anche superiori a due anni. Il successivo mandato di pagamento richiede altrettanto tempo, al quale si deve aggiungere l’effettivo trasferimento dei fondi dal Ministero della giustizia all’ufficio del funzionario delegato. Il corrispettivo, dunque, per le attività defensionali svolte è corrisposto non prima, in media, di due/tre anni dalla richiesta*». Sul tema, si v. inoltre la circolare emanata dal Ministero della Giustizia, per uniformare e snellire la procedura nei singoli uffici giudiziari, in Ministero della Giustizia, *Circolare 10 gennaio 2018, art. 83, comma 3-bis del d.P.R. n. 115 del 30 maggio 2002-Indicazioni operative*, reperibile all’indirizzo web [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.page?sessionId=sDSPQv8rXcMall3ukcOokdq4?facetNode_1=1_1\(2018\)&contentId=SDC90036&previousPage=mg_1_8](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.page?sessionId=sDSPQv8rXcMall3ukcOokdq4?facetNode_1=1_1(2018)&contentId=SDC90036&previousPage=mg_1_8).

dall'art. 8⁷⁸ della direttiva, è quello dei rimedi predisposti per i casi di infruttuoso esito della domanda, da individuarsi rispettivamente nelle ipotesi di rigetto dell'istanza di ammissione e di revoca del beneficio.

Per quanto riguarda la prima fattispecie, disciplinata all'art. 99 t.u., la Tabella di concordanza ha ritenuto superfluo qualsiasi tipo di intervento, ritenendo sufficiente la previsione del «*doppio vaglio giurisdizionale*»: «*uno pieno e di merito*» da individuarsi nella possibilità di esperire ricorso dinanzi al Presidente del Tribunale o della Corte d'appello cui appartiene il magistrato che ha emesso il provvedimento; «*l'altro di legittimità*», ravvisabile nel ricorso alla Corte di cassazione per violazione di legge.

Tuttavia, anche in tal caso il legislatore sembra essersi fermato alla superficie, ignorando del tutto le esigenze della prassi.

Il termine di venti giorni, concesso sia per impugnare il rigetto dell'istanza, sia per ricorrere in cassazione avverso il provvedimento negativo emesso dal Presidente del Tribunale o della Corte d'Appello, risulta infatti troppo ristretto per consentire alla difesa di reperire tutti i documenti necessari per sostenere la propria pretesa.

Inoltre, anche i motivi di ricorso per cassazione sembrano eccessivamente limitati, essendo auspicabile l'estensione⁷⁹ dell'impugnazione anche per le ipotesi di cui all'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p.

Al di là di tali profili, l'incongruenza più preoccupante si riscontra nel comma 3 dell'art. 99 t.u., secondo cui «*il processo è quello speciale previsto per gli onorari di avvocato e l'ufficio giudiziario procede in composizione monocratica*». Da ciò deriva che i procedimenti in questione rientrano a pieno titolo nell'area della volontaria giurisdizione e, dovendosi considerare autonomi rispetto al giudizio principale, sono soggetti al pagamento del contributo unificato⁸⁰. A questo punto, il carattere paradossale di tale meccanismo è del tutto evidente, poiché esso richiede un esborso di denaro proprio al soggetto che agisce cercando di dimostrare il proprio *status* di "non abbiente".

Per quanto invece riguarda la revoca dell'ammissione al patrocinio, si osserva che la novella ha perso una preziosa occasione per correggere l'asimmetria insita nel disposto dell'art. 113 t.u. che, a differenza dell'art. 99 t.u., individua come unico rimedio esperibile il ricorso in Cassazione, anche in tal caso limitato alla sola violazione di legge.

Poiché la revoca del beneficio può spiegare effetti di grande impatto sulla vita dell'interessato, è auspicabile introdurre anche per questa ipotesi la possibilità di ricorrere al Presidente del Tribunale o della Corte d'appello, anziché restringere eccessivamente il numero di rimedi esperibili.

Da ultimo, considerato che l'art. 112, comma 1, lett. d), t.u. permette la revoca del beneficio «*se risulta provata la mancanza, originaria o sopravvenuta, delle condizioni di reddito di cui agli articoli 76 e 92*» fino a cinque anni dalla definizione del procedimento per cui il patrocinio era stato concesso, si rileva che anche in tal caso il termine per predisporre la difesa, pari a soli venti giorni, risulta piuttosto risicato, a maggior ragione qualora sia necessario reperire informazioni piuttosto risalenti nel tempo.

I SOGGETTI VULNERABILI

Lo stesso approccio epidermico è stato riservato all'art. 9 della direttiva, dedicato ai soggetti che, oltre alla condizione di debolezza economica, assommano in sé ulteriori caratteri di vulnerabilità.

L'articolo in parola, così come il considerando n. 18, non precisa in maniera dettagliata quali siano gli aspetti di fragilità da tenere in considerazione, ma si limita a prescrivere che «*nell'attuazione della presente direttiva si tenga conto delle particolari esigenze di indagati, imputati e persone ricercate vulnerabili*».

Sul punto, il legislatore italiano non ha sentito la necessità di introdurre alcuna norma ad hoc, limitandosi a richiamare cinque fattispecie⁸¹ che risulterebbero già allineate alle prescrizioni eurounitarie.

La prima disposizione citata dalla Tabella di concordanza è l'art. 76, comma 4-quater⁸², t.u., in-

⁷⁸ L'art. 8 della direttiva in parola, rubricato "Mezzi di ricorso", impone agli Stati membri di garantire che «*gli indagati, gli imputati e le persone ricercate dispongano di mezzi di ricorso effettivi ai sensi del diritto nazionale in caso di violazione dei diritti previsti dalla presente direttiva*».

⁷⁹ E. Grisonich, *L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE*, cit., p. 229.

⁸⁰ E. Grisonich, *L'attuazione della direttiva 2016/1919/UE*, cit., *ibid.*

⁸¹ Senato della Repubblica, XVIII Leg., *Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 62, tabella di concordanza*, cit., p. 10.

⁸² Art. 76, comma 4-quater, t.u., in base al quale «*Il minore straniero non accompagnato coinvolto a qualsiasi titolo in un procedimento giurisdizionale ha diritto di essere informato dell'opportunità di nominare un legale di fiducia, anche attraverso il tutore nominato o l'e-*

trodotto dalla l. 7 aprile 2017, n. 47⁸³ e riguardante la figura del minore straniero non accompagnato.

Tale disposizione, ai fini che qui interessano, non sembra invero aggiungere nulla alla disciplina già esistente⁸⁴, dato che essa si limita a ribadire il diritto del minore di essere informato circa la possibilità di “avvalersi, in base alla normativa vigente, del gratuito patrocinio a spese dello Stato in ogni stato e grado del procedimento”.

L'estrema laconicità di tale rinvio solleva, invero, più problemi di quanti ne risolva, poiché non è ben chiaro come avvenga nella pratica il raccordo con l'art. 118 t.u.

Infatti, il comma 2 di tale articolo prevede che, contestualmente alla comunicazione del decreto di pagamento, l'ufficio debba richiedere ai familiari del minore la presentazione, entro un mese di tempo, della documentazione di cui all'art. 79, comma 1, lett. c), consistente in una dichiarazione sostitutiva di certificazione «attestante la sussistenza delle condizioni di reddito previste per l'ammissione, con specifica determinazione del reddito complessivo valutabile a tali fini, determinato secondo le modalità indicate nell'articolo 76», oltre ad una certificazione dell'autorità consolare competente che attesti la veridicità di quanto in essa indicato, in relazione ai redditi prodotti all'estero da cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea.

È evidente che la regola dell'art. 118, dettata per i minori che possono contare su familiari prontamente reperibili, così com'è mal si attaglia ai minori stranieri non accompagnati, per i quali sarebbe stato opportuno adottare qualche accorgimento ad hoc.

L'unico profilo significativo ai fini dell'effettività del diritto si potrebbe ravvisare nel fatto che «per l'attuazione delle disposizioni contenute nel presente comma è autorizzata la spesa di 771.470 euro annui a decorrere dall'anno 2017», laddove dunque si prevede uno stanziamento specifico per riempire di effettività il diritto in questione.

Gli ulteriori profili richiamati dal legislatore riguardano, nell'ordine: la clausola di equiparazione dell'art. 90 t.u., che assicura agli stranieri, anche non residenti, e agli apolidi residenti sul territorio nazionale lo stesso trattamento previsto per cittadino italiano; la procedura semplificata di presentazione della domanda di ammissione predisposta in favore dei detenuti e degli internati, che si richiama alle forme dell'art. 123 c.p.p. (art. 93, comma 3⁸⁵, t.u.); le previsioni per la liquidazione dei compensi ai difensori dei collaboratori di giustizia (art. 115 t.u.) e dei minori difesi d'ufficio (art. 118 t.u.), nonché la disciplina per i casi in cui è impossibile presentare tempestivamente la documentazione necessaria a corredo della domanda (art. 94 t.u.).

In relazione a quest'ultima disposizione, si precisa che la novella, più o meno consapevolmente, non ha toccato la particolare disciplina dettata per i casi di revoca del patrocinio nei confronti dello straniero detenuto, avallata anche dalla Corte costituzionale⁸⁶. In particolare, se l'ammissione viene revocata perché il detenuto straniero non è riuscito a produrre la prescritta attestazione consolare nel termine dei

sercente la responsabilità genitoriale ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, e di avvalersi, in base alla normativa vigente, del gratuito patrocinio a spese dello Stato in ogni stato e grado del procedimento. Per l'attuazione delle disposizioni contenute nel presente comma è autorizzata la spesa di 771.470 euro annui a decorrere dall'anno 2017».

⁸³ L. 7 aprile 2017, n. 47, recante *Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati* in Gazz. Uff., 21 aprile 2017, n. 93.

⁸⁴ Per quanto riguarda il patrocinio a spese dello Stato in favore del soggetto minorenni, la disposizione di riferimento è l'art. 118 t.u. Tale diritto è riconosciuto altresì dall'art. 18, direttiva 2016/800/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2016 *sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali*, cit.; per un approfondimento in materia, v. L. Camaldo, *Garanzie europee per i minori autori di reato nel procedimento penale*, cit., p. 3; S. Civiello Conigliaro, *All'origine del giusto processo minorile europeo*, cit., p. 9.

⁸⁵ Si riporta il testo dell'art. 93, comma 3, t.u. «Per il richiedente detenuto, internato in un istituto, in stato di arresto o di detenzione domiciliare, ovvero custodito in un luogo di cura, si applica l'articolo 123 del codice di procedura penale. Il direttore o l'ufficiale di polizia giudiziaria che hanno ricevuto l'istanza, ai sensi dell'articolo 123 del codice di procedura penale, la presentano o inviano, a mezzo raccomandata, all'ufficio del magistrato davanti al quale pende il processo».

⁸⁶ Cfr. G. Leo, *La Corte costituzionale sul patrocinio a spese dello Stato per i detenuti extracomunitari*, commento a C. cost., sent. 20 aprile 2012, n. 101, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 aprile 2012. A seguito di tale deroga, la difesa dello straniero detenuto viene comunque retribuita in regime di patrocinio a spese dello Stato per un periodo pari ai primi venti giorni, decorrenti dall'ammissione provvisoria al beneficio. Sul punto, la Corte costituzionale non ha ravvisato alcuna disparità di trattamento rispetto alla condizione dello straniero libero, cui il beneficio viene revocato *ex tunc*, attesa la diversità degli *status* oggetto di comparazione.

venti giorni, la revoca opera con efficacia *ex nunc*, in deroga al regime ordinario dell'art. 114, comma 1, t.u.

In conclusione, il legislatore ha giustificato la mancata attuazione dell'art. 9 della direttiva citando un coacervo disomogeneo di norme, alcune pertinenti, altre, invece, prive di attinenza con la finalità di tutela della persona vulnerabile, quali le disposizioni relative alla liquidazione dei compensi ai difensori dei collaboratori di giustizia e dei minori.

Purtroppo, ciò si traduce nell'ennesima occasione sprecata, dovuta ad un approccio sciatto e poco attento alla realtà, nella quale disagio sociale, vulnerabilità e povertà sono spesso strettamente intrecciati tra loro⁸⁷. Un esempio su tutti è costituito dalla situazione delle persone non abbienti e senza fissa dimora, che spesso non hanno modo di accedere al beneficio in parola perché prive del requisito della residenza⁸⁸, richiesto in sede di compilazione dell'istanza di ammissione al beneficio.

In materia, invero, al fine di agevolare l'iscrizione all'anagrafe in favore di tali soggetti è stata dettata una disciplina speciale, contenuta nell'art. 2, comma 3, l. 24 dicembre 1954, n. 1228⁸⁹ (c.d. "legge anagrafica"), e nella Circolare del Ministero degli Interni n.19 del 17 settembre 2009⁹⁰. Nello specifico, poiché per le persone senza fissa dimora non è possibile individuare un vero e proprio «*legame stabile con il territorio*», elemento di natura oggettiva normalmente richiesto ai fini della residenza, è necessario fare riferimento al luogo dove essi hanno stabilito il proprio domicilio, che in via del tutto eccezionale viene equiparato al requisito della "dimora abituale".

Tuttavia, a seguito della riforma⁹¹ dell'art. 2, l. anagrafica, per ottenere l'iscrizione in parola non è più sufficiente produrre la semplice dichiarazione di elezione di domicilio, ma si rende necessario allegare una serie di elementi concreti, che attestino la sua effettiva e concreta esistenza. Sul punto, si precisa che il domicilio, per essere ritenuto tale, deve in ogni caso coincidere con un immobile, o essere comunque ubicato in altro luogo fisico, e deve essere stabilmente frequentato dall'interessato. Com'è noto, tale prova non risulta sempre agevole da fornire, poiché sovente, nella prassi, non vi è né l'effettiva disponibilità di un immobile, né alcun rapporto stabile e continuativo con un luogo avente le caratteristiche sopra indicate. Il difetto in ordine alla prova può dunque comportare il rigetto dell'istanza di iscrizione all'anagrafe, dalla quale deriva l'impossibilità di accedere al beneficio del patrocinio.

Un'ulteriore questione si è posta in relazione ai soggetti totalmente nullatenenti, per i quali il reddito dichiarato in sede di istanza di ammissione al beneficio è pari a zero. La prassi⁹² ha messo in luce la tendenza della giurisprudenza di merito a negare la concessione del beneficio, sulla scorta di un'argomentazione fondata sull'*id quod plerumque accidit*. Secondo tale ragionamento, vista l'oggettiva impossibilità di sopravvivere con un reddito a tal punto esiguo da essere nullo, è plausibile ritenere che l'istante sia percettore di reddito non dichiarato ai fini fiscali o sia beneficiario di elargizioni tali da consentirne il sostentamento. Tale assunto, che di fatto fa discendere dalla totale mancanza di reddito una sorta di paradossale presunzione di "abbienza" in capo al dichiarante, è stato di recente sottoposto al vaglio della Corte di cassazione⁹³, la quale ha osservato che «*la semplice affermazione dell'assenza totale di reddito non è*

⁸⁷ Sul punto, v. Istat, *L'indice di vulnerabilità materiale e sociale*, reperibile all'indirizzo web http://ottomilacensus.istat.it/fileadmin/download/Indice_di_vulnerabilità_sociale_e_materiale.pdf. Secondo la definizione adottata dall'Istat, per vulnerabilità sociale e materiale si intende comunemente l'esposizione di alcune fasce di popolazione a situazioni di rischio, inteso come incertezza della propria condizione sociale ed economica. Tale rischio risulta tanto più elevato quanto maggiore è l'isolamento sociale e culturale dei soggetti interessati, spesso causato da una combinazione di svariati fattori, quali le condizioni di scarsa alfabetizzazione, la mancanza di un'adeguata rete di supporto sociale, la presenza di eventuali patologie, la disoccupazione, l'età avanzata. La condizione di vulnerabilità può dunque tradursi in un ostacolo alla piena partecipazione alla vita sociale dell'individuo, ben potendone determinare, in alcuni casi, lo stato di indigenza.

⁸⁸ L'art. 79, comma 1, lett. b), t.u. subordina l'ammissibilità della richiesta all'indicazione delle «*generalità dell'interessato e dei componenti la famiglia anagrafica, unitamente ai rispettivi codici fiscali*». L'omessa indicazione della residenza inibisce dunque a monte l'accesso al beneficio del patrocinio.

⁸⁹ L. 24 dicembre 1954, n. 1228, recante *Ordinamento delle anagrafi della popolazione residente*, in *Gazz. Uff.*, 12 gennaio 1955, n. 8.

⁹⁰ Ministero degli Interni, *Circolare n. 19 del 17 settembre 2009*, reperibile all'indirizzo web <https://dait.interno.gov.it/servizi-demografici/circolari/circolare-n19-del-7-agosto-2009>.

⁹¹ La disposizione *de qua* è stata modificata dall'art. 3, comma 38, l. 15 luglio 2009, n. 94, recante *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*, in *Gazz. Uff.*, 24 luglio 2009, n. 170.

⁹² S. Musco, *Troppo povero per essere difeso gratis. "Corto circuito" sul gratuito patrocinio*, in *Il Dubbio*, 23 aprile 2019, p. 13, reperibile all'indirizzo web <https://ildubbio.news/ildubbio/2019/04/23/troppo-povero-per-essere-difeso-gratis/>.

⁹³ Cass. sez. IV, 5 dicembre 2017, n. 10406, in *Dir. e giustizia*, 8 marzo 2018 (con nota di P. Grillo, *Reddito zero? L'istanza di ammissione non è automaticamente inammissibile*).

affatto di per sé un "potenziale inganno" trattandosi invece di una situazione, seppure non comune, certamente possibile. Ed anzi, della più grave delle situazioni tutelate dalla normativa che assicura la difesa dei non abbienti». La Corte ha dunque sottolineato la valenza probatoria dell'autocertificazione prodotta dall'istante ai sensi dell'art. 79, comma 1, lett. c), t.u., invitando i giudici di merito a disporre l'eventuale revoca del beneficio solo a seguito di riscontri negativi rilevati dal competente ufficio finanziario, individuato ex art. 96, comma 2, t.u.

Le due situazioni appena prospettate, relative alle persone senza fissa dimora ed ai soggetti "a reddito zero", sono indubbiamente dei casi peculiari, che riguardano situazioni caratterizzate dall'estrema indigenza e dall'assoluta mancanza di mezzi. Esse, tuttavia, sono utili per valutare la tenuta globale del sistema, il quale non sembra assicurare sufficiente tutela proprio ai soggetti che, nel concreto, dimostrano d'essere i più bisognosi di garanzie.

QUALITÀ DEL SERVIZIO E FORMAZIONE DEL PERSONALE

Partendo dal presupposto che «il nostro sistema interno del patrocinio a spese dello Stato può essere ritenuto efficace e di qualità adeguata»⁹⁴, il legislatore italiano ha affrontato in maniera sbrigativa anche l'art. 7 della direttiva, relativo alla qualità del servizio e alla formazione del personale. A giustificazione di tale approccio, è stata richiamata la disciplina degli artt. 80 e 81 t.u., nonché dell'art. 20 l. 29 marzo 2001, n. 134, istitutivo del "Servizio al pubblico in materia di patrocinio a spese dello Stato"⁹⁵.

L'art. 80 t.u., in effetti, può essere considerato una disposizione che si pone al di sopra degli *standard* minimi europei, dal momento che prevede espressamente la possibilità, per la persona ammessa al patrocinio, di poter scegliere il proprio difensore dall'apposito elenco, come accade per la persona abbiente.

L'art. 81 t.u., invece, prescrive particolari requisiti per il difensore che intenda iscriversi in tale registro, tra i quali vi sono l'anzianità professionale, pari ad almeno due anni di iscrizione all'albo istituito presso le sezioni locali dell'Ordine degli avvocati, unita al possesso di attitudini ed esperienza professionale specifica e all'assenza di sanzioni disciplinari superiori all'avvertimento, irrogate nei cinque anni antecedenti alla domanda.

Al di là di tali elementi, molto è demandato alla professionalità del singolo difensore, atteso che «l'effettività della difesa non può essere (...) ridotta ad una mera formale presenza di un tecnico del diritto che, per mancanza di significativi rapporti con le parti o per il ridotto tempo a disposizione, non sia in grado di padroneggiare adeguatamente il materiale di causa»⁹⁶.

Come già anticipato, nulla è stato previsto per migliorare la formazione del personale di cancelleria, nonché dei professionisti, chiamati ad assumere nel concreto la difesa dei soggetti non abbienti, salvo un breve richiamo ai sistemi di formazione decentrata di settore, cui viene delegato il compito di assicurare l'aggiornamento delle diverse figure professionali.

Il discorso sulla qualità del servizio si intreccia necessariamente con la tematica della retribuzione del professionista, la quale non sempre appare adeguata rispetto al lavoro effettivamente svolto.

Il Comitato per la prevenzione della tortura e dei trattamenti disumani (CPT) ha rimarcato che una remunerazione adeguata, indipendentemente dalla lunghezza o complessità del caso, è fondamentale ai fini di una rappresentanza efficace ed idonea ad assicurare le garanzie del giusto processo.

Nella pratica, però, una remunerazione che davvero possa dirsi congrua è spesso un miraggio, atteso che in media essa è pari al 25% dell'onorario di un difensore fiduciario⁹⁷, considerata anche la regola della riduzione d'ufficio degli importi richiesti.

⁹⁴ Senato della Repubblica, XVIII Leg., Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 62, tabella di concordanza, cit., p. 9.

⁹⁵ L. 29 marzo 2001, n. 134, Modifiche alla legge 30 luglio 1990, n. 217, recante istituzione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti, in Gazz. Uff., 20 aprile 2001, n. 92.

⁹⁶ Cass., sez. un., 3 ottobre 2016, n. 41432, in Guida dir., 2016, 43, p. 39.

⁹⁷ Senato della Repubblica, XVIII Leg., Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 62, Analisi di impatto della regolamentazione (A.I.R.), cit., p. 10.

CONCLUSIONI

Il tentativo di sintonizzare la disciplina interna con quella di derivazione eurounitaria lascia nel complesso insoddisfatti, atteso che il d.lgs. n. 24 del 2019 sembra essersi limitato a recepire a macchia di leopardo quanto di buono elaborato dalla giurisprudenza, senza distinguersi, se non per coraggio, almeno per diligenza. La novella, invero, si è focalizzata unicamente sulla regolazione dell'accesso al beneficio in favore, o a discapito, di determinate categorie di soggetti, appiattendosi sulla logica binaria dell'esclusione/inclusione. Tale approccio appare epidermico e privo di profondità e lungimiranza, dal momento che non è stato accompagnato da alcun ripensamento critico dei meccanismi. La complessità della disciplina e la delicatezza degli interessi coinvolti avrebbero richiesto una maggiore ponderazione, al fine di elaborare una procedura più snella ed efficiente, incrementando al contempo le garanzie predisposte per i soggetti più deboli.

La sensazione che resta è di rammarico, per non aver saputo cogliere tutte le potenzialità e la carica innovativa insita nella Direttiva 1919/2016/UE.

ORietta BRUNO

Ricercatore confermato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

I decreti ‘Salvini’: profili di diritto penale sostanziale, processuale e securitari

New Criminal Provisions on Public Security

Emergenza, sicurezza e immigrazione sono il fulcro della politica dell'ex Esecutivo: non esistono equivoci sul fatto che i nuovi nemici da combattere siano gli stranieri. Si colloca, in primo piano, la tutela granitica della collettività messa a repentaglio anche da altri fenomeni diffusi: gli episodi di violenza legati a manifestazioni sportive, quelli che turbano l'assetto sociale, il dilagare del crimine organizzato. Tuttavia, le forme di contrasto si avvalgono della decretazione d'urgenza, rimessa, in sede di conversione, al voto di fiducia, con seguente allontanamento del dibattito parlamentare. Emerge, in linea di fondo, la pratica del controllo penale.

What threatens public security most for Conte's prior Administration is immigration, violent uprisings related to sports events and ever-widening organized crime. Addressing these problems with decree-Laws (as too oftenly occurs in legislation of recent times) is a questionable choice, especially when the conversion into the Law is the result of the Confidence of the Parliament.

PREMESSA

Il 4 ottobre 2018, su proposta del Ministro degli Interni, on. Matteo Salvini, viene varato dal Consiglio dei Ministri, con atteggiamento non immune da fervori encomiastici, il “decreto sicurezza”¹. Pochi giorni dopo, inizia l'esame in Parlamento della legge di conversione: il primo passaggio è in Commissione affari costituzionali del Senato. Gli originari articoli, da 40², diventano quasi il doppio, con l'aggiunta di numerosi nuovi commi e, soprattutto, una delega da implementare³. La strada eletta non è quella della edificazione di un autonomo *corpus* normativo, ma dell'incorporazione, nelle singole trame dell'ordinamento, delle varie disposizioni specializzanti. Ai fini della approvazione in Senato, l'Esecutivo “mette” la questione di fiducia. Il provvedimento viene sottoposto, nel prosieguo, al vaglio della Camera che, sempre sotto voto blindato, concede il proprio beneplacito, senza apportare emendamenti o integrazioni. In un breve lasso di tempo, si predispose la legge di conversione, l. 1° dicembre 2018, n. 132⁴, che, pubblicata

¹ L'atto, siglato al n. 113, reca una corposa rubrica «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata» la quale racchiude, in un tutt'uno, l'an delle regole normative di riferimento e, implicitamente, il *quomodo*; dunque, passa a tratteggiare le finalità della riforma che, innestandosi nel dibattito sulla politica migratoria, pone, quale primo obiettivo, la sperimentazione di percorsi di stretto rigore.

² In questa fase, a fronte del recepimento delle indicazioni derivanti dai complessi e tumultuosi lavori parlamentari, infatti, sono confezionate altre previsioni – alquanto eterogenee tra loro – che apportano cambiamenti a chiazze: si parte dal codice della strada, per toccare gli oneri informativi a carico di forze dell'ordine e le funzioni della polizia penitenziaria, sino ad arrivare ai “parcheggiatori abusivi”.

³ Non sono rari i casi in cui si sfrutta la velocità dell'*iter* di conversione per attribuire una delega al Governo. Per fondati dubbi di legittimità costituzionale, a tal proposito, cfr. C. cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 32 rintracciabile nel sito www.cortecostituzionale.it.

⁴ ... dal titolo – cambiato nei vari tratti della navette per l'approvazione, con l'aggiunta di una delega al Governo – «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Delega al Gover-

nella *Gazzetta Ufficiale* n. 281 del 3 dicembre stesso anno, entra in vigore il giorno seguente⁵.

Al decreto ‘Salvini’ atto primo, segue un’altra incursione di calibro securitario a salvaguardia della collettività: ci si avvale della icastica nomenclatura “bis” per definirla. L’azione emergenziale e di settore che contraddistingue la politica del Paese in alcuni frangenti storici affiora, lampante, pure dalla approvazione, da parte del Viminale – con un certo frastuono e sotto l’etichetta del populismo⁶ –, l’11 giugno 2019, del d.l. 14 giugno 2019, n. 53 («Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica»). Pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 138, di pari data, è entrato in vigore il giorno successivo, assistendosi, in un ristretto lasso di tempo, ad una stratificazione di leggi sui temi dell’immigrazione, dell’ordine e sicurezza pubblici, la lotta alla violenza in occasione di manifestazioni sportive e del potenziamento del ruolo dell’amministrazione a supporto delle scelte politiche dell’Esecutivo. Non senza dissapori, provenienti dalla stessa compagine di maggioranza, quasi allo scadere del tempo utile, si addivene alla conversione del decreto con la l. 8 agosto 2019, n. 77 che annuncia la «Conversione in legge, con

no in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate». Merita riportare, per la loro incisività, le parole di F. Curi, *Premessa*, in F. Curi (a cura di), *Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza (Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132)*, Pisa, Pacini Editore, 2019, p. XVII: «La funzione principale del titolo dovrebbe essere quella di richiamare nel modo più chiaro e schematico possibile i contenuti disciplinati nel corpo normativo che segue. La scelta dei termini ha un carattere strategico, anche perché concorre a fornire quell’etichetta mediatica capace efficacemente di [carpire] l’attenzione dei destinatari sulle innovazioni [implementate] con la nuova norma. Ebbene, l’esecutivo espresso da Lega e Movimento cinque stelle ha scelto alcune parole chiave provviste di una chiara valenza simbolica. La questione non è se i termini impiegati corrispondano fedelmente ai contenuti del provvedimento, ma se – al contrario – essi non siano tali da deformare e contraddire la sostanza del decreto approvato». Per una cronistoria dei principali snodi del d.l. n. 113, v. la nota della Redazione scientifica de *Il Penalista (Decreto Salvini. In Gazzetta ufficiale le disposizioni urgenti in materia di sicurezza)* del 5 ottobre 2018, p. 1 ss. Inoltre, C. Forte, *Il decreto sicurezza è legge. Il testo approda in Gazzetta ufficiale, ne Il Penalista*, 4 dicembre 2018, p. 1 ss. la quale (p. 2) sottolinea come sia «il caso di osservare che mentre alcuni interventi appaiono estremamente circoscritti e mirati a risolvere problematiche settoriali (si pensi, ad esempio, all’estensione operata con l’art. 16 del testo in commento dei meccanismi di controllo, anche attraverso dispositivi elettronici, dell’ottemperanza al provvedimento di allontanamento dalla casa familiare, ai reati di cui agli artt. 572, *maltrattamenti in famiglia*, e 612-bis c.p., *atti persecutori* o c.d. *stalking*), altrove si assiste a un vero e proprio tentativo di riordino *in parte qua* della materia, attuato mediante l’introduzione di nuove norme, la correzione di refusi derivanti dalla stratificazione legislativa, lo spostamento e la riallocazione di talune disposizioni ovvero l’abrogazione di altre, introdotte solo pochi mesi fa con la l. 161/2017, di riforma del codice antimafia».

⁵Sottolinea P.F. Bresciani, *Misure amministrative in materia di sicurezza pubblica delle città e modifiche ai poteri sindacali di ordinanza. Prime osservazioni*, in F. Curi (a cura di), *Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza (Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132)*, Pisa, Pacini Editore, 2019, p. 218 che «Il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in legge 1 dicembre 2018, n. 132 si pone in sostanziale continuità con gli interventi legislativi che lo hanno preceduto per quanto concerne le misure amministrative a tutela dell’ordine e della sicurezza». Proprio questo filo conduttore impedisce all’operazione in materia di sicurezza di nascere sotto una buona stella, avendo ricevuto anche il biasimo del *plenum* del Consiglio Superiore della Magistratura (delibera del 21 novembre 2018) che accenna ad alcune disposizioni specifiche da ritenersi incostituzionali. Non è mancato chi ha ritenuto tale giudizio, manifestazione di un’ideologia politica, più che una critica tecnico-giuridica. Poiché il parere è stato pronunciato senza il pieno appoggio dei membri laici del CSM, tale valutazione sarebbe servita ad acuire la cronica contrapposizione tra politica e funzione-potere magistratuale (v., al riguardo, quanto agli aspetti di legittimità costituzionale dei profili processual-penalistici, *infra*, § “RIFLESSIONI CONCLUSIVE”). Impernia il proprio contributo sulla l. n. 132 del 2018, G. Mentasti, *Il decreto sicurezza diventa legge. Le modifiche introdotte in sede di conversione*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 21 dicembre 2018, p. 1 s. L.A., fregiandosi della topografia legislativa, passa in rassegna le originalità della legge di conversione: quanto all’immigrazione e, soprattutto, alla sicurezza pubblica, prevenzione e contrasto al terrorismo e alla criminalità organizzata (si addiziona il d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, convertito con modificazioni, dalla l. 18 aprile 2017, n. 48, dell’art. 13 bis, degli artt. 21 ter-21 sexies che conducono, tra l’altro, al riaffacciarsi del reato di accattonaggio molesto, all’irrobustimento della fattispecie di cui all’art. 600 octies c.p., a rigidità quanto all’esercizio non autorizzato di parcheggiatore o guardiamacchine; poi, si riscrivono gli artt. 23 e 30 del d.l. n. 113 del 2018 i quali, rispettivamente, ripristinano l’impedimento della libera circolazione su strada ordinaria con il corpo e riscrivono l’intero art. 633 c.p. «*Invasione di terreni o di edifici*»). Infine, si completa il quadro con l’art. 31 bis del decreto che, agendo sull’art. 284 c.p.p., impedisce che la restrizione degli arresti domiciliari possa eseguirsi presso un immobile abusivamente occupato. Per tali aspetti, specialmente, *infra*, §§ “GLI ECCESSI NEL DIRITTO PENALE” e “(SEGUE:) MISURE CAUTELARI PERSONALI”.

⁶La materia, pur scottante e di stretta attualità, non può essere affrontata in questa sede se non al costo di incamminarsi in altra sulla quale non si è preparati, la sociologia politica. Non si può nascondere che sarebbe stuzzicante una analisi della politica della sicurezza dell’oramai ex Governo ‘Conte’ nel contesto delle interrelazioni tra gli sfuggenti concetti di *élites* e populismo, dei ragionamenti sulla capziosità o meno di tale modo di procedere che, spesso, sfrutta il malessere sociale per catturare consensi, del rapporto dei *leader* e le masse, dello scontro con i poteri forti, del nesso populismo-autoritarismo-totalitarismo, etc. Leggasi, fra gli innumerevoli contributi, M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC (Associazione italiana dei costituzionalisti)*, 2018, 3, p- 375 ss.; T. Fenucci, *Riflessioni sul populismo*, in *Federalismi.it*, 17 luglio 2019, p. 1 ss.; L. Ferrajoli, *Democrazia e populismo*, in *Rivista AIC (Associazione italiana costituzionalisti)*, 2018, 3, p. 515 ss.

modificazioni, del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica»⁷. Del resto, ne è preannunciata, con nutrite affermazioni scoscese, l'emissione subito dopo la tornata elettorale del 26 maggio 2019 e la promessa è mantenuta, a costo di capovolgere l'ordine delle priorità del Paese: il provvedimento, i cui contenuti non sono stati, inspiegabilmente, inglobati nel d.l. n. 113 del 2018, viste le affinità argomentative oggetto di legiferazione, è differito a pochi mesi di distanza, benché si incunei nel solco dell'atto siglato in precedenza. Confermate anche le contestabili modalità procedurali del passato: stanti gli scontri in seno al Governo 'giallo-verde', che hanno, poi, condotto alla rottura e, quindi, sua caduta, è sbarrata la strada a cedimenti poiché il decreto viene battezzato con il consueto voto di fiducia.

Il decreto legge n. 53 del 2019 supera, allora, anche in questa evenienza, il vaglio parlamentare mantenendo intatta l'impostazione che l'aveva ispirato all'inizio. Difficilmente, nella pur lunga e variegata esperienza dei 'pacchetti sicurezza' – con cui ogni maggioranza governativa ha marcato la propria visione dell'ordine pubblico – si assiste all'emanazione di un testo positivo così orientato da una precisa e compatta impostazione delle soluzioni che si intendono proporre per i vari segmenti in cui si declina la sicurezza collettiva.

Non si tratta – lo stesso dicasi per il primo intervento datato 2018 – di svolgere alcuna critica ideologica sulle opzioni legislative messe in campo, quanto di misurare il fatto che, come pochissime altre volte, il legislatore ha avuto, in questa occasione, ben chiaro il nesso tra norme di sicurezza e salvaguardia della società.

Senza sconfessare il passato, si recrimina una precipua concentrazione per le peculiarità di tale (ultimo) intricato aspetto. Mentre, un'occhiata al testo positivo, mostra come, pur stante la natura ambiziosa del progetto, le aspettative non siano state pedissequamente soddisfatte, derivandone l'ennesima architettura normativa imperfetta. Scandito da un vocabolario discutibile (si potrebbe dire: lessico marziale) e da presagi rassicuranti di pronta e definitiva soluzione dei problemi, impensierisce sia il dato sostanziale scrutabile nell'atto, sia il fatto che si evita una manovra di ampio respiro, frutto di attenta meditazione e di logiche di sistema, e si sfornano responsi estemporanei a situazioni contingenti.

Orienta nel senso esposto, la missiva del Presidente della Repubblica inoltrata al Premier Conte in fase di promulgazione della legge che converte il d.l. n. 113 del 2018. Questi reputa sussistenti le straordinarie necessità e urgenza di introdurre norme per rafforzare i dispositivi a garanzia della sicurezza pubblica, con particolare riferimento alla minaccia del terrorismo e della criminalità di tipo mafioso, al miglioramento del circuito informativo tra le Forze di polizia e l'Autorità giudiziaria, alla prevenzione e al contrasto delle infiltrazioni delinquenziali negli enti locali, nonché tese ad assicurare la efficienza del Ministero dell'Interno e quella dell'Agenzia Nazionale (rafforzamento della sua organizzazione nell'intento di potenziare le attività di contrasto alle forme di associazionismo dedite al reato). Nondimeno, il Presidente della Repubblica firma la legge col contrappunto di tenere ben salda una lettura costituzionalmente orientata: «Avverto l'obbligo di sottolineare che, in materia, restano fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo». Costui, in particolare, si riferisce all'art. 10 Cost. nel quale si prevede la conformità dell'ordinamento italiano «alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute». Nella specie, «la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali».

Analogo tenore si deve riconoscere alla lettera che il Presidente Mattarella, nel promulgare la legge di conversione del d.l. n. 53 del 2019, invia ai Presidenti del Senato, della Camera dei Deputati e al Presidente del Consiglio dei Ministri. Costui, dopo aver sottolineato che i «contenuti del provvedimento promulgato sono stati, (...), ampiamente modificati dal Parlamento e non sempre in modo del tutto omogeneo rispetto a quelli originari del decreto legge presentato dal Governo» e, prescindendo da valutazioni di merito delle norme, «che non [n.d.r.: gli] competono, afferma di non poter «fare a meno di segnalare due profili che suscitano rilevanti perplessità». Innanzitutto, a causa di un emendamento, in ipotesi di violazione del divieto di ingresso nelle acque territoriali, per ragioni attinenti l'ordine e la sicurezza pubblici o l'inosservanza delle regole sull'immigrazione, «la sanzione amministrativa pecunia-

⁷ A. Landolfi, *La legge 8/8/19 n. 77 di conversione del cd. "d.l. sicurezza": la nozione di riunione e di manifestazione pubblica*, in *Giurisprudenza penale web*, 2 settembre 2019, p. 1 ss., definite «ingarbugliate» le scelte effettuate dal legislatore nell'atto in discussione, approfitta dello scritto per attirare l'attenzione su alcuni concetti, penalmente rilevanti, i quali coinvolgono i diritti di riunione e associazione costituzionalmente garantiti: «manifestazione in luogo pubblico o aperto al pubblico» e «oggetto atto ad offendere in un luogo non privato».

ria applicabile è stata aumentata di 15 volte nel minimo e di 20 volte nel massimo, determinato in un milione di euro, mentre la sanzione amministrativa della confisca obbligatoria della nave non risulta più subordinata alla reiterazione della condotta». Il Presidente, pertanto, osserva che, in merito al mancato ossequio delle previsioni sulle correnti migratorie «non è stato introdotto alcun criterio che distingua quanto alla tipologia delle navi, alla condotta concretamente posta in essere, [ai motivi] della presenza di persone accolte a bordo e trasportate». Invece, «Non appare ragionevole – ai fini della sicurezza dei nostri cittadini e delle certezze del diritto – fare a meno di queste indicazioni e affidare alla discrezionalità di un atto amministrativo [il vaglio] di un comportamento che conduce a sanzioni di tale gravità. Devo inoltre sottolineare che la Corte Costituzionale, con la recente sentenza n. 112 del 2019, ha ribadito la necessaria proporzionalità tra sanzioni e comportamenti». Egli ricorda, inoltre, i precetti degli artt. 1 e 2 del decreto convertito i quali stabiliscono, rispettivamente, che la limitazione o il divieto di ingresso possono essere disposti «nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia» e che «il comandante della nave è tenuto ad osservare la normativa internazionale». A sua volta, nell'ambito di quest'ultima, si pone la Convenzione di Montego Bay, richiamata dallo stesso art. 1 del decreto, secondo cui «ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batta la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio e i passeggeri, presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo». Il secondo profilo evidenziato dal Presidente Mattarella concerne la modifica apportata all'art. 131 *bis* c.p. consistita nel rendere non applicabile la causa di non punibilità per la "particolare tenuità del fatto" alle ipotesi di resistenza, violenza e minaccia a pubblico ufficiale e oltraggio a pubblico ufficiale «quando il reato è commesso nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni». Ebbene, sostiene «Non posso omettere di rilevare che questa norma – assente nel decreto legge predisposto dal Governo – non riguarda soltanto gli appartenenti alle Forze dell'ordine ma include un ampio numero di funzionari pubblici, statali, regionali, provinciali e comunali nonché soggetti privati che svolgono funzioni, rientranti in varie e articolate categorie, tutti qualificati – secondo la giurisprudenza – pubblici ufficiali, sempre o in determinate circostanze. Tra questi i vigili urbani e gli addetti alla viabilità, i dipendenti dell'Agenzia delle entrate, gli impiegati degli uffici provinciali del lavoro addetti alle graduatorie del collocamento obbligatorio, gli ufficiali giudiziari, i controllori dei biglietti di Trenitalia, i controllori dei mezzi pubblici comunali, i titolari di delegazione dell'ACI allo sportello telematico, i direttori di ufficio postale, gli insegnanti delle scuole, le guardie ecologiche regionali, i dirigenti di uffici tecnici comunali, i parlamentari». L'opzione normativa, tuttavia, «impedisce al giudice di valutare la concreta offensività delle condotte poste in essere, il che, specialmente per l'ipotesi di oltraggio a pubblico ufficiale, solleva dubbi sulla sua conformità al nostro ordinamento e sulla sua ragionevolezza nel perseguire in termini così rigorosi condotte di scarsa rilevanza e che, (...), possono riguardare una casistica assai ampia e tale da non generare "allarme sociale"». Ad ogni buon conto, chiosa il Presidente, una volta introdotte dal Parlamento, «singole limitazioni alla portata generale della tenuità della condotta, non sembra ragionevole che questo non avvenga anche per l'oltraggio a magistrato in udienza (di cui all'articolo 343 [c.p.]: anche questo è un reato "commesso nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni" ma la formulazione della norma approvata dal Parlamento lo esclude dalla innovazione introdotta, mantenendo in questo caso l'esimente della tenuità del fatto». Attese queste premesse, questi rimette al sindacato «del Parlamento e del Governo l'individuazione dei modi e dei tempi di un intervento normativo sulla disciplina in questione».

LE FRONTIERE DELL'EMERGENZA

I cambiamenti più significativi apportati dal decreto 'Salvini' del 2018, anche per la risonanza mediatica provocata, si snocciolano in quattro Titoli, come anticipato, incrementati nella fase di conversione: il I («*Disposizioni in materia di rilascio di speciali permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario nonché in materia di protezione internazionale e di immigrazione*»)⁸; il Titolo II attiene alle «Dispo-

⁸ Prima di procedere alla intelaiatura del provvedimento, si insiste sul differente modo di intendere la politica dei flussi di stranieri, sulla veridicità o meno dei dati ufficiali che vorrebbero gli sbarchi in netto calo (tacciati di errori poiché, in realtà, la diminuzione in merito è connessa alle continue morti in mare aperto), sino a quando è possibile impedire gli approdi e dove inizia la (innegabile) salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo, il delicato problema dei rapporti tra Stati (molti dei quali

sizioni in materia di sicurezza pubblica, prevenzione e contrasto al terrorismo e alla criminalità mafiosa»⁹. Il III, contiene le norme «per la funzionalità del Ministero nonché sull'organizzazione e il funzionamento dell' Agenzia Nazionale per l'Amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata». Il Titolo IV, infine, è dedicato alle previsioni «finanziarie e finali»¹⁰.

continuano a negare il loro aiuto in termini di accoglienza), il ruolo delle ONG e gli eventuali legami di esse con i trafficanti di esseri umani (che ricavano dall'immigrazione molto in termini economici per, poi, tradurre i guadagni in altro crimine, droga e armi), i confini della tutela di individui provenienti da zone di guerra e cosa si intende per aree dove insistono lotte intestine, etc. A parte qualche cenno che si rende utile, il Titolo I non è argomento oggetto di studio. Può sostenersi, in ogni caso, al riguardo, che il disegno complessivo, benché accompagnato da un notevole consenso popolare, sollecitato da un Governo che, al contempo, ha la capacità di indirizzare e amplificare i sentimenti di insicurezza che attraversano l'opinione pubblica, si pone in una logica di fortissimo restringimento delle ipotesi di ingresso e soggiorno nel nostro Paese. Il che, induce a prospettare effetti criminogeni di lungo periodo determinati dalla precarietà in cui molti stranieri verranno a trovarsi; mentre, secondo l'ermeneusi dominante, abusi di questo tipo si pongono in tensione con i precetti costituzionali e con gli impegni internazionali assunti dall'Italia sul fronte della tutela dei diritti fondamentali e della regolamentazione dello *status* dell'immigrato. In altri termini, si situa in una posizione di rottura con il progetto europeista di pace e di giustizia mediante la compartecipazione di tutti gli Stati interessati. Nulla si è proposto nel primo provvedimento sulla sicurezza – ancora meno nelle pressanti campagne mediatiche – per contrastare il traffico e la tratta di migranti, né in termini di misure concrete, né di previsioni legislative, salvo, per quanto possibile, recuperare in corsa con il decreto 'Salvini' bis datato 2019. Oltretutto, la politica migratoria del primo Esecutivo 'Conte' si sta mostrando una sorta di arma spuntata: le notizie degli ultimi tempi denotano uno spaccato in cui le partenze, i naufragi in mare e gli sbarchi sulle coste del nostro Paese non accennano a diminuire, continua il rimpallo delle responsabilità tra le varie autorità e parecchi Stati europei, fingendo che la questione immigrazione rientri in un cono d'ombra, rimangono ancora inerti. Si legga, per tutti, A. Algostino, *Il decreto "sicurezza e immigrazione" (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e diseguaglianza*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, 2, p. 167 ss.; A. Camilli, *Cosa prevede il decreto sicurezza e immigrazione*, in *www.internazionale.it*, 27 novembre 2018; C. Forte, *Il nuovo decreto sicurezza (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113)*, ne *Il Penalista* (Speciale riforma), Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 53 ss.; P. Innocenti, *Considerazioni sul decreto legge n. 113 del 4 ottobre 2018 in materia di immigrazione*, in *Riv. pen.*, 2018, p. 965 ss.; S. Manacorda, *Il contrasto penalistico della tratta e del traffico di migranti nella stagione della chiusura delle frontiere/The penal contrast of trafficking and smuggling of migrants in the season of border closure*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1389 ss.; L. Maserà, *La crimmigrazione nel decreto Salvini*, in *Legislazione pen.*, 24 luglio 2019, p. 1 ss.; G. Mentasti, *Decreto-sicurezza: i profili penalistici*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 25 ottobre 2018, p. 1 s.; E. Khanari e T. Spandrio, *Brevi considerazioni sui profili problematici delle nuove disposizioni normative di cui al D.L. 113/2018*, in *dirittifondamentali.it*, 2018, 2, pubblicazione 28 novembre 2018, p. 1 ss. Gli A.A. investono, tra l'altro, i delicati filoni argomentativi dell'abolizione del permesso di soggiorno per motivi umanitari, il nucleo duro del diritto penale dell'immigrazione (in particolare, i delitti di illecito reingresso a seguito di respingimento differito), del trattenimento (amministrativo) dei migranti irregolari e del richiedente protezione negli *hotspot* o strutture "idonee", l'ampliamento temporale e spaziale della detenzione amministrativa nei CPR dello straniero irregolare, l'aumento del numero dei reati ostativi all'accesso alla protezione internazionale, la protezione umanitaria e le condizioni per concederla, i diritti dei rifugiati, il nuovo istituto della revoca della cittadinanza per illeciti in materia di terrorismo e i relativi dubbi di aderenza alla Costituzione e della lotta alle condotte di *trafficking* e *smuggling*. V., ancora, G. Savio, *Stranieri*, ne *Il Penalista*, 5 settembre 2019, p. 1 ss. (egli, inquadrato il concetto giuridico di straniero, si dilunga sull'automatismo della preclusione all'ingresso e al soggiorno derivante da sentenze di condanna, il carattere ostativo delle condanne in materia di droga, le eccezioni al principio di ostatività, i reati legati alla condizione di immigrato illegale); circa il discutibile tema della protezione umanitaria, M.D. Laricchia, *L'abolizione della protezione umanitaria e le altre novità in materia di immigrazione ad opera del decreto sicurezza*, ne *Il Penalista*, 13 dicembre 2018, p. 1 ss.; sulla normativa concernente il soccorso in mare, invece, specificamente, L. Marino, *Il soccorso in mare dei migranti e dei rifugiati nelle convenzioni internazionali*, ne *Il Penalista*, 12 giugno 2018, p. 1 ss.

⁹ A. Cisterna, *Politiche securitarie, alcune disposizioni andrebbero ripensate*, in *Guida dir.*, 2018, 44, p. 96 cinge la frazione dedicata alla "sicurezza pubblica" e "urbana": «Occorre subito dire che l'impostazione del provvedimento in esame si discosta di poco dalle politiche securitarie implementate dal 2008 in poi dai vari Governi. La sicurezza urbana, da un decennio ormai, occupa un ruolo centrale nell'approccio al tema della cosiddetta "sicurezza percepita". L'enorme degrado dei centri urbani, (...) ha accresciuto a dismisura l'impressione di contesti insicuri in cui i cittadini si ritengono alle mercé di malintenzionati. Il tema è ampio e, sia pure per cenni, può dirsi appaia sufficientemente chiaro l'innestarsi di un ciclo negativo in ragione del quale, al degrado urbano da incuria pubblica e privata, si è accompagnato l'insediamento nelle medesime aree di soggetti marginali e di diseredati che mettono in fibrillazione la popolazione residente. La "bonifica" di questi siti dai soggetti pericolosi appare (una mera scappatoia) (si pensi al Daspo e al suo più ampio raggio d'azione) per molti versi ai limiti della compatibilità costituzionale, mentre sono state drasticamente ridotte le risorse messe a disposizione dei comuni per il risanamento delle periferie. Un'antinomia che non può prosciugare la palude dell'insicurezza che trae vero giovamento solo dalla cura delle zone abbandonate e da pratiche di inclusione e assistenza sociale (...). Una "decontaminazione" territoriale davvero preoccupante». Sul versante della sicurezza urbana, invece, l'A. ha il merito di tracciare la linea di continuità che assembla i singoli istituti idonei a garantirla come la militarizzazione dei controlli da parte delle Forze dell'ordine e l'inasprimento delle pene in caso di blocchi stradali.

¹⁰ Lasciano il segno le osservazioni di A. Cisterna, *Politiche securitarie, alcune disposizioni andrebbero ripensate*, cit., p. 95: «Un "decreto sicurezza" è il biglietto da visita con cui ogni Governo appena insediato rende noto il proprio approccio alle tematiche dell'ordine pubblico. È, insieme, un coacervo di norme e un manifesto programmatico che detta lo spartito delle politiche secu-

Il filone di analisi (gli aspetti sostanziali e processuali riguardati in relazione alle problematiche delle correnti migratorie e dei contraccolpi sulla sicurezza pubblica, dell'incessante lotta al crimine organizzato, sempre più attrezzato, e della piaga del terrorismo internazionale) non consente di uscire dal seminato; nondimeno, risultano ancestrali alcune considerazioni.

Da una visuale teorica, esistono due possibili approcci alla problematica: si può partire dalla premessa per cui gli odierni flussi migratori sono inevitabili e cercare di affrontarla nella maniera più funzionale possibile, approntando le procedure migliori per individuare gli stranieri che hanno il diritto di essere accolti nell'Unione europea; in tal caso, il ricorso allo strumento detentivo diventa eccezionale. In alternativa, si può usare la privazione della libertà come meccanismo di deterrenza per impedire o ridurre le partenze dai Paesi di origine.

Non v'è chi non veda come il passato Governo, abbia optato per il secondo metodo, adottando una strategia che, a lungo andare potrebbe non essere proficua: oltre che radicale nelle soluzioni offerte, agisce ancora secondo la legislazione dell'emergenza, ostinandosi nel seguire una prassi consolidata: nel tentativo di stagnare questioni che affliggono il Paese da anni e rabbonire un malcontento diffuso, evita la normazione primaria, emanando regole espressione di un'ideologia (talvolta) intransigente, non ponderate, a-sistemiche e, per conseguenza, intrise di incongruità che ledono i valori dell'individuo. D'altro canto, in prospettiva generale, «il contesto politico-istituzionale non è cambiato. La sicurezza è ancora l'oggetto di una pressante domanda sociale alla quale sono direttamente collegate esigenze di acquisizione e mantenimento del consenso elettorale. La logica del legislatore resta così quella propria dell'intervento emergenziale che mira a fornire a tale domanda risposte dagli effetti immediati»¹¹. Sebbene i dati sull'andamento della criminalità resi noti dal Ministero degli interni siano confortanti, imperversa, nella popolazione, la preoccupante crescita del sentimento di insicurezza. Segno, questo, da un lato, avvinto ad una distorta percezione della situazione della delinquenza, così come rappresentata dall'informazione, per l'altro, connesso all'aumento di certe tipologie di reati che destano maggiore preoccupazione, quali gli stupri, i furti e le rapine in abitazione e quelli consumati con violenza o uso di armi. Conseguenze similari vanno ricondotte al moltiplicarsi di innumerevoli fattori sociali, segnatamente marcati, come i luoghi abbandonati nelle periferie delle città, la recessione economica, l'incertezza del lavoro, l'aumento delle distanze culturali. Inevitabilmente, se l'immaginario comune è dominato da un crescente senso di sfiducia, la necessità di capovolgere questa tendenza integra il metro di misura su cui ogni forza politica valuta la sua stessa legittimazione a porsi alla guida del Paese. Tuttavia, il nocciolo insiste nel comprendere se l'adozione di contromisure nella prospettiva di rispondere ai bisogni della collettività di questo tenore soddisfi criteri di effettività, ovvero si traducano in strumenti di propaganda o di mera repressione, del pari inaccettabili. Così pare stiano le cose: i due d.l. 'Salvini', reticoli di prescrizioni di lettura difficoltosa, costruiti attraverso numerosi rinvii ed incapaci di delineare, in modo chiaro, i presupposti della limitazione della libertà personale, hanno mortificato i diritti fondamentali dell'immigrato, senza che – almeno pare – ne derivino vantaggi significativi: la detenzione colpisce i migranti in maniera indiscriminata e arbitraria (nel mancato rispetto della riserva di legge e, spesso, del controllo giurisdizionale, con l'effetto di rimettere il restringimento della libertà personale nelle mani del potere amministrativo), ma, difficilmente, produrrà gli effetti sperati, ove si tenga conto che, a tutt'oggi, gli impulsi all'immigrazione si mostrano superiori ai controstimoli indotti dal rischio della privazione della libertà. Di certo, potrebbe produrre benefici sul consenso elettorale; tuttavia, la recente storia politica italiana dimostra come tale risultato possa mostrarsi effimero¹².

L'idea che si ricava dalla lettura delle norme introdotte con i due decreti sicurezza in disamina si apre a raggiera.

ritarie per la legislatura appena iniziata. (...). Il Dl 113/2018 è frutto di una gestazione travagliata, soprattutto nella parte concernente l'immigrazione clandestina e la nota del Quirinale (...) che ha accompagnato la firma del testo governativo segna un'inedita attenzione della Presidenza della Repubblica sul versante delle ricadute applicative del nuovo, più rigoroso, dispositivo legislativo. Quasi che il Colle abbia temuto che, tra le pieghe a maglie strette delle nuove regole, si possano insinuare prassi applicative del ministero dell'interno ancora più contenitive: (...)».

¹¹ P.F. Bresciani, *Misure amministrative in materia di sicurezza pubblica delle città e modifiche ai poteri sindacali di ordinanza. Prime osservazioni*, cit., p. 217 il quale chiosa: da tale angolo visuale «non è perciò un caso che le novelle incidano per la maggior parte sulla dimensione della "sicurezza" più prossima al cittadino, vale a dire quella (...) urbana».

¹² Meglio sulle conseguenze reali della restrizione come elemento deterrente, M. Villa, *Sbarchi in Italia: il costo delle politiche di deterrenza*, in www.ispionline.it, 1° ottobre 2018.

Si inverte, innanzitutto, la rotta della politica migratoria degli ultimi anni, votata, nel corrente segmento temporale, alla chiusura completa degli ingressi (anche per l'ostinato disinteresse dell'Europa rispetto al fenomeno)¹³; la gestione della faccenda, che rappresenta lo specchio del Governo del Paese, è sempre più indirizzata verso terreni poco arati nelle legislature precedenti¹⁴ e, soprattutto, verso quella dimensione internazionale di criminalizzazione del diritto dell'immigrazione riassunto nel neologismo *crimmi-gration*; i flussi di stranieri sono diventati intrinsecamente portatori di conflittualità sociale e un problema di ordine pubblico secondo un paradigma securitario, conducendo ad un sensibile affievolimento nel riconoscimento e nella salvaguardia dei diritti fondamentali degli immigrati; il migrante (e, con lui, altre categorie di individui collocati ai confini della società) si ritiene un estraneo e, come tale, pericoloso, incline ad aggredire e a delinquere: dal contesto normativo dei due decreti, si evince una rappresentazione criminalizzante degli immigrati, quasi una categoria liminare della visione generalizzata che tende a privilegiare stereotipi, pregiudizi e accenti emotivi, piuttosto che la realtà dei fatti e dei protagonisti delle storie di migrazione¹⁵.

La deriva populista che sta interessando il nostro Paese (tanto da partorire una torsione della democrazia) determina, per certi versi, ecco il secondo (duplice) profilo, un crollo della legalità penale e, per altri, levando la mano dura contro lo straniero e altri individui estraniati dalla collettività, il ritorno a forme – malcelate o palesi – di “diritto penale del nemico”: mentre, l'obiettivo dovrebbe essere quello di rimuovere le cause più profonde della marginalità sociale di costoro, attraverso lungimiranti politiche di integrazione¹⁶. Chiarendo: a prescindere da ogni velleità definitoria, quando si evoca tale ultimo

¹³ Sul punto, con una particolare attenzione alla materia della protezione umanitaria, R. Dalla Bona, *Il nuovo decreto sicurezza “motivi umanitari”. Aspetti pratici, sostanziali e processuali*, in *Diritto e giustizia*, 12 febbraio 2019, p. 1 ss.

¹⁴ ... sulla scia, comunque, tracciata già dal cd. decreto ‘Minniti’, il n. 13 del 17 febbraio 2017.

¹⁵ Gli scritti in proposito tracimano; senza pretese di completezza, eccone alcuni parecchio incisivi: G. Alesci, (*In-*) *Sicurezza e immigrazione. La “colpevolizzazione” dello straniero nel diritto dell'emergenza*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, p. 1 ss. (l'A. incentra lo scritto intorno al concetto di sicurezza, i suoi esatti contorni e il rapporto tra essa e la politica criminale dell'immigrazione, negli anni sempre più sovradimensionato, tant'è che il diritto penale è diventato lo strumento prioritario nella lotta allo straniero etichettato come un pericolo i cui diritti possono essere frantumati in nome di una collettività sempre più ostile); M. Daniele, *La detenzione come deterrente dell'immigrazione nel decreto sicurezza 2018*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 11, 95 ss., impegnato nel costruire l'*habeas corpus* dei migranti e nel cercare quali siano i «difetti capitali» di un ordinamento nazionale, irrigidito dal decreto sicurezza del 2018, in cui la restrizione costituisce il perno del contrasto ai flussi migratori (il provvedimento si è disinteressato del trattenimento nei CPR dei migranti in corso di espulsione quando non può essere eseguita con immediatezza, allungandone i tempi, di quello degli stranieri che hanno richiesto protezione internazionale, cd. asilo, in quanto temono di essere perseguitati nel proprio Paese, del potenziamento della detenzione dei migranti richiedenti asilo nei punti di crisi che, anziché per le operazioni di primo soccorso e assistenza, fungono, *de facto*, da luoghi di carcerazione: l'intento del Governo è scoraggiare ogni tentativo di sbarco in Italia e domandare la protezione internazionale); G.L. Gatta, *Immigrati, carcere e diritto penale*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 15 maggio 2012, p. 1 ss. (l'A., nell'occuparsi del rapporto tra stranieri e carcere, cerca di comprendere quali siano i fattori che fanno di loro i clienti privilegiati di tali istituti. Li individua, innanzitutto, nella condizione di marginalità in cui costoro si trovano, vuoi per cause economiche, vuoi sociali; non meno importanti, quanto al rapporto immigrazione-detenzione-diritto penale, le scelte politico criminali in materia di flussi migratori. Egli, riferendosi ai “pacchetti” del 2008 e del 2009, evidenzia come simboleggino «un uso massiccio – altamente simbolico – del diritto penale in funzione di contrasto della criminalità degli immigrati e, addirittura, della stessa immigrazione clandestina»; sicché, si riscontra il salto dal diritto penale del fatto a quello d'autore nel quale si rintracciano «reat[i]-manifesto» con i quali si è «voluto lanciare un messaggio – e, in chiave general-preventiva, una minaccia» – agli stranieri per andare incontro alle istanze securitarie del corpo elettorale); V. Pierigli, *L'integrazione degli immigrati da paesi terzi nel diritto sovranazionale: limiti e potenzialità dell'Unione europea*, in *Rivista AIC* (Associazione italiana costituzionalisti), 2018, 3, p. 63 ss. che incentra il lavoro sull'integrazione nella società cosmopolita e globalizzata rivisitata anche alla luce della normativa europea sull'immigrazione e della giurisprudenza della C. giust. UE, con l'invito a sostenerla quanto più possibile per ridurre (se non vincere) le problematiche legate ai flussi di stranieri; E.V. Zonca, *Stranieri “invisibili”. Riflessioni comparative in tema di diritto al lavoro e integrazione sociale dei migranti*, in *Rivista AIC* (Associazione italiana costituzionalisti), 2018, 4, p. 484 ss. che, invece, è concentrato sul rapporto tra immigrati e lavoro, guardato in relazione ai diritti degli stranieri e doveri dello Stato ospitante, la regolarità o meno della immigrazione, le logiche securitarie, il lavoro delle donne immigrate e il nervo scoperto del caporalato che crea, oltre a circuiti di lavoro sommerso e sfruttamento, un sottobosco di individui, appunto, “invisibili”.

¹⁶ G. Spangher, *Il processo penale come strumento di politica sociale*, ne *Il Penalista*, 7 gennaio 2019, p. 1 ss. compie un passo ulteriore: «Le dinamiche sociali, intercettate dalla politica e dalla giurisdizione, finiscono inevitabilmente per rimodulare i profili sanzionatori e quelli dell'accertamento», per continuare «da ultimo, nella società italiana,» il dato nuovo è che «il quadro politico di riferimento tra [collettività] e potere legislativo è mutato e che le istanze punitive non risultano più mediate dai corpi intermedi ma sono rappresentate a livello politico in modo maggiormente diretto. In altri termini, le [domande] provenienti dai fenomeni criminali – veramente diffusi o percepiti come tali – raggiungono in modo diretto la politica richiedendo risposte che

concetto, alcuni fattori dovrebbero essere tenuti ben presenti. L'integrazione non è un requisito verificabile *uno actu* o misurabile con un *test*, ma un processo interattivo e dinamico, un *work in progress*, che dovrebbe trovare svolgimento nella pratica quotidiana.

Nei testi positivi, si registra, insomma, una distorsione terminologica: all'inflazione legislativa, si è accostato il dissesto del linguaggio legale, che si manifesta in provvedimenti formulati in termini oscuri, equivoci e polisemi, talora articolati in innumerevoli disposti e commi che danno luogo, con continui rinvii a previsioni che, a loro volta, rimandano ad altre, a intricati e tortuosi labirinti normativi e a complicate sovrapposizioni non amalgamate. Esso, di fatto, reca con sé quella concettuale: ne è seguito il collasso del principio di legalità e una regressione del nostro ordinamento penale all'incertezza e all'arbitrarietà. La prevedibile conseguenza di questo squilibrio legislativo è un diritto penale di massima che dilaga fuori da ogni disegno razionale e in sostanziale violazione di tutti i suoi classici principi garantistici. Poi, si percepisce una sorta di ricerca dei nemici della civile convivenza, laddove costoro sono rappresentati dagli stranieri che suscitano inquietudine e vanno neutralizzati impedendone l'accesso¹⁷. Il ritorno di queste ideologie evidenzia l'involuzione, anche sul piano penalistico, delle moderne categorie di giudizio all'insegna di un'espansione incontrollabile del *totem* sicurezza¹⁸. Proprio quest'ultima nozione, viene intesa come bene giuridico – vero o presunto – alla cui stregua arretrare la soglia dell'incriminazione sino a sovrapporre la prevenzione del danno da reato con quella collegata alla neutralizzazione preventiva del (presunto) criminale. La sicurezza, da condizione necessaria per l'esercizio dei diritti, è assurda essa stessa a diritto, diventando strumento di ampliamento del controllo penale e di limitazione dei diritti individuali¹⁹.

per esigenze di consenso devono [essere date]. Le eliminazioni di corpi intermedi, capaci di filtrare e metabolizzare la domanda sociale determina inevitabilmente un certo massimalismo nella risposta politica». Nell'insieme, «il processo penale assume un nuovo ruolo. Il processo penale diventa uno strumento di politica sociale ritenuto funzionale alla tenuta della coesione del Paese, dovendo rispondere allo stato di disagio, reale o percepito, diffuso in larga parte della collettività. Sono molti gli indizi – ovvero le prove – che confermano questo assunto. Basti guardare» alla recente riforma dell'immigrazione «(e delle sue ricadute in punto di sicurezza)».

¹⁷ D. Pulitanò, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 556: «i discorsi sulla sicurezza tendono pericolosamente a dividere il mondo in campi contrapposti: da un lato i cattivi (spesso brutti e sporchi) che mettono in pericolo la sicurezza, dall'altro lato i cittadini perbene, preoccupati della loro sicurezza». Dominante è, oggi, «Non un diritto penale classicamente e compattamente autoritario, ma un diritto che differenzia tra noi e loro, tra i salvati e i sommersi, fra i normali cittadini (destinatari della protezione dal crimine), e i criminali da [annientare] con qualsiasi mezzo. Un sistema "a doppio binario": garantista e securitario per noi, repressivo per loro».

¹⁸ V. L. Riscato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino, 2019, *passim*.

¹⁹ Dinanzi alla *formless fear* generata dall'emergenza immigrazione, si è preferito la sicurezza alla libertà. Così, attraverso una politica di *zero tolerance* lo straniero è stato etichettato come delinquente, nemico "immaginario" da colpevolizzare o escludere. La presenza nell'attuale società "securitaria" degli stranieri ha condotto, in linea trasversale, ad un ordinamento nel quale le tradizionali garanzie rappresentano, piuttosto che l'effetto, la causa di una criminalità solo apparente. In prospettiva ampia, si assiste all'incremento irragionevole delle fattispecie incriminatrici nella lotta all'immigrazione clandestina; il che, costituisce il baluardo dello sviamento della attuale (e malata) politica criminale, lontana dal soddisfare gli interessi collettivi. Le motivazioni di questa legislazione fortemente punitiva, sorretta dal populismo penale, sono da ricercare nella spinta della collettività affetta da panico securitario che, spesso, si traduce in razzismo: l'affermazione dell'attuale politica criminale, severa e iniqua, si deve, principalmente, alla domanda di sicurezza di una società disposta a sacrificare le proprie libertà. Le imponenti ondate migratorie hanno prodotto un senso di smarrimento, sociale e politico, tanto da confutare le tradizionali tutele del diritto penale in favore del controllo sociale modulato sullo stigma dello straniero, che impersona la paura collettiva e il conflitto sociale, e di politiche manipolate per accreditare, anziché diritti, consensi. Invece, per ricondurre ad un equilibrio giuridico bisognerebbe fermare la corsa criminogena (e con essa, gli sbarramenti alle frontiere e la cernita dei flussi migratori), volta a punire condotte disobbedienti senza offesa o di scopo, nonché l'affermazione di una dimensione puramente soggettiva del diritto (legittimante un anacronistico *labelling approach* secondo cui l'immigrato è individuo deviante, lontano dalle regole sociali e culturali del Paese di approdo, pertanto da stigmatizzare in ogni caso) che mal si attaglia alla tradizionale struttura penale (della libertà e non della sicurezza). Si abusa, dunque, di un bene giuridico falsamente assicurato per ampliare l'area del diritto sostanziale che non dovrebbe punire fenomeni sociali. All'opposto, la sicurezza non può, ontologicamente, porsi come diritto puro in grado di giustificare la criminalizzazione della immigrazione clandestina: il contrario, sarebbe una forzatura. In ogni caso, non può approvarsi l'assodata endiadi devianza-criminalità, così come è inaccettabile quella immigrazione-delinquenza che crea, nella collettività, un sentimento di ostilità e repulsione nei confronti dello straniero. Ne deriva che gli epiloghi della parabola dell'etichettamento appaiono poco confortanti poiché creano un bacino di limiti e facoltà distinto da quello degli autoctoni che finisce per partorire disuguaglianze. Le riflessioni sono di G. Alesci, (*In-*) *Sicurezza e immigrazione. La "colpevolizzazione" dello straniero nel diritto dell'emergenza*, cit., p. 1 ss. (a cui ci si riporta anche per la nutrita bibliografia citata, ntt. 1-88) il quale non esita nella conclusione: «Si esprime, così, la preoccupazione per la deriva di una politica criminale che, nonostante si sia dimostrata fallimentare e pres-

Per quanto attiene il problema migratorio, invero, con evidenti effetti distopici, si smarrisce pure, ad un certo momento, nella fretta dell'approvazione, la rincorsa all'ampliamento della rilevanza penale²⁰: se da un lato, si ricorre al diritto penale e al presunto effetto di deterrenza e intimidazione del soggetto migrante scaturente dalla minaccia della pena quale strumento di contenimento e, dunque, si introducono previsioni atte a regolamentare fattispecie sinora sguarnite di una legislazione *ad hoc*, si riaffacciano, operando un autentico cambio di direzione, nel tessuto normativo interno, reati che, puniti nell'assetto preesistente, sono stati, in seguito, depenalizzati²¹ e diverse condotte vengono trasformate da contravvenzioni in delitti²²; dall'altro, si lasciano impuniti dei comportamenti meritevoli di pena. Accade, ad esempio, che siano vietate talune forme di protesta trasversali, cosicché, se un soggetto, con tali modi, si dorrà della propria condizione di straniero in Italia, non potrà poi permanere nel territorio nazionale; e, nel contempo, che la condanna definitiva per alcuni crimini divenga (solo) causa ostativa all'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato o ragione del suo allontanamento e, conseguentemente, determinerà il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno.

Deve bollarsi, poi – risalendo da dove si era partiti –, l'abuso della decretazione d'urgenza che non è certo un fatto inedito²³; non sorprende nemmeno la disinvoltura con la quale, godendo della certezza dei numeri nelle aule parlamentari, si ricorre allo sbarramento del voto di fiducia per imporre riforme sgradite all'altra faccia della politica che ribadisce la centralità del Parlamento come fautore delle leggi. Si smarrisce il senso delle coordinate dell'ordinamento per rispondere alla collettività oramai disarmata di fronte all'acuirsi di vari fenomeni sociali e criminogeni. Nella breve storia del superato Governo, tuttavia, tale *modus operandi* ha raggiunto l'apice. Peraltro, gli eccessi in questa prospettiva, risultano oltremodo inaccettabili poiché camminano di pari passo con un'ulteriore tendenza portata alla ribalta, con una certo lassismo, dall'odierno Esecutivo. Sebbene non adottate con decreti legge, sono state approvate alcune novelle che soddisfano sempre la logica emergenziale, fornendo celeri strumenti per tamponare le vicende concrete che attanagliano la società: quelle in materia di corruzione²⁴, di legittima

soché controproducente, persevera, ancora oggi, una pericolosa esaltazione totalizzante della sicurezza. Il recente Decreto Sicurezza, infatti, prevedendo il raddoppio dei tempi nei Centri di permanenza per il rimpatrio, che da 90 giorni salgono a 180, nonché l'abrogazione dei permessi di soggiorno per motivi umanitari o l'ampliamento dei reati che provocano la revoca del permesso di rifugiato, allontana ogni rilettura del sistema in termini di accoglienza in favore di una "amministrativizzazione dei diritti fondamentali che conferma una (in-)sofferenza del sistema al cambiamento culturale, prima ancora che sociale, verso qualsiasi prospettiva d'integrazione».

²⁰ Sarebbe, comunque, un perdente chi crede che le *guide-lines* non siano quelle di un diritto penale della sicurezza e del carcere che rischia di erodere le garanzie liberali: queste ultime possono essere erose, avendo ciò un senso positivo, legittimo e razionalmente esplicabile. Ma, una cultura penalistica liberale, pur dovendo partire dal problema sicurezza, dovrebbe farsi carico di tutte le sue implicazioni: sia esigenze d'intervento con norme penali e strumenti di coercizione, sia esigenze di contrappesi e limiti. Vale a dire che la sicurezza che interessa le democrazie liberali è, non solo quella da offese criminali, ma sicurezza dei diritti, a tutto campo, anche nei confronti dell'autorità. Mentre, nei decreti 'Salvini' alla natura e gravità dell'illecito corrisponde un tipo di responsabilità caratterizzata da un notevole stigma e sanzioni fortemente espressive, gestite dall'autorità pubblica; legato, perciò, a presupposti stringenti, definiti dalla legge in anticipo.

²¹ ...peraltro, essi rientrano nel sostrato codicistico sanzionati con pene edittali gravose.

²² ... però – il che, destabilizza – di pari passo, sembra avanzare la condivisibile linea di pensiero secondo la quale il catalogo delle pene va arricchito con strumenti di risocializzazione non carcerari o non concentrati unicamente sulla sanzione. Il precipitato di tale visione, di cui sono espressione i frangenti giudiziari minorili e periferici (giurisdizione di pace), consiste sia nell'introduzione di attività (consensuali) riparatorie, sia nell'allestimento di percorsi partecipativi volontari tesi a rivelare la compiuta auto-analisi del comportamento antisociale (messa alla prova), sia infine nella rapida via di fuga dal circuito giudiziario se il fatto, astrattamente illecito, non merita una condanna per la sua particolare tenuità. Peraltro, le proiezioni anche della politica europea sono nel senso di superare l'ottica carcere-centrica e sembrano prevalere interessi di funzionalità tesi ad accrescere i meccanismi di *diversion e*, in generale, una logica deflattivo-negoziale della giustizia penale. Invece, nei decreti in disamina prevale l'idea di combattere l'integrazione e punire *tout court*. Cosicché, si registrano polverizzazioni di anni e anni volti a far crescere lo scambio culturale.

²³ Un po' più sfumata appare l'opinione di C. Forte, *Il decreto sicurezza è legge. Il testo approda in Gazzetta ufficiale*, cit., p. 4: «la scelta della decretazione d'urgenza appare condivisibile avuto riguardo ad alcune tematiche di grande attualità e di estremo interesse per l'opinione pubblica, anche in conseguenza diretta di gravi episodi di cronaca, quali ad esempio la disciplina del fenomeno migratorio, ovvero la prevenzione di attentati terroristici, già attuati in altri Stati europei servendosi di veicoli noleggiati (...)»; «al contrario essa non risulta immediatamente comprensibile allorché l'obiettivo sia il riordino di un intero settore, come quello del funzionamento dell'A.N.B.S.C. e della destinazione dei beni confiscati, ovvero l'introduzione di specifiche correzioni procedurali che non appaiono certo caratterizzate da una specifica connotazione di indifferibilità e di urgenza».

²⁴ Così, tra le iniziative si fa largo, dopo una tormentata approvazione in sede parlamentare e non senza una considerevole

difesa nel domicilio²⁵ e di giudizio abbreviato²⁶, imbastite senza adeguata ponderazione, il coagulo dei

eco mediatica, la 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») volta a rendere più incisivo il contrasto alle diverse forme di corruzione, sia in ambito pubblico che tra privati. Essa, annunciata con la consueta enfasi mediatica tipica della presentazione di provvedimenti in materia di giustizia, è stata denominata “spazza-corrotti” o “spazza-faccendieri” a sottolineare l’intendimento di dare concretezza alle promesse di lotta al malaffare manifestate dai partiti che compongono la compagine governativa nel corso dell’ultima campagna elettorale. Con sé reca innumerevoli cambiamenti ai codici penale e di procedura penale, civile, all’ordinamento penitenziario e ad alcune leggi speciali per sterilizzare gli effetti degli illeciti contro la pubblica amministrazione (prevenzione, accertamento e repressione dei reati contro la PA). La bibliografia è vasta; si citano, tra i molti, F. Cingari, *Sull’ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, in *Legislazione pen.*, 1° agosto 2019, p. 1 ss.; P. Cirillo, *Reati contro la P.A. e pene accessorie. La disciplina modificata dalla l. 3/2019*, ne *Il Penalista*, 8 febbraio 2019, p. 1 ss.; L. Della Ragione (a cura di), *La legge anticorruzione 2019 (l. 9 gennaio 2019, n. 3)*, ne *Il Penalista* (Speciale riforma), Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019; con specifica attenzione ai profili di legittimità costituzionale delle innovazioni in punto di sistema penitenziario, F. Martin, *La legge 9 gennaio 2019, n. 3: la cd. “spazzacorrotti” sotto la scure della Corte costituzionale?*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 5, 1 ss.; A.F. Masiero, *L’agente sotto copertura in materia di delitti contro la pubblica amministrazione: una (in) attesa riforma. Note a margine della legge “spazza-corrotti”*, in *Legislazione pen. web*, 8 aprile 2019, p. 1 ss.; O. Mazza, *La carcerazione immediata dei corrotti: una forzatura di diritto intertemporale nel silenzio complice del legislatore*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, p. 1 ss.; V. Mongillo, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 5, p. 231 ss.; T. Padovani, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, p. 1 ss.; G. Pavich, *La nuova legge anticorruzione: alla ricerca dell’efficacia perduta nella lotta al malaffare*, ne *Il Penalista*, 21 gennaio 2019, p. 1 ss.; M. Pellissero, *Le nuove misure di contrasto alla corruzione: ancora un inasprimento della risposta sanzionatoria*, in www.quotidianogiuridico.it; 11 settembre 2018; F. Piccioni, *L’anticorruzione in Gazzetta ufficiale. Le novità della legge 3/2019*, ne *Il Penalista*, 17 gennaio 2019, p. 1 ss.; D. Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 4, p. 235 ss.; C. Rizzo, *La “spazzafaccendieri” della “spazzacorrotti”*. *Le (persistenti e accresciute) aporie del nuovo traffico di influenze illecite*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, p. 1 ss. Inoltre, C. Cataneo, *L’assenza di disciplina intertemporale della legge spazzacorrotti al vaglio della giurisprudenza di merito*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 21 giugno 2019, p. 1 ss. che commenta l’ordinanza della Corte di appello di Napoli, sez. II, 3 aprile 2019.

²⁵ Passando alla seconda delle materie menzionate, la legittima difesa (nel domicilio), va rimembrato, anzitutto, in estrema sintesi, il *novum* del testo legislativo 26 aprile 2019, n. 36. Esso, con riferimento alle stesse situazioni ambientali (privato domicilio e ambienti equiparati), ha modificato l’art. 52 c.p. inserendo nel secondo comma la parola “sempre” (nei casi considerati sussiste sempre il rapporto di proporzione) e introducendo un comma nuovo, il quarto: «agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l’intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone». Ha, inoltre, ristretto l’ambito di punibilità per eccesso colposo, inserendo un altro comma nell’art. 55: nel caso di difesa da aggressioni in luogo privato (commi 2, 3, 4 dell’art. 52) «la punibilità è esclusa se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all’art. 61, primo comma, numero 5 (cioè in condizioni di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa), ovvero in stato di grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo in atto». Se non paiono sussistere dubbi in ordine ad una parte della prima norma che sembra ossequiosa del fondamento costituzionale della legittima difesa, vale a dire la “necessità” della medesima da valutarsi, ai fini dell’esonero della pena, secondo un ragionevole bilanciamento dei valori fondamentali in gioco, oltre che del requisito dell’attualità dell’aggressione, preoccupazione desta l’art. 55 c.p. Tale previsione, in effetti, d’acchito, parrebbe ingigantire troppo l’area di non punibilità dell’eccesso di difesa. Invero, ad un esame più attento, sembra di poter affermare che il dato positivo non tocca e non riduce i principi di legalità/determinatezza penale: in conformità alla Carta costituzionale, presuppone una portata obiettiva del “grave turbamento” e questo è determinato dalla situazione concreta in cui si manifesta. Parametri della scusante, questi, da rimettersi all’accertamento del giudice e, prima ancora, al titolare dell’accusa. Tornando all’art. 52 c.p., sempre con funzione restrittiva della reazione, si pone il comma 1 della previsione laddove stabilisce che la difesa deve essere proporzionata all’offesa; quest’ultima, insomma, «è un limite di tollerabilità etico-sociale che comporta un costo etico-sociale in situazioni di conflitto». In questi termini, si esprime D. Pulitanò, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 5, p. 209 che, nello scritto (p. 205 ss.), svolge le considerazioni appena esposte – e condivisibili appieno – attraverso la riproposizione degli stralci più significativi della lettera del Presidente della Repubblica che ha accompagnato la promulgazione della legge n. 36 del 2019. L’A., peraltro, “salva” la novella anche rispetto all’ingresso, nel linguaggio legislativo, della formula “difesa sempre legittima”, asserendo, nonostante la sua «ambiguità», che si tratta di un mero «slogan di propaganda politica» che ha la mera funzione di «lanciare un messaggio», ma che, di contro, «il sempre non introduce alcun nuovo elemento di fattispecie: cifra retorica della novella del 2019, il sempre legittima è pura parola, priva di significato normativo». Ciò, è vero nei limiti in cui la vacuità dell’inserzione terminologica rimanga, sul piano esegetico, all’interno di un’impostazione liberale e non cada nel quadro di quella populista del più penale: solo così la riforma della legittima difesa resterebbe l’unico troncone delle innovazioni che determina il ritrarsi del penale e il contestuale allentamento degli spazi scriminanti a protezione dei diritti individuali. Di certo, il messaggio, ingannevole, è servito al legislatore per accaparrarsi il consenso e se verrà sfruttato in maniera fuorviante farà scivolare anche questa manovra tra gli strumenti della teoria sovranista. Per altri particolari sui nuclei tematici della novella, visioni diversamente sfumate, opposte, riflessioni sulla prevista esclusione o limitazione della responsabilità civile in caso di legittima difesa domiciliare, punti di forza, ritenute criticità, eventuali vizi costituzionali, alleggerimento (*lato sensu*) del peso del procedimento penale (che rimane inevitabile), nonché gli effetti della riforma a livello politico, sulla prassi, sulla sicurezza pubblica (che vedrà, verosimilmente, un aumento del numero di fatti violenti in quanto chi intende difendersi è spronato a procurarsi un’arma da usare all’occorrenza e colui che delinque, consapevole di questo, si attrezzerà a sua volta), sino a toccare i rapporti della disciplina con l’art. 2 Cedu e i profili comparatistici, v., tra gli

innumerevoli contributi, F. Bacco, *Il grave turbamento nella legittima difesa. Una prima lettura*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 5, p. 53 ss. Poi, R. Bartoli, *Verso la "legittima offesa"?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 1, p. 17 ss.; F. Consulich, *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 5, p. 1 ss.; M. Gallo, *Due o tre cose sul nuovo volto della legittima difesa*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, p. 1 ss.; G. L. Gatta, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 1° aprile 2019, p. 1 ss.; Id., *Legittima difesa nel domicilio: considerazioni sui profili di legittimità costituzionale, a margine della lettera con la quale il Presidente della Repubblica ha comunicato la promulgazione della legge n. 36 del 2019*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 6 maggio 2019, p. 1 ss.; A. Ingrassia, *La legittima difesa domiciliare speciale: la difesa è sempre legittima?*, ne *Il Penalista*, 24 maggio 2019, p. 1 ss.; G. Insolera, *Dalla legittima difesa all'offesa legittimata? Ragioni a confronto sulle proposte di modifica dell'art. 452 c.p.*, in *Questione giustizia web*, 21 gennaio, 2019, p. 1 ss.; L. Risicato, *Le interferenze tra anti giuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, in *Legislazione pen. web*, 28 giugno 2019, p. 1 ss. (l'A., assai critica sulla legge tanto da definirla avente «portata eversiva ed incompatibile con i principi fondamentali del nostro ordinamento e suscettibile di scrutinio da parte della Consulta», sostiene che l'ampliamento a dismisura dei confini della legittima difesa diffonde messaggi errati sul ruolo effettivo dello Stato, debole ed incapace di difendere esso stesso la collettività, il lessico del provvedimento è affetto da vaghezza, il termine di paragone è rappresentato, dopo aver compiuto una valutazione comparatistica, dai sistemi delle democrazie illiberali e, infine, che il medesimo, il quale, in definitiva, ha valenza eminentemente simbolica e limitato impatto nella prassi, è simbolo di un diritto penale che diventa «medium nel quadro di un declino della nostra forma di Stato»); P. Veneziani-M. Celva, *Difesa legittima*, ne *Il Penalista*, 8 luglio 2019, p. 1 ss. Da non molto, D. Perrone, *L'errore nella legittima difesa: dal criterio del 'difensore modello' al giudizio 'ad personam'?*, in *Legislazione pen.*, 2 settembre 2019, p. 1 ss. (soprattutto, p. 15 ss.).

²⁶ Le ultime notazioni vengono spese per la epocale sterzata in materia di rito abbreviato frutto della l. 12 aprile 2019, n. 33 («Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo») la quale è valevole, per espressa previsione, in relazione ai fatti commessi dopo il 20 aprile 2019 (si evita la retroattività *in peius* della disciplina). L'improvvisato articolato normativo – proveniente dall'approvazione del d.d.l. n. S925 – non reca ragioni sistematiche né, al netto dell'effetto propagandistico, incide sempre sulla pena (talvolta recuperabile) e sulla celerità del processo. Qui si annida la fallacia della manovra che ruota attorno alla eliminazione della possibilità, per l'imputato, di addivenire alla celebrazione del giudizio abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo (art. 438, comma 1 *bis*, c.p.p.). Si stabilisce, insomma, una nuova regola accertativa per i delitti colpiti dalla pena perpetua e, per essi, è stato imposto la verifica dibattimentale da parte del giudice naturale preconstituito per legge, la corte d'assise. Sottrassendo sui singoli passaggi normativi e le loro implicazioni, la ragione di fondo della legge è espressione dell'onda emotiva che ha accompagnato i recenti fatti di cronaca e si traduce nella garanzia di una risposta sanzionatoria severa in presenza di accadimenti di particolare gravità e allarme sociale; d'altro canto, rientra nell'ambito della discrezionalità del legislatore l'introduzione di limiti all'accesso ai riti premiali rispetto a illeciti il cui trattamento penitenziario è indice di massimo disvalore per l'ordinamento, fermo restando il divieto di irretroattività di disposizioni che incidono sull'esecuzione. Si legga il parere del CSM approvato dal *plenum* il 6 febbraio 2019 sulla proposta di legge, all'esame del Parlamento, AC 392/C, abbinata alla AC 460/C; esso è riportato in *Diritto penale contemporaneo web* dell'11 febbraio 2019 con l'intitolazione «Riforma del giudizio abbreviato e in applicabilità ai delitti puniti con l'ergastolo: il parere del CSM». Quanto ai contenuti, mette in luce le ripercussioni negative, sul complesso assetto del sistema giudiziario, che necessita di un notevole ricorso ai riti alternativi; sull'accesso alla collaborazione con la giustizia, poiché il procedimento alternativo è negato ai collaboratori i quali, pur beneficiando di un trattamento sanzionatorio di favore, non potrebbero accedere al giudizio abbreviato dal momento che la preclusione è ancorata all'imputazione; nonché, i problemi esegetici che si pongono in caso di processi cumulativi e del recupero del rito premiale nelle ipotesi di mutamento, nel corso dell'accertamento, della qualificazione giuridica del fatto. Conf. G. Leo, *Giudizio abbreviato: approvata la legge che esclude l'accesso al rito per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 4 aprile 2019, p. 1 per cui «il Legislatore ha voluto attuare una riforma che sarà gravida di conseguenze sulla gestione degli uffici giudiziari, sulla ragionevole durata dei processi, sulle stesse dinamiche di collaborazione processuale». In letteratura, inoltre, v. M. Siragusa, *L'abbreviato che verrà*, ne *Il Penalista*, 15 aprile 2019, p. 1 ss. L'A., estremamente critico nei confronti della scelta del legislatore che, a suo dire, avrebbe sottratto all'interessato «una opzione difensiva», oltre ad avere contraccolpi di rilievo sull'intero sistema giudiziario e porre problematiche in caso di abbreviato parziale, sostiene che «L'evoluzione storica del giudizio abbreviato rappresenta la cartina di tornasole del tentativo, mai sopito, di smantellare pezzo per pezzo l'idea del processo accusatorio» e, accennando alle motivazioni che hanno indotto all'emanazione della legge, afferma che «da esse non si può prescindere nell'anelito di comprensione del *no sense* riformatore. Sul piano della comunicazione mediatica la [novella] è stata spesa – in nome della propaganda – come l'«abolizione degli sconti di pena per i delitti più gravi», oppure con il richiamo a tecnico a esigenze di «certezza della pena» sotto lo slogan del «chi sbaglia paga». *O tempora o mores*: nell'era del populismo, il linguaggio del c.d. diritto penale *no-limits*, impone il ricorso a espressioni di *marketing* comunicativo tanto efficaci quanto ingannevoli». Egli, dopo aver – e a ragione – ristabilito ordine sulle fondamenta del procedimento alternativo, sottolinea come, di contro, «Nella *vulgata* comune, dalla quale il populismo ha attinto a *man bassa*, il giudizio abbreviato è stato rappresentato, in modo fallace, come «il rito scelto dal colpevole che vuole lucrare uno automatico di pena»». E chiosa con una perplessità: l'autentico *vulnus* all'ordinamento risiede nell'«autarchia della decisione del pubblico ministero in ordine a quali siano le regole che presiedono all'accertamento del fatto; regole che l'imputato subisce per effetto delle scelte dell'organo inquirente. In verità, la questione non è nuova, e già accade per altro verso che la qualificazione giuridica del fatto, operata nell'imputazione dall'inquirente, *determini* le opzioni processuali dell'imputato. (...) In casi simili, è l'organo dell'azione a decidere (per l'imputato) le opzioni difensive oppure il metodo probatorio. Il che, ci pare, non sia rispondente ad un processo di parti». In ottica meramente ricostruttiva, C. Scaccianoce, *Giudizio abbreviato*, ne *Il Penalista*, 3 maggio 2019, p. 1 ss. Desta curiosità, inoltre, il contributo di A. Trinci, *La preclusione del giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo. Considerazioni sulla l. n. 33/2019*, ne *Il Penalista*, 20 maggio 2019, p. 1 ss. che dedica parecchio al rapporto tra giudizio abbreviato-riqualificazione giuridica del fatto, analizzando tutte le possibili combinazioni (da reato punito

settori coinvolti (l'accademia e gli operatori) e licenziate in tempi molto brevi. La qual cosa, anche per tagliare ogni rapporto con i precedenti Governi accusati del fallimento, sotto più versanti, della politica interna e internazionale. Ne sono derivati, tuttavia, prodotti in cui il linguaggio della dogmatica è difettoso, la tecnicità è carente e i principi risultano deformati e, talvolta, persino, azzerati. Dunque, si è di fronte a semplici operazioni di facciata, inidonee a soddisfare gli scopi per i quali sono state immaginate.

Le prime avvisaglie appartengono alla riforma dell'ordinamento penitenziario²⁷, ne sono seguiti, in senso cronologico, il provvedimento in analisi, n. 113 del 2018, e il decreto sicurezza *bis*²⁸. Non per questo non è da stigmatizzare in un impianto nel quale si è voluto ribadire l'ordine e la divisione dei poteri, consacrando in capo alle Camere il potere normativo primario (l'intervento di esse è funzionale alla tutela dei diritti e connota l'ordinamento costituzionale nel suo complesso) e limitando il ruolo dell'Esecutivo ai casi di delegazione o straordinari di «necessità ed urgenza», condizioni che devono ricorrere entrambe e che fungono da presupposto (*ergo*: condizione oggettiva) indispensabile ai fini dell'emanazione

con l'ergastolo – *ergo* proposizione di richiesta inammissibile – ad altro ripensato *in melius* con possibile recupero del rito e da crimine per il quale è consentito il rito ad altro rimeditato come delitto sanzionato con l'ergastolo: si verifichi la modifica dell'imputazione ad opera del p.m. in udienza preliminare o nella ribalta dibattimentale – ove si riconquista l'effetto premiale del procedimento –, alle lacune della normativa (giudizi abbreviati atipici, d'impugnazione, processi cumulativi in senso oggettivo e soggettivo), ai numerosi dubbi di costituzionalità dell'assetto normativo. V., anche G. Spangher, *Come cambia il giudizio abbreviato: conseguenze dell'inapplicabilità del rito speciale ai delitti puniti con l'ergastolo*, ne *Il Penalista*, 8 aprile 2019, p. 1 ss. i quale, tra l'altro, invita alla riflessione su un vuoto della innovazione: la «revisione della sentenza di condanna preclusiva del rito contratto che, per effetto di nuove prove, non comporterebbe l'assoluzione ma una qualificazione compatibile con il rito abbreviato e quello di un rito abbreviato ammesso e deciso in udienza preliminare che subisca negli sviluppi procedurali successivi all'udienza preliminare (giudizio d'appello, ad esempio) una conclusione nel senso della inammissibilità del rito (...). Infine, F. Barbero, *L'inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo. Brevi note a caldo*, in *Giurisprudenza penale web*, 5 maggio 2019, p. 1 ss. tagliente quanto alla conciliabilità del cambiamento con i principi costituzionali: l'art. 3 Cost. (ragionevolezza del differente trattamento tra reati puniti con la pena dell'ergastolo e tutti gli altri – dunque, coinvolgimento del principio di uguaglianza – poiché, quantomeno in prima battuta, «sembra ingiustificato negare ad alcuni imputati, sulla base della sola natura della pena prevista per i reati a loro contestati, la possibilità di anticipare la definizione del giudizio e di beneficiare di uno sconto di pena»), gli artt. 111, comma 2, e 27, comma 2, Cost. («vietare l'accesso a un rito premiale solo per alcune categorie di reati, allungando i tempi del processo per l'imputato non colpevole, potenzialmente viola anche il principio della ragionevole durata del processo, nonché della presunzione di non colpevolezza»).

²⁷ Il pensiero volge ai dd.lgs. 121, 123 e 124 del 2 ottobre 2018 con rispettiva rubrica «Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 81, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103», «Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u) della legge 23 giugno 2017, n. 103», «Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere g), h) e r) della legge 23 giugno 2017, n. 103». L'apparato penitenziario, flagellato dal sovraffollamento all'interno degli istituti di restrizione, abbisogna di un nuovo volto, tanto che il Governo in carica preannuncia interventi «chirurgici» sullo stato dell'arte e, al contempo, innovazioni dalla portata colossali: raccogliendo il diffuso consenso tra gli studiosi e gli operatori. Nel contemperare risocializzazione e sicurezza collettiva, seguendo il prisma della ragionevolezza, bisogna agire ad ampio spettro; resta(va), infatti, in secondo piano la legalità nella esecuzione della sanzione (che deve informare di sé anche la teoria della risposta al crimine e l'espiazione della pena), la piena tutela dei diritti dei detenuti pesantemente calpestati. Mentre, ne deriva una manovra che, anziché attribuire consistenza alla effettività della rieducazione e risocializzazione del condannato, si presenta, contrariamente alle aspettative, mal coordinata, di superficie e priva di un disegno dalla cornice ben delineata. Quasi nulla di quanto preannunciato viene realizzato: nella riforma si esaltano, in prevalenza, le istanze securitarie; dunque, nasce monca (l'originario assetto subisce, nei vari passaggi verso l'approvazione, una grave amputazione in quanto si mostra incompiuto, settoriale, sterile di salienti capisaldi e, non secondario, disallineato con la filosofia che dovrebbe permeare di sé la materia. Quanto fatto dai *conditores* è parziale, ben poca cosa rispetto alla portata innovativa che avrebbe avuto l'affermazione della prevalenza delle istanze trattamentali rispetto a quelle securitarie. Una metamorfosi di questo genere equivale a un vero e proprio disconoscimento dei valori che si intendevano salvaguardare. La letteratura è copiosa; si menzionano, per arricchire il quadro conoscitivo, tra gli altri, G. Paccagnella Casari, *La riforma dell'Ordinamento Penitenziario: soluzioni timide per problemi gravi*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 3, p. 1 ss.; F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018)*, ne *Il Penalista* (Speciale riforma), Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, *passim*; F. Fiorentin e C. Fiorio, *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, *passim*; F. Fiorentin – F. Siracusano (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, *passim*; C. Fiorio, *Carcere: la riforma dimezzata/Prison: the Half-Reform*, in *Processo penale e giustizia*, 2019, 740 ss.; F. Tribisonna, *La disciplina per l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni tra buoni propositi e innegabili criticità/The discipline for the execution of the sentences against the condemned minors between good intentions and undeniable critical issues*, in *Processo penale e giustizia*, 2019, 717 ss. Si segnala, per la sua esaustività, M. Colamussi (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Torino, Giappichelli, in corso di pubblicazione. Volendo, v., altresì, O. Bruno, *Trattamento intra moenia e aspetti spazio-temporali della detenzione*, in M. Colamussi (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Torino, Giappichelli, in corso di pubblicazione.

²⁸ V., *infra*, § «DECRETO SICUREZZA: SECONDA TRANCHE».

zione dell'atto (art. 77 Cost.)²⁹. Il Governo, in altri termini, può ricorrere a questo meccanismo, riservatogli dalla Costituzione, soltanto in simili ipotesi da fronteggiare; tant'è, che il decreto legge anticipa il lavoro parlamentare ed è un atto precario che, pur avendo la forza di legge, è sottoposto ad un sindacato in sede di conversione: vale, analogamente che nel diritto penale, un criterio quantitativo per cui la decretazione d'urgenza deve regolare il minor numero di ipotesi in relazione al complesso normativo³⁰. Ma, pur volendo riconoscendogli un largo margine di elasticità, ove si realizzi il passaggio dei decreti sicurezza per le forche caudine del disposto dell'art. 77 Cost., i contenuti dei dd.ll. n. 113 del 2018 e 53 del 2019, l'eloquenza delle opzioni lessicali del dettato sovraordinato, l'assenza di legami effettivi tra le previsioni degli atti del tutto disomogenee (parametro qualitativo), la genericità di queste ultime e, per quanto riguarda il profilo migratorio, l'evidenza empirica, i dati ufficiali sull'evento, rendono auto-evidente l'assenza dei requisiti imposti dalla Carta fondamentale³¹.

²⁹ «Necessità ed urgenza (...) riguarderebbero situazioni in cui è talmente impellente [l'esigenza] di intervento normativo da non consentire di attendere l'ordinario iter di formazione della legge (come nel caso di una catastrofe naturale). L'eccezione di cui si parla all'art. 77 Cost. utilizza il criterio del fatto ed è eccezione rispetto all'applicabilità della procedura di formazione delle leggi (e quindi della divisione dei poteri). Difficilmente, potrà parlarsi di necessità a fronte di decreti che disciplinano intere materie toccandone ogni aspetto rispetto a problematiche che si protraggono nel lungo periodo». Coticché, «Emergenziale è un evento rispetto al quale l'ordinamento non possiede strumenti di reazione o che sia di straordinaria estensione o di particolare criticità. Inoltre, deve trattarsi di una situazione provvisoria in grado di mettere in pericolo interessi costituzionalmente garantiti. Resta poco chiaro il quesito fondamentale, ovvero di quali elementi si componga l'emergenza. Sicuramente, deve trattarsi di una situazione imprevedibile ed antitetica rispetto alla normalità, ciò nel rispetto del rapporto regola-eccezione; ulteriore requisito è quello della novità ed attualità, ovvero l'evento deve verificarsi per la prima volta e richiedere l'adozione di determinate misure in stretta correlazione temporale con il fatto emergenziale. Inoltre, deve trattarsi di un accadimento temporaneo del quale, tuttavia, non se ne conosce la durata». Pertanto, «Qualora l'evento non avesse una durata temporale limitata, andrebbe piuttosto ricondotto al processo di evoluzione storica e sociale del contesto nel quale viviamo, da affrontare e gestire con gli ordinari strumenti a disposizione del legislatore. Orbene, solo in presenza dei presupposti richiamati è possibile parlare correttamente di emergenza e giustificare l'intervento "di fatto" da parte del Governo e quindi l'alterazione temporanea della Costituzione (...): S. Centonze, *Emergenza immigrazione. D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in L. 1 dicembre 2018, n. 132*, Milano, Key S.r.l., 2019, p. 215 s.

³⁰ Di certo, le riflessioni sulla decretazione d'urgenza sono diffuse nella dottrina gius-pubblicistica. Molte sono le problematiche che si innescano con il ricorso ad essa. A parte l'accenno fatto, sarebbe interessante delineare i margini del suo impiego nel nostro ordinamento, sia dal punto di vista quantitativo (in rapporto alle altre fonti normative di rango primario) che qualitativo (temi trattati e procedure seguite), il ruolo da essa assunto nel panorama delle fonti normative, se possa dirsi ponderato o, di contro, sconsiderato, i principi cristallizzati dalla giurisprudenza pure della Corte costituzionale, quanto il suo impiego per temi ampi e ambiti singolari permetta di aggirare la discussione parlamentare e imporre, acriticamente, alle Camere il proprio indirizzo politico, se il decreto legge sia o meno usato solo in relazione alla normativa emergenziale e straordinaria, etc. In ordine a questi aspetti e altri non citati, v., per tutti, E. Aureli, *L'uso del decreto-legge nella XVII legislatura*, in *Rivista AIC* (Associazione italiana costituzionalisti), 2019, 1, p. 301 ss. che, ricorrendo alle regole statistiche elaborate in relazione alle ultime legislature e menzionando copiosa bibliografia, evidenzia il carattere sempre più corposo dei decreti legge tanto da poter parlare di «gigantismo» dei medesimi, la circostanza che gli stessi siano diventati una fonte normativa «dai contenuti fortemente disorganici ed eterogenei», le critiche espresse al riguardo, le difficoltà pratiche di porre in essere sanzioni efficaci nei confronti della disomogeneità, la correlazione eccessiva tra tale provvedimento e il voto di fiducia posto dal Governo

³¹ «È [palese] come emergano, prima ancora di entrare nel merito delle disposizioni contenute nel decreto-legge, seri dubbi di legittimità costituzionale, per il (difetto) dei presupposti di necessità ed urgenza che la conversione del decreto non può sanare, perché ciò significherebbe "attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie", con gravi conseguenze sulla tutela dei valori e dei diritti fondamentali (...): C. Corsi, *Profili di illegittimità costituzionale*, in F. Curi (a cura di), *Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza (Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132)*, Pisa, Pacini Editore, 2019, p. 3. L'A. prosegue – la linea di pensiero è condivisibile appieno – sostenendo che «L'aver poi posto la questione di fiducia sia al Senato che alla Camera sulla legge di conversione, troncando in questo modo ogni dibattito parlamentare su un atto normativo che incide sui diritti degli individui, non rassicura sul modo di procedere da parte dell'esecutivo, tanto più che il maxiemendamento su cui è stata posta la fiducia al Senato ha introdotto numerose, incisive e varieguate modifiche tanto da raddoppiare quasi il numero degli articoli, e aggravando ancor di più il difetto di omogeneità. Siamo quindi di fronte ad un provvedimento che contiene disposizioni [non amalgamate], [emesso] in carenza dei presupposti di necessità e urgenza, e convertito in legge (peraltro con [cambiamenti] spesso peggiorativi) dal punto di vista delle garanzie fondamentali) attraverso quel "voto bloccato" che la questione di fiducia determina». Alla base del ragionamento, si pone l'insegnamento di C. cost., sent. 23 maggio 2007, n. 171 [in precedenza, cfr. C. cost. sent. 27 gennaio 1995, n. 29 la quale affermava la possibilità di una declaratoria di illegittimità costituzionale della legge di conversione ma solo in caso di «evidente mancanza» (ovvero «chiara e manifesta assenza») dei presupposti per la decretazione d'urgenza; ciò, al fine di evitare che il sindacato della Corte si traducesse in una censura delle scelte politiche del Parlamento]. Nel prosieguo, vanno segnalate C. cost., sent. 30 aprile 2008, n. 128; C. cost., sent. 13 febbraio 2012, n. 22 la quale assume una posizione più incisiva rispetto ai precedenti del 2007 e 2008, che pur richiama, in quanto il difetto di

D'altra parte, eccetto il pacchetto sicurezza del 2009, quelli dell'ultimo decennio (compresi il n. 113 del 2018 e il n. 53 del 2019) sono stati varati mediante lo strumento del decreto legge, sul presupposto che gli interventi a tutela della collettività configurassero la "necessità" e l'"urgenza" che, ai sensi dell'art. 77 Cost., consentono il ricorso del Governo a tale forma di legiferazione. In realtà, quando vengono emanati i decreti 'Salvini', non vi è nessuna situazione di particolare pericolo per la società, né in relazione a questioni migratorie (i flussi migratori erano in calo e non avevano dimensioni numeriche tali da configurare una crisi del sistema di accoglienza), né, in merito al d.l. del 2018, alla sicurezza urbana.

Le ragioni del ricorso alla decretazione d'urgenza solo all'evidenza solo politiche e mediatiche. L'uso del decreto legge consente al Governo di evitare il dibattito approfondito cui è sottoposto un d.d.l. secondo la procedura ordinaria, fornendo, al contempo, un'immagine decisionista quanto mai preziosa in termini di consenso quando si tratta di mostrare all'opinione pubblica di saper gestire l'immigrazione e la pubblica sicurezza. Il decreto legge ben si presta, poi, in chiave comunicativa, ad una personalizzazione del provvedimento, che viene indicato dai media con il nome del Ministro dell'interno *pro-tempore*. Se la riforma avesse seguito la consueta via parlamentare, non si sarebbe compiuta una così forte identificazione del provvedimento con il nome del Ministro dell'interno, che ricava un forte dividendo politico tanto da potersi intestare riforme rigoriste in tema di immigrazione e sicurezza che, in questa oramai lunga fase storica, ricevono solitamente larga approvazione da parte della pubblica opinione. Un uso così spregiudicato, in termini costituzionali, della decretazione d'urgenza in materia di immigrazione e di pubblica sicurezza si è rivelato comune a tutte le maggioranze che hanno assunto la responsabilità dell'Esecutivo nell'ultimo decennio e sembra meriti un deciso arresto in sede giudiziaria. Cospicché, di fronte ad una pluralità di norme per le quali mancano i requisiti di necessità e urgenza (si pensi, per esemplificare all'introduzione della mendacità molesta o dell'esercizio abusivo dell'attività di parcheggiatore), non ci si stupirebbe se venissero sollevate e accolte questioni di costituzionalità relative alla mancanza nei decreti 'Salvini' dei requisiti fissati dall'art. 77 Cost. e, dunque, al mancato rispetto, nell'approvazione del testo normativo, delle regole indicate dalla Costituzione in punto di formazione delle leggi. Anzi, colpisce che i giudici siano riluttanti a ricorrere allo strumento dell'eccezione di costituzionalità per violazione dell'art. 77 Cost., al fine di porre rimedio al *vulnus* del principio di separazione dei poteri rappresentato dall'uso del decreto legge fuori dai casi previsti dalla Carta fondamentale; insomma, il costante depauperamento della centralità del Parlamento a favore della compagine governativa. Uno scrutinio più attento dei giudici sull'osservanza dei parametri dell'art. 77 Cost. sembra la strada da percorrere per porre uno sbarramento alla pratica inveterata della decretazione d'urgenza. Il che, a maggior ragione, quando si tratta di provvedimenti, come quelli sulla sicurezza che

omogeneità tra decreto e legge di conversione diviene motivo diretto di illegittimità di quest'ultimo. Degna di considerazione è, altresì, C. cost., sent. 19 luglio 2013, n. 220 che, innovativa nella parte in cui valorizza il profilo della applicazione immediata del decreto (il decreto «entrerebbe in contraddizione con le sue stesse premesse se contenesse disposizioni destinate ad avere effetti pratici differiti nel tempo»), non si spinge, tuttavia, sino ad analizzare l'utilizzo dei decreti legge in maniera distorsiva del sistema di divisione dei poteri. Per una riepilogazione delle esposte decisioni, v. S. Centonze, *Emergenza immigrazione. D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in L. 1 dicembre 2018, n. 132, cit.*, p. 217 ss. Giova ricostruire la visione di A. Natale, *A proposito del decreto sicurezza-bis*, in *Questione giustizia*, 20 giugno 2019, p. 15 s. che, espressa a proposito del d.l. 14 giugno 2019, ha valenza generale: la disamina di tale provvedimento «consente di registrare alcune linee di tendenza che, molto probabilmente, non sono casuali, ma rispondono ad una cifra culturale delle forze politiche che ora hanno la responsabilità di governare il Paese. (...). Si conferma – per l'ennesima volta – lo spostamento del "vero potere", che abbandona le assemblee elettive per trasferirsi nelle stanze del Governo. La forma di [Esecutivo] voluta dal Costituente (forma di governo parlamentare) è oramai vissuta con malcelato fastidio ed è continuamente esposta a piccole e grandi forzature; gli atti aventi forza di legge sempre meno spesso vengono parloriti nelle assemblee elettive e (sempre più spesso) promanano dall'autorità di governo che (sempre più spesso) non esita a fare ricorso alla decretazione di urgenza e (sempre più spesso) ottiene la conversione dei decreti legge con l'apposizione di questioni di fiducia che soffocano il (già angusto) spazio del dibattito parlamentare. E il ricorso alla decretazione di urgenza è preoccupante non solo per la consistenza quantitativa del fenomeno, ma anche per le evidenti forzature cui sono sottoposti i concetti di straordinarie necessità e urgenza. È sufficiente leggere i considerando introduttivi del decreto: essi danno l'immagine di un Paese sull'orlo della guerra, esposto alle invasioni saracene (via mare) e in preda alle orde barbariche (degli *ultras*). Questa sarebbe la situazione di straordinaria necessità e urgenza che giustificerebbe il ricorso allo strumento della decretazione di urgenza – che la Costituzione vuole *eccezionale* – e la deroga al percorso legislativo ordinario. Ebbene, a smentire gli allarmi dei considerando introduttivi del decreto» vale affermare semplicemente che gli sbarchi negli ultimi anni si sono ridotti drasticamente, né vi sono situazioni che motivano l'accanimento penale e processuale nei confronti dei tifosi e non solo. In altre parole, si tenta di costruire a tavolino una situazione sopraffatta da paure non confermate dai dati reali che giustificerebbero lo spostamento di potere che risulta dalle Assemblee legislative al potere esecutivo e che appare ancora più preoccupante ove si consideri che, con la decretazione, sono state anche introdotte disposizioni di carattere penale.

incidono, in modo anche significativo sui diritti fondamentali, e rispetto ai quali risulta, quindi, ancora più grave la sottrazione alla consueta procedura deliberativa in sede parlamentare per mere ragioni di convenienza mediatica e politica.

La volontà di procedere cavalcando l'onda di presunte frontiere emergenziali, che, per tradizione, si riallaccia, *funditus*, alla indifferibilità e all'impellenza, risulta, in definitiva, di difficile comprensione, oltre che poco aderente al tessuto costituzionale; oltretutto, la diffusione della decretazione d'urgenza è il sintomo che la crisi è giunta al suo parossismo.

Altrettanto discutibile, è la scelta di allestire una manovra di vasta portata, come quella in parola, ricorrendo, dinanzi ai rami del Parlamento, al voto "a bocce ferme". Difatti, i decreti 'Salvini' sono un affondo ad ampio raggio, una congerie di disposizioni eterogenee assemblate soltanto da mera casualità temporale tant'è che spazia dal tema, insidioso, dell'immigrazione che – prima della politica interna, europea ed internazionale – scuote le coscienze di tutto il mondo, poiché reca con sé abbandono, disperazione e morte³², transitando per la spina nel fianco della criminalità organizzata, per lambire la piaga del terrorismo³³.

Riduttivo, se non assente, è la valutazione di quell'articolato percorso mediante il quale un essere "biologico" si trasforma in "sociale", da integrarsi nella comunità e che passa attraverso lo scambio costante tra persona con il contesto sociale di riferimento, connotato da modelli comportamentali, normativi e culturali e che comporta, al contempo, lo sviluppo della personalità dell'individuo, l'interiorizzazione di schemi e l'adattamento alle strutture sociali e relazionali già esistenti.

Inevitabilmente, si intacca, per quanto di interesse, il codice penale, quello di rito e la legislazione in materia di sicurezza 'pubblica'.

Se si scende nel concreto, poi, emergono altre aree nevralgiche: spicca – adocchiando la nomenclatura impiegata nel d.l. n. 113 del 2018 e nel d.l. n. 53 del 2019 –, anzitutto, l'impiego, con obiettivi propagandistici, del termine "sicurezza"; in realtà, i meccanismi in esso formalizzati (come lo smantellamento del sistema di accoglienza e integrazione diffusa), anziché, garantirla, la escludono: i migranti sono spinti alla emarginazione e, soprattutto, alla illegalità.

La curiosità tramuta in preoccupazione quando si coglie che l'intero impianto legislativo ha come cornice teorica di riferimento il binomio lessicale che, sin dall'inizio, ha imperversato a scopo propagandistico, immigrazione-sicurezza³⁴. L'accostamento delle due locuzioni è frutto di una ben determinata strategia di politica del diritto e, prima ancora, di visioni totalitaristiche della gestione dei flussi migratori ridotti a tema di ordine pubblico; così, si ritiene necessaria la predisposizione di misure che ne comprimano l'aumento (per esemplificare, l'abolizione della protezione umanitaria³⁵) disincenti-

³² Lo spicchio della riforma concentrato sull'ingresso e il soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato italiano e la protezione internazionale degli immigrati è affrontato, fra gli altri, da A. Di Muro – L. Di Muro, *Il diritto dell'immigrazione. Guida aggiornata alla Legge n. 132/2018. Decreto "Salvini"*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 65 ss. Il tema, assai complesso, dei respingimenti vs sbarchi sulle coste del nostro Paese è oggetto, invece, del contributo di L. Masera, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 24 giugno 2019, p. 1 ss. che ragiona sull'apparato motivazionale della sentenza di giudizio abbreviato resa dal g.i.p. di Trapani del 23 maggio 2019, depositata il successivo 3 giugno 2019. V., poi, anche S. Rossi, *Respingimento alla frontiera e libertà personale. Il monito della Corte e le scelte del legislatore*, in *Rivista AIC (Associazione italiana costituzionalisti)*, 2019, 1, p. 128 ss.

³³ Si succedono le legislature ma il provvedimento si iscrive nello schema di relazione tipico dei "pacchetti", contenitori, analoghi ai noti "mille-proroghe", che raccolgono, al contempo, prospettive di penalizzazione, gestionali e organizzative.

³⁴ Critica sulla combinazione condizione giuridica dello straniero-sicurezza pubblica anche C. Corsi, *Profili di illegittimità costituzionale*, cit., p. 4 s. per la quale una «lettura» degli eventi migratori «in chiave securitaria è ben radicata nel nostro ordinamento (...), ma questa fuorviante narrazione oltre a fornire una [ottica] distorta, sia di interpretazione [della vicenda] che di individuazione [dei] possibili [fattori] per governarlo, trasmette [alla gente] l'idea che l'immigrazione costituisca anzitutto un pericolo per la sicurezza pubblica e per l'ordinato vivere civile. Questo frequente accostamento nelle politiche legislative, nell'azione amministrativa, nella comunicazione politica è corresponsabile di quella falsa percezione, che alcuni studi segnalano, [delle correnti migratorie] da parte degli italiani. Queste analisi rivelano come nel nostro paese sia sovrastimato il numero degli immigrati residenti, degli irregolari presenti sul territorio, ma tutto ciò contribuisce a creare un circolo tra strategie di comunicazione politica e percezione dell'opinione pubblica che conduce alla legittimazione di politiche securitarie in tema di trattamento degli stranieri, con l'effetto di governare un fenomeno non per quello che è, ma per come strumentalmente può servire per altre e ulteriori finalità di carattere politico/partitico. Con la drammatica conseguenza, però, di conculcare diritti fondamentali degli individui».

³⁵ Sull'argomento, in maniera particolareggiata, M.D. Laricchia, *L'abolizione della protezione umanitaria e le altre novità in materia di immigrazione a opera del decreto sicurezza*, ne *Il Penalista*, 13 dicembre 2018, p. 1 ss.

vando, con strumenti para-amministrativi, o più propriamente penali, l'ingresso nel nostro Paese [si pensi all'allungamento dei tempi di trattenimento negli *hotspot* e nei centri di permanenza e rimpatrio, CPR, senza che sia stato commesso alcun reato (artt. 2 e 3 d.l. n. 113 del 2018)]³⁶.

Anche a fronte di una oggettiva, sensibile riduzione del numero degli accessi, comprovata da studi accurati del settore (negati da altri), dalla morte di tanti migranti in mare prima di approdare sulle coste italiane, e riconducibile all'atteggiamento securitario promosso, assiduamente, dal Governo, nell'opinione pubblica, v'è la percezione di un'allarme invasione ad opera degli stranieri. Su quest'ultima, ha fatto perno l'Esecutivo che ha assunto, preannunciandola, una risposta forte in materia (divenuta il crocevia di tutti i mali), tanto da spingersi sino ad impedire alle navi delle ONG (e non solo) di attraccare sui nostri litorali e pretendere una revisione del concetto di "porto sicuro".

Difficile accettare il provvedimento legislativo in analisi il cui rigore, esteso, di fatto, oltre che all'immigrazione³⁷, alle questioni più disparate, si ripercuote, in maniera distruttiva, sui beni fondamentali dell'uomo e l'esercizio delle libertà democratiche, in spregio alle Convenzioni internazionali, agli atti comunitari e alle direttrici costituzionali: non si esagera nell'affermare che i principi inviolabili della persona vengono considerati alla stregua di una inutile zavorra³⁸.

GLI ECCESSI NEL DIRITTO PENALE SOSTANZIALE

Nella passata campagna elettorale – accanto ad altri temi di forte impatto sull'opinione pubblica – entrano anche quelli di politica del diritto penale: tra le parole-chiave, si pone, paradossalmente, una seconda osmosi, sicurezza-certezza/severità della pena³⁹. Infatti, ove si scrutino le previsioni che concernono, nello specifico, la tranquillità pubblica e ci si interroga sulla loro portata applicativa, il lettore

³⁶ Meritano di essere riportate le affermazioni di S. Centonze, *Emergenza immigrazione. D.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in L. 1 dicembre 2018, n. 132*, cit., p. 20: «I termini "sicurezza e immigrazione" esprimono un'antica dicotomia. Nel secolo scorso (...) I flussi migratori erano ben lungi dal rivestire l'importanza e le dimensioni attuali e non necessitavano, pertanto, di una normativa particolarmente complessa. Già allora, però, l'inserimento nel corpo del TULPS del tema «era sintomatico del fatto che l'immigrazione fosse un fenomeno che interessava direttamente l'ordine e la sicurezza pubblica. Nel corso degli ultimi anni, ed in particolare dopo gli attentati terroristici di matrice islamica che hanno colpito gran parte dei paesi occidentali a partire dal 2001, questa dicotomia sicurezza – immigrazione è andata via via accentuandosi, anche a causa di violenti fatti di cronaca interna e di una non meno violenta strumentalizzazione politica che degli stessi è stata fatta. Sotto la spinta del bisogno di sicurezza, vero o percepito, quindi, sono avvenute tutte le recenti riforme a carattere fortemente repressivo che hanno interessato la materia dell'immigrazione». Partiti nel 2008, con il varo del cd. pacchetto sicurezza, un complesso normativo costituito da vari atti tutti connotati da atteggiamento restrittivo e di inasprimento, a distanza di circa 10 anni, si torna con un "decreto sicurezza", «ancora una volta adottato nella forma del decreto legge; ancora una volta giustificato dalla straordinaria necessità ed urgenza di garantire la sicurezza dei cittadini; ancora una volta contenente misure fortemente penalizzanti nei confronti degli immigrati. È presto per dire se il decreto sicurezza soddisferà veramente quello straordinario bisogno di sicurezza dei cittadini, posto a presupposto delle misure adottate nel provvedimento con la forma del decreto legge; senza memoria, però, non c'è prospettiva; e la prospettiva è che ci sarà probabilmente un decreto sicurezza 2028».

³⁷ In tema la volontà governativa è chiara: perseguire l'auspicio di ridurre drasticamente e meglio regolamentare il flusso migratorio verso l'Italia, operando una frattura con il passato e chiedendo, *a latere*, una maggiore responsabilità dell'Europa nel senso dell'accoglienza.

³⁸ Volendo offrire qualche altra "pennellata" sempre limitandosi al Titolo I, basti riflettere sui chiari profili di incostituzionalità mostrati dal procedimento immediato di fronte alla Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale che riguarda stranieri sottoposti ad accertamento penale per determinati reati o condannati anche con sentenza non definitiva, riguardo al quale è palese la violazione degli artt. 27 e 24 Cost. V'è di più. È prevista la revoca della nazionalità italiana per chi non è cittadino per nascita in seguito alla condanna per determinati reati. L'istituto è palesemente in attrito con la Costituzione: con l'art. 3 Cost. dal momento che si crea un diverso *status civitatis* per colui che ha acquisito la cittadinanza italiana rispetto al cittadino per nascita (nitidi i rischi di apolidia).

³⁹ L. Riscicato, *Il confine e il confino: uno sguardo d'insieme alle disposizioni penali del "decreto sicurezza"*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 16 s. coglie appieno il senso dell'affermazione: «Il trend securitario oggi in voga è coerente con un diritto penale classicamente generalpreventivo, e tende a trasformarsi nell'oggetto di un fluttuante *diritto alla sicurezza* di beni o interessi che vengono identificati come prioritari in un determinato momento storico. Il giusto equilibrio tra sicurezza "liberale" e "securitaria" dovrebbe tradursi in un bilanciamento costante tra diritti di libertà e intervento dell'autorità, e il diritto penale – come sostenuto dai principi liberali classici – dovrebbe porsi non come strumento, bensì quale *limite invalicabile* della politica criminale. Il condizionale è d'obbligo, perché mai come nell'individuazione della latitudine securitaria l'attuale periodo storico rivela una preoccupante sovrapposizione tra prevenzione e repressione, tra sicurezza dei diritti e diritto alla sicurezza, tra sicurezza come diritto fondamentale e sicurezza come protezione del cittadino da minacce incombenti della natura più diversa».

si accorge dell'uso quantomeno pretestuoso dello strumento penale. Ma, la miopia del passato Governo rischia di appesantire ancora i carichi gravanti sulla giustizia penale⁴⁰.

La trattazione, oltre a non risultare distonica rispetto agli intenti iniziali, si intreccia, su vari fronti, con quella attinente le novità in campo processuale e si profila, anzi, centrale per affrontare quest'ultima.

Sul piano sostanziale, che funge da coltura per sentimenti di astio verso gli stranieri, i poveri e i facinorosi, le principali direttrici di marcia si concretano nella trasformazione di ipotesi contravvenzionali o di illeciti amministrativi in corrispondenti fattispecie delittuose e nell'introduzione di aggravanti ulteriori a delitti già esistenti. Vengono, poi, reintrodotti istituti accantonati dalla Corte costituzionale o, persino, da un legislatore più accorto per le ricadute, sul piano esecutivo della pena, stante il latente allarme del sovraffollamento carcerario. Anche circa i limiti edittali, v'è un impulso ad una corsa al rialzo: si rinviene un balzo delle sanzioni verso l'alto, tanto che si può discorrere di aumento febbrile del compasso edittale sbalorditivo rispetto al *quantum* genetico. Insomma: un *Enforcement* efficiente e aggressivo quanto al diritto penale sostanziale in grado di segnare il culmine delle battaglie ingaggiate dallo Stato contro gli immigrati, i reietti e gli individui faziosi in occasione delle gare agonistiche (pur se la tendenza, lungi dal segnare un netto distacco con quelle precedenti, è principiata ben prima della XVIII legislatura).

Nondimeno, le profusioni penalistiche del Governo del cambiamento sembrano esprimere una contraddizione di fondo: da un lato, vi sono le declamazioni pubbliche dal sapore rivoluzionario, tutte orientate a ribadire, in maniera ossessiva, la rottura rispetto al passato (indefinito e onnicomprensivo) additato come portatore di vizi insanabili; dall'altro, dietro la retorica del trapasso storico, vi è la realtà dei tatticismi legislativi che, guardati con disincanto, fanno propri e, addirittura, accentuano gli aspetti deteriori delle pregresse scelte di politica penale. In realtà, la contraddizione è solo apparente poiché l'irrazionalità delle odierne scelte legislative è il frutto di un uso distorto e strumentale del diritto penale, volto a convogliare sull'opinione pubblica l'idea che l'Esecutivo si faccia portavoce di un radicale mutamento di prospettiva e che si stia discostando dai valori, dai programmi, dalle azioni e, persino, dai costumi di coloro che hanno governato in precedenza. Le cose, però, non stanno in questo modo in quanto, assodata l'esistenza di una lotta intestina all'interno dell'ex maggioranza al potere fatta di riposizionamenti e scavalcamenti reciproci in vista degli scontri elettorali, è facile intuire l'esistenza di una certa continuità con le dinamiche di un vissuto che, in teoria, si vorrebbe ripudiare: come ieri, le competizioni diventano i criteri-guida delle opzioni di politica criminale e questa deformazione incide sulla tenuta dei basilari principi costituzionali e, più in generale, si traduce in cattiva qualità delle norme prodotte.

Il diritto penale che, da liberale, è (s)caduto nel populismo interventista, viene, patologicamente, impiegato come arnese di facile conquista del consenso dei cittadini (colpendone gli stati emotivi) le cui ansie sono placate dall'inasprimento della risposta sanzionatoria, spesso diffusa attraverso i canali di una comunicazione, soprattutto cibernetica, sempre più pervasiva⁴¹. Ma, norme non costruite con razionalità e figlie della poco perspicace convenienza elettorale sono destinate a rivelarsi antinomiche rispetto alle direttrici politico-criminali formulate dalla Costituzione. «Il modello che ne risulta è, dunque,

⁴⁰In maniera particolareggiata, E. Dolcini, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 22 maggio 2019, p. 1 ss.

⁴¹V. L. Risicato, *Il confine e il confino: uno sguardo d'insieme alle disposizioni penali del "decreto sicurezza"*, cit., 2019, p. 19 s.: «Il diritto penale, piaccia o no, è diventato negli ultimi venticinque anni uno strumento d'elezione nella ricerca di un consenso politico sempre più latitante, rivelandosi capace sia di difenderci dal "nemico" che di proteggere l'"amico": la questione criminale è stata banalizzata e immiserita. Abbiamo creato un sistema "a due velocità" introducendo reati impunibili, resi innocui da leggi facete, e reati eccessivamente puniti, al confine tra repressione feroce e diritto penale simbolico. Lo *ius terribile* si presta come pochi altri campi del sapere scientifico allo scopo di placare il malcontento sociale o di dar sfogo ai bisogni emotivi di una giustizia che sconfinava nel giustizialismo, assomigliando moltissimo alla vendetta. Sono passati pressoché inosservati gli accorati appelli a un uso ponderato, congruo ed efficace della sanzione penale, come pure quelli a una più razionale formulazione delle fattispecie incriminatrici. Eppure la percezione del diritto penale, e dell'uso che se ne voglia fare, è strettamente connessa al modo di concepire e vivere la nostra forma di Stato: un diritto penale "illiberale", concentrato ossessivamente sulla tutela della sicurezza pubblica (bene "onnivoro") e su istanze di de-secolarizzazione/rieticizzazione, è il segno di una crisi probabilmente irreversibile della democrazia liberale di antico (ma solido) stampo. Occorre resistere in ogni modo legittimo alle pulsioni deleterie dell'attuale momento storico».

quello di un plebiscitarismo di stampo privatistico che tende a permeare di sé le istituzioni pubbliche» in tutte le articolazioni⁴².

Muovendo, allora, dalla apodittica rappresentazione della sicurezza come fenomeno endemico, l'Esecutivo allestisce un intervento in campo penale che viene preannunciato come salvifico e catartico, ma che, a ben vedere, con buona pace delle grida rivoluzionarie, non è scevro dal moto riformatore perpetuo che, nelle nostre plaghe, accompagna il ritmo incessante di una persistente emergenza. Esso devasta – nel settore del diritto penale, refrattario ad un quadro sistemico e ampiamente lacerato dagli interventi simbolici stratificatisi nel corso degli anni – il già fragile equilibrio tra scopi di tutela collettiva e di garanzia individuale che, invece, dovrebbe essere sempre preservato da un legislatore rispettoso del modello di giustizia penale scolpito dalla Costituzione.

Appurato che il vasto programma politico-criminale delineato dal decreto sicurezza si connota per la piena e definitiva adesione al modello emergenziale di gestione dei problemi sociali mediante il diritto penale, si mutuano schemi già invalsi nel contrasto a varie forme di criminalità particolarmente grave⁴³. Cosicché⁴⁴, in un contesto “liquefatto”, ove imperversa la furia legislativa, la diortosi praticata dalla Corte costituzionale e, persino, il diritto giurisprudenziale, ricompaiono, anzitutto, i reati di accattonaggio (“molesto”)⁴⁵ e di blocco stradale (di ostruzione o ingombro di strade o ferrovie).

⁴² C. Rizzo, *La “spazzafaccendieri” della “spazzacorrotti”. Le (persistenti e accresciute) aporie del nuovo traffico di influenze illecite*, cit., pp. 5 e 6.

⁴³ Nell'ordine di idee si collocano, beninteso, tutti i recenti interventi normativi di settore e, soprattutto, il d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, convertito con modificazioni, dalla l. 18 aprile 2017, n. 48 (si è anticipato: decreto ‘Minniti’) che contiene elementi di novità in riferimento alla gestione della sicurezza delle città (il bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città) e un'impalcatura *praeter delictum* personale i cui destinatari sono, perlopiù, gli oziosi e i vagabondi, soggetti legati alla nostra tradizione preventiva. Per un accurato commento sul d.l. n. 14 del 2017, tra i tanti, C. Ruga Riva- B. Biscotti-P. Rondini-R. Cornelli-A. Squazzoni, *La sicurezza urbana e i suoi custodi (il sindaco, il questore e il prefetto). Un contributo interdisciplinare sul c.d. decreto Minniti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 4, p. 224 ss.

⁴⁴ L'intento è quello di analizzare le disposizioni di rilievo per il settore penale o, comunque, destinate ad avere contraccolpi sulle attività giurisdizionali.

⁴⁵ Procedendo per vie di sintesi, va rammentato che, nel circuito delle contravvenzioni concernenti l'ordine e la tranquillità pubblici, figurava, nel codice Rocco l'art. 670 c.p. il quale prevedeva l'arresto sino a tre mesi per chi mendicasse il luogo pubblico o aperto al pubblico. Il comma secondo della norma stabiliva, invece, una sanzione da uno a sei mesi se il fatto veniva «commesso in modo ripugnante o vessatorio, ovvero simulando deformità o malattie, o adoperando altri mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà». La disposizione va letta in combinato con l'art. 154 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza che, tutt'ora, prevede un onere a carico dello Stato di assistenza della persona mendicante, se inabile al lavoro e priva di mezzi di sussistenza, attraverso il ricovero in un istituto di assistenza o beneficenza. Con l'entrata in vigore della Carta costituzionale, all'inizio, si contribuisce a rafforzare la tutela dei beni giuridici dell'ordine e tranquillità pubblici, declinati, principalmente, nella forma del pubblico decoro e dell'assenza di cause di molestia, facendo leva sulla centralità del lavoro come elemento fondante del nostro ordinamento (art. 1 Cost.) e, al tempo stesso, come dovere cui ogni cittadino è tenuto ad adempiere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, al fine di concorrere al progresso materiale o spirituale della società (art. 4, comma 2, Cost.). All'epoca, d'altro canto veniva automaticamente associata a forme di delinquenza, rappresentando un pericolo per la sicurezza pubblica più genericamente intesa. Nel prosieguo, via via, non si ritiene più la condotta di accattonaggio meritevole di accentuata attenzione punitiva, sicché si disincentiva progressivamente l'utilizzo della risposta penale. Il lento ma progressivo processo di cancellazione di questa fattispecie penale (iniziato davanti ai Giudici della Consulta, prima, nel 1959 e, nel prosieguo, nel 1975) si compie in due momenti distinti: prima con la dichiarazione di incostituzionalità (C. cost., sent. 28 dicembre 1995, n. 519) del primo comma della menzionata previsione [a distanza di quasi cinquanta anni dall'entrata in vigore della Carta fondamentale, matura una diversa coscienza sociale che produce un'inversione nella sensibilità nei confronti di quei comportamenti un tempo da stigmatizzare per un'ordinata convivenza e, al contempo la società civile introita il valore costituzionale della solidarietà (su quest'ultimo aspetto, G. Spangher, *Incostituzionalità della mendicizia non invasiva*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 163. Biasima la pronuncia, G. Insolera, *Il volto costituzionale dell'illecito penale: tra responsabilità legislativa e decisioni della Corte Costituzionale*, in *Critica del diritto*, 1996, p. 51. *Contra*, Flora, *Al vaglio della corte costituzionale il reato di mendicizia*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 567)], poi, con un intervento legislativo (l. 25 giugno 1999, n. 205) interamente ablativo del residuo secondo comma: si depenalizza la condotta di mendicizia fino a quel momento sopravvissuta, ovvero quella considerata invasiva. Il prosieguo si connota per il susseguirsi di provvedimenti legislativi (tra i quali troneggia il cd. decreto ‘Minniti’) che, prendono mano al *giure* penale, in qualche maniera, aggirano l'*abolitio criminis* del reato di mendicizia con l'attribuzione di ampi poteri in capo al Sindaco chiamato a mettere in atto strategie disincentivanti di devianze in nome della sicurezza e decoro urbani, della salubrità delle città, del degrado, la vivibilità, la tranquillità dei cittadini, l'eliminazione di situazioni di marginalità ed esclusione sociale. Inoltre l'art. 54 TUEL individua tra i fenomeni che minano alla sicurezza urbana l'accattonaggio, se la condotta viene realizzata con l'impiego di minori e disabili e non manca l'ingresso nel panorama normativo del Codice Antimafia (d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159) che introduce misure di prevenzione; sicché, si colpiscono ancora una volta le categorie vulnerabili, i vagabondi. Per uno studio in chiave evolutiva sull'argomento, F. Curi, *Le alterne vicende del reato di mendicizia*, in F. Curi (a cura di), *Il Decreto Salvini*.

Per quanto concerne il primo, dal momento che non mancano, nell'ordinamento, le coperture normative per un controllo, preventivo e para-punitivo, sulle condotte virtualmente degenerative che possono scaturire da condizioni di marginalità, non è facile comprendere la necessità di recuperare la vecchia formula incriminatrice della mendacità: l'arsenale⁴⁶ di strumenti impiegabili per contrastare le devianze nel contesto urbano viene un'altra volta appaiato alla scelta, metaforica, della povertà. Si introduce, così, allocandolo nell'art. 21 *quater* del d.l. n. 113 del 2018 – il quale supera la doppia fiducia di Senato e Camera che provvede alla conversione in legge del decreto – una nuova contravvenzione cucita nell'art. 669 *bis* c.p. («Esercizio molesto dell'accattonaggio»): «Salvo che il fatto costituisca più grave reato,» (il lapidario e significativo *incipit* si tramuta in clausola di salvezza che rende la fattispecie sussidiaria) «chiunque esercita l'accattonaggio con modalità vessatorie o simulando deformità o malattie o attraverso il ricorso a mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà, è punito con la pena dell'arresto da tre a sei mesi e con l'ammenda da euro 3.000 a euro 6.000. È sempre disposto il sequestro delle cose che sono servite o sono state destinate a commettere l'illecito o che ne costituiscono il provento»⁴⁷. «Senza dubbio la norma in analisi rispecchia un sentire politico molto preciso, che mira ad attribuire rinnovato e preminente valore ai beni giuridici dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica, del resto assurta a “nome proprio” della legge, sacralizzati anche mediante il ripristino di disposizioni che presentano un carattere indiscutibilmente autoritario e sembrano voler riportare indietro l'interprete nel 1930»⁴⁸.

Sono da considerarsi modeste le novità rispetto alla versione del codice Rocco (l'illecito è nella sostanza la riproposizione del reato di “mendacità invasiva”, punita, in origine, ai sensi dell'art. 670 c.p.⁴⁹); si prevede un'iniziale clausola di riserva e muta la terminologia prescelta, il vocabolo mendacità lascia il posto a quello, più dialettale-gergale, di accattonaggio, «in realtà molto più denso di connotazioni socioeconomiche (...)». «Più neutra in un'ottica strettamente giuridica, perché spogliata dai numerosi rinvii semantici e meglio ancorata ad un profilo fattuale, sarebbe stata una formulazione che si fosse limitata ad evocare la semplice “richiesta di elemosina”»⁵⁰. Ad ogni buon conto, nella sostanza,

Immigrazione e sicurezza (Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132), Pisa, Pacini Editore, 2019, p. 265 ss.; Ead., *Il reato di accattonaggio: “a volte ritornano”. Il nuovo art. 669-bis c.p. del d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla l. 132/2018*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 21 gennaio 2019, p. 1 ss. V., altresì, E. Napoletano ed E. Di Fiorino, *Il contrasto alle forme di accattonaggio nel Decreto Sicurezza: una prima analisi*, in *Giurisprudenza penale web*, 31 gennaio 2019, p. 1 ss.

⁴⁶ F. Curi, *Le alterne vicende del reato di mendacità*, cit., p. 271 lo definisce «flessibile, più economico e incommensurabilmente più rapido ed efficace».

⁴⁷ *Amplius*, E. Napoletano ed E. Di Fiorino, *Il contrasto alle forme di accattonaggio nel Decreto Sicurezza: una prima analisi*, cit. p. 3. Gli AA. fotografano la fattispecie contravvenzionale *de qua* e chiariscono il significato della triplice forma in cui può realizzarsi.

⁴⁸ C. Forte, *Il nuovo decreto sicurezza (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113)*, cit., p. 27.

⁴⁹ Questa fattispecie, è utile ribadirlo, consta(va) di due separate ipotesi criminose – il mendicare in luogo pubblico o aperto al pubblico e il compierlo in maniera ripugnante o vessatoria, oppure simulando deformità o malattie, ovvero adoperando altri mezzi fraudolenti per suscitare l'altrui pietà –, dopo aver resistito alla scure della Corte costituzionale, subisce, da quest'ultima, prima, una sensibile limitazione della portata e, in seguito, una declaratoria di illegittimità costituzionale che aggredisce il primo comma dell'art. 670 c.p. per contrasto con il principio di ragionevolezza (cfr. C. cost., n. 519 del 1995). Con la legge 25 giugno 1999, n. 205, la previsione viene definitivamente abrogata. V. E. Napoletano ed E. Di Fiorino, *Il contrasto alle forme di accattonaggio nel Decreto Sicurezza: una prima analisi*, cit., p. 2 per cui «appare utile tenere bene a mente l'insegnamento della Corte costituzionale. L'essere ridotti in stato di indigenza tale da [implorare] aiuto alla collettività attraverso la richiesta di elemosina non possiede, di per sé, il disvalore penale; di contro, l'accattonaggio assumerà rilevanza allorché la richiesta di aiuto si manifesti con modalità tali da voler destare l'altrui pietà mediante la simulazione di uno stato di infermità, in verità non sussistente, o l'utilizzo di altri mezzi fraudolenti, ovvero arrecando disturbo o impiegando modalità invasive. Si può quindi concludere che la fattispecie in commento sia posta a tutela dell'ordine pubblico e, specificatamente, della pubblica tranquillità» come indicato da C. cost. sent. n. 51 del 1959, «così come della probità e del decoro della civile convivenza».

⁵⁰ F. Curi, *Le alterne vicende del reato di mendacità*, cit., p. 272 si mostra estremamente polemica – ed a ragione – sulla scelta del Governo. Con certo sarcasmo, l'A. mette in risalto l'errore in cui è incorso il legislatore nel qualificare “sequestro” ciò che, invece, in termini (corretti) di diritto penale sostanziale, rientra nel concetto di confisca, classificabile tra le misure di sicurezza (v., in merito, G. Varraso, *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 12 gennaio 2018, p. 1 ss.). Aggiunge, poi, «Non potendo che propendere per questa pur disarmante, ipotesi, permane un difetto di barocchinismo, visto che all'art. 240 c.p. sono già previsti esattamente gli stessi casi di confisca, richiamati nel nuovo art. 669 *bis* c.p.». Nell'incertezza di quale sia l'oggetto della confisca obbligatoria, conclude «Insomma, l'uso [di quest'ultima], più disinvoltamente ribattezzata sequestro, come misura avente un carattere punitivo ed usata per sconfiggere quella criminalità del profitto, tipica di chi chiede la carità. Con qualche strafalcione giuridico, il legislatore giallo-verde ha finalmente adottato il pugno di ferro contro la richiesta molesta anche di soli pochi spiccioli (...)».

v'è la sovrapposizione, quasi perfetta, tra la vecchia ipotesi di cui all'art. 670, comma 2, c.p. e il nuovo reato *ex art. 669 bis* c.p.: l'essere ridotti in stato di indigenza tale da chiedere aiuto alla collettività elemosinando, non possiede, di per sé, disvalore penale; di contro, l'accattonaggio assume rilevanza allorché la richiesta di aiuto si manifesti con modalità tali da voler destare l'altrui pietà grazie alla simulazione di uno stato di infermità, non sussistente, o l'uso di altri mezzi fraudolenti, oppure arrecando disturbo o impiegando modalità invasive. L'impressione, tuttavia, è che si sia cercato di eliminare non la povertà, ma di criminalizzarla con uno slittamento del diritto penale verso il tipo di autore e pericolosi soggettivismi. I dati maggiormente originali attengono alle previsioni sanzionatorie che si ispessiscono: se nel regime autoritario-fascista il minimo edittale di pena detentiva era un mese, ora viene elevato a tre di arresto. Il taglio punitivo si percepisce, poi, dalla previsione, in aggiunta, alla sanzione restrittiva, di una pena pecuniaria la cui entità è tutt'altro che modesta: la forbice edittale si dilata dai 3.000 ai 6.000 Euro. L'aspetto lascia basiti ove si ponga mente al fatto che soggetti attivi della fattispecie sono individui in grave, se non assoluto, stato di indigenza. Non si vede come possano provvedere a pagare simili cifre; la qual cosa, è sintomatica della volontà di affermare il potere e disegnare rapporti di forza a tutela della collettività, ponendo le distanze da certe categorie di soggetti, nella maggior parte dei casi stranieri. Desti perplessità anche l'ultima parte della previsione laddove si prevede il sequestro delle cose che sono servite o sono destinate a commettere l'illecito o che ne costituiscono il provento. Benché il legislatore sia esonerato dall'allestire disposizioni puntiformi, riesce difficile, nella specie, capire la tipologia e la natura dell'atto di apprensione: o si tratta di una ridondanza linguistica, con interferenze tra la materia sostanziale e quella processuale, oppure, come sembra, di un (avvilente) errore di sostanza in quanto si voleva scrivere "confisca" (afferente al diritto penale sostanziale) e, di contro, si è parlato di "sequestro"⁵¹. È intuibile che a reggere il dibattito saranno i ragionamenti intorno alle forme con le quali la condotta di elemosina penalmente rilevante può essere realizzata: "modalità vessatorie", "simulando deformità o malattie", "attraverso il ricorso a mezzi fraudolenti". Non potendo insistere oltremodo su tali diciture⁵², giova accennare che la prima coincide verosimilmente con la richiesta di aiuto tale da coincidere con un'alterazione dolorosa o anche fastidiosa dell'equilibrio psichico di una persona normale, se non addirittura in un tormento per il destinatario (insistenza, inseguimento, toccamento). Il carattere vessatorio può sussistere in maniera assoluta o in relazione a circostanze di tempo (di notte o mentre si lavora), di luogo (luogo solenne o località isolata) o di mezzo (emissione di gemiti o grida di dolore). La seconda, dovrebbe consistere in un'attività diretta a persuadere con l'inganno il destinatario della richiesta caritatevole, laddove la "malattia" integra quel processo patologico che determina un'apprezzabile menomazione dell'organismo (può essere fisica o psichica) e la "deformazione" l'alterazione anatomica che ne turbi la simmetria e che cagioni una sensibile modificazione in peggio dei lineamenti corporei (si simula di non poter camminare, di essere mutilati). La terza, infine, figura le modalità tali da simulare circostanze inesistenti o da dissimulare quelle esistenti ovvero attraverso attività simulatrice sostenuta da parole o argomentazioni atte a far scambiare il falso per il vero, in modo da determinare l'errore del soggetto passivo; in tal caso, il mezzo fraudolento deve essere usato per destare l'altrui pietà, ossia al fine di condurre altri ad offrire l'elemosina per un sentimento compassionevole suscitato dal raggio.

Se d'acchito parrebbe il contrario, la tassatività della previsione in esame sembra, invero, traballante: essa lascia intendere che esistano due tipologie di accattonaggio: "innocuo" e "nocivo", contraddistinto da "modalità vessatorie" la cui concreta determinazione sarà rimessa alla discrezionalità del giudice. Impossibile non domandarsi se la soglia minima della vessatorietà coincida con il turbamento derivante dalla vista di una falsa deformità o mutilazione, oppure non debba consistere, piuttosto, in reiterazioni insistenti, petulanti o aggressive della questua, distinte dai "mezzi fraudolenti" tramite i quali suscitare pietà. Poi, al di là delle perplessità sul *quantum* di un'ammenda che nessun accattonone sarà mai in grado di pagare, restano forti dubbi sulla praticabilità del sequestro delle cose servite o destinate a commettere l'illecito (difficoltoso immaginare anche quali possano essere).

⁵¹ Perplesso anche A. Cisterna, *Politiche di sicurezza e riforma della polizia in un'unica visione*, in *Guida dir.*, 2019, 4, p. 22: «A parte la difficoltà di prefigurare un mendicante che operi con "modalità" addirittura "vessatorie", laddove il titolo della norma si limita al solo "molesto", resta (...) la natura meramente simbolica della fattispecie che, certo, non pare destinata a grande efficacia dissuasiva».

⁵² V., meglio, E. Napoletano ed E. Di Fiorino, *Il contrasto alle forme di accattonaggio nel Decreto Sicurezza: una prima analisi*, cit. p. 3.

Su di un binario parallelo, il muro invalicabile di prescrizioni dettato per sorvegliare la collettività, si corregge, con la l. n. 132 del 2018 che introduce, in modo appropriato, attraverso l'art. 21 *quinquies*, delle modifiche all'art. 600 *octies* c.p. (comparso nel 2009 grazie alla l. n. 94 del 15 luglio recante «*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*»)⁵³: si pone l'enfasi sulla rubrica ri-denominata «*Impiego di minori nell'accattonaggio. Organizzazione dell'accattonaggio*»; si aggiunge un secondo comma⁵⁴ che stabilisce la reclusione da uno a tre anni di chiunque organizzi (definisca i tempi, i luoghi e le modalità esecutive dell'elemosina) l'altrui accattonaggio (quindi, non solo minorile) se ne avvalga (fare uso, servirsi di qualcuno ovvero di qualcosa: nella specie, impiegare per mendicare un minore) o comunque lo favorisca a fini di profitto (rendere l'accattonaggio più comodo, più facile oppure più lucroso)⁵⁵. Giocoforza, lo slancio persecutorio nei confronti di individui classificati come pericolosi per l'ordine e la tranquillità pubblici, la sicurezza urbana e la pacifica convivenza civile, non ha accontentato gli scriventi che si sarebbero potuti fregiare dell'aggravante specifica ex art. 112, n. 2, c.p. La preferenza è caduta sul confezionamento di una nuova fattispecie autonoma e non circostanziata – collocata tra i delitti contro la libertà individuale e, nello specifico, tra quelli contro la personalità individuale – per evitare il rischio di una mitigazione sanzionatoria, attraverso il meccanismo del bilanciamento delle circostanze⁵⁶. Si vuole punire ogni forma di gestione sistematica e continuativa dell'attività di accattonaggio; la qual cosa, esige una idonea riconversione dell'attività di polizia delegata al contrasto del fenomeno con metodologie investigative moderne e appropriate⁵⁷.

⁵³ L'art. 600 *octies* c.p. «non contempla esplicitamente le pene accessorie (sospensione dall'esercizio della potestà genitoriale o dall'ufficio di tutore) applicabili nel caso in cui il fatto sia commesso dal genitore o dal tutore. Trovano, comunque, applicazione le norme, di carattere generale, contenute negli artt. 31 e 34»: F. Piccioni, *Le nuove disposizioni di diritto penale sostanziale introdotte dal decreto sicurezza*, ne *Il Penalista*, 18 dicembre 2018, p. 2. Similmente, S. Bedessi-F. Piccioni, *Il decreto sicurezza. Nuove norme in materia di circolazione stradale, sicurezza urbana, immigrazione e polizia locale. Guida alla legge 132/2018 di conversione con modifiche del D.L. 113/2018*, Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli Editore S.p.a., 2019, p. 109.

⁵⁴ Il comma 1 della norma (sovrapponibile alla contravvenzione di cui all'abrogato art. 671 c.p.) prevede che «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque si avvale per mendicare di una persona minore degli anni quattordici o, comunque, non imputabile, ovvero permette che tale persona, ove sottoposta alla sua autorità o affidata alla sua custodia o vigilanza, mendichi, o che altri se ne avvalga per mendicare, è punito con la reclusione fino a tre anni».

⁵⁵ C. Forte, *Parcheggiatori abusivi. Le novità introdotte dal d.l. sicurezza*, ne *Il Penalista*, 9 gennaio 2019, p. 11 fa notare l'evidenza della volontà «di sanzionare in modo netto le condotte che, forse, oggi destano maggior preoccupazione e sdegno nell'opinione pubblica, ovvero quelle di sfruttamento dell'altrui mendacità, realizzato su basi organizzative molto precise e spesso servendosi di modalità gravemente vessatorie nei confronti degli stessi soggetti vulnerabili a tal fine impiegati, bambini o invalidi. Sia nel caso dei parcheggiatori abusivi che degli "accattoni", [pertanto], il Legislatore ha mostrato di voler punire con maggiore severità chi decida di avvalersi nell'ambito di tali attività di persone di età minore, così esponendole al contatto con contesti di marginalità sociale e illegalità».

⁵⁶ V. F. Curi, *Le alterne vicende del reato di mendacità*, cit., p. 274 la quale afferma che, «emerge» un «*impasse logico-sostanziale*» nella «formulazione dell'elemento soggettivo di questa autonoma fattispecie delittuosa: viene infatti richiesto il dolo specifico del "fine di profitto". Appare incongruo e irragionevole che nella modalità concorsuale – che si vuole più grave – venga dato spazio ad una formula che ha un effetto selettivo della punibilità, potendo evaporare di fronte alla necessità di fornire la prova di aver agito con il fine di trarne profitto». Sicché, l'A. chiosa «Rassegnandoci ad attendere il rigoroso vaglio della Corte costituzionale, che anche su questo profilo del cosiddetto decreto sicurezza, sarà presto chiamata ad intervenire, non possiamo che assumere un atteggiamento moderatamente ottimista, memori della storia ricca, articolata e punteggiata da illustri precedenti, giurisprudenziali e legislativi, che hanno concorso a ridisegnare questa disciplina».

⁵⁷ E. Napoletano ed E. Di Fiorino, *Il contrasto alle forme di accattonaggio nel Decreto Sicurezza: una prima analisi*, cit. p. 3 s. compiono uno *screening* delle fattispecie ex artt. 669 *bis* e 600 *octies* c.p., tanto da cesellarne gli elementi di distinguo. Ebbene, innanzitutto, il bene giuridico protetto dal delitto di cui al secondo comma dell'art. 600 *octies* c.p. non risulta essere il medesimo del primo comma della previsione. In quest'ultimo «il bene protetto è rappresentato non dalla moralità pubblica o dal pubblico decoro (già oggetto di tutela dell'ipotesi contravvenzionale), bensì dalla tutela del sano sviluppo della personalità del minore e del non imputabile. La *ratio* della norma è, in sostanza, quello di impedire l'impiego di minori in un'attività che li può sottrarre all'istruzione, avviandoli all'ozio ed esponendoli al pericolo di cadere nella delinquenza (...)». Diversamente, «la condotta di organizzazione dell'accattonaggio di cui al comma secondo, non menzionando, quale oggetto specifico di tutela, la salvezza dei minorenni e la preservazione delle persone altrimenti non imputabili, deve essere intesa come posta a tutela della personalità individuale di qualsivoglia soggetto passivo». Un'altra importante differenza tra le fattispecie in esame attiene al soggetto attivo del reato. «Con riferimento alla fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 669-*bis* c.p., trattasi con ogni evidenza di un *reato comune*, dal momento che autore del reato può essere chiunque. Nell'ipotesi delittuosa di cui all'art. 600-*octies* c.p. siamo in presenza – con riferimento alla prima ipotesi – di un *reato comune*, laddove autore del reato può essere chiunque si avvalga per mendicare di un minore di anni quattordici o comunque non imputabile. Al contrario, in merito alla seconda e terza ipotesi, in cui autore del reato può essere solamente colui che permette al minore di mendicare o che consente che altri se ne avvalga a tal

Non immune da turbolenze neanche la trama di altri reati.

Con l'intento di rassicurare la collettività dai più pervasivi e sfacciati fenomeni di illegalità, il nuovo articolo 21 *sexsies* l. n. 132 del 2018 («Disposizioni in materia di parcheggiatori abusivi», vigente dal 4 dicembre 2018), che sostituisce il comma 15 *bis* dell'art. 7 del Codice della strada (d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285), il cui substrato normativo è oggetto del recente rimaneggiamento ad opera del decreto 'Minniti', infierisce, con severità, sui destinatari della disposizione: «Salvo che il fatto costituisca reato, coloro che esercitano senza autorizzazione, anche avvalendosi, di altre persone, ovvero determinano altri ad esercitare senza autorizzazione l'attività di parcheggiatore o guardiamacchine sono puniti con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 771 ad euro 3.101. Se nell'attività sono impiegati minori» (rileva l'uso non lo sfruttamento) «, o se il soggetto è già stato sanzionato per la medesima violazione con provvedimento definitivo⁵⁸, si applica la pena dell'arresto da sei mesi a un anno e dell'ammenda da 2.000 a 7.000 euro. È sempre disposta la confisca delle somme percepite, secondo le modalità indicate al titolo VI, capo I, sezione II»⁵⁹. La sanzione accessoria della confisca del provento dell'attività illecita, è adeguata a garantire, quantomeno teoricamente, margini di efficacia alla norma. Si evidenzia, in letteratura, come la modifica intervenga sia sulla configurazione dell'illecito che sull'apparato sanzionatorio. Non si punisce più l'esercizio abusivo dell'attività di parcheggiatore o guardiamacchine, bensì l'esercizio senza autorizzazione della stessa. «Sotto il profilo semantico, tuttavia, l'uso della locuzione "senza autorizzazione" (*sine titulo*) – circostanza che presuppone, *a contrariis*, l'esistenza della possibilità di ottenere un'autorizzazione – in relazione al mestiere di parcheggiatore, integra una contraddizione in termini. Il Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, infatti, non comprende più il rilascio della licenza per mestieri girovaghi»⁶⁰. «Invero sorprende» - si dice inoltre - «che non si sia previsto un drastico irrigidimento delle sanzioni dettate dal Codice della strada per coloro i quali si avvalgono dell'attività di parcheggiatori abusivi per abbandonare le auto in divieto di sosta e in posizione d'ostacolo alla circolazione. Siamo in presenza della solita impostazione criminologica che, come per le mafie, ignora che i fenomeni illegali sono per lo più alimentati da una precisa e costante domanda di illegalità da parte dei consociati. In questo caso, tranne vessazioni ingiuste e paramafiose, la gran parte del fenomeno riguarda fasce di popolazione che preferiscono affidarsi ai guardiamacchine abusivi piuttosto che mettersi alla ricerca di un parcheggio»⁶¹. Ad ogni buon conto, il

fine, si tratta di un *reato proprio*, dal momento che il soggetto attivo può essere solo chi abbia un'autorità, la custodia o la vigilanza sulla persona non imputabile. Infine, quanto al nuovo ultimo comma introdotto dal decreto sicurezza, parrebbe essersi in presenza di un *reato comune*, laddove autore del reato è *chiunque* organizzi l'altrui accattonaggio, oppure se ne avvalga o lo favorisca per finalità lucrative. A proposito dell'elemento psicologico, poi, «la contravvenzione appare punibile solo a titolo di dolo e, ai fini della consumazione, è sufficiente anche solo un episodio di accattonaggio, senza che rilevi la circostanza per cui il queruante abbia effettivamente ottenuto l'elemosina. Discorso diverso, invece, deve essere fatto per la fattispecie delittuosa di nuovo conio, che richiede il dolo specifico di compiere una delle condotte tipizzate per conseguire un profitto illecito. Con riferimento alla consumazione, il delitto appare strutturato quale reato eventualmente abituale, potendo anche consistere in un unico atto. In quanto eventualmente abituale, la pluralità degli atti integrerebbe comunque un unico reato. Da ultimo, si noti che le due fattispecie incriminatrici si aprono con una clausola di riserva "salvo che il fatto costituisca più grave reato". In riferimento all'ipotesi delittuosa, si pongono problemi di rapporto con le figure di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 c.p.) o di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.), in relazione alla quale è già stato escluso in passato che il solo sistematico impiego di minori nell'accattonaggio possa essere ricondotto all'ipotesi di maltrattamenti (...). [In ordine] alla fattispecie contravvenzionale, si pensi invece all'ipotesi in cui la condotta possa assumere i contorni della violenza privata (art. 610 c.p.)».

⁵⁸ Di non poco momento la considerazione di F. Piccioni, *Le nuove disposizioni di diritto penale sostanziale introdotte dal decreto sicurezza*, cit., p. 5 per cui «Resta, tuttavia, da comprendere come i diversi organi di polizia stradale possano, in concreto, prendere conoscenza del precedente specifico definitivo, stante la mancanza di un'anagrafe di parcheggiatori abusivi».

⁵⁹ È «fatto con l'intento, apertamente richiamato nella relazione al testo, di inasprire le pene per quello che è stato definito come un vero e proprio *racket*, un fenomeno che "in certe città è strutturato e quasi istituzionalizzato, mentre in altre viene messo in atto in modo più subdolo, con artifici come la finta vendita ambulante" ed esercitato con la "sottile minaccia psicologica di possibili danni all'auto lasciata incustodita alla loro mercé". Ciò al fine di tutelare in modo particolare le "categorie più indifese", quali le donne e gli anziani»: C. Forte, *Parcheggiatori abusivi. Le novità introdotte dal d.l. sicurezza*, cit., p. 1. L'A. ripercorre, altresì, non trascurando le innumerevoli questioni esegetiche affrontate dalla giurisprudenza, l'evoluzione dell'istituto, partendo dalla fattispecie originariamente prevista, per passare alle cesellature del decreto 'Minniti' sino a giungere al d.l. sicurezza del 2018.

⁶⁰ F. Piccioni, *Le nuove disposizioni di diritto penale sostanziale introdotte dal decreto sicurezza*, cit., p. 4.

⁶¹ D'accordo appieno con A. Cisterna, *Politiche di sicurezza e riforma della polizia in un'unica visione*, cit., p. 22. L'A., peraltro, rammenta anche la rilevanza dell'art. 26 *bis* immesso in fase di conversione allo scopo di «contenere gli episodi di incendio degli impianti di stoccaggio di rifiuti che hanno, allo stato senza un'evidente connessione, riguardato diverse zone del centro-nord del Paese» e i dubbi posti dalle innumerevoli competenze prefettizie in materia che, oltretutto, continuano a non rientrare nella *longa manus* del Governo.

legislatore, a distanza di poco più di un anno, prende in considerazione di nuovo la stessa fattispecie, cambiando di parecchio la prospettiva: mentre in precedenza le condotte in esame erano sanzionate sempre a livello amministrativo, sia nelle ipotesi “base” che in quelle aggravate e a cambiare era solo l’entità della sanzione pecuniaria irrogata, invece qui si assiste, in controtendenza rispetto a qualsiasi istanza deflattiva della materia penale, alla criminalizzazione delle menzionate condotte con la previsione, non solo di un progressivo aggravio delle sanzioni, quanto di una diversa valenza, adesso di rango penalistico, del comportamento. Mentre per i casi semplici, la pena sarà solo amministrativa (pecuniaria) e persino leggermente inferiore rispetto a quella prevista dal decreto Minniti, invece d’ora in poi in caso di reiterazione delle condotte, ovvero di impiego di minori (nell’attività di parcheggio/guardiania), essa sarà di tipo penale, sia pur contravvenzionale. Peraltro, la disposizione introdotta assume carattere sussidiario, configurandosi solo quando la condotta non sia idonea ad integrare un (altro) reato. Per esemplificare, la pretesa illegittima di denaro, a prescindere dal *quantum*, portata con illeciti mezzi, minacciando, anche larvatamente, l’automobilista di danneggiare l’auto in caso di mancata corresponsione, integra il delitto di estorsione⁶². Di conseguenza, come accade(va) nella prassi, occorrerà comprendere, in primo luogo, se ci si trovi al cospetto di una condotta qualificabile come delitto (estorsione, violenza privata, minaccia, lesioni, ad esempio) e, dunque, idonea a rivestire rilevanza penale e, solo in seconda battuta ed esclusa tale possibilità, se ricorrano le condizioni per far scattare l’illecito contravvenzionale, punito, comunque, con pene pecuniarie e detentive, ovvero se ricorra l’irrogazione di una sanzione amministrativa. La dottrina interpreta positivamente la scelta di conferire la valenza di illecito penale al comportamento di cui si discute qualora un soggetto sia stato già sanzionato per la medesima violazione con provvedimento definitivo (non più impugnabile o verso il quale siano stati esperiti tutti i mezzi di gravame previsti dall’ordinamento) ed incorra una seconda volta nelle stesse violazioni. «La legge 132/2018, insomma, disegna un meccanismo repressivo improntato a un (condivisibile, (...)) principio di graduazione e proporzionalità: il guardiamacchine abusivo che non minacci e non usi violenza, che non impieghi minori e non sia mai stato sanzionato in via definitiva sarà quindi passibile solo di una sanzione amministrativa pecuniaria (peraltro leggermente più bassa di quella previgente); colui che, invece, abbia impiegato minorenni fin dal primo accertamento oppure, dopo una sanzione passata in giudicato, venga di nuovo sorpreso a svolgere la citata attività, commetterà d’ora in avanti un vero e proprio reato punito con l’arresto e l’ammenda»⁶³.

Il decreto ‘Salvini’ ha apportato interessanti novità, sempre in vista della sicurezza urbana e statale con l’art. 23 del d.l. n. 113 del 2018 rubricato «*Blocco stradale*»⁶⁴. Sia pure procedendo per sommi capi⁶⁵,

⁶² F. Piccioni, *Le nuove disposizioni di diritto penale sostanziale introdotte dal decreto sicurezza*, cit., 5. In giurisprudenza, Cass., sez. II, 7 giugno 2018, n. 30365.

⁶³ C. Forte, *Parcheggiatori abusivi. Le novità introdotte dal d.l. sicurezza*, cit., p. 10 la quale circoscrive, con esattezza, la natura dell’illecito in questione. La qualifica come contravvenzione determinerà effetti rilevanti quanto alla non configurabilità del tentativo (art. 56 c.p.) che si riferisce ai soli delitti, l’inapplicabilità della recidiva (art. 99 c.p.), tempi più brevi di prescrizione e possibilità che il reato si estingua mediante oblazione (artt. 162 e 162 bis c.p.). La procedibilità è ufficiosa e la competenza attribuita al tribunale in composizione monocratica, a eccezione delle ipotesi di competenza del giudice di pace; infine, non sono mai ammesse le misure cautelari personali, né misure pre-cautelari, quali l’arresto e il fermo. Il reato di cui si discute è comune e, quindi, può essere commesso da chiunque eserciti senza autorizzazione l’attività di parcheggiatore o guardiamacchine, purché si sia avvalso di minori e a prescindere dalla eventuale recidiva nei comportamenti. Circa il fattore soggettivo, la punibilità della contravvenzione è legata indifferentemente al dolo o alla colpa (artt. 42 e 43 c.p.). «L’elemento oggettivo risiede, appunto, nello svolgere la citata attività in presenza di un presupposto negativo (la mancanza dell’autorizzazione) e di un presupposto positivo (l’accertamento circa l’impiego di soggetti di età minore, da intendersi nel senso che a costoro sia stato affidato lo svolgimento, totale o parziale, della gestione dell’area di parcheggio abusivo anche prescindendo dall’esistenza di un vincolo di sottoposizione all’adulto, ovvero di uno stringente potere di sorveglianza e di direzione da parte di costui». Così, C. Forte, *Parcheggiatori abusivi. Le novità introdotte dal d.l. sicurezza*, cit., p. 11 secondo cui, inoltre, è ammessa la confisca (speciale ed obbligatoria) delle somme eventualmente percepite (qualificabili come profitto del reato in esame); di contro, deve escludersi l’applicazione, ai parcheggiatori, delle misure di prevenzione personali e patrimoniali previste dal Codice antimafia in quanto fattispecie criminosa contravvenzionale. A conclusioni opposte deve pervenirsi allorché – in base agli abbrivi giurisprudenziali – il parcheggiatore ponga in essere comportamenti tali da configurare un delitto.

⁶⁴ Con un’ampia analisi in retrospettiva e sulla tipologia di reato, C. Forte, *Il nuovo decreto sicurezza (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113)*, cit., p. 28 ss.

⁶⁵ Vedasi per maggiore esaustività, P. Lobba, *Blocco stradale. Ostruzione o ingombro di strade o ferrovie*, in F. Curi (a cura di), *Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza (Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132)*, Pisa, Pacini Editore, 2019, p. 279 ss. Inoltre, T. Caboni, *Novità in materia di sicurezza urbana e statale: il blocco stradale*, in A. Conz. – L. Levita, *Il decreto Salvini su immigrazione e sicurezza. Commento organico al D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, come convertito dalla L. 1 dicem-*

va segnalato che la previsione appena menzionata allarga ai reati di fermo stradale, di ostruzione o ingombro di vie ordinarie o ferrate, le sanzioni penali previste dal d.lgs. 22 gennaio 1948, n. 66 per il blocco ferroviario. Si ripristina, in sostanza, il testo dell'art. 1 di tale ultimo provvedimento, previgente alla depenalizzazione effettuata dall'art. 17 del d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507⁶⁶. Nondimeno, esiste un'eccezione (apportata durante l'esame in Senato): resta un illecito amministrativo il blocco stradale realizzato mediante ostruzione fatta «con il proprio corpo». In realtà, tale previsione sembra del tutto inutile in quanto non determina alcuna differenziazione sanzionatoria rispetto al semplice partecipante.

L'art. 23, novellando il menzionato d.lgs. n. 66 del 1948, ricostituisce l'originario ventaglio di fattispecie a tutela dei trasporti e della libera circolazione su strade e ferrovie, nonché della libera navigazione. La fattispecie scandisce delitti rappresentati come reati a dolo specifico, richiedendo che il soggetto attivo agisca per impedire od ostacolare la libera circolazione. Scendendo nello specifico, l'art. 1, comma primo, del d.lgs. n. 66 del 1948 punisce con la reclusione da uno a sei anni chi, al fine appena menzionato, «depone o abbandona congegni o altri oggetti di qualsiasi specie in una strada ordinaria» (blocco stradale) «o ferrata» (blocco ferroviario) «o comunque ostruisce o ingombra una strada ordinaria o ferrata», eccetto i casi previsti dall'art. 1 *bis*⁶⁷. Analoga pena è irrogata a chiunque, «al fine di ostacolare la libera navigazione, con analoghe modalità, blocca, ostruisce o ingombra «una zona portuale o le acque di fiumi, canali o laghi» (comma 2). In tutte le ipotesi, «La pena è raddoppiata se il fatto è commesso da più persone, anche non riunite, ovvero se è commesso usando violenza o minaccia alle persone o violenza sulle cose» (comma 3) (circostanze aggravanti ad effetto speciale)⁶⁸. La condotta, a forma vincolata nella prima ipotesi, consiste nel collocare qualunque *res* nella sede stradale o ferroviaria, oppure nell'area del porto o nelle vie d'acqua elencate, sempre che la natura, il peso e l'ingombro siano tali da costituire un ostacolo o un impedimento alla libera circolazione o navigazione. Si pensi alle baricate o ai danni provocati da veicoli o da arredo urbano. La seconda modalità di comportamento, dal tenore libero, è integrata dal determinare, in qualsiasi modo, un ostacolo al transito che lo renda anche semplicemente più difficile o meno agevole in maniera apprezzabile in relazione alle normali condizioni di svolgimento, senza che la circolazione sia impedita totalmente. Insomma, è sufficiente che il passaggio sia reso faticoso in maniera degna di nota per i trasporti o i pedoni. Sembra di poter asserire che ogni atteggiamento che possa rendere il transito più difficoltoso – e sia causalmente collegato all'evento – qualunque sia la sua modalità di manifestazione, rientra nell'ambito del precetto⁶⁹. I delitti previsti dall'art. 1 d.lgs. n. 66 del 1948 sembrano da considerarsi di pericolo e a dolo specifico, laddove per quest'ultimo pare doversi intendere la consapevolezza e l'intenzione di ostacolare comunque la circolazione o la navigazione, senza che si realizzi la peculiare volontà diretta ad ostacolare il libero transito. Intuibile il ricorso alla norma in occasione di scioperi o manifestazioni di protesta in genere, ogni volta che la presenza su strada, ferrovia, etc. sia idonea, comunque, ad ostacolare la libera circolazione⁷⁰. Ciò,

bre 2018, n. 132, Roma, DIKE Giuridica Editrice S.r.l., 2019, p. 430 ss. la quale si intrattiene sulla formulazione del disposto dell'art. 1 del d.lgs. n. 66 del 22 gennaio 1948 *ante* d.l. n. 113 del 2018, concentrandosi, altresì con l'ausilio della giurisprudenza di legittimità, non solo sugli aspetti sostanzialistici formalmente intesi che, per una serie di ragioni, investono persino il tema del concorso apparente di norme, ma anche sui concetti, di difficile individuazione, quali sicurezza pubblica e urbana, bene pubblico, vivibilità e decoro delle città, di strada, strada ferrata e di blocco stradale.

⁶⁶ Per un commento sulla previsione “derubricata”, tra i tanti, G. Leo, *Blocco stradale*, in *Dig. pen.*, I, Torino, Utet, 1987, p. 463 ss. e M. Gianrusso-R. Tito, *La circolazione stradale. Illeciti penali*, 2 ed., Milano, Giuffrè, 1994, p. 601 ss.

⁶⁷ Esso recita: «Chiunque impedisce la libera circolazione su strada ordinaria, ostruendo la stessa con il proprio corpo, è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro mille a euro quattromila. La medesima sanzione si applica ai promotori ed agli organizzatori». Bene ha sostenuto il Consiglio superiore della magistratura nelle note sul d.l. n. 113 del 2018 e relativa legge di conversione che la regole come «da più parti segnalato,» si propone «di evitare di assimilare le condotte di blocco stradale effettuato con assembramento di persone alle altre ipotesi connotate da un'oggettiva maggiore gravità in relazione al grado di lesività dei beni giuridici tutelati dalla norma».

⁶⁸ Il CSM nel suesposto parere manifestato in relazione al decreto ‘Salvini’ evidenzia come la previsione inglobi tutti quei comportamenti ritenuti lesivi della sicurezza dei trasporti e della libertà di circolazione, sanzionandoli.

⁶⁹ Si legga per le esemplificazioni, la ricostruzione dei concetti di strada e via ferrata, l'evoluzione giurisprudenziale sui reati in discussione e la casistica, i profili oggettivo e soggettivo del crimine, P. Lobba, *Blocco stradale. Ostruzione o ingombro di strade o ferrovie*, p. 281 s.

⁷⁰ Per T. Caboni, *Novità in materia di sicurezza urbana e statale: il blocco stradale*, cit., p. 435 «La scelta pare essere in qualche misura sensata se si pensa alle principali ipotesi di blocco stradale, le quali sono spesso riconducibili ad iniziative di lavoratori che manifestano il loro disappunto per la situazione precaria in cui versano, impedendo la viabilità delle strade mediante l'impiego

costituisce la dimostrazione della eterogeneità degli interventi contenuti nel decreto n. 113 del 2018: quello in esame, anche se collegato alla sicurezza pubblica, sembra, piuttosto, raggiungere lo scopo di reprimere più duramente particolari forme di espressione del dissenso e del disagio sociale. Riemerge in tutta la sua veemenza il carattere sovranista che connota l'odierno Esecutivo. Da questo punto di vista, il disposto, da leggersi in combinato con l'inasprimento sanzionatorio dell'occupazione abusiva di immobili, non pare assicurare un corretto bilanciamento dei diritti fondamentali coinvolti, sollevando non pochi dubbi di legittimità costituzionale. Da altro versante, giova sottolineare che la tutela della libertà di movimento e circolazione (art. 16 Cost.) assicurata dalla configurazione dei reati in parola, si pone in attrito con altri valori di rango sovraordinato egualmente meritevoli di considerazione, tra i quali la libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) e di sciopero (art. 40 Cost.). Quanto alla tensione sviluppatasi con il bene *ex* art. 21 Cost., va notato che i delitti esaminati, di fondo, si propongono di colpire, dietro le mentite spoglie della salvaguardia della collettività, i fatti compiuti, nel corso di manifestazioni di protesta, da soffocare sul nascere, il cui obiettivo finale è di richiamare l'attenzione dell'opinione pubblica o dell'autorità sull'oggetto delle rimostranze⁷¹. Insomma, tutti quei fenomeni di contrasto al potere generatisi negli ultimi anni rispetto ai quali l'Esecutivo ha manifestato forte resistenza. Sorgono pure incertezze con riferimento al principio di ragionevolezza (art. 3 e 27, comma 3, Cost.)⁷²: non può non mettersi in risalto come tale canone venga inosservato, ad esempio, attraverso un trattamento sanzionatorio uniforme per l'intralcio stradale (per il quale l'utente, di regola, ha la possibilità di imboccare percorsi alternativi, presentandosi meno grave e, quindi, tale da godere di sanzioni più tenui) e gli impedimenti ferroviari o navali i cui transiti sono obbligati. A destare perplessità, inoltre, è il rigoroso minimo edittale dell'ipotesi aggravata, tant'è che essa potrebbe configurarsi anche per ostruzioni dalla minima durata o messe in atto mancando l'uso della violenza o minaccia. Ulteriori dubbi sulla conformità a Costituzione si levano, come anticipato, in relazione al diritto di sciopero. Le ricadute sulla viabilità potrebbero costituire un'azione sussidiaria posta in essere dai manifestanti per attirare lo sguardo sulle questioni che si collocano alla base della protesta. Emarginate le ipotesi qualificabili come violenza privata (art. 610 c.p.), sembra lecito pensare che assembramenti privi di connotazioni violente o minacciose (potrebbe essere lo stazionamento passivo o statico) possano integrare, in quanto ostruttive della circolazione, comunque, gli estremi del riproposto reato di blocco stradale senza determinare un eccessivo sacrificio del diritto di sciopero costituzionalmente garantito (o, come accennato, della libertà di espressione). Il rigore della riforma è stato temperato, parzialmente, durante la conversione in legge del decreto sicurezza, con lo scorporo dal reato di blocco stradale di un caso singolare la cui minore incidenza ne ha determinato la degradazione ad illecito amministrativo: il rimodulato art. 1 *bis* del d.lgs. n. 66 del 1948. Si è di fronte, tuttavia, ad un'eccezione dalla portata limitata, riconducibile alle situazioni nelle quali le condotte ostruzionistiche sono attuate per mezzo del proprio corpo, vale a dire gli assembramenti di persone (non già veicoli, oggetti o animali) sulla sede stradale. La deroga concerne, poi, solo i comportamenti della circolazione viaria, rimanendo escluse quelle aventi luogo sulle rotte ferroviarie, prima assoggettate a sanzione amministrativa, sempre che non si fossero concretizzate nel posizionamento di cose. La disposizione precisa che la stessa sanzione si applica anche ai promotori e organizzatori del blocco stradale. Dovendo sorvolare sui rapporti tra l'illecito amministrativo di cui si discorre (art. 23, comma 1, lett. *b*) d.l. n. 113 del 2018) e la eventuale configurazione del delitto di violenza privata (art. 610 c.p.) di cui si è fatto appena richiamo, destinati a porsi allorché l'affollamento di individui sulla strada si unisca, nel contempo, con atteggiamenti violenti o intimidatori contro coloro che vorrebbero circolare, va segnalato che l'art. 1 *bis* d.lgs. n. 66 del 1948 permette di ridimensionare alcuni dei maggiori sospetti di incostituzionalità sollevati dalla manovra con riferimento ai fatti

del proprio corpo anche per numerose ore: in questi casi autori materiali, promotori ed organizzatori porrebbero in essere un mero illecito amministrativo e non un reato».

⁷¹ Secondo una dimensione critica, la penalizzazione così intervenuta, per volontà del Governo, della condotta di blocco stradale in nome della straordinaria necessità di garantire la sicurezza urbana e, in via generale, quella statale, non si esclude possa prestare il fianco a critiche in relazione al difficile contemperamento, da un lato, della libertà di manifestazione del proprio pensiero anche in difesa dei propri diritti, e, dall'altro, dell'esigenza di garantire la vivibilità e la sicurezza sul territorio nazionale, urbano ed extraurbano. Bilanciamento che, nelle dinamiche del decreto sicurezza di (re)introdurre la punibilità della condotta, è stato indirizzato, in concreto, verso l'affermazione del secondo tra gli interessi considerato come prevalente. V. T. Caboni, *Novità in materia di sicurezza urbana e statale: il blocco stradale*, cit., p. 435.

⁷² Si sofferma sull'aspetto, P. Lobba, *Blocco stradale. Ostruzione o ingombro di strade o ferrovie*, cit. p. 282 s.

consumati in occasione di scioperi o manifestazioni di protesta. Si è affermato che siffatto delitto non copre l'occupazione dei binari, inesorabilmente attratta, a prescindere dalla concreta capacità offensiva, entro i confini del reato più grave *ex art. 1 d.lgs. n. 66 del 1948*: la disparità di trattamento si deve al disagio superiore causato all'utenza dal medesimo poiché il tracciato ferroviario è obbligato. Ma, l'apparato sanzionatorio sembra irragionevolmente severo per i fatti di intensità minore tra i quali figurano le azioni di protesta pacate in quanto occupano un lasso temporale ristretto o hanno impatto lieve sulla circolazione dei treni⁷³.

Il comma 2 dell'art. 23 d.l. n. 113 del 2018 modifica la disciplina dettata in tema di immigrazione (art. 4, comma 3, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), statuendo, tra le ipotesi preclusive dell'ingresso dello straniero nel territorio italiano, in primo luogo, la condanna con sentenza irrevocabile per il reato di cui all'art. 1 d.lgs. n. 66 del 1948, così come riformulato dal decreto sicurezza⁷⁴. In sostanza, la novella introdotta dal legislatore d'urgenza, al fine di rafforzare la sicurezza dello Stato a fronte dell'estensione del fenomeno dell'immigrazione, attribuisce natura ostativa (invero, non è la sola ipotesi impeditiva) alla condanna con sentenza irrevocabile pronunciata nei confronti dello straniero per il reato di blocco stradale e ferroviario e altri illeciti contro la libertà di circolazione: il congegno è destinato, con tutta evidenza, ad incidere sul comportamento dello straniero che voglia fare ingresso nel nostro Paese contenendone, in maniera significativa, la manifestazione del proprio pensiero in nome della ritenuta necessità e urgenza di garantire la sicurezza del nostro territorio.

Altra ipotesi ostativa all'ingresso dello straniero nel territorio italiano è, a seguito delle modifiche apportate al d.l. n. 113 del 2018 in sede di conversione in legge, la condanna, con sentenza irrevocabile, per la contravvenzione di cui all'art. 24, ultimo comma, del r.d. 18 giugno 1931, n. 773 il quale punisce, con l'arresto da un mese a un anno e con l'ammenda da euro 30 ad euro 413, il rifiuto di obbedire all'ordine di scioglimento di una riunione pubblica o di un'adunanza, in luogo pubblico o aperto al pubblico, qualora, in occasione di queste ultime, siano poste in essere, ai sensi dell'art. 20 dello stesso regio decreto, manifestazioni o grida sediziose o lesive del prestigio dell'autorità, o che, comunque, possono mettere in pericolo l'ordine pubblico o la sicurezza dei cittadini, ovvero quando nelle riunioni o nei raduni predetti siano commessi delitti (si pensi a proteste, assembramenti e *sit-in* non autorizzati e pericolosi per l'ordine pubblico e la sicurezza che abbiano visto come protagonisti persone straniere).

Da non sottovalutare, nell'opera di riqualificazione penale, è la trasformazione dei subappalti illeciti da contravvenzioni in delitti, puniti con pena equiparata a quella prevista dall'art. 356 c.p., fermo restando l'importo della sanzione pecuniaria. L'art. 25 d.l. n. 113 del 2018 ha tramutato in delitto la fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 21, comma 1, l. 13 settembre 1982, n. 646 dal seguente costrutto: l'appaltatore che concede, anche di fatto, in subappalto o a cottimo, senza autorizzazione del committente, l'esecuzione di lavori concernenti la pubblica amministrazione, è punito con la pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa non inferiore ad un terzo del valore dell'opera. Dell'omologo reato rispondono anche il subappaltatore e l'affidatario del cottimo ai quali si applicano le medesime sanzioni. Giocoforza, ripercussione, forse non voluta, di detto riaggiustamento è l'esclusione della punibilità delle condotte colpose. Attesa la nuova qualificazione delle condotte come delitti dolosi, i fatti colposi sussumibili nella fattispecie contravvenzionale, in futuro saranno penalmente irrilevanti («si pensi alle ipotesi in cui il subappaltatore e il concessionario del cottimo vengano meno all'onere di verificare che l'appaltatore abbia ricevuto dal committente l'autorizzazione al subappalto o alla concessione del cottimo»)⁷⁵. Dunque, per i comportamenti di tipo colposo per i quali è già intervenuta condanna, qualora questa non sia definitiva, dovrà essere pronunciata sentenza assolutoria; di contro, se la sentenza è passata in giudicato, dovrà essere revocata⁷⁶. Si è giustamente sostenuto che «Sebbene la dispo-

⁷³ Conf. P. Lobba, *Blocco stradale. Ostruzione o ingombro di strade o ferrovie*, cit. p. 285.

⁷⁴ L'art. 4 d.lgs. n. 286 del 1998 che, come noto, mira a preservare l'interesse pubblico alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica, disciplina l'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato, stabilendo che esso sia consentito al soggetto in possesso di passaporto valido o documento equipollente e del visto d'ingresso, salvi i casi di esenzione, e solo attraverso, esclusi i casi di forza maggiore, i valichi di frontiera appositamente istituiti. In merito alle modalità di rilascio del visto, competenza, legittimazione e limiti, può leggersi T. Caboni, *Novità in materia di sicurezza urbana e statale: il blocco stradale*, cit., p. 436 s.

⁷⁵ F. Piccioni, *Le nuove disposizioni di diritto penale sostanziale introdotte dal decreto sicurezza*, cit., p. 6. V., inoltre, G. Mentasti, *Decreto-sicurezza: i profili penalistici*, cit., p. 3.

⁷⁶ A sentire il CSM, l'area di incidenza della intervenuta *abolitio* parziale concernente i comportamenti colposi è significativa, poiché, mentre le condotte dell'appaltatore presentano, di norma, una connotazione dolosa, viceversa, per il subappaltatore e il

zione [originaria] risultasse, senza dubbio, insufficiente a contenere la capacità espansiva delle mafie nel mondo degli appalti pubblici, resta da chiedersi se la modifica possa, allo stato attuale, rivelarsi inutile. Sembra, infatti, molto difficile che, oggi, possa realizzarsi la condotta in esame, stante il sistema di tracciamento nel settore degli appalti pubblici dettato dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che impedisce la possibilità di accesso ai cantieri senza il rilascio delle prescritte autorizzazioni»⁷⁷.

La metamorfosi, apportata dall'art. 30 (nella versione cambiata dal Senato in sede di conversione) del d.l. n. 113 del 2018, all'art. 633 c.p. (innalzamento del tetto sanzionatorio nei casi di occupazione abusiva di edifici e procedibilità ufficiosa, parrebbe anche in presenza di occupanti "pacifici" la cui consistenza numerica può essere assai esigua)⁷⁸, è proiettata in funzione della possibilità di attivare le intercettazioni telefoniche, ora consentite in deroga ai limiti di pena di cui all'art. 266 c.p.p. per il reato di cui al secondo comma di tale previsione⁷⁹ la quale fa *tabula rasa* degli usurpatori (oggetto di sicuri censimenti e piani di sgombero), a prescindere dal tipo di occupazione e dai suoi presupposti essenziali. Ha giustamente affermato la dottrina che «La citata novazione sanzionatoria, (...), disarmonica rispetto al contesto normativo all'interno del quale è chiamata ad operare, rischia, in assenza di spazi certi di efficacia, di costituire un aborto giuridico»⁸⁰.

A completamento della coloritura di questo quadro – che permette ad un passato fallimentare di riaffiorare –, si pone la trasformazione di illeciti amministrativi in penali a causa della reiterazione dell'accadimento (la figura del parcheggiatore abusivo⁸¹ o la violazione del DASPO urbano⁸²): si realizza il passaggio dal diritto penale del fatto alla criminalizzazione del tipo di autore, sino a scadere nel populismo, locuzione con carattere accentuatamente polisenso⁸³; a sospingere in questa prospettiva, le

concessionario del cottimo, assumevano pacifica rilevanza penale anche i casi in cui questi fossero venuti meno all'onere di diligenza nel verificare che l'appaltatore avesse ricevuto dal committente l'autorizzazione al subappalto o alla concessione del cottimo».

⁷⁷ S. Bedessi-F. Piccioni, *Il decreto sicurezza. Nuove norme in materia di circolazione stradale, sicurezza urbana, immigrazione e polizia locale. Guida alla legge 132/2018 di conversione con modifiche del D.L. 113/2018*, cit., p. 116.

⁷⁸ Su cui v., oltre, §§ "(SEGUE:) MISURE CAUTELARI PERSONALI" e "(SEGUE:) UNA PICCOLA MA SIGNIFICATIVA NOVITÀ: LE INTERCETTAZIONI".

⁷⁹ S. Bedessi-F. Piccioni, *Il decreto sicurezza. Nuove norme in materia di circolazione stradale, sicurezza urbana, immigrazione e polizia locale. Guida alla legge 132/2018 di conversione con modifiche del D.L. 113/2018*, cit., p. 109, nt. 8, nel ricalcare i principi elaborati dalla Suprema corte, chiariscono che «La condotta tipica del reato di invasione di terreni o edifici consiste nell'introduzione dall'esterno in un fondo o in un immobile altrui di cui non si abbia il possesso o la detenzione, atteso che la norma di cui all'art. 33 c.p. non è posta a tutela di un diritto, bensì di una situazione di fatto, dovendosi escludere il reato ogni qualvolta l'autore sia entrato legittimamente in possesso del bene; (...). Il reato di invasione di terreni o edifici non è configurabile laddove il soggetto, entrato legittimamente in possesso del bene occupato, prosegue nell'occupazione contro la sopraggiunta volontà dell'avente diritto; (...). Gli A.A., ricordata la procedibilità a querela e l'applicazione, per l'illecito, dell'aggravante di cui all'art. 71, comma 1, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, si interrogano sulla titolarità della *cognitio causae*.

⁸⁰ F. Piccioni, *Le nuove disposizioni di diritto penale sostanziale introdotte dal decreto sicurezza*, cit., p. 4.

⁸¹ Senza ripetersi, per quanto attiene la disciplina dell'esercizio abusivo dell'attività di parcheggiatore o guardiamacchine, attualmente contenuta nell'art. 7, comma 15 *bis* del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, è sufficiente rilevare che l'art. 21 *sexies* del d.l. n. 113 del 2018 interviene nel senso di un netto inasprimento del trattamento sanzionatorio. E infatti, in ipotesi di fattispecie aggravate, come anticipato, se sono impiegati minori o «se il soggetto è già stato sanzionato per la medesima violazione con provvedimento definitivo» non è più previsto l'aumento del doppio della sanzione amministrativa pecuniaria, ma l'arresto da sei mesi a un anno e l'ammenda da 2.000 a 7.000 euro (passaggio da illecito amministrativo a reato contravvenzionale). Negli specifici casi indicati, il reato assume, dunque, natura penale. Resta invece invariata la parte della norma che riguarda la confisca obbligatoria delle somme percepite. Al riguardo, cfr. Cass., sez. n. 30356 del 2018 per cui integra il reato di estorsione la condotta del parcheggiatore abusivo che pretenda di essere pagato con violenza o minaccia.

⁸² Per alcuni cenni in proposito, v. *infra*, § "(SEGUE:) IL DASPO URBANO".

⁸³ Del resto, in una fase storica (non solo italiana) nella quale le problematiche geo-politiche e socio-economiche risultano complesse, la strada da percorrere sfocia nella semplificazione: nella specie, una regolamentazione incentrata sulle soluzioni punitive, in un crescendo di spazi e tempi di detenzione e prassi di espulsione semplificate per gli immigrati che, pure per la collettività, hanno assunto le fattezze di "nemici" interni poiché hanno scatenato paure ataviche da contenere. Induce a riflettere quanto si legge in S. Centonze, *Emergenza immigrazione, D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in L. 1 dicembre 2018, n. 132*, cit., p. 229 ss. «Avere un nemico è importante non solo per definire la nostra identità ma anche per procurarci un ostacolo rispetto al quale misurare il nostro sistema di valori e mostrare, nell'affrontarlo, il nostro valore. Pertanto, quando il nemico non c'è, occorre inventarlo. (...). I nemici devono essere facilmente identificabili; perciò sono diversi da noi e si comportano sempre secondo costumi che non sono i nostri». In questo scenario, individuati, quali nemici storici, i terroristi e gli immigrati, la decretazione d'urgenza viene considerata «a torto o a ragione l'unico rimedio veramente in grado di ripristinare con urgenza una condizione

norme dall'esplicito contenuto repressivo focalizzato sulle aree della marginalità sociale e del dissenso politico: l'operazione legislativa, circoscritta ad alcune classi o ceti sociali, che si connotano per il loro essere ai bordi della collettività o antagonisti rispetto alla ragion di Stato, ha un carattere fortemente ideologico e mira ad una dura repressione, senza prestare il fianco a mediazioni o contenimenti del problema che, a monte, muove la reazione⁸⁴. «Eccedendo le sue dimensioni formali, il decreto convertito in legge si configura quindi come *presupposto* per l'applicazione di strategie di controllo più stringenti, stimolando pratiche repressive più veloci. Ma anche, forse soprattutto, come *pretesto* (pre-testo) per alimentare una discorsività pubblica, per rinforzare l'immaginario relativo a una condizione emergenziale determinata dal perdurare dei flussi migratori [verso il] nostro paese (...)»⁸⁵.

La dissertazione svolta lascia qualche "trauma" nell'interprete, scomodo da rimuovere se non a costo di districare i nodi generati dal decreto "Salvini" del 2018: occorrerebbe, non solo "diluire", ma, addirittura, capovolgere gli assetti del diritto penale da esso imbastito. D'altro canto, serve poco per capire che le correzioni approntate, dall'angolazione dei principi e valori del diritto sostanziale di rilievo costituzionale, segnalano, in modo inequivoco, la sua deriva verso il contrasto ai pericoli del momento o quelli più sentiti dalla collettività; ciò, nella convinzione, da parte del Governo, il quale trova adeguata sponda nella sfera mediatica in cui, oggi, la politica autogestisce le domande di giustizia, che, verso di essi, si è costretti a reagire con schemi non canonici, bensì più ruvidi di quelli utilizzati avverso la criminalità ordinaria. Tuttavia, i rischi sono quelli usuali: irragionevole *overdeterrence*, erosione delle garanzie penalistiche fondamentali a cominciare dal finalismo rieducativo della sanzione, norme troppo manipolabili nel momento applicativo. La perfezione della simbiosi pena-immigrazione-emarginazione-tifo violento, raggiunta secondo i paradigmi ormai classici, in realtà, ha avuto vita breve: indice rivelatore la caduta, subito dopo la l. n. 77 del 2019, di conversione del decreto sicurezza *bis*, dell'Esecutivo. Del resto, quest'ultimo scivola su di una banale dimenticanza: in un sistema che permea di sé il principio di legalità, è assolutamente inaccettabile che i valori fondamentali della persona sbiadiscano, subendo una *deminutio* nella loro tutela.

Ne discende che la spasmodica ricerca della effettività del sistema penale in ipotesi di concrete situazioni emergenziali, mediante un'incessante *escalation* legislativa (frammentaria, discontinua, spezzettata), una sorta di ipertrofia diventata ingestibile dagli addetti. Stante l'erosione dei principi cardine del diritto penale, si impone, giunti a questo punto, una riflessione, di più vasta portata, sulle inclinazioni dello *jus puniendi* nel nostro Paese, le principali cause interne e quelle sovranazionali e il senso del limite da recuperare. Oltretutto, nella affannosa ricerca di rimedi taumaturgici, il legislatore, con fare quasi burlesco, perde il senso dell'armonia codicistica e della semantica tacciabile di farraginosità e indeterminatezza.

I CAMBIAMENTI AL CODICE DI PROCEDURA PENALE: OBBLIGHI DI COMUNICAZIONE AL PROCURATORE DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DEI MINORENNI

Il *novum* colpisce in abbondanza – sulla falsariga di un (oramai) consueto atteggiamento olistico – anche in materia processuale e penitenziaria, alterando un settore già vessato da riforme compulsive e

di sicurezza della popolazione violata o messa a repentaglio». (...) «Se è così, per giustificare, almeno sul piano politico, le misure eccezionali di che si tratta, che sono liberticide *ex se*, bisogna necessariamente convincere le popolazioni che quella compressione di libertà non è rivolta a loro ma, per l'appunto, ai loro nemici. Gli attentati terroristici, le massicce migrazioni di disperati, unitamente a gravi fatti di cronaca interna commessi da persone di origine extracomunitaria, drammatici nella loro gravità, appaiono invero più l'occasione che la causa, giacché permettono di dare un volto al nemico e nel contempo di cavalcare il sentimento di paura e insicurezza che diffonde tra le genti». (...) È dunque attraverso la creazione e la demonizzazione del nemico che si continua a consumare sotto i nostri occhi un attentato alla democrazia».

⁸⁴ Con mirabile capacità di sintesi, A. Sbraccia, *Effetti criminogenetici? Il decreto Salvini tra continuità e innovazione*, in F. Curi (a cura di), *Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza (Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132)*, Pisa, Pacini Editore, 2019, p. 9 s. il quale aggiunge: «L'innovazione legislativa, seguendo una simile prospettiva, è elemento indispensabile ma *mai* sufficiente per mutare la fisionomia dei processi di criminalizzazione».

⁸⁵ Icasticamente, sempre A. Sbraccia, *Effetti criminogenetici? Il decreto Salvini tra continuità e innovazione*, cit., p. 10, chiosando: «Una simile eccedenza, (...), suggerisce di sviluppare l'analisi dei contenuti del testo oltre i limiti del diritto, ovvero di collocarla dentro una dimensione propriamente politica» fatta di «riferimenti culturali, prassi operative e indicazioni prescrittive che vengono qui movimentate dall'innovazione giuridica».

ondivaghe, incalzate dal ritmo incessante di uno spirito emergenziale e univocamente ispirate dall'irrigidimento dell'ossatura repressiva secondo un *trend* diffuso⁸⁶.

Seguendo la cronologia delle previsioni e una prospettiva diacronica, ci si imbatte con la prima avente rilievo procedurale, l'art. 15 *bis* della l. 1° dicembre 2018, n. 132; quest'ultimo denota, palesemente, che, nel decreto sicurezza, si registra un profluvio di norme molte delle quali poco o nient'affatto intessute all'impianto basilico del provvedimento e non incorniciabili nella loro *rubrica legis*. L'impressione è che l'Esecutivo si sia lasciato sfuggire, per mera dimenticanza o scarsa ponderatezza, la previsione al momento della manovra penitenziaria dell'ottobre 2018 e che, dunque, abbia recuperato in corsa con l'atto in disamina di poco successivo.

Inserito nel comparto normativo a seguito dell'approvazione del maxi-emendamento governativo su cui il Senato ha espresso il voto di fiducia, l'art. 15 *bis* l. n. 132 del 2018 si compone di due commi, contenenti, rispettivamente, modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354 e al codice di rito penale. Più esattamente, introduce una serie di cambiamenti orientati alla istituzione di puntuali obblighi di comunicazione a favore del procuratore della Repubblica presso il tribunale dei minorenni.

L'intervento nel circuito penitenziario si traduce nell'innesto, in seno alla l. n. 354 del 1975, dell'art. 11 *bis* dalla icastica rubrica «*Comunicazioni al Procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni*». Esso si snoda in tre commi che, pur avendo contenuti eterogenei, perseguono il medesimo obiettivo di allestire doveri comunicativi in caso di minori collocati in istituto penitenziario (IPM) o in stabilimenti a custodia attenuata per detenute madri (ICAM): sussiste il dovere per tali architetture restrittive di inoltrare al procuratore della Repubblica in parola⁸⁷ l'elenco di tutti i minorenni collocati presso la struttura. Sarà onere di costui investire, poi, il tribunale per i minorenni. Adempimento, questo, in linea con quanto previsto dall'art. 1 della Carta dei diritti dei figli di genitori detenuti. Ci si trova al cospetto, insomma, di «uno strumento di monitoraggio e controllo della condizione dei minori» che sono inseriti in stabilimenti penitenziari o a custodia attenuata unitamente alla genitrice⁸⁸.

Come si desume dalla intitolazione della norma, l'organo intorno al quale ruota l'obbligo descritto nell'art. 11 *bis* l. n. 354 del 1975 è quello della Procura per i minorenni, connotata dalla specificità delle funzioni ad essa attribuite in ragione del destinatario dei suoi interventi. Del resto, la salvaguardia del giovane di età è saldamente radicata nella normativa interna (art. 31, comma 2, Cost.) e sovranazionale.

Al fine di accrescere la rete di informazioni riguardanti questa particolare categoria di soggetti, i minorenni⁸⁹, il primo comma dell'art. 11 *bis* l. n. 354 del 1975 impone agli istituti penitenziari e agli istituti di custodia attenuata per detenute madri l'obbligo di trasmettere «l'elenco di tutti i minori collocati presso di loro». La comunicazione, avente cadenza semestrale, è resa al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni del luogo in cui la struttura carceraria ha sede. Essa deve contenere, ai fini della «divulgazione» all'autorità giudiziaria, altresì, le notizie circa «la località di residenza dei genitori», i «rapporti con la famiglia» e le «condizioni psicofisiche» dell'interessato (art. 15 *bis*, comma 1, l. n. 132 del 2018). Ne segue che la segnalazione del nominativo da sola non sembrerebbe sufficiente per soddisfare l'obbligo imposto dalla disposizione di nuova fattura: dovrà essere affiancata dalla descrizione delle componenti fondamentali della vita del minore (stato psicofisico e aspetti relazionali con la famiglia, in particolare con il padre e la madre)⁹⁰. Sembra di dover condividere l'opinione secondo la

⁸⁶ Si dovranno tralasciare necessariamente gli aspetti relativi alle modifiche in materia di immigrazione (permessi di soggiorno, trattenimenti, espulsioni, reingressi, la protezione internazionale, le nuove regole di cittadinanza e giustizia); per esse si consiglia la lettura di A. Conz. – L. Levita (a cura di), *Il decreto Salvini su immigrazione e sicurezza. Commento organico al D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, come convertito dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132*, Roma, DIKE Giuridica Editrice S.r.l., 2019; S. Centonze, *Emergenza immigrazione. D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in L. 1 dicembre 2018, n. 132*, Milano, KEY s.r.l., 2019.

⁸⁷ ... quello del luogo ove hanno sede.

⁸⁸ S. Centonze, *Emergenza immigrazione. D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in L. 1 dicembre 2018, n. 132*, cit., p. 198. Per C. Forte, *Il nuovo decreto sicurezza (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113)*, cit., p. 39 «L'intento, che appare invero condivisibile, è quello di provocare un coordinamento serrato e una comunicazione tempestiva tra le diverse autorità coinvolte, al fine di valutare possibili iniziative utili per alleviare le situazioni di disagio in cui sovente i minori si trovano a causa della condizione detentiva della madre».

⁸⁹ Il sintagma dovrebbe ricomprendere anche i giovani adulti, vale a dire gli individui che hanno compiuto gli anni diciotto ma non ancora i venticinque. Ad orientare in questo senso, il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121 che estende le maglie della disciplina da esso dettata anche a costoro i quali, in grandi numeri, riempiono gli IPM.

⁹⁰ Il nuovo art. 11 *bis* l. n. 354 del 1975 secondo la letteratura [K. Natali, *Obblighi di comunicazione a favore del procuratore della Repubblica presso il tribunale dei minorenni*, in F. Curi (a cura di), *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza (Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132)*, Pisa, Pacini editore, 2019, p. 198 s.] sembra assumere «una fisionomia in una

quale per soddisfare il fine prestabilito dalla norma «i pubblici ufficiali, gli incaricati di un pubblico servizio, gli esercenti un servizio di pubblica necessità che entrano in contatto con il minore che si trova nella condizione sopra descritta, debbono riferire al più presto al direttore dell'istituto su condotte del genitore pregiudizievoli al minore medesimo». A sua volta, «Il direttore dell'istituto ne dà immediata comunicazione al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni»⁹¹.

Assunte le sommarie informazioni, il procuratore della Repubblica, con ricorso motivato, chiede al tribunale per i minorenni, di adottare i provvedimenti a tutela del minore (come, ad esempio, le limitazioni della responsabilità genitoriale). La cortina fumogena intorno alla norma non consente di precisare se questi sia obbligato ad adire, in ogni caso, il tribunale o se ciò debba avvenire solo qualora risultino situazioni pregiudizievoli per il giovane. Se corrisponde al vero che la lettera della legge impiega l'indicativo presente, «chiede», a significare la vincolatività del compito affidato al procuratore, lo è altrettanto il fatto che la scelta del vocabolo «ricorso» milita nel senso che una sua attivazione sussista solo quando risultino situazioni pregiudizievoli per il minore: se così stessero le cose, i compiti proattivi affidati alla Procura sarebbero circoscritti alle ipotesi che spiccano per complessità. In altri termini, ricevuto l'elenco con i nominativi degli individui collocati in istituto (e le relative informazioni), il procuratore non sarebbe tenuto ad adire il tribunale: l'eventualità si concretizzerebbe solo qualora si registrassero particolari criticità da segnalare nell'interesse del singolo⁹².

Il secondo comma dell'art. 11 bis l. n. 354 del 1975 attribuisce al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni – che invia gli atti «con relazione informativa» – l'incarico di effettuare (o disporre) ispezioni presso gli istituti agli scopi delineati dal comma 1° stessa previsione. Affianca tale attività di *routine* (si effettua periodicamente con cadenza semestrale), quella avente ad oggetto ispezioni straordinarie. L'autorità giudiziaria potrà, dunque, in sintonia con quanto statuito, *expressis verbis*, dall'art. 9, comma 3, l. n. 184 del 1983, svolgere, «in ogni tempo», i suddetti controlli all'interno degli edifici penitenziari, a prescindere da quelli ordinari.

A chiusura del disposto di cui si discorre, si pone l'istituzione di precisi doveri informativi a favore della direzione penitenziaria ad opera di persone qualificate che si muovono all'interno del contesto carcerario. I pubblici ufficiali, gli incaricati di pubblico servizio e gli esercenti un servizio di pubblica necessità che entrano in contatto con il minore – collocato nell'istituto penitenziario o in ICAM – sono chiamati a riferire «al più presto» al direttore condotte del genitore repute pregiudizievoli per l'interessato. Ricevute tali comunicazioni, spetterà alla direzione coinvolgere il procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni.

(SEGUE:) COMPITI DELLA POLIZIA GIUDIZIARIA

Nel suo incedere frammentario, il decreto sicurezza è incisivo pure nel codice di rito penale. *L'intentio legis ab origine*, non tradita dalla pratica, è quella di un sostanziale accomodamento sullo *status quo ante*, ponendo mano a quelle previsioni che si attagliano meglio a colpire il fenomeno migratorio, con conseguente garanzia di sicurezza. Con la tradizionale tecnica chirurgica, si è intervenuti, con le lett. a),

certa misura equiparabile all'art. 9 della legge 4 maggio 1983, n. 184, che prevede per gli «istituti di assistenza pubblici o privati e le comunità di tipo familiare» l'onere di «trasmettere semestralmente al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni del luogo ove hanno sede l'elenco di tutti i minori collocati presso di loro con l'indicazione specifica, per ciascuno di essi, della località di residenza dei genitori, dei rapporti con la famiglia e delle condizioni psicofisiche del minore stesso. Tale obbligo, (...) è funzionale alla verifica della situazione in cui vive e cresce il fanciullo. Se il soggetto «segnalat[o] o collocat[o] presso le comunità di tipo familiare o gli istituti di assistenza pubblici o privati o presso una famiglia affidataria» risulta in stato di abbandono, il procuratore, «assunte le necessarie informazioni, chiede al tribunale, con ricorso, di dichiarare l'adottabilità». L'onere di segnalazione di situazioni pregiudizievoli poteva pertanto ritenersi operativo anche nel caso in cui il bambino fosse ospitato nella struttura penitenziaria con la madre: l'amministrazione penitenziaria aveva (e ha tutt'ora) il compito di riferire «situazioni relative alla madre detenuta che incidono sull'esercizio della [responsabilità] genitoriale e sulla tutela dei diritti del minore» (ad esempio, se la donna tiene una condotta pregiudizievole per il figlio nell'istituto penitenziario «realizzando comportamenti violenti, vessatori, umilianti, degradanti, di abbandono materiale, mortificanti, ingiustamente punitivi»).

⁹¹ S. Centonze, *Emergenza immigrazione. D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in L. 1 dicembre 2018, n. 132*, cit., p. 198 s.

⁹² In proposito, K. Natali, *Obblighi di comunicazione a favore del procuratore della Repubblica presso il tribunale dei minorenni*, cit., 201. Dell'avviso, pure S. Centonze, *Emergenza immigrazione. D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in L. 1 dicembre 2018, n. 132*, cit., p. 199 desumendosi l'opinione dall'impiego dell'espressione «Ove ravvisi la necessità di intervenire, il procuratore ...», cioè a dire che, quella del magistrato, è un'attività discrezionale che si tramuta in dovere ove insorgano i presupposti per agire.

b) e c) dell'art. 15 *bis*, comma 2, l. n. 132 del 2018, rispettivamente, in materia di misure pre-cautelari, vincoli personali e di esecuzione penale.

È stato inserito, innanzitutto, l'art. 387 *bis* c.p.p., rubricato «*Adempimenti della polizia giudiziaria nel caso di arresto o di fermo di madre di prole di minore età*»: allorché il soggetto *ex* art. 55 c.p.p. procede all'arresto o al fermo di una madre avente una prole in giovane età, deve darne notizia, senza ritardo, al pubblico ministero territorialmente competente e al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni del luogo di esecuzione della misura (art. 15 *bis*, comma 2, lett. a), l. n. 132 del 2018). In questa maniera, si dilatano gli oneri informativi gravanti sulla polizia giudiziaria imposti dalla disciplina di genere⁹³.

Quanto alle cautele personali, l'innesto ha riguardato l'art. 293 c.p.p.: un comma 4 *bis* si accorpa al resto della norma. Esso concerne solo i casi di custodia cautelare in carcere ed è destinato ad operare negli spazi lasciati sguarniti dall'art. 275, comma 4, c.p.p. nel quale si enuncia il divieto di disporre o mantenere tale misura restrittiva nei confronti di una donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni «salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza». A mente del nuovo disposto, quando il destinatario del provvedimento restrittivo è una madre di prole di minore età, una copia dell'ordinanza che dispone la misura spetta al procuratore della Repubblica individuato all'interno dell'art. 293, comma 4 *bis*, c.p.p. (art. 15 *bis*, comma 2, lett. b), l. n. 132 del 2018).

Data esecuzione al vincolo, dell'ordinanza applicativa dovrà essere data conoscenza al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni del luogo di esecuzione della custodia cautelare in carcere che, dunque, è notiziato, non solo dell'emanazione del provvedimento, ma altresì dei contenuti dello stesso. Puntualizza taluno che l'avviso spetta alla cancelleria del giudice per le indagini preliminari che ha disposto la restrizione⁹⁴.

L'obiettivo perseguito dal legislatore parrebbe quello di sensibilizzare le autorità giudiziarie a tenere in debito conto i diritti e i bisogni dei figli di minore età della persona arrestata o fermata che conservi la responsabilità genitoriale nel momento della decisione dell'eventuale misura cautelare cui sottoporla, dando priorità, laddove possibile, a misure meno gravose che la custodia cautelare in carcere.

(SEGUE): ... IN TEMA DI ESECUZIONE DELLE PENE

Gli oneri conoscitivi istituiti dalla l. n. 132 del 2018 si estendono sino a lambire la normativa sull'esecuzione penale e, segnatamente, l'art. 656 c.p.p. («*Esecuzione delle pene detentive*») che si premura di scandire gli adempimenti connessi all'emanazione dell'ordine di esecuzione di una sentenza di condanna a sanzione restrittiva. Il dovere di notiziare, posto a carico del pubblico ministero, mediante l'esangue interpolazione della legge di conversione, è previsto a tutela dei figli minori di madri detenute.

Si tratta, quella dell'art. 656 c.p.p., di una previsione soggiogata da una certa mutevolezza; già scalfita dalla riforma penitenziaria del 2018, viene nuovamente limata: seguendo la stessa logica promossa nelle lett. a) e b) del comma 2 dell'art. 15 *bis* d.l. n. 113 del 2018 («*Obblighi di comunicazioni a favore del Procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni*»), accluso in sede di conversione, il legislatore ha previsto che la limitazione della libertà personale attinente una donna con figli in tenera età non possa rimanere affare limitato all'interessata (al suo difensore) e al magistrato, ma debba tangere anche le autorità incaricate di salvaguardare il minore. Così, il comma 3 *bis*, di nuovo congegno, aggiunto nell'art. 656 c.p.p., sancisce che l'ordine di esecuzione – contemplante le generalità della madre, l'imputazione, il dispositivo del provvedimento e le direttive necessarie all'esecuzione –, oltre ad essere notificato al difensore della condannata, andrà comunicato «al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni del luogo di esecuzione della sentenza» (art. 15 *bis*, comma 2, lett. c), l. n. 132 del 2018).

Si spiega in letteratura che «La misura», la quale «opera indipendentemente dall'entità della pena detentiva e dal fatto che questa rientri nell'ipotesi di sospensione di cui al comma 5, fa parte di una più ampia serie di inediti adempimenti [informativi]» (artt. 293, comma 4 *bis*, 397 *bis* c.p.p.; art. 11 *bis* l. 24 giugno 1975, n. 354) «collegati ai diversi possibili titoli di restrizione della libertà personale relativi a madri di» prole di minore età («arresto o fermo, custodia cautelare in carcere, reclusione o arresto) e

⁹³ Resta ferma la comunicazione dovuta al pubblico ministero competente per territorio, al difensore di fiducia eventualmente nominato o a quello d'ufficio designato a norma dell'art. 97 c.p.p. (art. 386, comma 2, c.p.p.) e, previo consenso dell'interessato, ai familiari (art. 387 c.p.p.).

⁹⁴ S. Centonze, *Emergenza immigrazione. D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in L. 1 dicembre 2018, n. 132, cit.*, p. 199.

gravanti su vari soggetti (polizia giudiziaria, direzione degli istituti penitenziari, pubblici ufficiali, incaricati di pubblico servizio, esercenti un servizio di pubblica necessità, autorità giudiziaria), il cui scopo comune è quello di consentire al p.m. competente in materia di “intercettare” sanzioni pregiudizievoli per detti figli e richiedere al tribunale per i minorenni l’adozione dei provvedimenti conseguenti (...)»⁹⁵.

(SEGUE:) FUNZIONI DEL PERSONALE DEL CORPO DI POLIZIA PENITENZIARIA IN MATERIA DI SICUREZZA

Proseguendo lungo la strada della trasfigurazione in tema di sicurezza, ci si imbatte con l’art. 15 *ter* l. n. 132 del 2018, anch’esso introdotto a seguito della approvazione del maxi-emendamento governativo su cui il Senato ha espresso il voto di fiducia. La disposizione modifica il Titolo I, Capo II del d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271, e cioè le norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, congegnando l’art. 4 *ter* disp. att. (dislocato nella parte relativa alle cosiddette sezioni di polizia giudiziaria).

Accompagnato dall’instestazione «Nucleo di polizia penitenziaria a supporto delle funzioni del procuratore nazionale antimafia», afferma, in un unico comma, che il procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, nell’esercizio delle funzioni di cui all’art. 371 *bis*, commi 1 e 2, c.p.p., possa giovare di un apposito nucleo costituito nell’ambito del Corpo di polizia penitenziaria⁹⁶; ciò, con specifico riferimento all’acquisizione, all’analisi e all’elaborazione dei dati e delle informazioni provenienti dall’ambiente carcerario.

Il ruolo attribuito al procuratore nazionale ai sensi dell’art. 371 *bis*, commi 1 e 2, c.p.p. si esprime in attività di coordinamento investigativo, esercitate in relazione ai procedimenti di prevenzione antimafia e antiterrorismo, nonché a quelli instaurati per i gravi reati indicati nell’art. 51, comma 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p.⁹⁷. Tali ultime fattispecie rappresentano illeciti di notevole allarme sociale: associazione mafiosa e delitti commessi avvalendosi delle condizioni di intimidazione previste dal vincolo mafioso, reati associativi finalizzati alla tratta, all’immigrazione clandestina, al traffico di droga e tabacchi, al traffico di rifiuti, alla prostituzione minorile e al turismo sessuale, scambio elettorale politico-mafioso, sequestro di persona a scopo di estorsione (comma 3 *bis*); reati con finalità di terrorismo (comma 3 *quater*). Allo scopo di condurre in sincronia le investigazioni e di garantire il proficuo impegno delle varie articolazioni della polizia giudiziaria, il procuratore esercita poteri di impulso nei confronti dei procuratori

⁹⁵ Testualmente, A. Pulvirenti, sub art. 656 c.p.p., in F. Fiorentin-F. Siracusano (a cura di), *L’esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 1078.

⁹⁶ Per un’analisi della fattispecie, v. K. Natali, *Funzioni del personale del corpo di polizia penitenziaria in materia di sicurezza*, in F. Curi (a cura di), *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza (Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132)*, Pisa, Pacini editore, 2019, p. 203 ss. V., anche, A. Cisterna, *Procura antimafia, arriva un nucleo della penitenziaria*, in *Guida dir.*, 2019, 4, p. 92 per cui «Difficile esprimere un giudizio sul disposto dell’art. 15-*ter* della legge di conversione (...), posto che si è in presenza di una norma che, sostanzialmente, certifica il fallimento dell’originario impianto normativo dell’articolo 371-*bis* del Cpp il quale affidava (e testualmente ancora affida) al procuratore nazionale antimafia un’ampia e incondizionata disponibilità dei corpi specializzati antimafia».

⁹⁷ Secondo A. Cisterna, *Procura antimafia, arriva un nucleo della penitenziaria*, cit., p. 92, alquanto polemico, per vero, «L’assetto che era derivato dal Dl 7/2015 sembrava aver consolidato questa potestà dispositiva del procuratore nazionale stabilendosi che il Pnaa esercita le sue funzioni in relazione ai procedimenti per i delitti indicati nell’articolo 51, comma 3-*bis* (mafia) e comma 3-*quater* (terrorismo) e in relazione ai soli procedimenti di prevenzione antimafia e antiterrorismo». Poi, si stabiliva che, rispetto ai procedimenti individuati da tali norme, il Pnaa disponeva dei servizi centrali e interprovinciali delle forze di polizia. «Si è al cospetto di disposizioni che sono rimaste prive di effettive e concrete ricadute operative. Invero tutti i corpi di polizia, non solo sono rimasti saldamente ancorati alle proprie gerarchie interne, ma risentono anche di una profonda e salda collaborazione con le singole procure della Repubblica. Ragione per cui il potere di disposizione concesso al Pnaa è rimasto una “scatola vuota” impossibile a riempirsi per effetto dell’acquisita rassegnazione dei protagonisti dell’articolo 371-*bis* del Cpp alle sorti di una “costituzione materiale” che si è venuta a consolidare negli anni su questa delicata e cruciale materia. È un *vulnus* strutturale e organizzativo di non poco conto che ha avuto profonde conseguenze nell’assetto dell’ufficio del pubblico ministero in Italia, soprattutto su base distrettuale e in relazione ai cosiddetti *serious crimes*. La previsione di polizie, specializzate e strutturate su base nazionale, doveva impedire la parcellizzazione del loro impegno, di alta qualità, nelle singole sedi locali senza una “cabina di regia” che ne regolasse l’impiego e le priorità. Impiego e priorità che dovevano essere condivisi con la Procura nazionale in ragione del citato articolo 371-*bis* del Cpp e che, invece, sono rimasti appannaggio esclusivo e autogestito dei singoli vertici della specializzazione di polizia». In altri termini, le distonie che si sono generate restano offuscate nell’ordinamento, ma non per questo, risultano poco significative.

distrettuali, assicurando la completezza e la tempestività delle indagini.

Ebbene, è in questo ambito che si inserisce la novella: quando il procuratore nazionale antimafia mette in atto le proprie funzioni nel perimetro appena richiamato, l'art. 4 *ter* disp. att. prevede che egli «si avvale di un apposito nucleo costituito, fino a un massimo di venti unità, nell'ambito del Corpo» di polizia penitenziaria che, dunque, lo coadiuverà eseguendo funzioni di supporto⁹⁸. Nondimeno, la possibilità di incaricare questo particolare gruppo (un «micro-nucleo di polizia»⁹⁹) è circoscritta in relazione alla tipologia di attività che s'intende espletare: e infatti, si riferisce unicamente «all'acquisizione, all'analisi e all'elaborazione dei dati e delle informazioni provenienti dall'ambiente penitenziario».

Da una visuale più ampia, il Corpo di polizia penitenziaria «espleta tutti i compiti» di cui alla l. 15 dicembre 1990, n. 395, dalla l. n. 354 del 1975, «nonché dalle altre leggi e regolamenti». In particolare, assicura l'esecuzione dei provvedimenti restrittivi della libertà personale, garantisce l'ordine interno agli istituti di prevenzione e di pena e ne tutela la sicurezza, partecipa alle attività di osservazione e di trattamento rieducativo dei detenuti e degli internati (anche nell'ambito dei gruppi di lavoro), svolge il servizio di traduzione dei ristretti e quello di piantonamento in caso di ricovero in luoghi esterni di cura. Le mansioni appena indicate – prescritte dall'art. 5, comma 2, l. n. 395 del 1990 –, peraltro, sono state recentemente integrate dall'art. 10, comma 1, d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 che incarica la polizia penitenziaria del compito di contribuire «a verificare il rispetto delle prescrizioni [contenute nei] provvedimenti della magistratura di sorveglianza».

Sembrano doverose due precisazioni: l'attività delegata dal procuratore antimafia al nucleo *ex art. 4 ter* disp. att. c.p.p., nonostante il *dossier* del Senato, pubblicato il 9 novembre 2018, evidenzia un collegamento diretto con l'art. 55 c.p.p.¹⁰⁰, sembra siano istituite esclusivamente al fine di supportare le incombenze da egli compiute in virtù dell'art. 371 *bis*, commi 1 e 2, c.p.p.; in secondo luogo, la disposizione, nel riferirsi alla composizione del gruppo costituito, richiama il solo «personale del medesimo Corpo», e cioè quello della polizia penitenziaria. Poi, il generico rimando al «personale» fa pensare, pertanto, che il nucleo potrà essere composto, non solo da ufficiali, ma anche da agenti appartenenti alle forze della polizia penitenziaria¹⁰¹.

Da ultimo, l'art. 15 *ter* l. n. 132 del 2018 precisa che l'«assegnazione al predetto nucleo non determina l'attribuzione di emolumenti aggiuntivi».

Vanno salutate con favore le considerazioni di chi sostiene che la norma «creando un diretto coordinamento tra la polizia penitenziaria (ovvero il corpo che meglio conosce le dinamiche che si creano all'interno delle strutture di pena) e la Procura nazionale antimafia e antiterrorismo, mira a segnalare tempestivamente alla seconda autorità le possibili minacce alla sicurezza pubblica emergenti proprio dal delicato contesto carcerario. Invero, è noto che i nostri penitenziari rischiano di diventare luoghi privilegiati di indottrinamento e reclutamento di aspiranti terroristi, soprattutto islamici; (...). Difatti, «a fronte della concentrazione sempre crescente di detenuti di fede musulmana, si è osservato come persone in carcere per reati comuni, che in passato non avevano manifestato nessuna particolare inclinazione al fondamentalismo religioso, ne siano uscite radicalizzate e trasformate gradualmente in estremisti assai pericolosi per la società. Dunque, appare opportuno cogliere in una fase preliminare tali allarmanti segnali, mentre gli interessati sono ancora ristretti e controllabili, al fine di prevenire possibili rischi terroristici»¹⁰².

⁹⁸ S. Centonze, *Emergenza immigrazione. D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in L. 1 dicembre 2018, n. 132*, cit., p. 202.

⁹⁹ La definizione è di A. Cisterna, *Procura antimafia, arriva un nucleo della penitenziaria*, cit., p. 93 il quale perviene ad esiti netti: «Sia consentita l'impressione che si sia generata l'ennesima polizia "privata" a disposizione di un determinato ufficio giudiziario, chiamata a svolgere un'azione di supporto della Pnaa (probabilmente) in materia di applicazione e proroga del regime detentivo ex articolo 41-*bis* dell'Op. Un qualcosa di ancora troppo distante dal modello ideale concepito nel 1991 da Giovanni Falcone e una riforma destinata a rendere sempre più anguste e asfittiche le interlocuzioni di coordinamento tra le articolazioni del pubblico ministero e gli apparati specializzati (Sco, Scico, Ros, e Dia) delle forze di polizia».

¹⁰⁰ Il documento (d.l. n. 113 del 2018 – A. C. 1346) è reperibile in www.senato.it.

¹⁰¹ In proposito, K. Natali, *Funzioni del personale del corpo di polizia penitenziaria in materia di sicurezza*, cit., p. 205.

¹⁰² C. Forte, *Il nuovo decreto sicurezza (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113)*, cit., p. 15.

(SEGUE:) MISURE CAUTELARI PERSONALI

In attesa di una «riforma epocale della giustizia penale»¹⁰³, evocata, a più riprese, nel corso del dibattito politico-giornalistico dell'autunno 2018 e, soprattutto, negli ultimi tempi, ci si serve del provvedimento in analisi per emendare alcuni settori del codice di procedura penale: si agisce, come spesso accade, a chiazze. Non è revocabile in dubbio che si assista ad un fenomeno distante dal solito *clické*: in occasione degli oramai noti pacchetti sicurezza, le modifiche processual-penalistiche sono rivoluzionarie, mentre, il d. l. n. 113 del 2018, anche a seguito della conversione, all'apparenza, non reca novità di tale carattere. Considerato che il motivo di tale *self restraint*, piuttosto inconsueto, potrebbe essere riconducibile (proprio) alla volontà di approntare, come appena detto, un raggruppamento di previsioni dedicate, nello specifico, al diritto processuale penale, *medio tempore*, si rincorrono soluzioni provvisorie da cui trasuda, appieno, lo spirito repressivo che si cela dietro la manovra in discussione, indirizzata, peraltro, come detto, ad alcune categorie di soggetti.

Gli interventi sul codice hanno riguardato, tra l'altro, un *restyling* delle misure cautelari personali il quale, mostrandosi, d'immediato, tutt'altro che marginale, perde, a contatto con il sostrato applicativo, gran parte della sua attrattiva¹⁰⁴.

La prima correzione investe l'art. 282 *bis* c.p.p. e sembrerebbe porsi in controtendenza rispetto alla logica che impregna il provvedimento legislativo nel suo complesso. La disposizione, inserita in seno alla disciplina codicistica nel 2001, mercé la l. 4 aprile n. 154 («*Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*»), regola l'istituto dell'allontanamento dalla casa familiare¹⁰⁵. Risponde alla prioritaria esigenza di protezione delle vittime dei maltrattamenti familiari; in effetti, ha contenuti inibitori e si ispira «all'*order of protection* conosciuto nelle legislazioni di *common law*»¹⁰⁶. Come ricorda la letteratura¹⁰⁷, «Si tratta di un modello cautelare diretto a predisporre misure giudiziarie efficaci e di natura preventiva, che assicurino una tutela immediata della vittima all'interno dei rapporti familiari, realizzando uno schermo di protezione attorno al soggetto debole». All'origine, di contro, mancava nel panorama uno strumento che, nelle more del procedimento, blindasse l'indagato intenzionato a prorogare la propria condotta criminosa, eventualmente intimidendo le vittime degli abusi. L'unico espediente per colmare la lacuna è il ricorso alla misura *ex art. 283 c.p.p.* che regola il divieto e obbligo di dimora, adattandone l'applicazione alle necessità del caso concreto. Con la misura di cui all'art. 282 *bis* c.p.p., il giudice può ordinare all'imputato o indagato di abbandonare immediatamente la casa familiare ovvero di non farvi più rientro e, comunque, di non accedervi senza autorizzazione. Qualora sussistano esigenze di tutela dell'incolumità della vittima o dei suoi prossimi congiunti, può prescrivere anche che il medesimo non si avvicini a luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa, salvo che la frequentazione sia necessaria per motivi di lavoro. La misura dell'allontanamento si pone come alternativa alla custodia cautelare in carcere laddove quest'ultima, secondo i parametri della proporzionalità e adeguatezza, risulti particolarmente afflittiva rispetto ai fatti contestati, pur sussistendo l'esigenza di fermare la spirale della violenza in corso¹⁰⁸.

La l. 15 ottobre 2013, n. 119 recante «*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere*» ha inserito, a rafforzamento del vincolo restrittivo, per contrastare i reati di violenza domestica e in genere, nell'art. 282 *bis* c.p.p., una porzione terminale del precetto, alla stregua del quale

¹⁰³ La locuzione, altisonante, è stata utilizzata in parecchi contesti pubblici dall'attuale Ministro della Giustizia, Alfonso Bonafede.

¹⁰⁴ Si aggiungono a quello riguardante l'art. 293 c.p.p.

¹⁰⁵ In merito, v. F. Peroni, *La nuova tutela cautelare penale nei fenomeni di violenza intrafamiliare*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 869.

¹⁰⁶ Testualmente, L. Rossetti, *Il controllo, anche attraverso dispositivi elettronici, dell'ottemperanza al provvedimento di allontanamento dalla casa familiare*, in A. Conz. – L. Levita, *Il decreto Salvini su immigrazione e sicurezza. Commento organico al D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, come convertito dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132*, Roma, DIKE Giuridica Editrice S.r.l., 2019, p. 311.

¹⁰⁷ L. Rossetti, *Il controllo, anche attraverso dispositivi elettronici, dell'ottemperanza al provvedimento di allontanamento dalla casa familiare*, cit., p. 311.

¹⁰⁸ Quanto alle possibili prescrizioni aggiuntive all'allontanamento dalla casa familiare, specie di tipo economico, la loro natura, tempistica, modalità applicative, i rapporti con l'art. 291, comma 2 *bis*, c.p.p., che consente di applicare, nell'interesse della persona offesa, le misure patrimoniali provvisorie di cui all'art. 282 *bis* c.p.p., a qualsiasi misura cautelare, di tipo coercitivo o interdittivo, v. L. Rossetti, *Il controllo, anche attraverso dispositivi elettronici, dell'ottemperanza al provvedimento di allontanamento dalla casa familiare*, cit., p. 312 s.

l'allontanamento dalla casa familiare può essere disposto «anche con le modalità di controllo previste all'art. 275 *bis* c.p.p.»¹⁰⁹. Il che, sembrerebbe da intendere nel senso che il richiamo non è a tale ultimo articolo nel suo complesso, ma unicamente alle modalità di osservazione *ivi* previste: il giudice, nel disporre la restrizione, può indicarle per la persona allontanata, esulando dal benessere del soggetto sottoposto. Nella sostanza, l'appendice ha determinato, dopo il già avvenuto parziale mutamento della previsione, derogatorio dei limiti edittali dell'art. 280 c.p.p., l'applicazione della misura ricorrendo al controllo elettronico per assicurare l'ottemperanza al provvedimento di allontanamento dalla casa familiare¹¹⁰.

L'art. 16 del d.l. n. 113 del 2018 si accanisce ulteriormente sulla formulazione dell'art. 282 *bis* c.p.p., integrando con i maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.) e gli atti persecutori (c.d. *stalking*) (art. 612 *bis* c.p.) il catalogo dei reati indicati dall'art. 282 *bis* c.p.p. che consentono, nel corso del procedimento penale, l'uso dei braccialetti elettronici come modalità di esecuzione dell'allontanamento dalla casa familiare. L'inserimento di tali delitti nel comma 6 dell'art. 282 *bis* c.p.p. non produce effetti particolari, dal momento che si è di fronte a fattispecie che, in ragione dei limiti di pena, già permettono l'applicazione del vincolo cautelare. Del resto, nel corso degli anni, l'elenco di reati di cui all'ultimo comma della norma in questione – che consente l'imposizione del vincolo anche per crimini puniti con una pena massima inadeguata a soddisfare il requisito generale fissato dall'art. 280 c.p.p. – ha conosciuto un progressivo ampliamento.

Stante questo panorama, si spiegano i due interventi apportati con il decreto n. 113 del 2018 il cui tenore è stato recepito con la legge di conversione: è facile arguire, dal momento che tanto l'art. 572 quanto l'art. 612 *bis* c.p. stabiliscono una forbice edittale tale da legittimare l'applicazione di ogni tipo di misura coercitiva – persino la custodia cautelare in carcere –, che il recente dilatamento dell'elenco dei reati di cui all'art. 282 *bis* c.p.p. è dovuto alla volontà di estendere, manifestamente, l'ambito operativo del monitoraggio elettronico (rendendo, al contempo, possibile il provvisorio ma tempestivo intervento della polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 384 *bis* c.p.p.).

La *ratio* è di carattere garantistico (e, pertanto, eccentrica rispetto agli assetti complessivi del decreto 'Salvini') dal momento che, attesa la variazione, si consente di ricorrere ad una misura obbligatoria e non detentiva – quale è l'allontanamento dalla casa familiare – nella prospettiva di rafforzare l'efficacia del presidio, anche per allentare l'utilizzo di vincoli di natura custodiale¹¹¹.

¹⁰⁹ Sui profili evolutivi messi in luce, E. Valentini, *Le novità in materia di misure cautelari personali e intercettazioni*, in F. Curi (a cura di), *Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza (Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132)*, Pisa, Pacini Editore, 2019, p. 208. C. Forte, *Il nuovo decreto sicurezza (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113)*, cit., p. 42 è chiara nell'affermare che «La peculiarità è che in queste ipotesi il congegno verrà usato non già, come nel caso del controllo dei movimenti di soggetti ristretti agli arresti domiciliari, per verificare che la persona sottoposta a misura non si allontani da un dato luogo, ove ha avuto esecuzione il provvedimento restrittivo, bensì per accertare che questi non si avvicinino a un determinato luogo dal quale è stato allontanato per scongiurare il rischio di reiterazione del reato, ovvero di commissione di fatti più gravi».

¹¹⁰ Il richiamo, nell'art. 384 *bis* c.p.p. – inserito sempre nel 2013 – alle fattispecie *ex art.* 282 *bis*, comma 6, c.p.p., è gravido di significativi effetti indiretti, poiché rende possibile l'allontanamento urgente dalla casa familiare.

¹¹¹ Qualche parola va spesa in ordine al congegno del braccialetto elettronico che, introdotto nel lontano 2001, ha subito modifiche qualche anno addietro per fronteggiare il problema del sovraffollamento carcerario: la legislazione carcerocentrica (il vocabolo è speso da numerosi interpreti, tra i tanti, viene alla mente C. Fiorio, *Diritto penitenziario e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, p. 119) che ha connotato negli anni il sistema penitenziario, ha determinato un notevole aumento dei soggetti ristretti a fronte di una capienza limitata degli istituti di pena, assolutamente inadeguati ad assicurare ai detenuti una permanenza dignitosa. L'insostenibile situazione, che ha determinato la condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, è culminata con la nota Corte e.d.u., sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia* con quale, non solo si è asserito che il Paese ha violato l'art. 3 Cedu a causa del sovraffollamento delle carceri, ma anche che esso rappresenta una manifestazione patologica estesa e congenita in Italia dal momento che una delle ragioni del numero straordinariamente elevato di detenuti sia riconducibile al fatto che vi sono moltissimi individui reclusi, indagati o imputati, in stato di custodia cautelare. Il braccialetto elettronico – unitamente al disposto di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p., c.p.p., introdotto con l. 16 aprile 2015, n. 47, alla cui stregua si deve far ricorso alla custodia in carcere solo se l'indagato sia sprovvisto di un domicilio idoneo e sempre che non sussistano precedenti condanne per evasione o per violazione di provvedimenti giudiziari – ha rappresentato uno degli strumenti idonei ad evitare che gli indagati o imputati, in attesa di giudizio, siano costretti a subire la custodia cautelare in carcere, nell'ipotesi in cui gli arresti domiciliari non siano da soli sufficienti a fronteggiare le esigenze cautelari. Per tale ragione, l'art. 275 *bis* c.p.p. prevede che, ove il giudice applichi la misura cautelare degli arresti domiciliari, saranno automaticamente operative anche le procedure di controllo ulteriori mediante mezzi elettronici altri strumenti tecnici, dovendo invero il giudice fornire adeguata motivazione sul punto solo nel caso in cui, in relazione alla natura ed al grado delle esigenze cautelari sottese al caso concreto, non ravvisi la necessità degli stessi (: il giudice prescrive le procedure di controllo elettronico «salvo che le ri-

Se così stanno i fatti, non si può trascurare il divario siderale esistente tra i fini perseguiti dalla riforma e i dati empirici. È noto, in effetti, che, a tutt'oggi, le scorte tecnologiche atte a fronteggiare le necessità dell'ordinamento sono insufficienti; non bastevoli, peraltro, per coprire la domanda di braccialetti elettronici che deve affiancare l'esecuzione degli arresti domiciliari secondo il dettato dell'art. 275 bis c.p.p.¹¹².

Pertanto, nelle more di un aumento del bacino delle attrezzature, non ancora realizzato in maniera soddisfacente, l'estensione operativa dell'allontanamento dalla casa familiare elettronicamente monitorato sembra destinata a rimanere sulla carta. Oltretutto, la puntualizzazione, racchiusa nell'art. 16, comma 2, d.l. n. 113 del 2018, in ragione della quale l'innovazione normativa dovrà rimanere priva di impatto sulle finanze pubbliche, non fa che rimarcare quanto continui a restare velleitaria, nel nostro Paese, la vicenda della sorveglianza elettronica.

La seconda novità in materia cautelare personale riguarda la disciplina degli arresti domiciliari i quali possono essere concessi in presenza della disponibilità di un domicilio idoneo; all'art. 284 c.p.p. viene aggiunto un nuovo comma 1 *ter* dedicato a tale specifico presidio custodiale: «la misura degli arresti domiciliari non può essere eseguita presso un immobile occupato abusivamente», senza che l'apposizione di tale ultimo avverbio suoni come «ridondante» (art. 31 bis d.l. n. 113 del 2018 – Capo III, Titolo II – introdotto in sede di conversione¹¹³). Tenuto conto delle peculiarità del vincolo degli arresti domiciliari (strutturati in maniera tale da garantire le prioritarie esigenze di tutela della persona offesa e il mancato distacco del soggetto dalla propria abitazione o altro luogo di privata dimora ovvero da un ambiente pubblico di cura o di assistenza ovvero, se istituita, da una casa famiglia protetta) e le somiglianze con la custodia in carcere di cui costituisce il gradino immediatamente inferiore, è di tutta evidenza che non può esservi uno sconfinamento che conduca all'apertura di tale misura inframuraria «ad una casa occupata in maniera abusiva»¹¹⁴.

tenga non necessarie»); l'applicazione del braccialetto elettronico diventa ordinaria, di contro, gli arresti domiciliari *tout court* e la custodia in carcere configurano l'eccezione. Al contempo, si sostituiscono i controlli sporadici delle forze dell'ordine con azioni mirate della polizia giudiziaria tutte le volte che il braccialetto rilevi la più blanda violazione. La prassi, tuttavia, ha dimostrato la disapplicazione dello strumento elettronico in discussione in considerazione della frequente indisponibilità dello stesso da parte delle amministrazioni. Ci si è interrogati in merito alla natura giuridica della misura del braccialetto elettronico con una netta spaccatura tra una parte minoritaria della dottrina (: si collocherebbe, grazie all'art. 275 bis c.p.p. che gli ha conferito natura e consistenza proprie e specifiche, in posizione intermedia tra la custodia cautelare in carcere e gli arresti domiciliari puri finendo per coprire tutte quelle situazioni intermedie tra i due vincoli restrittivi, oppure le ipotesi in cui l'organo giurisdizionale, anche se non ritenga di dover ricorrere alla *extrema ratio* cautelare, abbia dei dubbi in ordine all'efficacia degli arresti domiciliari semplici e alla capacità auto-limitativa della stessa) e la giurisprudenza costante (: il braccialetto elettronico, lungi dal costituire un'autonoma misura cautelare, è un mero strumento tecnico di controllo da affiancare a quelle già esistenti. Ad orientare in questo senso, l'art. 275 bis, comma 1, c.p.p. in cui si statuisce che il braccialetto può essere previsto «nel disporre la misura degli arresti domiciliari», a conferma della sua strumentalità e del carattere aggiuntivo in relazione all'autonomia degli arresti domiciliari. Peraltro, non molto tempo addietro, le Sezioni Unite, con la sentenza 28 aprile 2016, n. 20769, hanno rimarcato che gli arresti domiciliari tecnologicamente assistiti non integrano una nuova e autonoma misura cautelare, come si evince anche dalla collocazione sistematica della disposizione *ex art. 275 bis c.p.p.*, prima del Capo che enuclea, in maniera tassativa, le singole misure personali. La pronuncia, inoltre, superando un contrasto, ha chiarito, argomentando dall'esegesi dell'art. 275 bis c.p.p., dalla quale si desume che solo il dissenso dell'imputato è causa ostativa alla concessione degli arresti con braccialetto elettronico, che la carenza del dispositivo non sia causa automatica di applicazione della custodia cautelare in carcere né, tanto meno, ragione sufficiente alla sostituzione della stessa con gli arresti domiciliari semplici. Cosicché, il principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria è che il giudice, in caso non si disponga del marchingegno, «escluso ogni automatismo», deve valutare, ai fini dell'applicazione o della sostituzione della misura coercitiva, la specifica idoneità, adeguatezza e proporzionalità sia degli arresti «semplici» sia della custodia in carcere, in relazione al caso concreto).

¹¹² Il dettame, nella formulazione elaborata nel 2013, impone al giudice cautelare che si orienti per gli arresti domiciliari di affiancare al presidio anche l'applicazione della sorveglianza tecnologica, a meno che la reputi non necessaria. La scelta di ricorrere al congegno del braccialetto elettronico in via ordinaria, ha determinato il rapido esaurirsi delle scorte. Basti pensare che, negli ultimi anni, la prassi si è orientata per l'instaurazione di una immaginaria lista di attesa, priva di qualsivoglia regolamentazione non trovando referente alcuno nella legislazione e riferita solo alla misura degli arresti domiciliari. V. E. Valentini, *Le novità in materia di misure cautelari personali e intercettazioni*, cit., p. 209, nt. 8. Sul tema, inoltre, della stessa A. *Le Sezioni unite e "lo scandalo del braccialetto"*, in www.ilforomalestiano.it, 5 luglio 2017 e, prima ancora, *Arresti domiciliari e indisponibilità del braccialetto elettronico: è il momento delle Sezioni unite*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 27 aprile 2016, p. 1 ss.

¹¹³ ... in vigore, quindi, dal 4 dicembre 2018.

¹¹⁴ R. Antuoni, *Espiazione degli arresti domiciliari negli immobili occupati*, in A. Conz. – L. Levita, *Il decreto Salvini su immigrazione e sicurezza. Commento organico al D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, come convertito dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132*, Roma, DIKE Giuridica Editrice S.r.l., 2019, p. 510.

Senza svolgere sforzi esegetici accidentati, s'intuiscono i motivi dell'opzione legislativa: si vuole contrastare il fenomeno delle occupazioni abusive degli immobili, realizzato, *in primis*, con le modifiche apportate all'art. 633 c.p. e destinato a rispondere ad un sistema spiccatamente propagandistico sviluppatosi a seguito dell'aumento del numero delle etnie clandestine sul territorio e la continua perpetrazione di reati all'interno di tali edifici (soprattutto in fatto di droga e sfruttamento della prostituzione¹¹⁵), nonché di un loro impiego come luoghi di aggregazione con scopi di radicalizzazione religiosa. Non è da escludere, quanto al perimetro applicativo, che la fattispecie includa anche i comportamenti posti in essere in prevalenza da studenti, in merito alle occupazioni di stabili scolastici e universitari, e da soggetti indigenti, come accade per l'insediamento di alloggi di edilizia residenziale pubblica, se privi di un'abitazione¹¹⁶.

Ad essere puntuali, la questione dei rapporti tra arresti domiciliari e occupazione abusiva dell'immobile affiora, più volte, nella casistica e trova soluzioni tese a contemperare i diversi interessi in gioco ed improntate a ragionevolezza e pragmatismo. «L'intervento normativo non era dunque necessario; oltretutto, a al di là del suo impatto simbolico e stigmatizzante, la disposizione poco aggiunge a quanto già poteva ricavarsi attraverso una lettura rigorosa della disciplina precedente»¹¹⁷.

¹¹⁵ Il legislatore del 2018, con l'art. 30, ha rimodulato, in maniera solida, l'apparato sanzionatorio (inasprimento delle pene) e le circostanze (interamente rimodellate) del reato di invasione di terreni o edifici di cui all'art. 633 c.p. Si compie, in questa maniera, la forma di maggiore repressione di condotte critiche per la sicurezza pubblica che offendono il patrimonio (v. G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, II, tomo II, *I delitti contro il patrimonio*, 7^a ed., Bologna, Zanichelli, 2015, p. 285 ss.). La norma, nella sua versione definitiva, prevede che «Chiunque invade arbitrariamente terreni o edifici altrui, pubblici o privati, al fine di occuparli o di trarne altrimenti profitto, è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione da uno a tre anni» (in precedenza, «fino a due anni») e con la multa da euro 103 a euro 1.032. Si applica la pena della reclusione da due a quattro anni e della multa da euro 206 a euro 2064 e si procede d'ufficio se il fatto è commesso da più di cinque persone o se il fatto è commesso da persona palesemente armata. Se il fatto è commesso da due o più persone, la pena per i promotori o gli organizzatori è aumentata». Dunque, è stato riscritto il secondo comma e inserito un terzo che delinea un'aggravante "generale", per promotori e organizzatori delle occupazioni. La scelta di unire alla reclusione, la pena pecuniaria viene giustificata dai benefici che potrà trarre l'erario in termini di incremento di entrate. La motivazione lascia perplessi: considerati i fautori di tali reati, è alquanto improbabile che dalla sanzione economica possa trarne vantaggio la finanza centrale. L'art. 633 c.p. va riguardato in combinato con gli art. 639 *bis* c.p. e 71, commi 1-3, d.lgs. n. 159 del 2011, cd. Codice antimafia. Mutamenti di rilievo attengono alle circostanze aggravanti previste dal secondo e terzo comma dell'art. 633 c.p. Il numero delle persone che partecipano al reato, superiore a cinque, risalta a prescindere dal fatto che alcune di esse sia chiaramente armata. Sembra di poter sostenere che venga richiesta la presenza contestuale di tutti i soggetti sul luogo dell'accadimento. L'innalzamento dell'asticella della pena per la circostanza ad effetto speciale ha contraccolpi di non poco momento in ambito processuale, investendo le misure pre-cautelari e cautelari personali. Quanto al primo aspetto, è ammesso l'arresto facoltativo in flagranza *ex art.* 381, comma 1, c.p.p.; circa l'altro, diventano applicabili i vincoli restrittivi coercitivi differenti dalla custodia cautelare in carcere (art. 280 ss. c.p.p.) e quelli interdittivi (art. 287 ss. c.p.p.). Nondimeno, il vincolo degli arresti domiciliari non può essere eseguito presso un immobile occupato abusivamente (art. 31 *bis* d.l. n. 113 del 2018). Le persone sottoposte a misure di prevenzione personali con provvedimento definitivo, inoltre, possono essere arrestate anche al di fuori della flagranza (art. 71, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011). Deve condividersi l'opinione di chi (C. Parodi, *Intercettazioni. Come è (ri)cambiata la disciplina dopo i decreti sicurezza e anticorruzione*, ne *Il Penalista*, 25 gennaio 2019, p. 2) ritiene che «Sul piano della politica giudiziaria l'inasprimento di pena esprime evidentemente la preoccupazione del Legislatore per fenomeni diffusi e non facilmente controllabili di occupazione di immobili non tanto e non solo per esigenze abitative, quanto in un'ottica di contrasto/resistenza al sistema nel suo insieme. Fenomeno al quale, come pare evidente, il legislatore intende dare una risposta in termini di maggiore efficacia». Anche il terzo comma dell'art. 633 c.p. ha subito cambiamenti: si individua una circostanza aggravante speciale ad efficacia comune per i promotori (forse, gli ideatori, coloro che hanno avuto l'iniziativa nel commettere il crimine) e/o organizzatori (con probabilità, quelli che hanno realizzato il progetto criminoso) se l'evento naturalistico è commesso da almeno due compartecipi. Si legga, per altri dettagli, C. Cassani, *Il reato di invasione di terreni o edifici ex art. 633 c.p.: modifiche e risvolti applicativi*, in F. Curi (a cura di), *Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza (Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132)*, Pisa, Pacini Editore, 2019, p. 325 ss. L'A. chiude le sue riflessioni ponendo un interrogativo sul significato da conferire ai vocaboli promotore e organizzatore dal momento che parrebbero invocare ipotesi di occupazioni e invasioni di ampia portata che presupporrebbero una certa pianificazione sebbene tale da non configurare un'associazione per delinquere. Da ultimo, ella non può sottacere l'assenza di una ragione all'ingresso di una circostanza di specie ove si ponga mente al fatto che, sia nel contenuto che nell'effetto, essa si sovrappone a quella *ex art.* 112, comma 1, n. 2 c.p. Pertanto, «L'unica funzione che appare individuabile è rappresentata in conclusione da una simbolica stigmatizzazione del reato, considerato nel contesto sociale attuale come connotato da una particolare gravità». Una sintesi si ritrova in S. M. Guarriello, *Art. 30. Le modifiche al reato di invasione di terreni o edifici*, in A. Conz. – L. Levita, *Il decreto Salvini su immigrazione e sicurezza. Commento organico al D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, come convertito dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132*, Roma, DIKE Giuridica Editrice S.r.l., 2019, p. 505 s.

¹¹⁶ V. C. Cassani, *Il reato di invasione di terreni o edifici ex art. 633 c.p.: modifiche e risvolti applicativi*, p. 326.

¹¹⁷ Alla lettera, E. Valentini, *Le novità in materia di misure cautelari personali e intercettazioni*, cit., p. 210. Ebbene, come evidenzia la stessa A., il requisito principe per la concessione degli arresti domiciliari è la disponibilità di un domicilio adeguato all'esecuzione della misura (cfr. Cass., sez. III, 30 settembre 2015, Z., in *CED Cass.*, n. 265048).

La conseguenza è quella di irrigidire la disciplina di riferimento con una preclusione resa manifesta dalla legge destinata a rendere più difficoltosa la ricerca di soluzioni tarate sul caso concreto. Del resto, la dicitura «immobile abusivamente occupato» abbraccia una molteplicità di ipotesi disarmoniche dal punto di vista sostanziale prima ancora che giuridico: la definizione della dicitura può definirsi onnivora per la sua incapacità selettiva. La sede non permettere di insistere sull'argomento suscettibile di lambire persino i rapporti tra il procedimento penale e quello civile¹¹⁸; nondimeno, va detto che, in linea generale, nel raggio di azione dell'art. 284, comma 1 *ter*, c.p.p. sono da escludere tutti gli immobili rispetto ai quali il titolo legittimante l'occupazione sia ancora in corso di risoluzione¹¹⁹. Ragionevolezza imporrebbe di evitare di dare spazio, in via immediata, all'ordinanza di rilascio dell'immobile per consentire all'interessato di cercare un altro luogo idoneo *ex art.* 284 c.p.p.; d'altro canto, un'esecuzione immediata dell'ordinanza di sfratto potrebbe, da un lato, determinare l'incriminazione del soggetto sottoposto a misura coercitiva per il reato di evasione¹²⁰. Da altro angolo prospettico, per evitare che vengano compressi i diritti del proprietario, ci si è espressi nel senso di conferire all'ufficiale giudiziario il compito di informare tempestivamente il pubblico ministero circa la sopravvenuta indisponibilità del domicilio, affinché tale ultimo organo possa attivarsi formulando istanza di revoca o sostituzione del regime cautelare domiciliare in corso di esecuzione¹²¹. In realtà, la nozione di «immobile abusivamente occupato» si riallaccia anche a situazioni concrete molto distanti da quella appena considerata: per esemplificare, basti segnalare il caso di persone che abbiano fissato la propria dimora in stabili abbandonati o, comunque, non oggetto di rivendicazione attuale da parte del proprietario e, ad ampio spettro, rispetto ai quali non è in corso una procedura esecutiva finalizzata al rilascio dell'immobile. Al riguardo, la Suprema corte, chiamata ad applicare e interpretare la seconda parte dell'art. 275, comma 2 *bis*, c.p.p., giunge a negare, con un *dictum* dalla valenza più lata rispetto al caso di specie, che nel concetto di inesistenza del luogo in cui dare esecuzione agli arresti domiciliari non possa rientrare anche l'eventuale inadeguatezza dell'abitazione: tanto sotto il profilo della regolarità dell'occupazione quanto di quello dell'edilizia¹²². Sicché, la restrizione ben può essere espletata in ambienti carenti di tali connotazioni.

Con l'inserimento del comma 1 *ter* nell'art. 284 c.p.p., tale soluzione è impedita categoricamente. La dottrina stigmatizza la scelta legislativa in quanto quella avanzata dalla Corte di cassazione «era da condividere» poiché «improntata al buon senso e a una logica di garanzia»; d'altra parte, «nel caso specifico non si trattava di contemperare gli interessi dell'imputato con quelli di un proprietario intenzionato a rientrare nel possesso dell'immobile». In situazioni come quella in disamina, «il sacrificio della libertà personale che discende dal divieto ora inserito nell'art. 284 c.p.p. sembra mosso da istanze puramente sanzionatorie e punitive. E va ad incidere su un tema da sempre delicatissimo: quello delle ricadute, sul regime di detenzione (a titolo cautelare o di pena) delle precarie condizioni economiche e sociali dell'imputato, costretto al carcere pur in presenza di situazioni affrontabili con misure meno restrittive. È proprio questa seconda tipologia di casi (...) a gettare luce sulla *ratio*, volta ad impedire al giudice cautelare (nonché, ancor prima, al pubblico ministero proponente) la possibilità di scegliere la mano severa tra le soluzioni custodiali che potrebbero operare in concreto, sulla base di una valutazione attenta alle peculiarità del caso specifico. Per tali ragioni, e come anticipato sopra, la disposizione, non così innovativa dal punto di vista *stricto sensu* positivo, risulta in realtà gravida di potenti contenuti simbolici e ideologici: contenuti che operano non soltanto nei riguardi dell'occupante abusivo (da stigmatizzare), ma anche nei confronti del giudice della libertà personale (da ammonire)¹²³».

¹¹⁸ L'approfondimento è di E. Valentini, *Le novità in materia di misure cautelari personali e intercettazioni*, cit., p. 211 ss.

¹¹⁹ Conf. E. Valentini, *Le novità in materia di misure cautelari personali e intercettazioni*, cit., p. 211.

¹²⁰ Così, di recente, nella giurisprudenza di merito, trib. Napoli, XIV sez. civ., 30 marzo 2018, in *www.inexecutivis.it*, 9 maggio 2018 per cui la procedura di rilascio coattivo ai sensi dell'art. 608 c.p.c. non può essere equiparata alla forza maggiore o al fatto del terzo, tanto da escludere il nesso psichico, necessario perché possa perfezionarsi il reato di evasione (art. 385 c.p.).

¹²¹ Sempre trib. Napoli, XIV sez. civ., 30 marzo 2018, cit. La pronuncia è corredata dal commento di Mereu edito in *www.inexecutivis.it*, 21 maggio 2018.

¹²² Cfr. Cass., sez. II, 8 febbraio 2018, n. 10425, in *www.dirittoegiustizia.it*.

¹²³ E. Valentini, *Le novità in materia di misure cautelari personali e intercettazioni*, cit., p. 212 s. la quale chiude: «Anche alla luce delle considerazioni sin qui svolte, il nuovo precetto sembra prestare il fianco a possibili censure di illegittimità costituzionale, poiché, impiegando il generico avverbio "abusivamente", non sembra allinearsi al principio di tassatività: il concetto di occupazione abusiva non è infatti adeguatamente precisato a livello normativo, e come tale rischia di porsi in contrasto con l'art. 13, comma 2, Cost.».

L'esegesi, apprezzabile in teoria, per i risvolti concettuali, lo è difficilmente in ottica pragmatica; l'innovazione dell'art. 284 c.p.p. rappresenta uno dei pochi aspetti di una riforma da cancellare sotto vari aspetti: il vincolo restrittivo degli arresti domiciliari ha risvolti positivi laddove venga eseguito in luoghi che ne assicurino l'efficacia attraverso il rispetto delle prescrizioni giurisdizionali. L'occupazione abusiva il più delle volte concerne, invece, strutture fatiscenti, collocate ai margini delle città, ove si affastellano molte persone che vivono in precarie condizioni, v'è un continuo ricambio di individui e rappresentano il viatico per sfuggire ai controlli ed è più facile commettere illeciti. Ma, anche laddove si tratti di edifici che non presentino simili caratteristiche, è impensabile che si possa acconsentire allo svolgimento di una misura cautelare personale in luogo in cui la presenza della persona non è legittima ma è frutto di un atto posto in essere *contra legem*.

Resta da interrogarsi in ordine alle possibili ricadute della disposizione sul piano probatorio e applicativo. In proposito, come noto, già prima della riforma, la prassi è quella di onerare l'imputato che solleciti la sostituzione della custodia in carcere con gli arresti domiciliari a produrre documenti idonei a consentire la verifica in ordine alla legittima disponibilità dell'immobile (in caso di mancata disponibilità diretta del domicilio, tale documentazione verrà integrata da una dichiarazione di disponibilità proveniente dal soggetto titolare di tali diritti sull'immobile). È possibile che il nuovo art. 284, comma 1 *ter*, c.p.p. determini maggior rigore applicativo in ordine al tipo di documentazione richiesta all'imputato, nonché, ancora prima, suggerisca verifiche più stringenti in capo all'autorità giudiziaria qualora gli arresti domiciliari individuino il presidio coercitivo già scelto, in prima battuta, con l'ordinanza applicativa di cui all'art. 292 c.p.p. Inoltre, bisogna domandarsi se, nella nozione di "immobile occupato abusivamente", siano ricompresi pure gli immobili in relazione ai quali il titolo che ne giustificava l'occupazione è in corso di risoluzione (*id est*: in caso di sfratto per morosità o per finita locazione). La questione del rapporto tra la convalida di sfratto e il provvedimento penale di detenzione domiciliare è assai dibattuta nella prassi. Del resto, se, per un verso, non è possibile eseguire l'ordinanza di sfratto, dal momento che l'uscita dall'abitazione dove il detenuto è ristretto integrerebbe il reato di evasione, dall'altro, sembra di poter dire che al giudice dell'esecuzione non sia permesso influire sulle misure cautelari penali.

(SEGUE:) UNA PICCOLA MA SIGNIFICATIVA NOVITÀ: LE INTERCETTAZIONI

Già riscritta dal d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, recante «Disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, in attuazione della legge di cui all'art. 1 commi 82, 83 e 84 lett. a), b), c), d) ed e) della l. 23 giugno 2017, n. 103» (quest'ultima legge, per i più: riforma 'Orlando'), la materia viene intaccata ancora senza che sia affatto entrata a regime¹²⁴. La vigenza del provvedimento (in origine coincidente

¹²⁴ Non è il solo aggiustamento. La delega 'Orlando' «aveva previsto la "semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione". Un tentativo di garantire una maggiore efficacia "sostanziale" alla lotta alla corruzione, considerando, con sano realismo, lo strumento di ricerca dalla prova costituita dalle intercettazioni come assolutamente prioritario. Un dato esperienziale, tratto dalla realtà giudiziaria, che, nonostante tutto, trova ancora piena conferma» (Cosi', C. Parodi, *Intercettazioni. Come è (ri)cambiata la disciplina dopo i decreti sicurezza e anticorruzione*, cit., p. 3). In effetti, ad essa ha fatto seguito, grazie alla l. n. 3 del 2019, l'allargamento delle maglie dell'art. 266, comma 2 *bis*, c.p.p. che, attualmente, è del seguente tenore: «L'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile è sempre consentita nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, e per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'art. 4». In questo modo, «Il captatore diviene così strumento operativo "comune", a tutti gli effetti, alla ricerca della prova in settori differenti – criminalità organizzata, terrorismo e delitti contro la p.a. – ma ritenuti dal legislatore tali da giustificare un'attenzione prioritaria» (C. Parodi, *Intercettazioni. Come è (ri)cambiata la disciplina dopo i decreti sicurezza e anticorruzione*, cit., p. 4 s.). Per esigenze di coordinamento, è stata abrogata la norma di cui all'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 216 del 2017. In base a tale disposizione (fa notare G. Pavich, *La nuova legge anticorruzione: alla ricerca dell'efficacia perduta nella lotta al malaffare*, cit. p. 8), focalizzata sui procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, era vietata l'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi di privata dimora (art. 614 c.p.) mediante inoculazione di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, qualora non vi fosse motivo di ritenere che *ivi* si stesse svolgendo l'attività criminosa. L'abrogazione del disposto in analisi, dunque, elimina un limite assai importante all'uso del captatore informatico, con riguardo a una categoria di reati per i quali è ben difficile si presentino circostanze tali da permettere l'impiego del controllo da remoto mediante *trojan* alla stregua della disposizione abrogata (Osserva C. Parodi, *Intercettazioni. Come è (ri)cambiata la disciplina dopo i decreti sicurezza e anticorruzione*, cit., p. 4 che «A prescindere dal-

con il 26 luglio 2018) slitta al 31 marzo 2019 e, poi, per mano della legge di bilancio, 30 dicembre n. 145, al 31 marzo 2019¹²⁵; dunque, un'altra proroga e la data promessa doveva essere quella del 1° agosto 2019. Sintomo, questo, del fatto che si tratta di una manovra contrastata, tanto che sarebbe più azzeccato l'epiteto "contro-riforma". Il che, rileva, a maggior ragione, sol che si pensi al fatto che sono insistenti, nel sistema mediatico, le indiscrezioni secondo le quali il Ministro della giustizia, Alfonso Bonafede, abbia in programma, tra le altre cose, di allestire, bloccata quella risalente al 2017 e voluta dal suo predecessore, una nuova legge sulle captazioni sonore, il cui punto di forza dovrebbe risiedere, oltre che su una svecchiata riflessione intorno al captatore informatico che rincorre l'interessato senza sosta e con punti di osservazione di straordinaria intrusività, per un verso, nella facoltà di divulgare, in tempi stretti, le carte contenenti conversazioni aventi interesse pubblico e, per l'altro, nella chiusura alla diffusione dei verbali nei quali si colgono situazioni private o estranee all'accertamento (nulla impedisce che la contezza del materiale venga escluso prima del termine dell'inchiesta – come voluto, con vigore, dal partito leghista – o che vi sia il recupero di qualche fetta del d.lgs. n. 216 del 2017).

Si spiega la ragione per cui l'attuale Guardasigilli ha preteso l'inserimento, a scopi meramente dilatori, nel decreto sicurezza *bis*, d.l. 14 giugno 2019, n. 53 («*Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica*»), dell'art. 9, comma 2, secondo cui: «2. All'articolo 9 del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 1, le parole «dopo il 31 luglio 2019» sono sostituite dalle seguenti: «dopo il 31 dicembre 2019»; b) al comma 2, le parole «a decorrere dal 1° agosto 2019» sono sostituite dalle seguenti: «a decorrere dal 1° gennaio 2020». Vale a sostenere che è posticipata a tale ultimo giorno l'entrata in vigore della regolamentazione delle intercettazioni allestita oramai nel 2017¹²⁶.

la [condivisione] della scelta effettuata dal legislatore, l'abrogazione del comma secondo elimina una sorta di vizio logico e teologico che caratterizzava le indicazioni del d.lgs. 216/2017; l'A., inoltre, fa notare che, nel momento in cui «si decide di "potenziare" l'utilizzo delle intercettazioni nel contrasto a una forma di criminalità percepita e indicata come particolarmente insidiosa per il sistema», ossia i delitti contro la pubblica amministrazione, e lo si dimostra attribuendo centralità all'uso del captatore, non era «comprensibile» la rinuncia all'utilizzo di tale strumento proprio per siffatti reati. Dunque, «Non si può negare che si sia trattato di una scelta coraggiosa e potenzialmente di grande efficacia sul piano dello stimolo alle investigazioni nel settore di specie e all'utilizzo dello strumento "intercettazioni"»). L'espansione dell'utilizzo di questo meccanismo fortemente penetrante nella vita dell'individuo, azionato da remoto e a distanza, sarà, di certo, oggetto di pesanti attestati di biasimo (v., in merito, anche con sviluppi del lato tecnico, M. Di Stefano-B. Fiammella, *Intercettazioni: remotizzazione e diritto di difesa nell'attività investigativa*, Milano, 2018, *passim*). Ne è derivata, inoltre, la modifica anche dell'art. 267, comma 1, terzo periodo, c.p.p. il quale stabilisce che «Il pubblico ministero richiede al giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione a disporre le operazioni previste dall'articolo 266. L'autorizzazione è data con decreto motivato quando vi sono gravi indizi di reato e l'intercettazione è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini. Il decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile indica le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini; nonché, se si procede per delitti diversi da quelli di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater e per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'articolo 4, i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono». Sul profilo, nel dettaglio, ancora C. Parodi, *Intercettazioni. Come è (ri)cambiata la disciplina dopo i decreti sicurezza e anticorruzione*, cit., p. 3 ss. per cui «Anche in relazione alle captazioni in tema di delitti contro la p.a., pertanto, nel momento in cui il provvedimento di autorizzazione deve per forza di cose essere integrato con il dato cronologico e di localizzazione dell'attività, si deve ritenere che un corretto e puntuale rispetto di tale precisazione non possa che avvenire tramite un sistema di attivazione "a uomo presente" e non in conseguenza del semplice inserimento del captatore sul *device*. Si tratta di dare concreta attuazione – in particolare in relazione ai tempi e ai luoghi di attivazione della captazione – al progetto investigativo indicato dal P.M. e autorizzato dal Gip; progetto che implica l'individuazione anche in forma indiretta dei luoghi in cui si sposterà il dispositivo mobile controllato, e sempre che si proceda *per delitti diversi da quelli di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater* nonché, con la riforma, anche per i delitti contro la P.A. sopra precisati. Per tutti tali reati, pertanto, non è ravvisabile alcun problema di specificazione degli ambienti controllati, ravvisabile, al contrario, tutte le volte in cui l'intercettazione debba essere autorizzata in ambito, in senso lato, domestico, a condizione che *ivi* si stia svolgendo l'attività criminosa».

¹²⁵ V. L. Filippi, *Una (provvidenziale) nuova proroga in materia di intercettazioni*, in *Diritto penale contemporaneo* web, 8 gennaio 2019, p. 1 ss. che, tra l'altro, coglie l'occasione per esprimere tutta la sua insoddisfazione sulle novità in materia di captazioni, definendole una «"controriforma"» sia che vengano esplorate con gli occhi del p.m., sia degli accademici penalisti che della stampa; con buona pace dei diritti di difesa, della presunzione di innocenza dell'imputato, della libertà personale del detenuto. Pertanto, si auspica che le previsioni non entrino mai in vigore e vengano abrogate poiché rappresentano «la peggior legge dopo [quelle] razziali del '38»: la normativa «vigente è abbastanza equilibrata e meriterebbe soltanto di essere interpretata dalla giurisprudenza in maniera più garantista di quanto faccia oggi la Corte di cassazione».

¹²⁶ V., anche, *infra*, § "DECRETO SICUREZZA: SECONDA TRANCHE".

Tornando da dove si era partiti, giova rilevare che il capitolo dedicato agli ascolti, rappresenti una novazione servente in relazione alle modifiche di diritto sostanziale, immessa al fine di osteggiare l'occupazione abusiva di terreni e edifici (art. 633, comma 3, c.p.). Si palesa un vero e proprio *coup de théâtre*: l'art. 31 del d.l. n. 113 del 2018 (dislocato nel Titolo II, che reca la disciplina in materia di sicurezza pubblica, prevenzione e contrasto al terrorismo e alla criminalità mafiosa e, segnatamente, al Capo III, relativo alle «Disposizioni in materia di occupazioni arbitrarie di immobili»), nella versione rettificata in sede di conversione (e, dunque, nel testo entrato definitivamente in vigore il 4 dicembre 2018), incide sulla lett. *f ter*) dell'art. 266, comma 1, c.p.p., includendo nel catalogo dei reati per i quali può essere autorizzato il ricorso alle intercettazioni [in deroga al limite di pena indicato al comma 1 di tale ultima norma, «(...) reclusione superiore nel massimo a cinque anni»], anche l'ipotesi aggravata di cui al novellato secondo comma dell'art. 633 c.p. (come scritto dal precedente art. 30, a sua volta, emendato rispetto all'originaria previsione)¹²⁷. Si ricordi che il comma della disposizione incriminatrice prevede un'esacerbazione della pena – da due a quattro anni di reclusione e della multa da 206 a 2.064 euro – nelle ipotesi aggravate della fattispecie¹²⁸.

La tabella di cui all'art. 266 c.p.p. – che disciplina i limiti di ammissibilità delle captazioni, posto il necessario bilanciamento tra i diritti in gioco – ha assunto carattere caleidoscopico; è stato ritoccato ormai innumerevoli volte, ma questa novità lascia interdetti. Oltre a slabbrare la sfera operativa delle intercettazioni mediante il consueto intervento settoriale ed estemporaneo – a scapito del principio di proporzionalità che dovrebbe governare le condizioni per ricorrere a strumenti di spiccata invasività – il complemento in parola apre ad altri dubbi. In effetti, da subito, l'impressione è che l'impiego degli ascolti di dialoghi nell'ambito delle indagini per questo tipo di delitto non abbia alcuna utilità reale: sembra difficile ipotizzare che, per ottenere la prova del reato di invasione di terreni e edifici, possa dirsi essenziale (*rectius*: assolutamente indispensabile) il ricorso alle captazioni. A maggior ragione, tenendo conto che l'estensione del possibile impiego di tale mezzo intrusivo opera per l'ipotesi aggravata di cui al secondo comma dell'art. 633 c.p., specificatamente riferita al fatto commesso da più di cinque persone e a quello commesso da persona palesemente armata. Ai fini dell'istruttoria, rispetto alla fattispecie aggravata *ex art.* 633 c.p., quanto meno nella schiacciante generalità dei casi il ricorso allo strumento delle captazioni dovrebbe risultare superfluo.

Tale considerazione permette di gettare luce sugli effetti perversi che potrebbero scaturire da questa innovazione. Consentire il ricorso agli ascolti per questo tipo di illecito significa spalancare le porte alla possibilità di un controllo costante sulle persone sottoposte alle investigazioni nella prospettiva di verificarne le abitudini di vita, prescindendo dall'esigenza di accertamento del reato per il quale si procede. Tanto più che la sua natura permanente, combinata con il tenore dell'art. 266, comma 2, c.p.p., rende possibili le intercettazioni tra presenti anche all'interno del domicilio tutte le volte in cui l'immobile occupato costituisca quello delle persone sottoposte a captazione. Se, poi, in concreto dovesse essere contestata anche l'associazione a delinquere di cui all'art. 416 c.p.p., si aprirebbe pure la possibilità di installare il captatore informatico per udire le comunicazioni tra presenti.

Ferme restando le indicazioni generali di cui agli artt. 266 ss. c.p.p. in ordine ai presupposti e alle condizioni per procedere a intercettazione, il delitto di invasione di terreni e edifici aggravato ai sensi dell'art. 633, comma 3, c.p. rientra tra quelli per i quali sarà possibile disporla; captazioni "tradizionali" e captazioni ambientali: in quanto inserite nel primo comma dell'art. 266 c.p.p., sarà applicabile la previsione del comma secondo del medesimo articolo: «Negli stessi casi è consentita l'intercettazione di

¹²⁷ Ad avviso di E. Valentini, *Le novità in materia di misure cautelari personali e intercettazioni*, cit., p. 214 «La modifica è ispirata alla logica del doppio binario, e contribuisce al progressivo appannamento dell'armonia sistematica del codice di procedura penale, in seno al quale è sempre più arduo scorgere il nitido assetto originario».

¹²⁸ Per ulteriori considerazioni, v., *infra*, § "LE FRONTIERE DELL'EMERGENZA". Illustra R. Antuoni, *La modifica all'art. 266 c.p.p. in tema di intercettazioni*, in A. Conz. – L. Levita (a cura di), *Il decreto Salvini su immigrazione e sicurezza. Commento organico al D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, come convertito dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132*, Roma, DIKE Giuridica Editrice S.r.l., 2019, p. 507 che al crimine in trattazione «si applica l'aggravante prevista dall'art. 71, D.Lgs. n. 159/2011, il quale comporta un aumento da un terzo alla metà delle pene previste per una serie di reati, tra i quali anche il delitto di cui all'art. 633 c.p., nel caso in cui "il fatto è commesso da persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione personale durante il periodo previsto di applicazione e sino a tre anni dal momento in cui è cessata l'esecuzione"; la stessa disposizione del codice antimafia, oltre a ribadire che per tali reati "in ogni caso si procede d'ufficio", estende anche la possibilità dell'arresto fuori dei casi di flagranza». All'A. si rinvia anche per le questioni finanziarie per la copertura degli adempimenti procedurali e giudiziari legati alle dinamiche intercettive per il reato di invasione di edifici nelle forme più aggravate.

comunicazioni tra presenti che può essere eseguita anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile. Tuttavia, qualora queste avvengano nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale, l'intercettazione è consentita solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa». Alla luce delle nuove indicazioni e considerando che il reato in oggetto ha natura permanente, sarà possibile disporre intercettazioni ambientali anche a mezzo di captatori non solo nel caso di occupazione di edifici pubblici ma anche di private abitazioni o luoghi ai medesimi assimilabili, atteso che lo stesso perdurare dell'occupazione (ferma restando la necessaria ricorrenza dell'ipotesi di cui all'art. 633, comma 3, c.p.p.) costituisce fondato motivo di ritenere che, nell'edificio in oggetto, si stia svolgendo l'attività criminosa.

Sulla carta, resta comunque necessario, per ottenere l'autorizzazione alle intercettazioni, dimostrare la assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini; dove l'inchiesta è, di sicuro, quella attinente al reato presupposto per poter autorizzare l'attività captativa.

«Nondimeno, la perversa dinamica appena evocata la dice lunga sui possibili corollari di questa novità. Se non accompagnata da un rispetto rigoroso degli altri presupposti per poter disporre le intercettazioni (in particolare quello, appena ricordato, esplicitato al primo comma dell'art. 267 c.p.p. che però non sempre è ottemperato in modo inflessibile), la modifica alla disciplina [del mezzo di ricerca della prova] potrebbe, di fatto, tradursi nella surrettizia introduzione di una forma atipica di captazione preventiva. Magari operativa – si badi – anche nei casi di occupazione di immobili ad opera di gruppi politicamente connotati»¹²⁹.

IL DASPO

Il filo conduttore della sicurezza pubblica non poteva esentare da un riaggiustamento del settore della prevenzione, in particolare quella personale che assume un ruolo sempre più dominante al fine di tutelare la comunità.

Il rigore – che funge da anello congiunturale tra le singole norme del decreto 'Salvini' – permea di sé, allora, anche la rivisitazione dell'istituto del DASPO sportivo, acronimo di divieto di accesso ai luoghi ove si svolgono le manifestazioni sportive¹³⁰ e urbano (o cittadino), meccanismo integrante l'impossibilità di addentrarsi in aree urbane connotate da una certa esclusività.

La sbandierata decisione del Governo di limare pure tali strumenti ha suscitato clamore, non solo nel mondo mediatico, ma anche politico e giuridico, pure se le finalità più vistose e gravide di corollari del provvedimento del 2018 sono, come visto, lampanti: si punta ad innalzare il muro della sicurezza, accrescere la capacità regolamentare nei macro-settori della protezione internazionale, dell'immigrazione, a rendere più efficiente gli allestimenti e il funzionamento del Dicastero del Ministro dell'Interno e dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla

¹²⁹ E. Valentini, *Le novità in materia di misure cautelari personali e intercettazioni*, cit., p. 214 s.

¹³⁰ In merito, senza pretesa di completezza, per tutti, A. Bonomi – G. Pavich, *Daspo e problemi di costituzionalità*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 25 maggio 2015, p. 1 ss.; P. Bronzo, *Nuove norme sul DASPO*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3652; G. P. De Muro, *Una particolare misura neutralizzatrice: il divieto di accesso ai luoghi ove si svolgono competizioni agonistiche*, in *Riv. pen.*, 1993, p. 679. Per l'esatta comprensione di quanto si viene tratteggiando, v. F. Fiorentin (a cura di), *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Torino, Giappichelli, 2018, *passim* e P. Garaffa, *La nuova normativa contro la violenza negli stadi: qualche piccolo passo in avanti, ed un grosso passo indietro*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 5 maggio 2015, p. 1 ss. il quale compie una meticolosa analisi del d.l. 22 agosto 2014 (convertito, con modificazioni, dalla l. 17 ottobre 2014, n. 146). L'A., che mette in luce la corposità dell'affondo normativo (steso in modo da creare una sovrapposizione di previsioni senza creare un corpo unitario), dopo aver evidenziato lo scopo della manovra, individuandolo nell'esigenza di combattere la violenza negli stadi attraverso un inasprimento dell'apparato sanzionatorio esistente (sia in fase di prevenzione che di repressione), si sofferma sui crocevia del provvedimento: a) il contrasto alle frodi sportive, b) i nuovi casi di Daspo che si aggiungono all'impianto dell'art. 6 l. 13 dicembre 1989, n. 401, in particolare quello di gruppo (nuova misura *praeter delictum* del tutto sganciata da riferimenti tangibili ad una *notitia criminis*), c) la cambiata durata del Daspo (la cui forbice editale varia a seconda che il soggetto abbia assunto la direzione di un gruppo che ha commesso episodi violenti o sia recidivo per essere destinatario di un precedente, analogo atto), d) l'ingresso di un giudizio di riabilitazione del destinatario del vincolo in oggetto, e) le mutate regole sulla competenza per i fatti compiuti all'estero, f) il rinnovato giudizio di convalida del g.i.p. e le sue ricadute in tema di obbligo di motivazione, g) le prescrizioni per le società sportive, h) il divieto di trasferta riguardo incontri di calcio ritenuti un pericolo di turbativa dell'ordine pubblico, i) le modificazioni all'ipotesi della flagranza differita (in odore, per l'A., di incostituzionalità per contrasto con l'art. 13 Cost.), j) la sorveglianza speciale, k) l'adeguamento degli impianti sportivi.

criminalità. Sicché, per avere contezza della latitudine applicativa del cambiamento di cui si discorre, è indispensabile offrire – sebbene per sommi capi – una visione d’insieme della materia e, poi, focalizzare l’attenzione sugli epiloghi cui lo stesso è giunto. Come sovente accade, l’effetto sorpresa sul tema (il *fairness* del Governo riproduce, pure nell’evenienza, il gioco delle matriosche) ha generato disarmonie nelle correnti di pensiero: v’è chi ha elogiato la scelta, reputandola poderosa, e voci che, di contro, l’hanno ritenuta inadeguata, in quanto mera operazione di facciata e convenienza di *genus* simbolico-plebiscitaria (capace, dunque, di agglutinare facili consensi) che, verosimilmente, produrrà il solito postumo di tipo *boomerang*. Di conseguenza, soltanto il coevo ricorso ai parametri teleologico, letterale (il lessico legislativo ha uno spirito assiologico), storico e sistematico rappresenta la direttrice ineludibile che deve guidare nella disamina.

Iniziando dal DASPO “sportivo”, l’art. 6, comma 1, l. 13 dicembre 1989, n. 401 («*Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestini e tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive*»), nella versione riveduta dall’art. 20 del d.l. n. 113 del 2018, incede conferendo al questore¹³¹ il potere di disporre il divieto di ingresso ai luoghi nei quali si svolgono gli eventi sportivi indicati nello specifico, nonché a quelli (segnalati) interessati alla sosta, al transito o al trasporto di coloro che partecipano o assistono alle manifestazioni in parola¹³². Definita l’autorità legittimata, non stona sottolineare che le condizioni proibitive esulano dalla commissione di un reato: il fatto che la misura possa essere adottata sulla base di un orizzonte conoscitivo scarno come una segnalazione e, non necessariamente, a seguito di una condanna penale comporta una frattura nell’ordinamento e, quale risvolto, sospetti di incostituzionalità. Il DASPO deve essere inquadrato – anche secondo l’ammonizione del Giudice delle leggi¹³³ – nel novero delle misure di prevenzione, limitativo di (se non capace di azzerare) alcune libertà fondamentali come quella di circolazione (art. 16 Cost.)¹³⁴.

Quanto alla struttura e il procedimento di irrogazione, va notato che la proibizione si configura 1) per «coloro che risultino denunciati per aver preso parte attiva a episodi di violenza su persone o cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive»¹³⁵, o che nelle medesime circostanze abbiano incitato,

¹³¹ ... può essere applicato anche dall’autorità giudiziaria – come si vedrà – con la sentenza di condanna per i reati messi in atto in occasione o a causa di manifestazioni sportive.

¹³² È il cd. DASPO preventivo che, appunto, viene emesso dal questore della provincia di riferimento, a seguito di una denuncia a piede libero o segnalazione della ricorrenza dei requisiti di pericolosità per l’ordine e la sicurezza pubblica in capo ad un soggetto o a seguito di una sentenza di condanna non definitiva.

¹³³ Cfr. C. cost., sent. n. 512 del 2002; C. cost., sent. n. 193 del 1996; C. cost., sent. n. 143 del 1996. Inoltre, è intervenuta, nel corso del cammino che ha portato alla conversione in legge del provvedimento di urgenza, Corte e.d.u., 8 novembre 2018, *Serazin c. Croazia* che ha ritenuto, in modo ferreo, come il provvedimento che vieta al tifoso di assistere a competizioni sportive previsto dalla legislazione croata – in tutto simile, come gli stessi giudici di Strasburgo rilevano, al DASPO italiano – non costituisce una sanzione penale ai sensi della Convenzione, stante la sua eminente funzione preventiva. La Corte, anche attraverso spunti comparatistici, ha allargato la sfera del suo ragionamento sottolineando che misure di divieto di accesso alle manifestazioni sportive sono normalmente e plausibilmente giustificate dal plausibile parametro di prevenire la violenza negli stadi e che esse sono concepite come eminentemente volte a tutelare l’incolumità dei partecipanti alle manifestazioni, piuttosto che a punire coloro che si sono macchiati, in precedenza, di comportamenti violenti o comunque inappropriati durante le competizioni sportive. L’assenza di una prevalente funzione punitiva e deterrente consente di affermare che la misura non si annovera fra quelle sostanzialmente penali. Per completezza, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha ritenuto che il provvedimento possa essere disposto anche in relazione ai medesimi fatti di reato che hanno comportato l’inflizione di una (vera e propria) pena da parte del giudice, senza che ciò dia luogo a un *bis in idem*.

¹³⁴ L’affermazione si erge ad *input* per disegnare anche una differenza che intercorre tra il procedimento penale e quello di prevenzione: mentre nel primo, quanto al grado e al tipo di elementi dimostrativi, sono richiesti quelli che siano tali da indurre ad un convincimento nel senso della certezza, nel secondo, sono sufficienti circostanze di fatto, oggettivamente valutabili e controllabili, comunque non meri sospetti, illazioni o congetture, che conducano ad un giudizio di ragionevole probabilità circa la pericolosità dell’individuo.

¹³⁵ Non molto tempo addietro, la Suprema corte (sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1767) ha specificato che l’espressione “in occasione o a causa di manifestazioni sportive” non debba essere intesa nel senso che gli atti di violenza o comunque le restanti condotte che possano giustificare l’adozione dei provvedimenti di cui all’art. 6 l. n. 401 del 1989 debbano essersi verificati durante lo svolgimento della manifestazione sportiva, ma nel senso che con essa abbiano un immediato nesso eziologico, ancorché non di contemporaneità. Conf., in letteratura, S. Bedessi-F. Piccioni, *Il decreto sicurezza. Nuove norme in materia di circolazione stradale, sicurezza urbana, immigrazione e polizia locale. Guida alla Legge 132/2018 di conversione con modifiche dal D.L. 113/2018*, cit., p. 82: la dicitura «deve essere intesa nel senso che le condotte che possano giustificare l’adozione della misura inibitoria devono avere un immediato nesso eziologico, ancorché non di contemporaneità, con lo svolgimento della manifestazione sportiva. La *ratio* della disposizione, infatti, è quella di prevenire fenomeni di violenza, tali da mettere a repentaglio l’ordine e la sicurezza pub-

inneggiato o indotto alla violenza»¹³⁶; 2) «[quelli] che, sulla base di elementi di fatto, risultino avere tenuto, anche all'estero, sia singolarmente che in gruppo, una condotta evidentemente finalizzata alla partecipazione attiva a [vicende] di violenza, di minaccia o di intimidazione, tali da porre in pericolo la sicurezza pubblica o da creare turbative per l'ordine pubblico nelle medesime circostanze di cui alla lettera a)»¹³⁷; 3) nei confronti delle persone che risultano denunciate o condannate anche con sentenza non definitiva nel corso degli ultimi cinque anni per uno dei reati di cui all'art. 4, primo e secondo comma, della legge 18 aprile 1975, n. 110, all'articolo 5 della legge 22 maggio 1975, n. 152, all'articolo 2, comma 2, del d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, all'articolo 6 *bis*, commi 1 e 2, e all'articolo 6 *ter*, della presente legge, nonché per il reato di cui all'articolo 2-*bis* del decreto legge 8 febbraio 2007, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 aprile 2007, n. 41, e per uno dei delitti contro l'ordine pubblico e dei delitti di comune pericolo mediante violenza, di cui al libro II, titolo V e titolo VI, capo I, del codice penale, o per il delitto di cui all'art. 588 dello stesso codice, nonché per i delitti di cui all'art. 380, comma 2, lettere *f*) e *h*) del codice di procedura penale, anche se il fatto non è stato commesso in occasione o a causa di manifestazioni sportive; 4) «ai soggetti di cui all'art. 4, comma 1, lett. *d*), del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, anche se la condotta non è stata posta in essere in occasione o a causa di manifestazioni sportive». In realtà la scelta di inglobare, tra i soggetti passivi del DASPO, anche queste persone sembra alquanto discutibile poiché la misura è rivolta nei confronti di coloro la cui pericolosità è variamente ricollegata alla matrice terroristica, anche internazionale, che, quantomeno *prima facie*, parrebbe riconnettersi, con difficoltà, alla specifica funzione preventiva sottesa alla emissione degli strumenti *ante delictum* di cui all'art. 6 l. n. 401 del 1989 (il *periculum* per la sicurezza pubblica declinato, però, nel limitato lembo delle manifestazioni sportive). Si potrebbe obiettare, con cognizione di causa, che esistano infiltrazioni ovvero il rischio che esse si fortifichino anche tra le tifoserie, potendo rappresentare, dunque, gli eventi agonistici obiettivi sensibili di potenziali attacchi terroristici per i quali i mezzi in parola potrebbero rappresentare un primo efficace strumento di tutela. Ma, occorre evitare un ampliamento eccessivo dei destinatari del cerchio di prevenzione contemplato dalla legge n. 401 del 1989: potrebbe rappresentare il meccanismo surrettizio per giungere a controllare la libera circolazione di certi soggetti, senza che vi sia una particolare connessione con la tipologia di pericolosità che esso intende combattere¹³⁸.

La norma chiarisce (comma 1 *bis*) che il divieto di cui al primo comma può essere disposto a) anche verso singoli minori di diciotto anni che abbiano compiuto il quattordicesimo anno di età (in tale evenienza, il provvedimento è notificato a coloro che esercitano la potestà genitoriale); b) pure per le manifestazioni sportive che si svolgono all'estero, indicate puntualmente, allorché sussistano elementi di fatto dai quali risulti che la condotta, singola e/o di gruppo, sia protesa ad episodi di violenza, di minaccia o di intimidazione, tali da porre in pericolo la sicurezza o a creare turbative per l'ordine pubblico; c) il divieto di partecipazione agli eventi sportivi che si svolgono in Italia può essere posto in essere altresì dalle competenti autorità degli altri Stati membri dell'Unione europea, con provvedimenti previsti dai rispettivi ordinamenti. «Per fatti commessi all'estero, accertati dall'autorità straniera competente o dagli organi delle Forze di polizia italiane che assicurano, sulla base di rapporti di cooperazione, il supporto

blica, connessi con l'insorgenza di quegli incontrollabili stati emotivi e passionali che, tanto più ove ci si trovi di fronte a una moltitudine di persone, spesso covano e si nutrono dell'appartenenza a frange di tifoserie organizzate, per lo più, ancorché non esclusivamente, operanti nell'ambito del gioco calcio». V. anche A. Argano, *Le disposizioni sul DASPO "sportivo" come modificate dal recentissimo decreto legge 4 ottobre 2018 n. 113 (cd. decreto Salvini)*, in www.dirittomedicinasport.it, 8 ottobre 2018, p. 3, nt. 3 il quale trascrive il testo dell'art. 2 *bis*, comma 1, d.l. 20 agosto 2001, n. 336, convertito, con modifiche, nella l. 19 ottobre 2001, n. 377: per manifestazioni sportive si intendono le competizioni che si svolgono nell'ambito delle attività previste dalle federazioni sportive e dagli enti e organizzazioni riconosciuti dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI).

¹³⁶ La previsione di ermeneusi autentica di cui all'art. 2 *bis* d.l. n. 336 del 2001, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 377 del 2001, ha stabilito che, con la locuzione, «deve intendersi la specifica istigazione alla violenza in relazione a tutte le circostanze indicate nella prima parte del comma». Sempre, A. Argano, *Le disposizioni sul DASPO "sportivo" come modificate dal recentissimo decreto legge 4 ottobre 2018 n. 113 (cd. decreto Salvini)*, cit., p. 3, nt. 4.

¹³⁷ Si evince che, per l'applicazione della misura, rileva, non soltanto il compimento di atti di violenza, ma anche qualsivoglia comportamento di induzione, incitamento, inneggiamento alla violenza stessa, ancorché posto in essere all'estero e/o in gruppo. Nell'evenienza, il divieto per fatti compiuti all'estero, accertati dall'autorità straniera competente, è disposto dal questore della provincia del luogo di residenza ovvero del luogo di dimora abituale del destinatario della misura.

¹³⁸ M.F. Cortesi, *Il Daspo dopo il d.l. sicurezza*, ne *Il Penalista*, 6 dicembre 2018, p. 3.

alle predette autorità nel luogo di svolgimento della celebrazione, il divieto è disposto dal questore della provincia del luogo di residenza ovvero del luogo di dimora abituale del destinatario della misura».

Suggestivo è il pensiero di chi¹³⁹, a ridosso dell'entrata in vigore del provvedimento afferma, in termini adesivi, che «La scelta del legislatore è chiara e precisa: avuto riguardo ai luoghi in cui detti comportamenti sono presi in considerazione, caratterizzati da ampio concorso popolare, nonché alla divulgazione sul piano mediatico dei comportamenti qualificati illeciti, con possibile induzione all'emulazione da parte di chi vi assiste o ne prende conoscenza, la legge ha inteso elevare la soglia di prevenzione, a salvaguardia dello svolgimento delle competizioni sportive in condizioni di sicurezza e senza nocimento per i partecipanti e gli spettatori. Il provvedimento non è dunque subordinato alla commissione di un fatto tipico costituente reato, ma in base al principio di proporzionalità tra fatto e conseguenza (...)»¹⁴⁰. La presa di posizione determinata e incisiva del legislatore è [scultorea] e mira a impedire qualsivoglia forma di embrionale disturbo delle manifestazioni sportive».

La disposizione ingloba, tratteggiandoli, una serie di precetti.

In primo luogo, alle persone è notificato il DASPO. La menzionata notifica deve contenere l'avviso che l'interessato ha la facoltà di presentare, di persona o a mezzo di legale, memorie o deduzioni al giudice competente per la convalida del provvedimento (art. 6, comma 2 *bis*, l. n. 401 del 1989).

Il questore, quindi, «può prescrivere, tenendo conto dell'attività lavorativa dell'invitato, di comparire personalmente una o più volte negli orari indicati, nell'ufficio o comando di polizia competente in relazione al luogo di residenza dell'obbligato o in quello specificamente indicato, nel corso della giornata in cui si svolgono le manifestazioni per le quali opera il divieto» di accesso (obbligo di firma) (art. 6, comma 2, l. n. 401 del 1989)¹⁴¹.

La prescrizione di cui sopra produce effetti a decorrere dalla prima manifestazione successiva alla notifica all'interessato ed è comunicata subito al procuratore della Repubblica presso il tribunale o, se il soggetto è minore di età, presso il tribunale per i minorenni: entrambi competenti in ragione del luogo in cui ha sede l'ufficio di questura. Il pubblico ministero, cui, appunto, viene traslato immediatamente l'accertamento, ove reputi sussistenti i presupposti di legge, entro quarantotto ore dalla notifica del provvedimento, chiede la convalida al g.i.p.¹⁴². La freccia del tempo può essere deleteria: le imposizioni

¹³⁹ F.M.M. Bisanti, *L'estensione dell'ambito di applicazione del divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive*, in A. Conz. – L. Levita (a cura di), *Il decreto Salvini su immigrazione e sicurezza. Commento organico al D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, come convertito dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132*, Roma, DIKE Giuridica Editrice S.r.l., 2019, p. 377 s.

¹⁴⁰ L'A. richiama Tar Toscana (Firenze), 22 maggio 2018, n. 708.

¹⁴¹ Secondo il consolidato orientamento della Suprema corte, in tema di misure di prevenzione della violenza occasionata da manifestazioni sportive, l'obbligo di "comparire personalmente" presso un ufficio o comando di polizia è applicabile a tutti gli incontri che siano individuabili con certezza ed in concreto dal destinatario del provvedimento in relazione alla loro anticipata organizzazione, dovendo conseguentemente rimanere escluse solo le gare decise in rapporto ad esigenze peculiari del momento e senza preventiva programmazione e, come tali, non previamente conoscibili (*ex multis*, Cass., sez. III, 11 maggio 2017, n. 35557). Per S. Bedessi-F. Piccioni, *Il decreto sicurezza. Nuove norme in materia di circolazione stradale, sicurezza urbana, immigrazione e polizia locale. Guida alla Legge 132/2018 di conversione con modifiche dal D.L. 113/2018*, cit., p. 83 «l'obbligo aggiuntivo di presentazione in un ufficio o comando di polizia non deve seguire automaticamente al divieto di accesso; esso, infatti, pur avendo una funzione accessoria rispetto a quest'ultimo, resta frutto di un'autonoma valutazione del questore, il quale deve stabilire se esistono specifiche circostanze in base alle quali affiancare al divieto di accesso anche la misura aggiuntiva. Ne deriva, da un lato, la necessità di un'adeguata motivazione del provvedimento da parte del questore, il quale è sempre tenuto a documentare e valutare accuratamente le "circostanze oggettive e soggettive" che lo inducono a ritenere necessaria, oltre al divieto di accesso, anche l'ulteriore misura; dall'altro, la natura di atto suscettibile di incidere sulla libertà personale impone che il giudizio di convalida effettuato dal G.I.P. non possa limitarsi ad un mero controllo formale, bensì debba essere svolto in modo pieno. Tale giudizio di convalida deve coinvolgere la personalità del destinatario e le modalità di applicazione della misura disposta con il provvedimento medesimo e consentendo, infine, al destinatario una piena e previa conoscenza dei diritti di difesa di cui può fruire in tale giudizio». Conferma perviene da C. Forte, *Il nuovo decreto sicurezza (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113)*, cit., p. 8: «La dottrina ritiene che tra le due misure vi sia autonomia concettuale, nel senso che all'imposizione del divieto di accesso non deve necessariamente far seguito anche la prescrizione dell'obbligo di presentazione al posto di polizia, la cui contestuale applicazione dipende, in sostanza, dall'esito del vaglio in ordine alla maggiore o minore pericolosità sociale del destinatario».

¹⁴² Per la Corte costituzionale, nel giudizio di convalida effettuato dal giudice per le indagini preliminari *ex art. 6, comma 2, l. n. 401 del 1989*, costui deve compiere un controllo pieno, ovvero tale da coinvolgere la personalità del destinatario, le modalità di applicazione, la ragionevolezza ed "esigibilità" della misura, e deve svolgersi nel rispetto delle garanzie della difesa (C. cost., sent. n. 143 del 1996). I presupposti legittimanti l'adozione del provvedimento del questore, sulla cui sussistenza deve esplicitarsi il sindacato giudiziale, sono stati individuati segnatamente: a) nel *fumus* di attribuibilità delle condotte alla persona sottoposta alla misura e nella riconducibilità di tali comportamenti alle ipotesi previste dalla norma; b) nelle ragioni di necessità e urgenza

cessano di avere efficacia se il magistrato, con decreto motivato, non avanza la richiesta di convalida entro il predetto termine ovvero se l'organo giurisdizionale non provvede alla convalida nelle quarantotto ore successive. Nel corso dell'incidente procedurale, il giudice per le indagini preliminari può rivedere i dettami originari¹⁴³. Tuttavia, il questore può autorizzare l'interessato, in caso di gravi e documentate esigenze, a comunicare per iscritto il luogo in cui questi sia reperibile durante le manifestazioni sportive. Avverso l'ordinanza di convalida è possibile inoltrare ricorso per Cassazione; esso, tuttavia, non sospende l'esecuzione dell'ordinanza (art. 6, commi 3 e 4, l. n. 401 del 1989). Il Supremo collegio, non molto tempo addietro, ha sostenuto che, a prescindere dal carattere discrezionale del provvedimento, l'obbligo di presentazione all'autorità di pubblica sicurezza non è legittimamente imposto laddove, in ragione della distanza del luogo di competizione da quello di presentazione, non sia in ogni modo possibile, per l'interessato, raggiungere il luogo dell'incontro in tempi ravvicinati¹⁴⁴.

Un sistema così elaborato, a duplice mandata, prima il vaglio del questore, poi, il tratto giudiziario di convalida del DASPO, sembra essere particolarmente penetrante: il primo, avendo relazioni dirette con i soggetti operativi sul territorio dei vari corpi armati, riceve da costoro le informazioni (possono essere soggetti anche solo denunciati e non condannati in sede giudiziaria); si può trattare anche della mera redazione della comunicazione della notizia di reato (art. 347 c.p.p.) per i fatti afferenti all'elencazione di cui all'art. 6, comma 1, l. n. 401 del 1989 e ciò è sufficiente per dare impulso di azione per adottare gli atti di competenza del questore. Sicché, «Il bacino di individuazione e controllo di tali soggetti è (...) maggiormente ampio proprio per l'Autorità di pubblica sicurezza, nonostante sia poi indefettibile l'instaurazione di una fase giudiziaria di convalida del provvedimento»¹⁴⁵.

In merito ai tempi, il divieto di accesso alle aree in cui si svolgono competizioni agonistiche e l'obbligo di presentazione alla polizia «non possono avere durata inferiore a un anno e superiore a cinque (...) e sono revocati o mutati qualora, anche in virtù di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, siano venute meno o siano [cambiate] le condizioni che ne hanno giustificato l'emissione. In caso di condotta di gruppo, il segmento temporale non può essere inferiore a tre anni nei confronti di coloro che ne assumono la direzione¹⁴⁶. Allorché la persona sia già destinataria del veto suesposto (recidiva), è sempre destinatario della prescrizione di cui al comma 2 dell'art. 6 l. n. 401 del 1989; la durata del nuovo vincolo e dell'ordine non può essere inferiore a cinque anni e superiore a dieci. Ad ogni modo, l'invito di cui al comma 2 dell'art. 6 è disposto quando risulta, anche sulla base di documentazione video-fotografica

che hanno indotto il questore ad adottare il provvedimento; c) nel vaglio di sussistenza della pericolosità del soggetto cui è applicata la misura (il giudice della convalida dovrà verificare se i fatti indicati dal questore possano costituire indice sicuro della pericolosità). Inoltre, il g.i.p. deve procedere a valutare la congruità della durata della misura, potendo, ove la ritenga eccessiva, ridurla (Cass., sez. un., 27 ottobre 2004, n. 44273).

¹⁴³ Si sfrutta il momento per una breve digressione: risulta controversa la questione in merito alla modifica e/o revoca del DASPO una volta ricevuto l'avallo del giudice per le indagini preliminari. Al riguardo, sembra interessante il pronunciato della Suprema corte (sez. III, 15 giugno 2016, n. 24819) che, effettuando una virata rispetto ai precedenti abbrivi, afferma il principio secondo cui sulla domanda di revoca o di modifica provvede il g.i.p. già investito della convalida del provvedimento medesimo. Chiarendo, si è asserto che l'inibitoria *ex art. 6, comma 1, l. n. 401 del 1989* – avente ad oggetto l'accesso ai luoghi ove si svolgono manifestazioni sportive, nonché altri posti sensibili e l'ulteriore prescrizione di cui al comma 2 (obbligo di comparire personalmente nell'ufficio di polizia competente) sono annullati o variati qualora, anche per effetto di atti dell'autorità giudiziaria, siano venute meno o siano mutate le condizioni che ne hanno giustificato l'emissione. «Per quanto la norma non specifichi quale autorità sia competente a provvedere in tema di revoca o modifica (...) la stessa deve essere individuata nell'autorità giudiziaria, allorché il provvedimento del questore – oltre al divieto di accesso – abbia ad oggetto l'obbligo di presentazione». L'esito sembra alla Cassazione giustificato dalla natura dell'obbligo, quale misura di prevenzione che incide sulla libertà personale, per come costantemente riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità, nonché da quella costituzionale. L'orientamento anteriore, fondato sul carattere eminentemente amministrativo della misura e, dunque, dell'intera procedura, non parrebbe conciliarsi con la lettura della Corte costituzionale, con il tenore conferito all'obbligo di presentazione e, pertanto, con le garanzie anche in punto di tutela giurisdizionale che alla stessa debbono conseguire.

¹⁴⁴ Cass., sez. III, 11 luglio 2017, n. 52437.

¹⁴⁵ F.M.M. Bisanti, *L'estensione dell'ambito di applicazione del divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive*, cit., p. 382.

¹⁴⁶ Vale la pena precisare che l'azione di gruppo esige un *quid pluris* rispetto alla mera presenza dell'individuo nel gruppo, consistente nell'individuazione di un ruolo attivo – da intendersi come adesione e/o apporto del singolo ad azioni violente, minacciose o intimidatorie – di ciascun appartenente al gruppo. In soldoni, ai fini dell'applicazione del DASPO di gruppo non è la semplice presenza nel gruppo a rilevare, bensì la partecipazione individuale all'azione del gruppo, che fonda una responsabilità collettiva e il conseguente aggravamento della misura sotto il profilo temporale, per la ritenuta maggior pericolosità insita nella compartecipazione (cfr. Cass., sez. III, 27 maggio 2016, n. 22266).

o di altri elementi oggettivi, che il singolo non ha osservato il diniego stabilito dal comma 1 dell'art. 6 l. n. 401 del 1989. In ipotesi di inosservanza di quanto appena descritto, il suo intervallo di tempo «può essere aumentat[o] fino a dieci anni».

Del comma 6 dell'art. 6 l. n. 401 del 1989, a seguito del radicale metodo del d.l. 24 febbraio 2003, n. 28, convertito, con modifiche, dalla l. 24 aprile 2003, n. 88, resta solo un duplice aspetto: «Il contravventore alle disposizioni di cui ai commi 1 e 2 è punito con la reclusione da uno a tre anni e con multa da 10.000 euro a 40.000. Le stesse disposizioni si applicano nei confronti delle persone che violano in Italia il divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive adottato dalle competenti Autorità di uno degli altri Stati membri dell'Unione europea». Il disposto – creando un buco nero dentro la scala delle possibili opzioni – prosegue sostenendo – al comma 7 – che, con la sentenza di condanna per i reati fotografati dal comma 6 dell'art. 6 l. n. 401 del 1989, «e per quelli commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive o durante i trasferimenti da e verso i luoghi in cui si svolgono dett[i] [avvenimenti] il giudice dispone, altresì, il divieto di accesso nei luoghi di cui al comma 1 e l'obbligo di presentarsi in un ufficio o comando di polizia durante lo svolgimento di manifestazioni sportive specificamente indicate per un periodo da due a dieci anni, e può disporre la pena accessoria di cui all'articolo 1, comma 1-bis, lettera a), del decreto legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205¹⁴⁷. Il capo della [pronuncia] non definitiva che dispone il divieto di accesso nei luoghi di cui al comma 1 è immediatamente esecutivo. [L'interdizione] e l'obbligo predetti non sono esclusi nei casi di sospensione condizionale della pena e di applicazione della pena su richiesta»¹⁴⁸.

Il comma 8 *bis* dell'art. 6 in commento, per ragioni di simmetria, statuisce che, decorsi almeno tre anni da quando è cessato il divieto di accesso agli incontri competitivi, l'interessato può chiedere che cessino anche le altre conseguenze pregiudizievoli determinate dal vincolo stesso. L'istanza è formulata al questore che ha disposto quest'ultimo o, se il soggetto sia stato bersaglio di più limiti, al questore che ha applicato in fine uno di essi; il beneficio è concesso se l'individuo «ha adottato [comportamenti] di ravvedimento operoso, quali la riparazione integrale del danno eventualmente prodotto, mediante il risarcimento anche in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile, nonché la concreta collaborazione con l'autorità di polizia o con [quella] giudiziaria per l'individuazione degli altri autori o partecipanti ai fatti per i quali è stato adottato il divieto di cui al comma 1 e ha dato prova costante ed effettiva di buona condotta, anche in occasione di manifestazioni sportive».

Si chiude con la regola (comma 8 *ter*) in virtù della quale «Con il divieto di cui al comma 1 il questore può imporre ai soggetti che risultano definitivamente condannati per delitti non colposi anche i divieti di cui all'articolo 3, comma 4, del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, avverso i quali può essere proposta opposizione ai sensi del comma 6 del medesimo articolo 3». Nel caso di noncuranza degli impedimenti di cui si è appena detto, si applicano le disposizioni dell'articolo 76, comma 2, del citato codice di cui al d.lgs. n. 159 del 2001.

A questo punto, resta di segnalare che il carattere amministrativo e non penale del provvedimento in disamina caratterizza, di conseguenza, anche la tutela processuale: il DASPO è ricorribile in sede giurisdizionale-amministrativa (ovvero al Tribunale amministrativo regionale e, in secondo grado, al Consiglio di Stato).

Alla luce del dato normativo, risulta evidente come la *ratio* dello strumento rispecchi quella che accompagna l'intera novella: «prevenire fenomeni di violenza, tali da mettere a repentaglio l'ordine e la

¹⁴⁷ La prescrizione comprime, come evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, in maniera rilevante la libertà personale del destinatario e, pertanto, in ossequio ai precetti di cui all'art. 13 Cost., necessita indefettibilmente del controllo dell'autorità giudiziaria, non meramente formale (procedimento di convalida del provvedimento stesso davanti al g.i.p. competente, sulla base del luogo dove ha sede l'ufficio del questore che ha emesso il provvedimento). Ad avviso della dottrina – non vi è ragione di dissentire – «I presupposti della convalida del provvedimento del Questore, impositivo dell'obbligo di presentazione a un ufficio o comando di polizia in occasione dello svolgimento di manifestazioni sportive, sono: a) le ragioni di necessità e urgenza che hanno indotto il Questore ad adottare il provvedimento; b) la pericolosità concreta e attuale del soggetto; c) l'attribuzione al medesimo delle condotte addebitate e la loro riconducibilità alle ipotesi previste dall'art. 6 l. n. 401 del 1989; d) la congruità della durata della misura». L'A. riprende l'abbrivio di Cass., sez. III, 6 marzo 2018, n. 17753. F.M.M. Bisanti, *L'estensione dell'ambito di applicazione del divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive*, cit., p. 383.

¹⁴⁸ Viene chiarito (al comma 8) che «Nei casi di cui ai commi 2, 6 e 7, il questore può autorizzare l'interessato, per gravi e comprovate esigenze, a comunicare per iscritto allo stesso ufficio o comando di cui al comma 2 il luogo di privata dimora o altro diverso luogo, nel quale lo stesso interessato sia reperibile durante lo svolgimento di specifiche manifestazioni agonistiche».

sicurezza pubblica, laddove questi siano connessi, non con la pratica sportiva, bensì con l'insorgenza di quegli incontrollabili stati emotivi e passionali che, tanto più ove ci si trovi di fronte ad una moltitudine di persone, spesso covano e si nutrono della appartenenza a frange di tifoserie organizzate, perlopiù, ma non esclusivamente, operanti nell'ambito del gioco del calcio»¹⁴⁹. Non va escluso che il fondamento della disposizione risieda (anche) nella considerazione che i luoghi di svolgimento di tali eventi sportivi, costituendo momento di aggregazione di persone, possono rappresentare obiettivi sensibili per potenziali attacchi terroristici¹⁵⁰ e, più in generale, nella salvaguardia della sicurezza sociale di un ingente numero di individui riuniti in un luogo chiuso ove si tengono manifestazioni sportive o in zone limitrofe. A bene vedere, ove si ponesse un margine alla portata ermeneutica della disposizione, confinandone la applicazione alla sola durata della manifestazione sportiva, si ridurrebbe di parecchio l'efficacia dissuasiva della medesima, atteso che l'applicazione della misura ne risulterebbe paralizzata, esulandone gli eventi che, pur determinati da «da una mal governata passione sportiva e dalla distorsione del ruolo del tifoso, si realizzino in un momento diverso dal verificarsi del fattore che li ha scatenati»¹⁵¹.

Fin dagli albori del DASPO, sia la dottrina che la giurisprudenza si sono interrogate in merito alla natura giuridica del provvedimento. La sede non permette di ripercorrere l'iter seguito dalla letteratura e dalla prassi; si può solo dichiarare l'indiscusso tenore di misura di prevenzione (e non interdittiva) 'atipica' di esso¹⁵².

¹⁴⁹ F.M.M. Bisanti, *L'estensione dell'ambito di applicazione del divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive*, cit., p. 381.

¹⁵⁰ S. Bedessi-F. Piccioni, *Il decreto sicurezza. Nuove norme in materia di circolazione stradale, sicurezza urbana, immigrazione e polizia locale. Guida alla Legge 132/2018 di conversione con modifiche dal D.L. 113/2018*, cit., p. 82 s., nt. 5: «La norma, per vero di difficile applicazione e comunque inidonea a fungere da impedimento realmente efficiente, è costruita facendo riferimento per *relationem* alla normativa in materia di misure di prevenzione. Ne deriva che, nei confronti del soggetto sottoposto alla misura della sorveglianza speciale, tra gli obblighi previsti rientra anche quello di non partecipare a pubbliche riunioni, mentre nei confronti del soggetto sottoposto alla misura dell'obbligo o di divieto di soggiorno può essere prescritto di presentarsi all'autorità di pubblica sicurezza anche in occasione di manifestazioni sportive». Ugualmente, F. Piccioni, *Le nuove disposizioni di diritto penale sostanziale introdotte dal decreto sicurezza*, cit., p. 6.

¹⁵¹ F.M.M. Bisanti, *L'estensione dell'ambito di applicazione del divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive*, cit., p. 381.

¹⁵² *Dirimente Cass., sez. un., 12 novembre 2004, n. 44273* per cui «la misura prevista dal primo comma dell'art. 6 incide esclusivamente sulla libertà di circolazione del soggetto inibendogli di frequentare determinati luoghi. La libertà di circolazione è tutelata dall'art. 16 [Cost.] e le limitazioni di questo diritto possono essere stabilite, come è generalmente riconosciuto, dall'autorità amministrativa; queste limitazioni possono essere previste in via generale dalla legge per motivi di sanità o di sicurezza e non sembra esservi dubbio che quelle previste dalla normativa in esame si riferiscano alla sicurezza. (...) la natura della misura aggiuntiva prevista dal 2° comma dell'art. 6 ancorché si tratti dell'imposizione di un obbligo strumentale per assicurare l'osservanza del divieto previsto dal primo comma: in questo caso la misura incide direttamente sulla libertà personale perché impone alla persona sottoposta alla misura un comportamento positivo che riguarda la sua persona e che ne limita inevitabilmente, sia pure in modo meno invasivo delle misure detentive, la libertà personale. La conseguenza di questa natura di misura idonea a limitare la libertà personale è la necessaria applicazione, a questi provvedimenti, delle garanzie previste dall'art. 13 [Cost.] (...). Del resto che la misura prevista dal 2° comma dell'art. 6 rientri nella garanzia giurisdizionale dell'art. 13 è riconosciuto – oltre che da dottrina e giurisprudenza del tutto uniformi su questo problema – dallo stesso legislatore che ha previsto una disciplina della convalida modulata sui tempi e sugli interventi previsti da questa norma. Quanto alla natura della misura nella parte che riguarda l'obbligo di presentazione non sembra possano sussistere dubbi che si tratti di misure di prevenzione. Ciò, si ricava essenzialmente dalla funzione dichiaratamente diretta ad evitare la consumazione di reati attinenti alla tutela dell'ordine pubblico in occasione di manifestazioni di carattere sportivo da parte di soggetti che, per precedenti condotte, siano ritenuti socialmente pericolosi. Certamente, si tratta di una pericolosità sociale del tutto particolare perché riguarda persone che, spesso, hanno una normale vita di relazione estranea ai circuiti criminali; ma, ciò non esclude le finalità di prevenzione anche se dirette a contrastare un limitato settore delle attività criminali o comunque pericolose per l'ordine pubblico. Sotto diverso profilo conferma la natura di misura di prevenzione di questi provvedimenti la considerazione che si tratta di provvedimenti che prescindono dalla consumazione di un reato e dal suo accertamento definitivo e ciò porta ad escludere con certezza che si tratti di una misura di sicurezza». È bene richiamare anche gli asserti della Corte costituzionale (cfr. sent. 4 dicembre 2002, n. 512) che, pronunciandosi in più occasioni sull'istituto, ha inquadrato il DASPO tra le misure di prevenzione che possono, quindi, essere inflitte indipendentemente dalla commissione di un reato: «(...) a differenza del divieto di accesso alle competizioni sportive (...)», l'atto di presentazione agli uffici di polizia si configura «idoneo ad incidere sulla libertà personale del soggetto tenuto a comparire, imponendone la presenza negli uffici addetti al controllo dell'osservanza della misura (...). Dunque, ancorché prefigiuri una compressione di portata e conseguenze molto più limitate sulla libertà personale del destinatario rispetto a misure quali l'arresto o il fermo di polizia giudiziaria (...), il provvedimento del questore rientra pur sempre ed a pieno titolo nelle previsioni dell'art. 13 [Cost.] (...). Da tale qualificazione discendono alcuni corollari. In primo luogo, la necessità di una adeguata motivazione del provvedimento da parte del questore, il quale, (...), è sempre tenuto a documentare e valutare accuratamente le

Problematica di rilievo attiene alla determinazione della durata del divieto di ingresso alle manifestazioni sportive. Essa esige una ponderata valutazione della condotta socialmente pericolosa rilevata allo scopo di evitare risultati inutilmente afflittivi per il soggetto gravato da un provvedimento che incide sulla libertà di movimento e difficilmente governabili per coloro che devono vigilare sull'osservanza delle prescrizioni¹⁵³. Il potere conferito al questore è ampiamente discrezionale; pertanto, le valutazioni inerenti alla pericolosità dei soggetti e alla ragionevolezza del divieto di accedere a manifestazioni sportive, attenendo al merito dell'azione amministrativa, sono sottratti al sindacato di legittimità del giudice amministrativo¹⁵⁴.

Ripercorsi gli elementi fondamentali del DASPO sportivo, bisogna puntare lo sguardo sulla ulteriore forma che il provvedimento può assumere allorché ha una derivazione (*meglio*, un impulso) di matrice giudiziaria¹⁵⁵. Sinora non lo si è distolto dalla misura del divieto di accesso ai luoghi ove si svolgono le manifestazioni sportive che, irrogabile dal questore nella qualità di autorità di pubblica sicurezza, rinviene le sue peculiarità nel più volte citato art. 6 l. n. 401 del 1989 («*Divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive*»). L'adozione del meccanismo procedurale circoscrive, di netto, valori fondamentali del singolo: dalla libertà personale (art. 13 Cost.) a quella di circolazione (art. 16 Cost.), irradiandosi sino a lambire la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), dal momento «che non vi sono condizioni ostative per ritenere che la volontà di assistere alle competizioni sportive costituisca una tipica espressione di tale diritto inviolabile e garantito a livello [sovraordinato]»¹⁵⁶.

Avuto riguardo a tali premesse, anche a livello normativo (art. 6, comma 7, l. n. 401 del 1989), gioco forza, il provvedimento – da cui la corretta dicitura DASPO giudiziario – deve essere adottato dal giudice ove vi sia stata condanna per ipotesi ben enucleate dal legislatore. L'impiego di una formula con il verbo all'indicativo, «il giudice dispone», non determina perplessità sul fatto che si tratti di un vero e proprio obbligo per il giudicante che elide qualsiasi forma di discrezionalità. Circa la natura, si è concordi nel ritenere che la misura sia da classificare come di prevenzione atipica, al pari di quelle di competenza del questore¹⁵⁷. Per quanto concerne, invece, i contenuti del provvedimento limitativo, benché le disposizioni in ordine alle modalità attuative del DASPO siano ontologicamente formulate in modo generico, così da permettere al provvedimento di atteggiarsi come avente efficacia preventiva e repressiva, il giudice (lo stesso dicasi per il questore nel caso di DASPO sportivo) per sopperire alle anomalie legislative, deve adottare la propria decisione con specifica e minuziosa motivazione in riferimento alle regole da impartire al destinatario del provvedimento. La misura non può costituire affatto una indefinita compressione di alcune sfumature della libertà del destinatario, ma esige una descrizione degli obblighi imposti¹⁵⁸.

circostanze oggettive e soggettive che lo inducono a ritenere necessario, oltre il divieto di accesso, anche l'obbligo di presentazione al posto di polizia. In secondo luogo, la natura di atto suscettibile di incidere sulla libertà personale impone che il giudizio di convalida effettuato dal [g.i.p.] non possa limitarsi ad un mero controllo formale, bensì, (...), debba essere svolto in modo pieno». Inoltre, quali caratteri fondamentali del giudizio di convalida, il Giudice delle leggi annovera il coinvolgimento della «personalità del destinatario e le modalità di applicazione della misura (...), sostanziandosi in un controllo sulla ragionevolezza ed esigibilità della misura disposta con il provvedimento medesimo (...) e consentendo, infine, al destinatario una piena e previa conoscenza dei diritti di difesa di cui può fruire in tale giudizio». In dottrina, per tutti, v. S. Bedessi-F. Piccioni, *Il decreto sicurezza. Nuove norme in materia di circolazione stradale, sicurezza urbana, immigrazione e polizia locale. Guida alla Legge 132/2018 di conversione con modifiche dal D.L. 113/2018*, cit., p. 81.

¹⁵³ Cfr. Tar Sicilia (Palermo), 10 settembre 2018, n. 1920.

¹⁵⁴ Da poco, Tar Liguria (Genova), sez. II, 9 aprile 2018, n. 282.

¹⁵⁵ Invero, delle linee generali fornite dalla legge (art. 6, comma 7, l. n. 401 del 1989) si è detto poco sopra. Nel far ciò, si è tenuto conto dei numerosi interventi legislativi in argomento che hanno cambiato veste allo strumento, a cominciare dal d.l. 8 febbraio 2007, n. 8 recante «*Misure urgenti per la prevenzione e la repressione di fenomeni di violenza connessi a competizioni calcistiche*», convertito, con modificazioni, nella l. 4 aprile 2007, n. 41».

¹⁵⁶ F.M.M. Bisanti, *L'estensione dell'ambito di applicazione del divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive*, cit., p. 385.

¹⁵⁷ Riferisce della sventata declaratoria di costituzionalità dell'art. 6, comma 7, l. n. 401 del 1989 laddove prevede la immediata esecutività del capo della sentenza dedicato al divieto di accesso ai luoghi (non dell'obbligo di presentazione presso un ufficio o comando di polizia), F.M.M. Bisanti, *L'estensione dell'ambito di applicazione del divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive*, cit., p. 386.

¹⁵⁸ Illustra la casistica sul punto, F.M.M. Bisanti, *L'estensione dell'ambito di applicazione del divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive*, cit., p. 386 ss.

Qualche ultima puntualizzazione sugli innesti che il decreto sicurezza del 2018, n. 113 ha operato sull'istituto del DASPO.

L'art. 20 («*Estensione dell'ambito di applicazione del divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive*»), previa modifica della l. n. 401 del 1989, estende, a fini preventivi, il vincolo di cui all'art. 6, comma 1, contenuto in tale ultimo provvedimento, anche ai soggetti individuati dall'art. 4, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 159 del 2011; vale a dire: a coloro che sono indiziati dei delitti di terrorismo (art. 51, comma 3 *quater*, c.p.p.); quelli che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione, mediante violenza, di uno dei reati contro l'incolumità pubblica previsti dal Capo I, Titolo VI, del Libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice», nonché con crimini aventi finalità di terrorismo anche internazionale; gli individui diretti a prendere parte ad un conflitto in territorio estero (cd. *foreign fighters*) a sostegno di un'organizzazione che persegue finalità terroristiche.

V'è, dunque, un accrescimento della platea dei possibili destinatari del divieto di accesso alle competizioni sportive, annoverando pure i soggetti ritenuti pericolosi per la sicurezza nazionale: è intuibile che i luoghi di svolgimento delle manifestazioni sportive possono rappresentare obiettivi sensibili per potenziali attacchi terroristici.

D'acchito, le innovazioni arrecate al DASPO sportivo non suscitano perplessità sul piano esegetico, giacché è abbastanza chiaro che esse tendono ad aumentare il numero delle persone nei confronti delle quali possa essere irrogata la misura di prevenzione. Ma, l'ampliamento soggettivo – in parte pleonastico in quanto viene prestato poco interesse al confezionamento terminologico delle norme (si includono fattispecie già enumerate nella disposizione dell'art. 6, comma 1, l. n. 401 del 1989) – snatura la finalità preventiva affidata al DASPO, originariamente congegno per fronteggiare la violenza negli stadi, e si traduce, con pericolose ricadute sulla libertà personale, in meccanismo per combattere una serie di delitti prevalentemente legati al terrorismo, ma anche alla criminalità organizzata – come le ipotesi di sequestro di persona – e, persino, alla delinquenza economica nel caso di crimini contro l'incolumità pubblica. Non ne conviene chi, viceversa, ha una visione positiva della convergenza verso un unico obiettivo del ruolo di prevenzione della misura di cui si discute e di quello teso ad evitare il compiersi di attacchi terroristici organizzati da soggetti isolati, non appartenenti a cellule definite. «Su tale fronte non vi è alcun dubbio che i luoghi delle manifestazioni sportive siano particolarmente appetibili per numero di presenze degli spettatori, per la capacità di attirare l'attenzione dei mass-media (...) e, infine, per il clamore globale suscitato nel caso di esito positivo di un attacco. Pertanto si deve operare un'attività preventiva che miri a disinnescare sin da subito qualsiasi forma di potenziale pericolo, vietando a determinati soggetti – resisi responsabili e/o comunque sottoposti a indagini per condotte caratterizzate da una marcata inclinazione delinquenziale – di accedere a luoghi in cui si svolgano le competizioni sportive»¹⁵⁹. Insomma, la clausola di salvezza risiederebbe nella riconducibilità di entrambi i profili alla macro-area della prevenzione. Sembra, all'opposto, di poter reputare soddisfatte le garanzie difensive a beneficio del destinatario del provvedimento; la qual cosa, permette di ritenere pienamente conforme alla Costituzione l'intervento del Governo in materia.

Volendo puntualizzare, sul DASPO sportivo, in fine, non stona un accenno al fatto che al Senato, viene promosso e approvato un emendamento volto a modificare l'art. 9, comma 3 ter, d.l. 8 febbraio 2007, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 aprile 2007, n. 41. La previsione oggetto di correzione statuisce che una quota degli introiti complessivi derivanti dalla vendita dei biglietti e dei titoli di ingresso, emessi validamente, in coincidenza di eventi sportivi, «è destinata a finanziare i costi sostenuti per il mantenimento della sicurezza e dell'ordine pubblico in occasione [degli stessi] e, in particolare, per la copertura dei costi delle ore di lavoro straordinario e dell'indennità di ordine pubblico delle Forze di polizia». A seguito di tale modifica, è stato introdotto l'art. 20 *bis* in virtù del quale si prevede un incremento della contribuzione delle società organizzatrici di avvenimenti calcistici per il mantenimento dell'ordine pubblico: è incrementata la soglia minima e quella massima della quota delle entrate complessive derivanti dalla vendita dei biglietti e dei titoli per l'accesso, emessi validamente, in occasione degli eventi sportivi calcistici è destinata a finanziare i costi sostenuti per il mantenimento della sicurezza e dell'ordine pubblico in occasione degli eventi e, soprattutto, alla copertura dei costi delle

¹⁵⁹ F.M.M. Bisanti, *L'estensione dell'ambito di applicazione del divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive*, cit., p. 391.

ore di lavoro straordinario e dell'indennità di ordine pubblico delle forze di polizia.

Per la stessa ragione, va ricordato che, ai sensi dell'art. 6 *bis* della l. n. 401 del 1989, «salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, nei luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive, supera indebitamente una recinzione o separazione dell'impianto ovvero, nel corso delle manifestazioni medesime, invade il terreno di gioco, è punito, con l'arresto fino ad un anno e con l'ammenda da 1.000 a 5.000 euro. La pena è della reclusione da sei mesi a quattro anni se dal fatto deriva un ritardo rilevante dell'inizio, l'interruzione o la sospensione definitiva della competizione calcistica».

Con l'espressione «nel corso delle manifestazioni medesime», non si deve porre riferimento alla durata della gara secondo le norme federali sportive, ma alla competizione nel suo complesso che supera il termine dell'incontro. Quindi, il momento di cessazione della manifestazione coincide con la sua fine intesa nell'interesse, comprensiva dei partecipanti dall'impianto sportivo¹⁶⁰.

(SEGUE): IL DASPO URBANO

In sede di conversione, la stretta sul tema della sicurezza, induce anche ad un ingrandimento del potere questorile di dettare misure di prevenzione "atipiche" e, dunque, a rivisitare pure il DASPO urbano, vale a dire il provvedimento di allontanamento da un luogo pubblico per un determinato periodo di tempo¹⁶¹; il cambiamento giunge, nonostante sia uno strumento di recente manifattura, ricollegandosi al d.l. 20 febbraio, 2017, n. 14, convertito, con modifiche e dietro voto di fiducia, nella l. 18 aprile 2017, n. 48, recante «Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città» (decreto 'Minniti' avente lo scopo di tutelare il decoro delle città e di prevenire la criminalità, soprattutto di tipo predatorio)¹⁶². Ecco che ci si imbatte con le innovazioni sulla disciplina del «divieto di accesso in specifiche aree urbane» mercé gli artt. 21, 21 *ter* e 31 *ter* del d.l. n. 113 del 2018¹⁶³. Esse integrano e riscrivono la regolamentazione delle misure personali di prevenzione introdotte da tale ultimo provvedimento, determinando un consolidamento dei compiti del sindaco e un incremento dei poteri del questore nello svolgimento della funzione integrata di tutela della sicurezza urbana¹⁶⁴. Eppure, è abbastanza noto il fatto che il ricorso a tale

¹⁶⁰ Cfr. Cass., sez. III, 17 novembre 2014, n. 47258.

¹⁶¹ ... allentando la visuale: una sanzione amministrativa pecuniaria e l'ordine di allontanamento disposti dal sindaco ovvero dall'autorità di pubblica sicurezza comminati a chiunque sia impedito l'accesso o la fruizione di determinati luoghi tra i quali si è, con la novella, voluto comprendere anche i luoghi destinati a presidi sanitari, allo svolgimento di fiere, mercati, pubblici spettacoli.

¹⁶² In proposito, tra gli altri, C. Forte, *Il decreto Minniti: sicurezza integrata e "D.A.SPO. urbano". Da una governance multilivello il rischio di una ... "repressione multilivello"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 5, 175 ss. L'A. ha il pregio di effettuare una ricognizione della normativa nella quale si distingue il potere di disporre l'allontanamento da determinate aree – ben designate – per soddisfare finalità di decoro, vivibilità urbana, rimedio all'incuria e degrado del territorio (con concomitanti interrogativi circa la compatibilità con i principi enucleati in Costituzione), le difformità tra i concetti di "sicurezza integrata" e "sicurezza urbana" e il loro rapporto con la diversa nozione di "pericolosità per la sicurezza" (fondamento per l'applicazione delle misure di prevenzione) e quella di ordine pubblico, i parallelismi e non con il DASPO sportivo, l'analisi dei singoli provvedimenti adottabili (di tipo amministrativo e giurisdizionale), la concentrazione su alcune categorie personologiche, i ragionamenti sulla reintrodotta flagranza differita e i divieti di accesso a pubblici esercizi e di stazionamento nelle immediate vicinanze per determinati soggetti e le conseguenze sui minori. Inoltre, T.F. Giupponi, *Sicurezza integrata e sicurezza urbana nel decreto legge n. 14/2017*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2017, vol.1, fasc. 1, p. 5 ss.; S. Bedessi – E. Bezzon – G. Napolitano – M. Orlando – F. Piccioni (a cura di), *Il nuovo decreto sicurezza urbana. Il nuovo ruolo del Comune e della polizia locale dopo il D.L. n. 14/2017 convertito in Legge n. 48/2017*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2017, *passim*. V., inoltre, C. Forte, *Il decreto Minniti: sicurezza integrata e "D.A.SPO". Da una governance multilivello il rischio di una ... "repressione multilivello"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 5, p. 175 ss.; M. Mancini Proietti, *La legge 18 aprile sulla sicurezza delle Città. Considerazioni generali tra luci ed ombre del decreto che doveva riportare alla riconquista delle città*, in *Riv. di polizia*, 2018, vol. 71, fasc. 3, p. 161 ss.; C. Ruga Riva, R. Cornelli, A. Squazzoni, P. Rondini e B. Biscotti, *La sicurezza urbana e i suoi custodi (il Sindaco, il Questore e il Prefetto). Un contributo interdisciplinare sul c.d. decreto Minniti/Urban Security and Its Guardians (Sindaco, Questore and Prefetto). An Interdisciplinary Essay on the "Minniti" Law*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 4, p. 224 ss.

¹⁶³ Vedasi P.F. Bresciani, *Misure amministrative in materia di sicurezza pubblica delle città e modifiche ai poteri sindacali di ordinanza. Prime osservazioni*, cit., p. 225 ss. Inoltre, L. Rossetti, *L'estensione dell'ambito di applicazione del divieto di accesso in specifiche aree urbane*, cit., p. 416 ss.

¹⁶⁴ Sulla falsariga di quello congegnato per le manifestazioni sportive, il DASPO urbano identifica(va) la procedura di multa e allontanamento nei confronti di chi pone in essere condotte che limitano la libera accessibilità e la fruizione di infrastrutture di trasporto (strade, ferrovie e aeroporto). Tra le altre zone che possono essere individuate dai Regolamenti di polizia urbana e nelle quali attuare il Daspo, sono inserite quelle in cui insistono musei, aree e parchi archeologici, complessi monumentali o altri

figura si è, spesso, scontrata con «“la cultura della giurisdizione” che non tollera semplificazioni e generalizzazioni. I giudici, in particolare quelli di legittimità, sollecitati da acute difese, hanno arginato tale straripamento di poteri, ricordando che presupposto indefettibile per l’applicazione delle misure di prevenzione, siano esse “tipiche” che “atipiche”, è l’attuale pericolosità sociale del proposto, da accertarsi nel contraddittorio delle parti»¹⁶⁵.

Dalla strutturazione della misura, riconducibile ad un proteiforme diritto punitivo municipale e di difficile catalogazione, anche se di certo impatto sui diritti costituzionali, affiora una nozione ampia di sicurezza urbana, dove, sovente, il momento repressivo non vive isolatamente, ma viene posposto a quello preventivo, di lotta al disagio sociale. Non stona, dunque, avviare l’indagine partendo da tale concetto quale si desume dall’art. 4 d.l. n. 14 del 2017; esso coincide con la garanzia del «bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città», stabilendo anche le modalità attraverso le quali perseguirla: «interventi di riqualificazione, anche urbanistica, sociale e culturale, e recupero delle aree o dei siti degradati, l’eliminazione dei fattori di marginalità e di esclusione sociale, la prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio, la promozione della cultura, del rispetto della legalità e l’affermazione di più elevati livelli di coesione sociale e convivenza civile, cui concorrono prioritariamente, anche con interventi integrati, lo Stato, le Regioni e Province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali, nel rispetto delle rispettive competenze e funzioni»¹⁶⁶.

Illo tempore, il DASPO urbano è pensato poiché si valuta che una delle cause del degrado ambientale delle città sia rappresentato dall’abbandono di alcune aree, fondamentali per la soddisfazione delle esigenze dei cittadini, non solo di mobilità ma anche di fruizione in senso lato; abbandono dimostrato dall’occupazione di queste aree da parte di soggetti che vi stazionano, magari svolgendo attività abusive o moleste, accentuando il disagio e il senso di insicurezza della collettività. Avverso tale occupazione si configura, appunto, l’istituto di cui all’art. 9 del d.l. n. 14 del 2017 contenente «*Specifiche misure a tutela del decoro di determinate aree*»; la disciplina, in parte, riprende quella dell’omologo meccanismo per la prevenzione della violenza nelle manifestazioni sportive. I luoghi di cui si vuole tutelare il decoro sono individuati dal comma 1 del menzionato art. 9 e coincidono con le zone interne delle infrastrutture, fisse o mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano e delle relative pertinenze. «Fatti salvi i poteri delle autorità di settore aventi competenze a tutela di specifiche aree del territorio», si consente al sindaco (del comune nel cui comprensorio le violazioni sono state accertate)¹⁶⁷ di applicare la sanzione amministrativa pecuniaria del pagamento di una somma da euro 100 a euro 300 (da impiegarsi nel miglioramento del decoro urbano pur se di dubbia efficacia e di difficile riscossione); contestualmente, all’accertamento della condotta illecita, nelle forme e con le mo-

istituti e luoghi della cultura interessati da consistenti flussi turistici, ovvero adibite a verde pubblico. Il provvedimento che converte il d.l. n. 113 del 2018 ha ricompreso tra le aree in cui può applicarsi il DASPO urbano altre, quelle appena segnalate nel testo. La misura, inoltre, a seguito della manovra, potrà essere attivata nei confronti degli indiziati di terrorismo. Per una panoramica sull’ordine di allontanamento-divieto di accesso in specifiche aree urbane, v., tra i molti, E. Follieri, *Il daspo urbano (artt. 9, 10 e 13 del D.L. 20.2.2017 n. 14)*, in *Giustamm.it*, 2017, 3, p. 1 ss.; C. Forte, *Il decreto Minniti: sicurezza integrata e “D.A.SPO. urbano”*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 5, p. 175 ss.; L.M. Di Carlo, *Prime riflessioni sul c.d. “Daspo urbano”*, in *Federalismi.it*, 2017, 17, p. 1 ss.; C. Ruga Riva, B. Biscotti, P. Rondini, R. Cornelli, A. Squazzoni, *La sicurezza urbana e i suoi custodi (il Sindaco, il Questore e il Prefetto). Un contributo interdisciplinare sul c.d. decreto Minniti / Urban Security and Its Guardians (Sindaco, Questore and Prefetto) An interdisciplinary Essay on the “Minniti” Law*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 2017, 4, p. 224 ss.

¹⁶⁵ F. Brizzi, *Gli interventi del d.l. sicurezza in tema di pericolosità sociale: “ci sarà pure un giudice a Berlino”*, ne *Il Penalista*, 14 febbraio 2019, p. 1.

¹⁶⁶ Per ulteriori sviluppi sul tema, L. Rossetti, *L’estensione dell’ambito di applicazione del divieto di accesso in specifiche aree urbane*, in A. Conz. – L. Levita, *Il decreto Salvini su immigrazione e sicurezza. Commento organico al D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, come convertito dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132*, Roma, DIKE Giuridica Editrice S.r.l., 2019, p. 409 s. L’A. pone l’accento sugli strumenti per perseguire il fine della sicurezza urbana: i patti stipulati tra il prefetto e il sindaco (art. 5, comma 1, d.l. n. 14 del 2017) e le direzioni in cui operano, i mezzi di repressione che si snodano sul fronte penale e amministrativo; l’estensione dei poteri di ordinanza del primo cittadino che spazia dalle materie sanitarie e di igiene pubblica, dalla somministrazione di bevande alcoliche alla prevenzione ed eliminazione di gravi pericoli che minacciano l’incolumità pubblica e la sicurezza urbana. V., pure, F. Morganti, *La sicurezza urbana nel c.d. “decreto Minniti”*, in *Democrazia e Sicurezza*, anno VII, 3, 2017, pubblicato il 22 gennaio 2018, p. 37 ss.

¹⁶⁷ Ad avviso di G. Amato, *Daspo urbano implementato e più divieti di accesso*, in *Guida dir.*, 2019, 4, p. 72 conservano «analogo potere concorrente anche le autorità di settore aventi competenza a tutela di specifiche aree del territorio (esemplificando, è indubbia la competenza della polizia ferroviaria nelle stazioni ferroviarie; così [lo è quella] del personale di polizia giudiziaria, come si desume anche dal richiamo all’articolo 13 della legge n. 689 del 1981 operato nell’articolo 10, comma 1, del testo in commento».

dalità stabilite dall'art. 10 d.l. n. 14 del 2017, costui dispone l'ordine di allontanamento a chi ponga in essere «condotte che impediscono la libera accessibilità e la fruizione» dei predetti posti, non osservando i divieti di stazionamento o di occupazione degli stessi (tra i comportamenti contrastabili sembra si pongano quello di esercizio della prostituzione, la mendacità, l'occupazione di aree per bivaccare e dormire, etc.)¹⁶⁸. Poi, gli è permesso altresì osteggiare – ferma l'irrogazione delle sanzioni amministrative di legge – coloro che, nelle medesime zone si trovino in stato di ubriachezza, oppure abbiano commesso atti contrari alla pubblica decenza, esercizio abusivo del commercio, le attività di parcheggiatore o guardiamacchine abusivi, ovvero quella prevista dall'art. 1 *sexies* del d.l. 24 febbraio 2003, n. 28, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2003, n. 88¹⁶⁹ (art. 9, comma 2, d.l. n. 14 del 2017)¹⁷⁰.

Il comma 3 dell'art. 9 di cui si discute accresce (recepandoli dai regolamenti di polizia) gli ambienti urbani in cui potrebbero essere tenuti gli atteggiamenti da contrastare: scuole, plessi scolastici e siti universitari, musei, aree e parchi archeologici, complessi monumentali o altri istituti e luoghi della cultura o comunque interessati da consistenti flussi turistici, ovvero adibiti a verde pubblico. Ad essi si applicano i predetti commi 1 e 2 dell'art. 9.

Con il decreto 'Salvini' si interviene (in modo del tutto condivisibile) proprio su tale disposto aprendo le zone da salvaguardare (pure) ai presidi sanitari e alle aree destinate allo svolgimento di fiere, mercati, pubblici spettacoli: qui, in maniera sempre più frequente si realizzano condotte che mettono in pericolo la sicurezza urbana, tenuto conto del potenziale numero di persone che, giornalmente, è presente in siffatti luoghi.

L'ordine del sindaco ha una rilevanza limitata al luogo in cui il fatto è stato commesso ed ha una durata di sole quarantotto ore. Né la sanzione amministrativa prevista in caso di trasgressione – sanzione pecuniaria doppia rispetto a quella già irrogatagli per aver impedito la libera accessibilità e fruizione del luogo urbano – ne aumenta l'efficacia preventiva, in considerazione dello *status* dei potenziali destinatari. Il potere del sindaco, esercitato in qualità di ufficiale di Governo, differisce da quello del questore circa il divieto di accesso di cui si dirà, pur essendo, quella da lui applicata, una misura di prevenzione *praeter delictum* che, analogamente a quanto accade in tema di esercizio del potere da parte del questore ed in linea con quanto richiesto dai principi generali che sovrastano l'azione amministrativa, necessita di adeguata motivazione e forma scritta. La misura in discorso sembra, quindi, destinata, semplicemente, a dislocare, per tempi brevi, in altre zone, i soggetti autori delle condotte che alterano il decoro dei luoghi.

Copia dell'ordine di allontanamento viene trasmessa, con immediatezza, al questore competente per territorio, nonché, ove necessario, ai competenti servizi socio-sanitari (art. 10, comma 1, d.l. n. 14 del 2017, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 48 del 2017). La comunicazione all'autorità di pubblica sicurezza rappresenta il mezzo attraverso cui consentire a quest'ultima di intervenire, nell'ipotesi di reiterazione delle condotte, con l'emissione del divieto di accesso, che costituisce, pertanto, l'ulteriore strumento di tutela della sicurezza urbana operante, però, nei casi con tutta evidenza espressivi di una maggiore gravità.

Il legislatore, all'art. 10, comma 2, d.l. n. 14 del 2017, convertito, con modifiche, dalla l. n. 48 del 2017, infatti, statuisce che, in caso di reiterazione delle condotte indicate dall'art. 9, commi 1 e 2, qualora ne «possa derivare pericolo per la sicurezza», il questore ha la facoltà di imporre, per un periodo non superiore a dodici mesi (termine raddoppiato dal d.l. n. 113 del 2018), «il divieto di accesso ad una o più

¹⁶⁸ La formula, in questo caso, non sembra porre dubbi di compatibilità del precetto poiché non è generico e inafferrabile e, in quanto tale, si allinea agli *standard* pretesi dalla Cedu qualora sia in gioco la restrizione al diritto di circolazione (art. 16 Cost.).

¹⁶⁹ Per l'esattezza il primo cittadino può ordinare l'allontanamento, per quarantotto ore, a «chiunque ponga in essere condotte che impediscono [la loro] accessibilità e fruizione (...) in violazione dei divieti di stazionamento o di occupazione» delle medesime ovvero a chi realizzi condotte in violazione degli artt. 688 e 726 c.p., l'esercizio abusivo del commercio sulle aree pubbliche (art. 29 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114), delle attività di parcheggiatore e guardiamacchine (art. 7, comma 15 *bis*, codice della strada), etc. In caso di reiterazione dei comportamenti vietati e sempre che da essi «possa derivare pericolo per la sicurezza»

¹⁷⁰ Ci tiene a precisare, riportando i contenuti della Relazione illustrativa al disegno di legge, L. Rossetti, *L'estensione dell'ambito di applicazione del divieto di accesso in specifiche aree urbane*, cit., p. 412 che «per infrastrutture fisse e mobili si intendono anche quelle secondarie e complementari, necessarie al funzionamento dell'infrastruttura principale (...)». Sempre l'A. (p. 412 s.), dopo aver illustrato una breve casistica, tenta di perimetrare i soggetti destinatari del provvedimento di DASPO, elencando quelli di più facile intuizione (*clochard*, immigrati che esercitano attività abusive, etc.) e ponendo interrogativi per altri, come le prostitute, e in merito ai rapporti tra l'atto del sindaco e quello del questore.

delle aree di cui all'articolo 9, espressamente specificate nel provvedimento, individuando, altresì, modalità applicative del divieto compatibili con le esigenze di mobilità, salute e lavoro del destinatario dell'atto». È, per taluno, «una misura ricalcata sulla falsariga del [DASPO], che si potrebbe definire Divieto di Accesso in Spazi Urbani (D.A.SP.U.)»¹⁷¹. La novella – che, in maniera disorganica, apporta modifiche all'art. 10, prima, al comma 1 *bis* dell'art. 21 e, poi, al comma 1 dell'art. 21 *ter* d.l. n. 113 del 2018 – introduce, a carico del contravventore al divieto di accesso (cioè colui che abbia già reiterato le condotte illecite di cui all'art. 9), un nuovo reato punito con l'arresto da sei mesi ad un anno. Qualora le condotte siano commesse da un soggetto condannato, con sentenza definitiva o anche solo confermata in grado di appello, nel corso degli ultimi cinque anni per illeciti contro la persona e il patrimonio, la durata del divieto di cui al comma 2 dell'art. 10 non può, comunque, essere inferiore a dodici mesi (termine raddoppiato dal d.l. n. 113 del 2018), né superiore a due anni. Colui che violi il divieto emesso nei termini appena descritti, è destinatario di una nuova contravvenzione punita con l'arresto da uno a due anni¹⁷². Se il responsabile è minorenne, il questore ne dà notizia al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni. Va detto, infine, che, in relazione al provvedimento di cui al comma 3, in quanto compatibili, trovano applicazione le norme dell'art. 6, commi 2 *bis*, 3 e 4, l. n. 401 del 1989¹⁷³.

La formulazione del precetto solleva qualche perplessità: se, da un lato, è comprensibile che la durata del divieto è maggiore quando le condotte descritte dall'art. 9 sono poste in essere da un soggetto che, in virtù dei precedenti penali specifici (sebbene non passati in giudicato), potrebbe causare un pericolo più concreto per la sicurezza urbana, dall'altro, la struttura della norma presenta, nondimeno, troppe carenze tra le quali si erge il richiamo generico alle previsioni dettate dal citato art. 6 che regola fenomeni di pericolosità assai diversi rispetto a quelli rilevanti nel caso di specie. La dizione normativa rimanda a dettami in quanto compatibili: «È possibile, pertanto, che il questore possa prescrivere, tenendo conto dell'attività lavorativa del prevenuto, di comparire personalmente una o più volte negli orari indicati nell'ufficio o comando di polizia competente in relazione al luogo di residenza dell'obbligato o in quello specificamente indicato nel provvedimento. È evidente che, rispetto all'analogo istituto di cui all'art. 6, comma 2, l. 401/1989, nel caso di specie non possa tale prescrizione essere collegata a singole giornate in cui si svolgono determinate manifestazioni sportive, ma debba essere calibrata in maniera differente, evidentemente, più generica, in modo, però, da poter essere ugualmente idonea a soddisfare il requisito della specificità»¹⁷⁴.

(SEGUE:) ALTRI CAMBIAMENTI AL DECRETO 'MINNITI'

Il legislatore del 2018 chiude l'intervento nel bacino della prevenzione, introducendo una nuova ipotesi di DASPO nel contesto del d.l. n. 14 del 2017 convertito, con modifiche, dalla l. n. 48 del 2017; essa è enucleata nell'art. 13 *bis* con la rubrica «Disposizioni per la prevenzione dei disordini negli esercizi pubblici e

¹⁷¹ F. Piccioni, *Le nuove disposizioni di diritto penale sostanziale introdotte dal decreto sicurezza*, cit., p. 7.

¹⁷² Allo scopo di rafforzare la previsione, è anche stabilito che l'autorità giudiziaria, in caso di condanna per reati contro la persona o il patrimonio commessi nei luoghi di cui all'art. 9, possa subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena, all'imposizione del divieto di accedere a luoghi o aree specificamente individuati. In questo caso, la violazione del divieto comporta la revoca della sospensione con esecuzione della sentenza di condanna.

¹⁷³ I commi 2 e 3 dell'art. 10 prevedono come segue: il primo, «Nei casi di reiterazione delle condotte di cui all'art. 9, commi 1 e 2, [*Misure a tutela del decoro di particolari luoghi*] il questore, qualora dalla condotta tenuta possa derivare pericolo per la sicurezza, può disporre, con provvedimento motivato, per un periodo non superiore a dodici mesi, il divieto di accesso ad una o più delle aree di cui all'art. 9, espressamente specificate nel provvedimento, individuando, altresì, modalità applicative del divieto compatibili le esigenze di mobilità, salute e lavoro del destinatario dell'atto. Il contravventore al divieto di cui al presente comma è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno»; il secondo, «La durata del divieto di cui al comma 2 non può comunque essere inferiore a dodici mesi, né superiore a due anni, qualora le condotte di cui all'art. 9, commi 1 e 2, risultino commesse da soggetto condannato, con sentenza definitiva o confermata in grado di appello, nel corso degli ultimi cinque anni per reati contro la persona o il patrimonio. Qualora il responsabile sia soggetto minorenne, il questore ne dà notizia al procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni. Il contravventore al divieto emesso in relazione ai casi di cui al presente comma è punito con l'arresto da un anno a due anni».

¹⁷⁴ M.F. Cortesi, *Il Daspo dopo il d.l. sicurezza*, cit., p. 5.

nei locali di pubblico trattenimento»¹⁷⁵. Ciò, rappresenta la conferma dell'estremo rilievo che l'istituto *de quo* riveste all'interno del settore della prevenzione penale, sebbene permangano diverse incertezze e lacune normative.

Il precetto completa l'area di operatività di una analoga misura la cui struttura, assai simile, è contenuta nel precedente art. 13: per ragioni di sicurezza, v'è un parallelo divieto di accesso in determinati luoghi segnalati nel decreto questorile; esso (ovvero anche il limite di stazionamento nelle immediate vicinanze di tali ambienti) è previsto verso persone condannate con sentenza definitiva o confermata in grado di appello nel corso degli ultimi tre anni per la vendita o la cessione di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 73 d.p.r. n. 309 del 1990) per fatti commessi all'interno o nelle immediate vicinanze di scuole, plessi scolastici, sedi universitarie, locali pubblici o aperti al pubblico¹⁷⁶. L'obiettivo che si persegue è, in tutta evidenza, quello di del rafforzamento del contrasto dello spaccio di sostanze stupefacenti. Sembra di poter dire, inoltre, che, attraverso l'art. 13 del decreto 'Minniti' si tenta di recuperare, almeno in parte, la disciplina già contemplata dall'art. 75 *bis* del d.p.r. n. 309 del 1990 (dichiarata inconstituzionale nel 2016)¹⁷⁷, reintroducendo uno strumentario in qualche modo utilizzabile nell'ottica della prevenzione delle condotte in materia di sostanze stupefacenti.

L'art. 13 *bis*, elaborato, sulla falsariga dell'art. 13, in sede di conversione del d.l. n. 113 del 2018, mediante la predisposizione dell'art. 21, comma 1 *ter*, recita, invece così: «Fuori dai casi di cui all'art. 13» (vendita e cessione rilevanti *ex art.* 13 d.l. n. 14 del 2017), «il questore può disporre per ragioni di sicurezza, nei confronti delle persone condannate con sentenza definitiva o confermata in grado di appello nel corso degli ultimi tre anni per reati commessi in occasione di gravi disordini avvenuti in pubblici esercizi ovvero in locali di pubblico trattenimento, per delitti non colposi contro la persona e il patrimonio, nonché per i delitti previsti dall'art. 73 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, il divieto di accesso agli stessi locali o ad esercizi pubblici analoghi, specificamente indicati, ovvero di stazionamento nelle immediate vicinanze degli stessi»¹⁷⁸.

«Trattasi, in realtà, di un divieto di avvicinamento che può avere un concreto ambito di operatività molto ampio, potendo includere, a discrezione del questore, un numero imprecisato di locali ed esercizi», «così incidendo notevolmente, in uno con la (...) durata [degnata di nota] del provvedimento (...) sulla libertà di circolazione del soggetto destinatario»¹⁷⁹.

La proibizione, che può essere confinata a specifiche fasce orarie, non può avere una durata inferiore a sei mesi, né superiore a due anni. L'inibizione, che può essere adottata con provvedimento motivato, «individuando comunque modalità applicative compatibili con le esigenze di mobilità, salute e lavoro del destinatario dell'atto», può essere dettata «anche nei confronti di soggetti minori di diciotto anni che hanno compiuto il quattordicesimo anno di età». Nell'occasione, la misura è notificata «a coloro che esercitano la responsabilità genitoriale». Il questore può, altresì, prescrivere, agli individui cui è reso noto il divieto in parola, intuibilmente nelle ipotesi caratterizzate da una maggiore gravità, «di compa-

¹⁷⁵ Ficcante, G. Amato, *Daspo urbano implementato e più divieti di accesso*, cit., p. 74: «La rubrica dell'articolo (...) è all'evidenza incompleta e parziale, giacché la misura preventiva riguarda anche soggetti il cui comportamento trasgressivo (soggetti condannati per delitti colposi contro la persona e il patrimonio e soggetti condannati per i delitti di cui all'articolo 73 del Dpr n. 309 del 1990) non ha avuto (o può non aver avuto) nulla a che fare con la "collocazione" dello stesso in un pubblico esercizio o in un locale di pubblico trattenimento».

¹⁷⁶ Quanto alle modalità con le quali si adotta il divieto di accesso e i contestuali obblighi in capo all'interessato, v. G. Amato, *Daspo urbano implementato e più divieti di accesso*, cit., p. 73 s.

¹⁷⁷ C. cost., sent. 6 maggio 2016, n. 94.

¹⁷⁸ F. Piccioni, *Le nuove disposizioni di diritto penale sostanziale introdotte dal decreto sicurezza*, cit., p. 9 sostiene che «(...)», anche l'art. 13 richiama, anzi è interamente dedicato, al delitto di cui all'art. 73 D.P.R. 309/1990. In tale occasione, tuttavia, il riferimento alle condotte di "vendita o cessione di sostanze stupefacenti" potrebbe essere inteso, onde evitare che questa parte della novella diventi un mero duplicato della precedente, nel senso che il divieto di accesso di cui all'art. 13 resti riferibile alla condanna solo per le ipotesi *ivi* tassativamente citate, mentre l'art. 13-*bis* a tutte le condotte ulteriori e diverse punite dal citato art. 73». Sempre l'A. osserva che, quella in esame, è «una misura inibitoria, ancora una volta ricalcata sulla falsariga del [DASPO] – che si potrebbe definire come Divieto di Accesso a determinati Locali di pubblico Trattenimento (D.A.L.T.) – onde prevenire il ripetersi di analoghi fenomeni». Concludendo: «In relazione alle nuove misure inibitorie, si osserva come, in maniera alquanto eccentrica, la violazione del D.A.L.T. integra (ai sensi dell'art. 13-*bis* comma 6) un delitto, [l'inosservanza] del [DASPO] (...) (ai sensi dell'art. 10, commi 1, 2 e 3) una contravvenzione, mentre [quella] del similare D.A.L.P. costituisce (ai sensi dell'art. 13, comma 6) un mero illecito amministrativo».

¹⁷⁹ L. Rossetti, *L'estensione dell'ambito di applicazione del divieto di accesso in specifiche aree urbane*, cit., p. 414.

rire personalmente una o più volte negli orari indicati¹⁸⁰, nell'ufficio o comando di polizia competente in relazione al luogo di residenza dell'obbligato o in quello specificamente indicato» (art. 13 *bis*, comma 4, d.l. n. 14 del 2017, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 48 del 2017). Sembra di poter affermare che tale ulteriore dovere non si applichi ai minorenni, in assenza di un esplicito richiamo normativo.

Nell'evenienza di tale obbligo, trovano applicazione, se compatibili, le previsioni in materia di convalida giurisdizionale formalizzate, per il DASPO sportivo, nell'art. 6, commi, 3 e 4, l. n. 401 del 1989¹⁸¹ (art. 13 *bis*, commi 4 e 5)¹⁸². Cosicché, le sequenze procedurali che si attivano (si rammentano solo per ragioni di completezza) sono sedimentate in questo modo: l'organo d'accusa, se ritiene ricorrano i requisiti, entro le quarantotto ore dalla comunicazione del provvedimento, deve domandarne la convalida al g.i.p. Le prescrizioni imposte perdono efficacia se nell'esposto termine non viene, con decreto motivato, inoltrata richiesta di convalida oppure se il giudice, nelle quarantotto ore successive, non la dispone. La maggiore incidenza di tale misura sulla libertà personale spiega l'estensione della garanzia del controllo giurisdizionale secondo la disciplina prevista per il DASPO sportivo. La mancata convalida nei termini non ostacola il questore in una eventuale reiterazione del decreto; tuttavia, non può procedere ad una mera seconda notifica, ma deve riattivare una nuova procedura.

Bisogna comprendere quali siano i confini del sindacato dell'organo giurisdizionale in fase di convalida. Sembra di poter dire, all'unisono con la recente letteratura, che questi debba accertare, in primo luogo, che ricorra la necessità e l'urgenza dell'intervento questorile, riscontrando se i fatti accaduti costituiscano indice sicuro di pericolosità e verificando, in ultimo, gli indizi raccolti. Una volta esaurito, in senso positivo, tale vaglio, il g.i.p. potrà controllare, cambiandolo, il contenuto dei vincoli imposti. «Tale potere costituisce un'importante garanzia per il prevenuto, consentendo di [saggiare], nella sostanza, le decisioni assunte dall'autorità di pubblica sicurezza, a cui si accompagna la possibilità, allorché la durata della prescrizione accessoria ovvero le modalità di svolgimento della stessa appaiano pregiudizievoli nei confronti dell'interessato, di mutarne l'esecuzione»¹⁸³.

Ai fini della convalida giudiziaria e, soprattutto, della tenuta del provvedimento in tale sede, rileva la motivazione a supporto del vincolo di presentazione. In effetti, il controllo di legalità del giudice non può non riguardare l'esistenza di tutti i presupposti legittimanti l'adozione dell'atto da parte dell'autorità amministrativa, compresi quelli imposti dalla circostanza che con esso si dispone una vera e propria misura di prevenzione, comunque limitativa della sfera di libertà personale (pericolosità concreta e attuale del soggetto, riconducibilità di costui in una delle categorie di individui "condannati" previsti dalla norma, esigenze "di sicurezza" che si vogliono soddisfare, etc.) e investire, altresì, il contenuto dell'obbligo di presentazione (tempistica e luogo) e la durata dello stesso che, se ritenuta eccessiva, può

¹⁸⁰ ... parrebbe, dalla formulazione della norma, che l'imposizione dell'obbligo possa impegnare l'individuo anche più volte nella stessa giornata; ma, questo sembra esorbitante rispetto allo scopo e alla natura della misura.

¹⁸¹ Diversamente che per l'analogo istituto di cui al precedente art. 13 del decreto 'Minniti', senza ragione, si recepisce solo il disposto dei commi 3 e 4 dell'art. 6 e non quello del comma 2 *bis*. Quest'ultimo, in vista del giudizio di convalida, da parte dell'autorità giudiziaria, stabilisce che la notifica dell'obbligo prescrittivo imposto dal questore deve contenere l'avviso per l'interessato della facoltà di presentare, personalmente o a mezzo del legale, "memorie o deduzioni" al giudice competente per la convalida. Nondimeno, sembra di poter ritenere che, anche a fronte della dimenticanza del legislatore, l'avvertimento *de quo* dovrà appartenere alla prassi delle questure per evitare provvedimenti di non convalida in ragione del mancato rispetto delle minimali esigenze della difesa rispetto a un atto che attinge la sfera della libertà personale. In proposito, allora, pare possano essere esportati i consolidati arresti interpretativi formati sulla similare materia delle misure di prevenzione in campo sportivo. Con la precisazione, che, data la celerità e l'immediatezza della procedura, i tempi concessi alla difesa sono da reputarsi consoni. Reputa G. Amato, *Daspo urbano implementato e più divieti di accesso*, cit., p. 77 che, se questa è l'esegesi corretta costituzionalmente, ne consegue: i) le memorie o deduzioni depositate dall'interessato entro il termine di quarantotto ore dalla notifica del provvedimento che applica l'obbligo di presentazione sono da considerarsi tempestive e devono essere valutate dal giudice nell'adottare l'ordinanza motivata di convalida (il provvedimento, a sua volta, non può essere adottato prima della scadenza di detto termine, pena la sanzione di invalidità per violazione del diritto di difesa); ii) il questore deve cooperare con tutti gli organi coinvolti nella procedura poiché il termine dilatorio concesso all'interessato è essenzialmente breve; iii) coesiste alla notifica della facoltà di presentare memorie o deduzioni il diritto di prendere visione degli atti a supporto del disposto obbligo di presentazione, rimesso dell'organo questorile alla convalida dell'organo giurisdizionale: «diversamente opinando l'effettivo diritto di difesa dell'interessato non sarebbe rispettato se – appunto – non gli si riconoscesse anche la possibilità di accedere agli atti (depositati presso il giudice della convalida), al fine di meglio e più compiutamente presentare le sue osservazioni scritte».

¹⁸² Cfr. C. cost., sent. n. 193 del 1996.

¹⁸³ M.F. Cortesi, *Il Daspo dopo il d.l. sicurezza*, cit., p. 6.

essere congruamente ridotta dal giudice della convalida¹⁸⁴.

La disciplina sanzionatoria chiude la regolamentazione; essa, inspiegabilmente non modificata nemmeno dal decreto 'Salvini', prevede che, per l'inosservanza del divieto «di cui al presente articolo», il trasgressore risponde di una fattispecie delittuosa punita la reclusione da sei mesi ad un anno e la multa da 5.000 a 20.000 euro. Il costruito, mal articolato, induce a pensare che la sanzione penale si riferisca al solo divieto di accesso e stazionamento e non anche all'aggiuntivo, eventuale, obbligo di presentazione di cui all'art. 13 *bis*, comma 4, che non rappresenta affatto un divieto. Un'interpretazione estensiva sarebbe in *malam partem* e, dunque, non percorribile. Deve, perciò, concludersi nel senso che la previsione è monca poiché finisce con il rimanere senza sanzione la violazione dell'obbligo di presentazione il quale, peraltro, non solo ha un analogo contenuto interdittivo, ma è applicato per i casi più gravi¹⁸⁵.

Il comma 1 *quater* dell'art. 21 d.l. n. 113 del 2018 ritocca l'art. 8, comma 4, d.lgs. n. 159 del 2011 in punto di misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria aggiungendo, per le persone sottoposte alla sorveglianza speciale di P.S., tra le prescrizioni obbligatorie, quella «di non accedere agli esercizi pubblici e ai locali di pubblico trattenimento, anche in determinate fasce orarie». Nel complesso, quindi, il d.l. n. 14 del 2017, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 48 del 2017, prevede tre distinte modalità operative: a) l'ordine di allontanamento, di competenza del sindaco, misura amministrativa di prevenzione della durata di quarantotto ore, automatico e sostanzialmente accessorio rispetto alla sanzione amministrativa irrogata per aver impedito l'accesso o la fruizione degli specifici luoghi indicati dal decreto stesso o dai regolamenti di polizia urbana; b) il divieto di accesso ai medesimi luoghi, di competenza del questore, misura amministrativa di prevenzione della durata non superiore a sei mesi, adottato nel caso di reiterazione delle citate condotte e qualora ne possa derivare un pericolo per la sicurezza pubblica; c) il divieto di accesso ai medesimi luoghi, misura giudiziaria di prevenzione della durata dai sei mesi ai due anni, adottato dal questore ma di cui il p.m. dovrà chiedere la convalida al giudice entro quarantotto ore dalla notifica, che potrà o meno convalidarlo entro le successive quarantotto ore. Risulta evidente che si sia scelto di modulare le garanzie dei destinatari delle diverse misure in proporzione all'intensità delle stesse: si passa dalla sola esposizione dei motivi che giustificano l'adozione dell'ordine di allontanamento, alla valutazione della reale pericolosità per la sicurezza delle condotte medesime in relazione al divieto di accesso amministrativo, sino ad arrivare alla previsione della necessità di una convalida giudiziaria del provvedimento del questore relativo ai soggetti già condannati per reati contro la persona o il patrimonio. In tale ultimo caso, v'è da domandarsi se ricorre un'ipotesi di attrito con l'art. 13 della Cost., ma l'individuazione della procedura di convalida sembra negarla.

Si scrive, in dottrina, e il pensiero è apprezzabile, che «Il d.l. n. 113/2018 costituisce l'ultima tappa di un cammino ormai decennale, caratterizzato dal moltiplicarsi di soggetti e poteri funzionali alla tutela della sicurezza urbana. Le diverse misure in esso previste sono riconducibili ad un proteiforme diritto punitivo municipale, di difficile catalogazione ma di sicuro impatto sui diritti costituzionali»¹⁸⁶. Limitandosi ad esprimere l'esistenza di criticità per avere il legislatore incluso, tra i posti su cui ricade il divieto, i presidi sanitari [l'allontanamento dagli stessi, oltre che tangere il diritto alla libertà di circolazione dell'individuo (art. 16 Cost.), potrebbe mettere a repentaglio quello alla sua salute (art. 32 Cost.)¹⁸⁷], bisogna inquadrare, anche se per vie brevi, un duplice aspetto: a) le misure di polizia in esa-

¹⁸⁴ Cfr. Cass. sez. un., 27 ottobre 2004, L., in tema di DASPO sportivo.

¹⁸⁵ Sulle difficoltà di coordinare i precetti di cui agli artt. 13 e 13 *bis*, G. Amato, *Daspo urbano implementato e più divieti di accesso*, cit., p. 78 che propone, *de jure condendo*, di amalgamare i loro contenuti in modo che gli istituti *ivi* contemplati non siano sanzionati con difformità. All'A. si rimanda, altresì, per alcune notazioni sulle misure di prevenzione attinenti i pubblici esercizi basate sulla collaborazione tra i gestori e le forze di polizia (art. 21 *bis* d.l. n. 113 del 2018).

¹⁸⁶ Così, L. Rossetti, *L'estensione dell'ambito di applicazione del divieto di accesso in specifiche aree urbane*, cit., p. 417 s.

¹⁸⁷ A buon diritto, osserva L. Rossetti, *L'estensione dell'ambito di applicazione del divieto di accesso in specifiche aree urbane*, cit., p. 418 che «Proprio sulla questione del Daspo urbano esteso ai presidi sanitari si sono registrate in sede di conversione del decreto in commento numerose proteste dei medici, che hanno in più occasioni sollecitato il Governo a chiarire il senso della previsione, non potendo gli stessi, nell'esercizio della propria attività, violare il disposto di cui all'art. 32 della Costituzione che tutela la salute di tutti i cittadini, né tradire il codice deontologico che impone il dovere di curare tutti quelli che hanno bisogno di aiuto. Ragionare diversamente significherebbe scaricare sul personale sanitario, che peraltro rischierebbe di commettere omissione di soccorso, una problematica sociale. In sostanza, ad avviso delle associazioni di categoria il Governo dovrebbe adottare provvedimenti di tipo diverso in grado di garantire l'incolumità dei medici senza ledere il diritto fondamentale di ogni cittadino alla salute».

me devono essere interpretate a partire dalla loro specifica funzione, cioè a significare prevenire il replicare comportamenti illeciti e idonei ad impedire l'accessibilità e la fruizione di aree urbane di particolare rilevanza poiché vi si svolgono valori primari, individuali e collettivi; b) in sede di conversione, l'art. 21 d.l. n. 113 del 2018, è stato incrementato di altri commi (il passaggio parlamentare intercorso tra il d.l. n. 113 del 2018 alla l. n. 132 stesso anno, ha previsto, in ordine alla sicurezza urbana rilevanti modifiche, che, se pur non alterano significativamente, l'impianto del provvedimento, ne acquiscono il profilo sanzionatorio – nuove ipotesi di DASPO urbano e raddoppio della durata minima dello stesso, oltre a nuove ipotesi di reato – in una progressione crescente rispetto agli interventi legislativi che, nonostante il diverso segno politico dei governi in carica, hanno interessato il campo della sicurezza urbana in modo tendenzialmente omogeneo a partire dalla fine degli anni Novanta e, in particolare, nell'ultimo decennio).

Non è revocabile in dubbio che il comma 1 *ter* dell'art. 21, nel coniare il disposto dell'art. 13 *bis* d.l. n. 14 del 2017, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 48 del 2017, suscita numerose perplessità. In base alla sua formulazione letterale, infatti, il divieto di ingresso o di stazionamento nelle immediate vicinanze di esercizi pubblici oppure di locali di pubblico trattenimento, parrebbe risultare adottabile (, non solo nei confronti delle persone condannate per reati – quindi, anche contravvenzioni – commessi in occasione di gravi disordini avvenuti in esercizi pubblici ovvero in locali di pubblico intrattenimento, ma pure quelle punite per ulteriori reati compiuti in contesti diversi, ma,) verso chiunque rappresenti un pericolo per la pubblica sicurezza ove si trovi in una delle condizioni enunciate dalla disposizione: è sufficiente un nesso tra il comportamento della persona (da cui dedurre la sua pericolosità sociale) e i luoghi rispetto ai quali se ne interdice l'accesso o l'avvicinamento per ragioni di prevenzione. L'esistenza di questa correlazione – rinvenibile soprattutto nei DASPO sportivo e urbano – non dovrebbe essere considerata un dato irrilevante nel vaglio circa la ragionevolezza del temperamento, eseguito dal legislatore, tra i diritti e le libertà fondamentali della persona e l'interesse, anch'esso degno di rilevanza fondamentale, alla salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica¹⁸⁸. Ora, senza addentrarsi nel problema circa la giustificabilità, in termini generali, delle misure di prevenzione, la cui portata tracima dal presente lavoro¹⁸⁹, sembra comunque opportuno rimarcare che l'obiettivo di tali strumenti non può essere, in ogni caso, quello di emarginare o allontanare dagli spazi comuni i soggetti che appartengono a categorie socialmente sgradite¹⁹⁰. Per questi motivi, sembra da preferire un'esegesi costituzionalmente orientata: il sintagma «per reati commessi in occasione di gravi disordini avvenuti in pubblici esercizi ovvero in locali di pubblico trattenimento» va decifrato, non quale requisito alternativo agli altri due elencati dalla legge, ma presupposto cumulativo rispetto ad essi. Per converso, la prescrizione, sin da una prima lettura, pare di ampiezza tale da rendere difficoltosa la percezione degli scopi preventivi che si intendono perseguire. Ne deriva che gli atti del questore devono essere assistiti da adeguate e attente motivazioni per poter soddisfare appieno gli *standard* costituzionali e convenzionali che assumono rilievo¹⁹¹.

Sempre in sede di conversione è stato, poi, aggiunto l'art. 21 *bis* il quale prevede che prefetto ed organizzazioni maggiormente rappresentative dei pubblici esercenti, possono sottoscrivere accordi per prevenire illegalità e pericoli per l'ordine e la sicurezza pubblica. Trattasi, dunque, di misure basate sulla cooperazione tra gestori degli esercizi e le Forze di polizia, cui i gestori medesimi si assoggettano ed il cui puntuale ed integrale adempimento potrà essere oggetto di specifica valutazione da parte del questore nel procedimento avente ad oggetto la sospensione o revoca della licenza¹⁹².

¹⁸⁸ In argomento, si rimanda a Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, Torino, 2014, *passim*.

¹⁸⁹ V, tra i tantissimi, Di Raimondo, *Appunti di diritto dell'ordine e della sicurezza pubblica*, Napoli, 2016, p. 85 ss.

¹⁹⁰ La misura, oltretutto, se fosse questa l'ermeneusi corretta della norma, risulterebbe eccessivamente rigorosa, soprattutto se si considera che, con la genericità dei poteri attribuiti al questore è compatibile l'imposizione di un obbligo di presentazione anche quotidiano, come pure l'estensione del divieto di accesso ad un'ampia gamma di locali, potendo il questore individuare esercizi pubblici "analoghi". Con tale inciso, peraltro, è stato introdotto un elemento di ambiguità, non essendo chiaro quale sia la tipologia di locali cui far riferimento nei casi in cui la persona sia stata condannata per reati non commessi all'interno di esercizi pubblici o locali di pubblico intrattenimento.

¹⁹¹ Cfr., Corte e.d.u. 23 febbraio 2017, *De Tommaso v. Italy*, con nota di F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, *Diritto penale contemporaneo web*, 3 marzo 2017. Circa le riserve sulla compatibilità con i valori e principi costituzionali del DASPO, F. Curi, «La fretta, che l'onestade ad ogni atto dismaga»: alcune osservazioni sulla recente legislazione in tema di violenza negli stadi, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2259 ss.

¹⁹² Vi si sofferma, tra gli altri, A. Cisterna, *Politiche di sicurezza e riforma della polizia in un'unica visione*, in *Guida dir.*, 2019, 4, p. 22.

A livello strettamente penalistico, il legislatore ha introdotto nuove ipotesi di reato contravvenzionale in caso di inottemperanza al DASPO urbano. Sempre muovendosi nell'ottica di rinforzare le misure di polizia, il d.l. n. 113 del 2018 ingloba l'art. 21 *ter*, «Sanzioni in caso di inottemperanza al divieto di accesso in specifiche aree urbane», che, intaccando l'art. 10, comma 2, d.l. n. 14 del 2017, aggrava le sanzioni per il caso di violazione del divieto di entrata in delimitate aree cittadine: il contravventore è punito, rispettivamente, con l'arresto da sei mesi a un anno e da un anno a due anni, a seconda che l'impedimento abbia durata fino a dodici mesi o superiore¹⁹³.

¹⁹³ Il dovere di esaustività impone di gettare l'occhio su una nuova figura di DASPO che ha trovato collocazione nel nostro ordinamento, dai più definita "a vita". Dopo la l. 'Severino' del 2012 e la l. 'Grasso' del 2015, il legislatore, come anticipato, è tornato a mettere mano al sistema dei delitti di corruzione, confezionando, tra l'altro, nuove misure di prevenzione e contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione. Si è al cospetto di uno dei profili più discussi: la legge n. 3 del 2019, cd. 'anticorruzione' o 'spazza-corrotti', ha previsto l'interdizione dai pubblici uffici e l'esclusione dai contratti con la PA per chi venga condannato, in via definitiva, per il reato di corruzione [gli strumenti vanno ad aggiungersi al vincolo cautelare dell'impedimento temporaneo di contrattare con la pubblica amministrazione *ex art. 289 bis c.p.p.* che parrebbe applicabile sin dalla fase procedurale e può disporsi anche al di fuori dei limiti di pena previsti dall'art. 287, comma 1, c.p.p. («Con il provvedimento che dispone il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, il giudice interdice temporaneamente all'imputato di concludere contratti con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio. Qualora si proceda per un delitto contro la pubblica amministrazione, la misura può essere disposta anche al di fuori dei limiti di pena previsti dall'articolo 287, comma 1»). Su di esso, ampiamente, A. Zampaglione, *Le novità sul versante processuale*, in L. Della Ragione (a cura di), *La legge anticorruzione 2019 (l. 9 gennaio 2019, n. 3)*, ne *Il Penalista* (Speciale riforma), Milano, Giuffrè Francis Lefebvre S.p.a., 2019, p. 79]. La strategia è centrata sul significativo irrigidimento della risposta sanzionatoria sul terreno di tali misure, di più che su quello delle pene principali. Le novità in merito alle medesime si diramano in tre direzioni: sono modulate sull'estensione della latitudine applicativa (quanto ai casi), sull'aggravamento (quanto alla durata) e, in ultimo, sull'inasprimento degli istituti connessi a dette sanzioni. I cambiamenti apportati alla disciplina delle pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione medesima, in realtà, per la loro portata afflittiva, appaiono poco coerenti con il sistema sanzionatorio e con i principi costituzionali quali la libera iniziativa economica e il diritto al lavoro. Calandosi nella normativa, è facile constatare che le prime innovazioni riguardano l'art. 317 *bis c.p.* (art. 1, comma 1, lett. *m*), l. n. 3 del 2019) il cui ambito di applicazione viene notevolmente ampliato, in primo luogo attraverso il divieto di concludere contratti con la pubblica amministrazione, originariamente previsto solo dalla norma di parte generale di cui all'art. 32 *quater c.p.* (contemplante le fattispecie incriminatrici commesse in danno o a vantaggio di un'attività imprenditoriale – o comunque in relazione ad essa – alla cui condotta consegue la menzionata sanzione), che si va ad aggiungere a quello dell'interdizione dai pubblici uffici già contenuto nella disposizione di parte speciale; in secondo luogo, attraverso l'integrazione del catalogo dei delitti per i quali scatta l'applicazione delle sanzioni accessorie in esame. L'elenco oggi ricomprende anche gli artt. 318 (corruzione per l'esercizio della funzione), 319 *bis* (ipotesi aggravate della corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio) 319 *quater*, comma 1 (induzione indebita a dare o promettere utilità), 320 (corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio), 321 (corruzione attiva in tutte le sue forme), 322 (istigazione alla corruzione attiva o passiva), 322 *bis* (peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione o istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale o degli Organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri) e 346 *bis c.p.* (traffico di influenze illecite) (Analizza tutte le questioni sollevate dal nuovo reato di traffico di influenze illecite, crimine a forte connotazione simbolica e «prodotto del neoplebiscitarismo di matrice privatistica» che ispira l'intera legge anticorruzione, C. Rizzo, *La "spazzafaccendieri" della "spazza-corrotti"*. *Le (persistenti e accresciute) aporie del nuovo traffico di influenze illecite*, cit., p. 8 ss.). Correlativamente, muta il contenuto dell'art. 32 *quater c.p.* per allinearlo alla nuova formulazione dell'art. 317 *bis c.p.* (art. 1, comma 1, lett. *c*), l. n. 3 del 2019). L'anticorruzione interviene anche sulla durata, aggravandola, delle pene accessorie (temporanee ovvero perpetue) qualora venga inflitta la reclusione per un tempo non superiore ai due anni. In questo caso, la tempistica della sanzione accessoria (DASPO) non potrà comunque essere inferiore a cinque anni né superiore a sette. Gli stessi margini edittali valgono, *ipso iure*, qualora ricorra la circostanza attenuante di cui all'art. 323 *bis*, comma 1, c.p. Quando la circostanza attenuante è quella individuata dall'art. 323 *bis*, comma 2, c.p. (per chi si sia adoperato per evitare che l'azione delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite), la condanna per i delitti *ivi* previsti importa sanzioni accessorie la cui cornice di riferimento non è inferiore a un anno né superiore a cinque. «La *ratio* di quest'ultimo – più temperato – regime sanzionatorio si spiega alla luce della volontà di non disincentivare la c.d. "collaborazione processuale", così da assicurare l'emersione delle vicende corruttive, di per sé a elevata "cifra oscura"» (V. P. Cirillo, *Le pene accessorie (perpetuità e riabilitazione)*, in L. Della Ragione (a cura di), *La legge anticorruzione 2019 (l. 9 gennaio 2019, n. 3)*, ne *Il Penalista* (Speciale riforma), Milano, Giuffrè Francis Lefebvre S.p.a., 2019, p. 36). Inalterato rimane, invece, il contenuto afflittivo dell'interdizione e della incapacità di contrattare con la PA. È intuibile la maggiore severità del trattamento sanzionatorio previsto attualmente dall'art. 317 *bis c.p.*, soprattutto se si considera che, alle modifiche apportate a tale norma, è corrisposto un innalzamento dei limiti edittali per alcuni reati contro la pubblica amministrazione, oltre a quello introdotto con le riforme precedenti, che rende difficile la possibilità di fruire della pena accessoria più mite. Il testo positivo, poi, stabilisce, addirittura, per pene superiori a due anni per uno degli illeciti-presupposto *de quibus*, il DASPO e il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione perpetui. Il fatto che le misure accessorie finiscono per produrre effetti paralizzanti per un arco temporale indefinito, sollevando dubbi di legittimità costituzionale della norma soprattutto dal punto di vista della proporzionalità

L'istituto appena esaminato, stante anche l'inasprimento sanzionatorio attuato con la legge di conversione al d.l. n. 113 del 2018, pone una questione, già sorta in precedenza, di convergenza o meno tra

e della finalità rieducativa della pena. In tale ultima circostanza, potrà essere concessa la revoca per riabilitazione, una volta decorsi dodici anni dall'espiazione della pena, ai quali vanno aggiunti i tre previsti per ottenere la riabilitazione. La normativa è entrata in vigore il 31 gennaio 2019 ad eccezione delle disposizioni di cui al comma 1, lett. *d*), *e*) e *f*) che entrano in vigore il 1° gennaio 2020. Sempre in ottica di stabilizzazione delle sanzioni di cui all'art. 317 *bis* c.p., la l. n. 3 del 2019 interviene anche sulla sospensione condizionale della pena, riconoscendo al giudice il potere di disporre, in deroga a quanto già previsto dall'art. 166 c.p., che la sospensione non estenda i suoi effetti alle pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, nel caso di condanna per i reati previsti dagli artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319 *bis-ter*, 319 *quater*, comma 1, 320, 321, 322, 322 *bis* e 346 *bis* c.p. La riforma si propone anche di irrobustire l'effettività delle pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, scardinando ogni tipo di automatismo che possa regolare la loro applicazione. Altro aspetto interessante, difatti, è che viene rimessa alla discrezionalità del giudice la possibilità di applicare, in caso di patteggiamento per taluni dei reati contro la pubblica amministrazione, le pene accessorie interdittive e quella della incapacità a contrattare con la PA a condizione che la pena principale non superi i due anni di reclusione o arresto soli o congiunti a pena pecuniaria. La modifica assume particolare rilevanza ove si abbia a mente che, prima della manovra anti-corruttiva, l'art. 445, comma 1, c.p.p. stabiliva, in generale, un trattamento premiale per il reo escludendo l'applicazione delle pene accessorie. Si prevede, inoltre, in rottura con un sistema che non conosce ipotesi di scissione tra il regime della pena principale e quello della accessoria nel caso di sospensione condizionale, che la parte, nel proporre la domanda di applicazione della pena su richiesta, possa subordinarne l'efficacia all'esenzione dalle pene accessorie o all'estensione anche ad essa degli effetti di cui all'art. 166 c.p. Tuttavia, se il giudice reputa di applicare le prime o di non poter concedere la sospensione condizionale, rigetta la richiesta (Il tema del rapporto patteggiamento (pure allargato) – pene accessorie meriterebbe spazi ben più ampi. In particolare, sarebbe stata opportuna una maggiore riflessione sull'art. 445 c.p.p. travolto dalla l. n. 3 del 2019. Poiché la sede lo non lo consente, v. A. Zampaglione, *Le novità sul versante processuale*, cit., p. 80 ss. Non si trascuri A. Camon, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, p.). Risalta anche il mutamento, nel senso di una maggiore afflittività, apportato alla riabilitazione ex art. 179 c.p. (di regola, estingue le pene accessorie e ogni altro effetto penale della condanna, salvo sia diversamente stabilito dalla legge; la funzione è quella di consentire il reinserimento sociale del condannato, dopo aver espiaato la pena principale, o dopo che questa si è altrimenti estinta, rimuovendo ogni ulteriore preclusione. Insomma, il riabilitato riacquisisce la capacità giuridica perduta a seguito della condanna e viene rimesso in condizioni di svolgere la sua normale attività nella società): non potrà, quando ottenuta dopo la condanna per taluni reati contro la pubblica amministrazione, più produrre effetti estintivi sulle pene accessorie se comminate in perpetuo, con conseguente depotenziamento della funzione premiale dell'istituto (art. 179, comma 7, c.p.). Esse potranno essere dichiarate estinte solo alla decorrenza di sette anni e a condizione che il condannato abbia prove effettive e costanti di buona condotta. Le conseguenze saranno limitate ad altre e diverse pene accessorie temporanee, eventualmente irrogate con la sentenza di condanna, nonché agli effetti penali della stessa. La virata ha portato, a cascata, a scalfire l'art. 683 c.p.p. (cognizione affidata al tribunale di sorveglianza). Manca del tutto un coordinamento tra l'introduzione della misura dell'incapacità perpetua di contrattare con la pubblica amministrazione (introdotta non solo per le persone fisiche ma anche giuridiche) e le previsioni nazionali ed europee che sanciscono il diritto di partecipare alle procedure di evidenza pubblica delle aziende che abbiano posto in essere misure di *self clearing*. L'assenza di chiarezza pone l'interprete di fronte ad un bivio: ove si ritenga che la sanzione dell'incapacità perpetua disposta nei confronti di una persona fisica non le impedisca di assumere funzioni apicali in un'azienda che ha rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni, emergerebbe la natura marginale delle implicazioni pratiche connesse all'adozione della sanzione accessoria; di contro, ove si pensasse che il DASPO a vita non possa essere utilmente integrata all'interno di un'azienda che intrattiene relazioni contrattuali con la PA, emergerebbero seri dubbi di compatibilità della normativa domestica con le Direttive europee in materia di appalti che, viceversa, riconoscono, in modo diretto e incondizionato, il diritto degli operatori economici di essere ammessi alle procedure di evidenza pubblica, ove abbiano adottato misure di *self clearing* ritenute inidonee dalle stazioni appaltanti chiamate a valutarle. In definitiva, l'introduzione del divieto perpetuo di contrattare con la pubblica amministrazione rischia di essere inefficace o, comunque, destinato ad essere disapplicato per contrasto con principi contenuti in fonti sovraordinate. Ci sarebbe parecchio ancora da dire, ma non potendo dilungarsi, si consiglia la lettura di P. Cirillo, *Le pene accessorie (perpetuità e riabilitazione)*, cit., p. 35 ss. L'A., in effetti, oltre ad approfondire gli aspetti trattati e ad apprezzare, da un punto di vista politico-criminale, l'idea di calcare la mano sulle pene interdittive, svolge cospicue considerazioni critiche: la semplificazione lessicale, DASPO per corrotti, è impropria in quanto le sanzioni accessorie in questione non sono misure preventive, la scelta operata dalla l. n. 3 del 2019 si pone in attrito con i capisaldi del diritto e processo penale, la ipervalorizzazione dell'apparato preventivo serve solo come deterrente ed a neutralizzare il reo che si porta addosso il marchio del corrotto, esistono frizioni della disciplina con i valori sovraordinati (il diritto al lavoro e all'attività imprenditoriale e, stante il tenore perpetuo di alcune sanzioni accessorie, la rieducazione della pena ex art. 27, comma 3, Cost., la proporzionalità/mobilità della stessa in ragione della forbice del limite edittale). Dello stesso A., v., pure, *Reati contro la P.A. e pene accessorie. La disciplina modificata dalla l. 3/2019*, cit., p. 1 ss. che, con organicità, si dedica all'ampliamento dell'area di intervento delle pene accessorie, l'irrigidimento della loro durata (sino a sfociare nella perpetuità), il rapporto con la sospensione condizionale della pena, il tema della possibile riabilitazione e le questioni applicative. Di ampio respiro sul regime delle pene accessorie individuali quali l'interdizione dai pubblici uffici e l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, rivisitato pure in prospettiva costituzionale, V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit. p. 271 ss.

diritti costituzionalmente garantiti, la libertà personale (art. 13 Cost.), di circolazione (art. 16 Cost.) e di riunione (art. 17 Cost.), e la legittimità dei provvedimenti amministrativi che li limitano. La problematica del rapporto tra sicurezza urbana e garanzie fondamentali è acuita dall'indeterminatezza dei divieti, nonché il carattere vago delle condotte; ad esse si aggiunge la contraddittorietà del legislatore che, da un lato, depenalizza gli atti contrari alla pubblica decenza (da aggredire almeno con sanzione amministrativa) quando essi verrebbero sanzionati praticamente in tutti i comuni.

Di sicuro, dalle norme sul DASPO urbano, come cambiato in forza del decreto 'Salvini', si evince il conferimento al sindaco, in prima battuta, e al questore, poi, della possibilità di emettere provvedimenti fortemente limitativi di libertà personali, rispetto a condotte "disturbanti" (il decoro e la vivibilità) dai contorni assai fumosi; dunque, verranno selezionate in maniera disomogenea sul territorio nazionale, in tensione con il principio di uguaglianza, a seconda di visuali soggettive del benessere della comunità dai medesimi amministrate. Le nuove misure di prevenzione potrebbero porre persino frizioni con le garanzie previste dalla Cedu e, in particolare, con la libertà di circolazione *ivi* riconosciuta poiché le restrizioni, necessarie in una società democratica per tutelare la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico, la protezione della salute o della morale o dei diritti e libertà altrui, sono avvinte dall'incertezza dei loro contenuti non essendo stabilite regole di proporzionalità della misura rimessa alla discrezionalità dei legittimati.

Per sfuggire, dunque, a violazioni di tal genere e dello stesso principio di legalità deve ritenersi che le previsioni normative, in conformità con quanto statuito dai precetti costituzionali e dalla Cedu, debbano essere rispettose dei principi di legalità e di sufficiente determinatezza delle fattispecie, al fine di assicurare una chiara conoscenza del precetto normativo ed una prevedibile ed omogenea applicazione delle stesse che, sia pur in nome del meritevole bene della sicurezza e decoro urbano, non può, pertanto, essere lasciata all'arbitrario buon senso dei diversi rappresentanti delle comunità locali, andando ciò in contrasto con il generale principio di legalità che governa, non solo l'azione penale, ma altresì quella amministrativa, la cui discrezionalità, seppur ampia, non può mai tradursi in mero arbitrio, dovendo in ossequio al principio di legalità sostanziale assicurare costantemente una, pur elastica, copertura legislativa.

Seguendo una visuale più larga, dopo l'analisi sull'istituto del DASPO (sportivo e urbano), è lecito sostenere che il provvedimento novellistico del 2018, per quanto concerne gli archetipi della prevenzione personale, conferma l'importanza dello stesso nella salvaguardia della sicurezza pubblica. Del resto, lo strumento, per la sua struttura agile, permette un'azione, quasi istantanea, da parte dell'autorità di pubblica sicurezza in presenza di un panorama indiziario alquanto approssimativo. Nondimeno, si paventa il pericolo che l'impiego dei mezzi *ante delictum* sia massiccio e, nonostante incidano sulla libertà di circolazione del prevenuto, si caratterizzano per cadenze procedurali in cui si sacrifica in maniera eccessiva il diritto di difesa dell'interessato. In definitiva, se è indiscutibile l'importanza di garantire la sicurezza pubblica, essa non deve mai riverberarsi sulle insopprimibili esigenze di tutela dei diritti del proposto, come, invece, emerge anche dai precetti toccati dalla novella del 2018.

RITOCCHI AL C.D. CODICE ANTIMAFIA

Il decreto 'Salvini' del 2018 non lascia indenne nemmeno il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Codice antimafia)¹⁹⁴. Le disposizioni incise sono, in ordine, gli artt. 10, 17, 19 e 67 di tale provvedimento concernenti: la disciplina delle impugnazioni, della titolarità della proposta patrimoniale e il loro coordinamento informativo, le indagini patrimoniali e, infine, gli effetti derivanti dall'applicazione delle misure di prevenzione e la dilatazione della loro applicabilità anche in caso di condanna per determinati reati¹⁹⁵. Per vero, quella compiuta, è una rifinitura minima rispetto a quanto intrapreso con la l. 17 otto-

¹⁹⁴ Sotto la scure della riforma pure la prevenzione del terrorismo; in effetti, allo scopo il d.l. sicurezza (art. 17), introduce una procedura per la comunicazione e conservazione dei dati identificativi dei soggetti che richiedono il noleggio di un autoveicolo.

¹⁹⁵ L'ultima innovazione apportata al Codice antimafia attiene alle misure di prevenzione (per tradizione, formalmente amministrative, sono dirette ad evitare la commissione di reati da parte di determinati soggetti considerati socialmente pericolosi; vengono, dunque, emesse indipendentemente dalla commissione di un precedente reato, onde la denominazione di vincoli *ante delictum* o *praeter delictum*). Ecco il pensiero di C. Forte, *Il decreto sicurezza è legge. Il testo approda in Gazzetta ufficiale*, cit., p. 3: «Quello relativo al sistema delle misure di prevenzione personali e patrimoniali si presenta come l'intervento modificativo più

ambizioso e di maggiore pregnanza, accanto alle novità in tema di contenimento del fenomeno migratorio e protezione internazionale; esso va a innestarsi sul *corpus* del Codice Antimafia, già interessato da molteplici azioni correttive e modificative nel corso degli anni, di cui le ultime in ordine di tempo risalgono solo al novembre 2017 e al maggio 2018». D'altro canto, in merito, si dice che «il presente testo si è reso necessario proprio per correggere alcune aporie del sistema, nonché taluni squilibri nel rapporto tra organi dello Stato, che si erano determinati a causa dei numerosi, ravvicinati e non sempre tra loro ben coordinati interventi di modifica che hanno interessato il settore». Si è intervenuti sulla fattispecie di pericolosità generica *ex art. 1 d.lgs. n. 159 del 2011* che, delimitando i soggetti destinatari delle misure di prevenzione (sia personali che patrimoniali), enumera: «coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi»; «che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, [vivano] abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose»; «che per il loro comportamento [si consideri], sulla base di elementi di fatto, comprese le reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio di cui all'art. 2» stesso atto, «nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa», siano avvezzi «alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica». L'anello di congiunzione tra le classi soggettive e l'art. 2 d.lgs. n. 159 del 2011 fissa un ponte tra il bisogno di salvaguardare la sicurezza urbana e la regolamentazione dei vincoli preventivi istituiti dal Codice antimafia, con quel che ne consegue sul piano della disciplina applicabile: l'inosservanza reiterata dell'ordine di allontanamento diventa sostrato della pericolosità generica e presupposto per applicare la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, legame confermato dall'art. 8 del medesimo provvedimento. Non stona segnalare, a tal proposito, la recente decisione del Giudice delle leggi (C. cost., sent. 27 febbraio 2019, n. 24) con la quale è stata dichiarata l'illegittimità del sistema delle misure di prevenzione personali e patrimoniali applicabili ai soggetti di cui all'art. 1, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 159 del 2011 e, dunque, come detto, alle persone che, stanti elementi concreti, si ritengano dedite a «traffici delittuosi». Ciò, a causa dei vuoti di prevedibilità e precisione di cui è affetta la legge. Vale la pena riportare la massima: «È illegittimo sottoporre alla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e alla misura di prevenzione della confisca dei beni le persone che “debbono ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dedite a traffici delittuosi”. L'espressione “traffici delittuosi” è generica e vaga e non risulta idonea ad individuare con sufficiente precisione quali comportamenti criminosi possano dar luogo all'applicazione della sorveglianza speciale o della confisca dei beni. Ne consegue la violazione del principio di legalità, che esige che ogni misura restrittiva della libertà personale o della proprietà dell'individuo si fondi su di una legge che ne determini con precisione i presupposti applicativi». Per un commento sulla sentenza, tra gli altri, M. Cerfeda, *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle “misure di polizia”*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, p. 1 ss. che non si ferma ad un'analisi dell'apparato motivazionale, ma si interroga anche su quali conseguenze possano discenderne in tema di strumenti questorili e interdittivi antimafia; A. De Lia, *Misure di prevenzione e pericolosità generica: morte e trasfigurazione di un microsistema. Brevi note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 24/2019*, in *Legislazione pen. web*, 15 luglio 2019, p. 1 ss. V., anche, G. La Corte, *La disciplina delle misure di prevenzione, tra passato e presente, al vaglio (nuovamente) della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 6, 1 ss. e F. Viganò, *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza de Tommaso*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 31 marzo 2017, p. 1 ss. Alla pronuncia della Consulta è seguita, però, Cass., sez. I, 3 aprile 2019, n. 14629 che slabbra di più il dispositivo di essa dichiarando che, a seguito della declaratoria di incostituzionalità, il regime delle misure di prevenzione applicabili ai c.d. pericolosi “generici” è mutato. Tant'è che i vincoli preventivi, oltre che ai soggetti menzionati dalla Corte, non sono più erogabili neanche a quelli che sono abitualmente preordinati a commettere delitti produttivi di proventi (art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. 159/2011) (la questione di legittimità è rigettata; cosa, questa, desumibile dal ragionamento dei Giudici delle leggi in quanto questi ultimi devono consistere in: 1) reati commessi, con abitualità, dal soggetto; 2) che abbiano generato, effettivamente, profitti in capo a costui; 3) che, a loro volta, costituiscano, o abbiano costituito, in una determinata epoca, l'unico reddito del soggetto, o quanto meno una componente significativa di tale reddito. In proposito, C. Ingraio, *Dichiarazione di incostituzionalità in materia di misure di prevenzione: conseguenze sui procedimenti pendenti*, ne *Il Penalista*, 17 luglio 2019, p. 1 ss. Del resto, anche la Corte e.d.u. si attesta, qualche anno prima, su analoghe posizioni in una pronuncia (seguita ad una decisione del tribunale di Bari con cui un ad un individuo si applica la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza con obbligo di soggiorno nel comune di residenza per la durata di due anni) della quale fornisce notizia M.F. Cortesi, *Misure di prevenzione personali. Una storica pronuncia dei giudici europei contro il sistema italiano*, ne *Il Penalista*, 20 marzo 2017, p. 1 ss. La questione, dunque, è se il vincolo in parola possa dirsi conforme agli artt. 6, § 1, 5, 2, prot. 4 e 13 Cedu (sotto i profili, rispettivamente, dell'assenza della pubblicità e delle garanzie di equo processo, della lesione al diritto alla libertà personale e di circolazione, della mancanza, nell'ordinamento italiano, di rimedi effettivi contro il provvedimento che applica la misura di prevenzione). In particolare, l'organo di Strasburgo – senza ripercorrere l'intero percorso logico e argomentativo – ha messo dei paletti da osservare, finendo per mettere in crisi la legittimità dell'impianto italiano di prevenzione, in riferimento alle ipotesi di pericolosità generica; accoglie solo in parte le doglianze mosse (non vi sarebbe violazione, ad esempio, degli artt. 6 e 13 Cedu) e dichiara che le misure di prevenzione possono essere adottate a condizione che la legge fissi, con chiarezza, le condizioni per garantirne la prevedibilità e per limitare una eccessiva discrezionalità nell'attuazione. I diritti sanciti dall'art. 2, prot. 4 Cedu – sulla libertà di circolazione e fissazione della propria residenza in uno Stato membro – possono essere ristretti solo nei casi previsti e giustificati dall'interesse pubblico in una società democratica. Insomma, la normativa deve soddisfare i crismi di accessibilità e prevedibilità: la fattispecie va formulata in maniera tale da consentire ai cittadini – con un ragionevole grado di precisione – quali possano essere le conseguenze dei propri comportamenti allo scopo di conformare le loro condotte al precetto normativo. Sono garanzie volte ad arginare gli arbitri delle pubbliche autorità. Nel nostro Paese, invece, le norme sono vaghe ed imprecise le prescrizioni sugli effetti, quelle che possono o devono essere stabilite per il prevenuto, eccessiva è la discrezionalità dell'autorità giudiziaria. A chiusura di quanto sinora ricostruito, giova riportare le conclusioni cui giunge A. Cisterna, *Politiche securitarie, alcune disposizioni andrebbero ripensate*, cit., p. 100: un epilogo «si impone e la sinossi del decreto n. 113 del 2018 non consente di individuare né soluzioni definitive ai problemi (invero com-

bre 2017, n. 161¹⁹⁶: la quasi totalità delle disposizioni intaccate è già sensibilmente modificata da tale novella¹⁹⁷; ad ogni buon conto, le recenti incisioni al d.lgs. n. 159 del 2011 giocano un ruolo di primo piano.

I rinnovamenti sono piuttosto rapsodici; è bene, allora, procedere in ordine topografico, seguendo le linee dell'art. 24 d.l. n. 113 del 2018.

Così, per quanto attiene i mezzi di impugnazione e, in particolare, l'appello, il nuovo comma 2 *quater* dell'art. 10 d.lgs. n. 159 del 2001 detta un'inedita regolamentazione in tema di spese processuali: «In caso di conferma del decreto impugnato, la corte di appello pone a carico della parte privata che ha proposto l'impugnazione il pagamento delle spese processuali». Ricadono, dunque, sull'impugnante i costi del gravame nell'evenienza in cui vi sia una conferma e, quindi, l'appello venga rigettato. Questa pianificazione, benché inserita nel contesto normativo consacrato alle confutazioni di atti personali, vale altresì per la maggior parte di quelle di carattere patrimoniale, stante il rinvio all'art. 10 contenuto nell'art. 27, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011¹⁹⁸. L'intervento si pone sulla falsariga di quanto già disposto

plici) che il Governo intende affrontare né prospettive lineari. Ancora una volta preoccupa il ricorso sistematico al sistema di prevenzione per collaudare nuovi modelli criminologici e nuove soglie soggettive di allarme sociale. Il giudizio della Corte di Strasburgo è stato, sinora, abbastanza mite sul versante patrimoniale della prevenzione, mentre ha colpito con durezza il sistema della prevenzione personale (si pensi solo alla nota sentenza De Tommaso). Dilatare il *pantheon* dei destinatari di queste misure potrebbe compromettere il regime d'eccezione sinora tollerato dai giudici europei e questo senza considerare – sul versante dell'immigrazione – il monito del Quirinale alla prudenza e alla temperanza». In generale, sull'argomento, v. F. Menditto, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca allargata (art. 240-bis c.p.)*, vol. I, *Aspetti sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, *passim*.

¹⁹⁶ Difficile biasimare C. Papagno, *Codice antimafia. Le novità introdotte con il decreto sicurezza*, ne *Il Penalista*, 7 novembre 2018, p. 1 ss.: «Non si tratta di una riforma, propriamente detta»; insomma, non «una [manovra] organica del codice antimafia né, tanto meno, una modifica “sostanziale” degli istituti giuridici inseriti nel d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159», «bensì di un tentativo di “razionalizzazione” della procedura finalizzata all'irrogazione delle misure di prevenzione». Ma, è «un tentativo di “razionalizzazione” della procedura finalizzata all'irrogazione delle misure di prevenzione; l'obiettivo è porre rimedio a talune prassi distorsive che ponevano dei profili di incertezza negli organi adibiti a decidere sulle impugnazioni (art. 10), ai profili di coordinamento istituzionale fra gli organi proponenti (art. 17) e all'effettuazione delle indagini patrimoniali (art. 19). L'estensione dell'“interdittiva antimafia” (art. 67) anche ai condannati per i reati per i reati di cui all'art. 640, comma 2, n. 1) c.p., commesso ai danni dello Stato o di altro ente pubblico e art. 640 bis c.p. risponde, invece, a logiche di politica criminale».

¹⁹⁷ L'operazione legislativa compiuta circa due anni addietro è di vasta portata. Risulta impossibile insistere in proposito se non a costo di deviare sensibilmente dall'oggetto del presente lavoro. V., allora, *ex multis*, A. De Vita, *Il Codice antimafia III, Profili sostanziali della confisca di prevenzione/Substantive criminal law profiles of the preventive confiscation*, in *Processo penale e giustizia web*, 2018, 378 ss.; C. Forte, *Il “nuovo” Codice antimafia e la tutela dei terzi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 11, p. 123 ss.; C. Pansini, *Il Codice antimafia I, Procedimento applicativo delle misure di prevenzione patrimoniali: la l. 17 ottobre 2017, n. 161 e le modifiche al codice antimafia/Application procedure for asset prevention measures, law no. 161 of 17/10/2017 and the amendments to the anti-mafia code*, in *Processo penale e giustizia web*, 2018, p. 364 ss.; M. Romano, *Il Codice antimafia II, La l. 17 ottobre 2017, n. 161 e l'amministrazione giudiziaria dei patrimoni sottratti al crimine: una risposta, non sempre adeguata, alla richiesta di intervento legislativo/The law n. 161/2017 and the Reform of the anti-mafia code: a not always adapt answer to the Italian problems about the management of the industries subtracted to the criminal organizations*, in *Processo penale e giustizia web*, 2018, 370 ss. Sulla direzione imboccata dal corpo legislativo del 2017, K. Tassone, *La costante riforma del codice antimafia: un cantiere aperto. Principi e obiettivi che hanno animato la riforma: gli interventi più significativi, i margini di miglioramento*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 22 gennaio 2019, p. 1: «Possiamo certamente dire che il sistema italiano della prevenzione antimafia è considerato, oramai non più solo in ambito europeo, come la forma di legislazione più avanzata ed efficace per il contrasto alla criminalità organizzata ad alta redditività, non solo di tipo mafioso, ma si tratta di un sistema che pone un problema di “sostenibilità” in periodi di congiunture economiche sfavorevoli in e, in particolare, rispetto a un tessuto economico e imprenditoriale indebolito da deficit strutturali endemici e dalla crisi economica come si registra nel Sud del Paese. Si tratta di fattori che possono favorire l'infiltrazione della criminalità organizzata nelle aziende e indurre gravi alterazioni nel sistema economico, nelle dinamiche del libero mercato e della concorrenza. La crisi economica amplifica il bisogno di liquidità delle imprese e le rende più vulnerabili rispetto alla ciambella di salvataggio rappresentata dal denaro di provenienza illecita in cerca di partenogenesi. Viceversa la criminalità organizzata considera la crisi economica una ghiotta opportunità per riciclare denaro, fagocitare aziende e un potente volano di consenso sociale sospinto dalla creazione – spesso illusoria e di breve durata – di posti di lavoro o dalla chimera del mantenimento dei livelli occupazionali. Il legislatore del 2017 ha mostrato di avere ben presente la necessità di affinare il sistema della prevenzione antimafia in uno con la necessità di salvaguardare la libertà d'impresa e il mantenimento dei livelli occupazionali. Ed è proprio questa una delle principali finalità che hanno ispirato la riforma del codice antimafia del 2017».

¹⁹⁸ Non tutti i provvedimenti adottabili nell'ambito del procedimento di prevenzione patrimoniale sono infatti impugnabili con l'appello: il comma primo dell'art. 27 d.lgs. n. 159 del 2017 menziona esclusivamente la confisca dei beni sequestrati, l'applicazione, il diniego o la revoca del sequestro, il rigetto della richiesta di confisca non preceduta da autonomo provvedimento di sequestro, la restituzione della cauzione, la liberazione delle garanzie, la confisca della cauzione e l'esecuzione sui beni costituiti in garanzia. Per tutti gli altri provvedimenti, pertanto, stante il principio di tassatività delle impugnazioni, non può ritenersi ammissibile tale mezzo di gravame. Ci si domanda, pertanto, se la nuova regolamentazione delle spese processuali trovi applicazione anche qualora quest'ultimo giudizio non si concluda a favore del proposto.

per il primo grado di giudizio dalla l. 17 ottobre 2017, n. 161: essa, agganciando il comma 10 *quinquies* all'art. 7 d.lgs. n. 159 del 2011, accolla al proposto le spese processuali relative al primo grado, sempreché quest'ultimo «si concluda con l'accoglimento, anche parziale, della proposta di applicazione della misura di prevenzione»; superando, in questo modo, la normativa previgente che, tra le spese incombenti sulla parte privata, menziona(va) esclusivamente quelle a cui la stessa viene (veniva) condannata in sede di legittimità¹⁹⁹. Il legislatore del 2017, tuttavia, sorvola(va) sul secondo grado di giudizio che rimane(va) scoperto²⁰⁰. La novella in analisi colma la lacuna: ora gravano sull'interessato anche le spese relative al giudizio rigettante l'appello²⁰¹. In dottrina, si sostiene, infatti, che essa «pone rimedio a [un vuoto] dell'originario codice antimafia che ha indotto i giudici di appello, nell'incertezza, a non statuire alcunché in ordine alle spese processuali del giudizio di impugnazione». È, «invero, (...) un chiarimento legislativo cui può supplirsi attraverso una lettura sistematica del testo del d.lgs. [n. 159 del 2011], nella parte in cui, all'art. 10, comma 4, stabilisce che “salvo quanto stabilito nel presente decreto, per la proposizione e la decisione dei ricorsi, si osservano in quanto applicabili, le norme del codice di procedura penale riguardanti la proposizione e la decisione dei ricorsi relativi all'applicazione delle misure di sicurezza”. Il rinvio recettizio alle norme del codice di rito implica l'applicazione, tra le altre norme, dell'art. 592 c.p.p., per cui “con il provvedimento che rigetta o dichiara inammissibile l'impugnazione, la parte privata che l'ha proposta è condannata alle spese del procedimento”»²⁰².

In materia di procedimento patrimoniale, le modifiche legislative investono unicamente la fase che precede la proposta di applicazione della misura, in particolare il reciproco coordinamento tra diversi soggetti legittimati alla presentazione della stessa; tra i quali, giova ricordare, figurano autorità sia amministrative che giudiziarie²⁰³. Il suesposto art. 24 del d.l. n. 113 del 2018 interviene sull'art. 17 d.lgs. n. 159 del 2011, precisamente sul comma 3 *bis* – allestito dalla l. n. 161 del 2017 – il quale recita: «Il procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto, attraverso il raccordo informativo con il questore e con il direttore della Direzione investigativa antimafia relativamente alle misure di prevenzione di cui al presente titolo, cura che non si arrechi pregiudizio alle attività di indagine condotte anche in altri procedimenti. A tal fine, il questore territorialmente competente e il direttore della Direzione investigativa antimafia» sono tenuti ad una serie di adempimenti». Con tale innesto, il legislatore del 2017 risponde, normativamente, all'esigenza di potenziare il dialogo – le procedure di coordinamento – tra questore e direttore DIA, da una parte, e procuratore distrettuale²⁰⁴, dall'altra, obbligando i primi a fornire al secondo una serie di notizie investigative²⁰⁵; ciò, in modo da evitare che l'eserci-

¹⁹⁹ Prima della l. n. 161 del 2017, le spese processuali relative al procedimento di prevenzione era regolamentate nell'art. 204 del d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115 il quale, comma 2, statuiva: «nel processo di prevenzione, di esecuzione e di sorveglianza si procede al recupero solo in caso di condanna alle spese da parte della Corte di Cassazione».

²⁰⁰ V. Maraldi, *Minimi ritocchi al d.lgs. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia)*, in F. Curi (a cura di), *Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza (Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132)*, Pisa, Pacini Editore, 2019, p. 297, nt. 6 «La scelta (...) di inserire la regolamentazione relativa alle spese in sede di gravame nell'ambito dell'art. 10 d.lgs. n. 159/2011 è quindi apprezzabile, dal momento che consente, con un'unica soluzione (in virtù del rinvio all'art. 10 contenuto nell'art. 27), di addossare le spese del giudizio di appello a colui che impugna invano provvedimenti sia personali che patrimoniali».

²⁰¹ ... in linea del resto con quanto statuito per il processo penale nel quale le spese processuali, tanto di primo (art. 535 c.p.p.) che di secondo grado (art. 595 c.p.p.), sono a carico dell'imputato qualora l'esito sia di condanna.

²⁰² C. Papagno, *Codice antimafia. Le novità introdotte con il decreto sicurezza*, cit., p. 2 il quale completa il suo ragionamento asserendo che, quella in esame, è «una mera precisazione che impone il richiamo alla prassi applicativa che si è sedimentata nell'ambito del codice di rito penale» (all'uopo, l'A. cita Cass., sez. I, 24 novembre 2011, n. 3819 e Cass., sez. V, 4 luglio 2017, n. 40825). «D'altronde, il tenore letterale della norma – che parla, *tout court*, di conferma del decreto impugnato – induce a ritenere che la condanna al pagamento delle spese processuali consegua solo nel caso di integrale conferma del decreto impugnato, perché nel caso di riforma, anche parziale, si legittimerebbe l'impugnazione proposta dalla parte privata».

²⁰³ L'art. 17, comma 1, d.lgs. n. 159 del 2011 menziona, fra i titolari della proposta di applicare misure di prevenzione patrimoniale, nei confronti delle persone di cui all'art. 16, oltre al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove l'interessato dimora (a cui si aggiunge, in alcuni casi e in alternativa, *ex art. 17, comma 2*, il procuratore del circondario nel quale la persona dimora) e il procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, anche il questore e il direttore della Direzione investigativa antimafia.

²⁰⁴ *Amplius* sulle figure del magistrato e del giudice investiti, v. V. Maraldi, *Minimi ritocchi al d.lgs. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia)*, cit., p. 298, nt. 10.

²⁰⁵ Circa il bisogno di potenziare l'interlocuzione, F. Menditto, *Le misure di prevenzione e la confisca allargata (l. 17 ottobre 2017, n. 161)*, ne *Il Penalista (Speciale riforma)*, Giuffrè Editore, 2018, p. 50 e F. Brizzi, *Indagini patrimoniali*, in F. Fiorentin (a cura di), *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 583 ss.

zio del potere di iniziativa, ad opera degli stessi, possa, in qualche modo, intralciare investigazioni relative a procedimenti penali pendenti presso gli organi inquirenti²⁰⁶. Invariato il *dominus* del raccordo informativo: il procuratore distrettuale²⁰⁷, al quale devono essere indirizzate tutte le comunicazioni prescritte dalla disposizione in esame. Al riguardo, l'art. 24 d.l. n. 113 del 2018 incide su alcuni degli oneri informativi (alleggeriti²⁰⁸) incumbenti sul questore e il direttore della DIA, quelli contemplati dalle lett. c) e d) del comma 3 *bis*²⁰⁹; la seconda abrogata²¹⁰, la prima quasi interamente riscritta: tali soggetti devono «dare comunicazione sintetica per iscritto della proposta al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto almeno dieci giorni prima della sua presentazione al tribunale. Il procuratore nei dieci giorni successivi comunica all'autorità proponente l'eventuale sussistenza di pregiudizi per le indagini preliminari in corso²¹¹. In tali casi, il procuratore concorda con l'autorità proponente modalità per la presentazione congiunta della proposta». Si tratta, dunque, dell'onere informativo sul quale il legislatore concentra maggiormente l'attività manipolativa. Per vero, il comma 3 *bis* è stato emendato anche sotto altri aspetti. Anzitutto, si colloca l'annotazione «sintetica» accanto al vocabolo comunicazione²¹²: sembra che l'informativa, non dovendo essere analitica, debba ora limitarsi ad anticipare, in via sommaria, il contenuto dell'imminente progetto applicativo, senza riprodurlo integralmente. Il tenore della precedente formulazione, non specificando alcunché, pare(va) declinarsi nel senso della necessità di far pervenire al magistrato inquirente copia dell'integrale proposta che si intende(va) presentare²¹³. Viene, poi, espunta la sanzione processuale conseguente al mancato adempimento

²⁰⁶ Con esattezza, C. Papagno, *Codice antimafia. Le novità introdotte con il decreto sicurezza*, cit., p. 3: «La riforma è volta allo “snellimento” della procedura, semplificando gli oneri comunicativi che gravano sul questore e sul direttore della Direzione investigativa antimafia che abbiano in animo di avanzare la proposta di misura di prevenzione. Infatti, la comunicazione che deve essere effettuata al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove dimora il prevenuto, almeno dieci giorni prima della presentazione della proposta medesima, con la riforma, deve essere effettuata in forma “sintetica” della preventiva informazione da inviare al procuratore della Repubblica del tribunale del capoluogo del distretto è, di per sé, rinvenibile dal fatto che il Legislatore abbia previsto una mera “comunicazione” e non una preventiva trasmissione della proposta della misura di prevenzione».

²⁰⁷ ... sul ruolo di costui nell'ambito dell'attività coordinativa, v. V. Maraldi, *Minimi ritocchi al d.lgs. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia)*, cit., p. 298, nt. 12.

²⁰⁸ Sebbene gli obblighi informativi incumbenti in capo al questore e al direttore della Direzione distrettuale antimafia siano funzionali ad evitare reciproci intralci accertativi, la loro attenuazione denota la consapevolezza della non indispensabilità di una sinergia particolarmente consolidata tra i diversi titolari dell'esercizio dell'azione di prevenzione; consapevolezza, con probabilità, dovuta all'esiguità e ambiguità dei presupposti applicativi, che consentono di ottenere un provvedimento favorevole seppur in presenza di indagini non mediate dal magistrato inquirente, nonché di una partecipazione dello stesso al giudizio non pienamente consapevole. Sulla difficile definizione dell'oggetto probatorio del procedimento di prevenzione patrimoniale F. Caprioli, *Fatto e misure di presunzione*, in Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale (a cura di), *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, p. 51 ss.

²⁰⁹ Indenni le lett. a) e b): l'immediato inoltro dei nominativi delle persone fisiche e giuridiche nei cui confronti si stanno svolgendo accertamenti personali o patrimoniali previsti dall'art. 19, nonché l'aggiornamento periodico del procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto in ordine al compimento delle investigazioni.

²¹⁰ La lett. d) impone(va) al questore e al direttore della DIA la trasmissione di un provvedimento motivato, entro dieci giorni dalla sua adozione, qualora decidano di non proporre l'emissione di una misura di prevenzione patrimoniale. L'assenza di un controllo giudiziario sugli organi inquirenti in caso di mancato promovimento dell'azione è fonte di criticità. V. L. Filippi, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale*, Padova, Cedam, 2002, p. 187 ss., secondo cui la decisione di archiviare il procedimento di prevenzione dovrebbe essere sindacabile dall'organo giudicante, al pari di quanto accade nel procedimento penale. Conf. M.F. Cortesi, *Il procedimento*, in F. Fiorentin (a cura di), *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 282.

²¹¹ C. Papagno, *Codice antimafia. Le novità introdotte con il decreto sicurezza*, cit., p. 3 reputa che anche tale segmento temporale non sia «perentorio, ben [potendosi] sollevare la pregiudizialità anche dopo questo termine. Tuttavia, siffatta comunicazione di pregiudizialità non contempla la priorità di una iniziativa rispetto ad un'altra bensì la necessità che “il procuratore concord[i] con l'autorità proponente le modalità di presentazione congiunta della proposta”».

²¹² Per C. Papagno, *Codice antimafia. Le novità introdotte con il decreto sicurezza*, cit., p. 3 «Anche in questo caso, si [è di fronte ad] una precisazione, piuttosto che una vera e propria novità legislativa, atteso che la forma “sintetica” della preventiva informazione da inviare al procuratore della Repubblica del tribunale del capoluogo del distretto è, di per sé, rinvenibile dal fatto che il Legislatore abbia previsto una mera “comunicazione” e non una preventiva trasmissione della proposta della misura di prevenzione».

²¹³ Nello stesso senso, sembra orientarsi anche il comma 3 dell'art. 69 d.lgs. n. 159 del 2011: «I procuratori della Repubblica, nel presentare al tribunale le proposte per l'applicazione di una delle misure di prevenzione, provvedono a darne contestuale comunicazione, in copia, alla questura nella cui circoscrizione ha sede il tribunale stesso».

dell'onere *ivi* stabilito: «La mancata comunicazione comporta l'inammissibilità della proposta» in quanto non funzionale e congrua rispetto all'esigenza di garantire il raccordo informativo. L'osservanza del precetto, come del resto quella di tutti gli altri doveri elencati nel comma 3 *bis* dell'art. 17 d.lgs. n. 159 del 2011, risulta, dunque, lasciata alla mera volontà dei soggetti su cui incombe, non essendo più prevista conseguenza alcuna che pregiudichi la validità della proposta avanzata senza aver in precedenza provveduto ai relativi avvisi²¹⁴. La ragione che sottostà(va) alla comunicazione (è)era, presumibilmente, quella di evitare uno stallo investigativo: il silenzio sull'interruzione dell'inchiesta può (avrebbe potuto), distogliere la procura dal prendersene carico, impedendole di avanzare il progetto d'intervento, se in disaccordo con le autorità procedenti²¹⁵. L'arresto del frangente investigativo, in realtà, risulta evitabile pur senza lo specifico dovere informativo, dal momento che gli organi di pubblica sicurezza devono dare tempestiva notizia della cessazione delle indagini in virtù dell'obbligo generico contenuto nella lett. *b*) del comma 3 *bis* dell'art. 17 che ordina al questore e al direttore DIA di edurre il procuratore distrettuale su tutto ciò che riguarda le investigazioni, compresa, quindi, anche la decisione di interrompere il compimento. Non essendo più richiesta alcuna giustificazione per il diniego in merito all'azione di prevenzione²¹⁶ e stralciando ogni disposto che, in qualche modo, possa minare la parità dei ruoli e palesare la preminenza degli organi giudiziari in materia, oltre a istituire la possibilità di un'azione concertata per una presentazione congiunta della proposta, ricolloca sullo stesso livello i diversi titolari del potere di iniziativa.

Sempre in argomento, si censisce un'altra correzione; all'art. 19, comma 4, in ultimo, d.lgs. n. 159 del

²¹⁴ C. Papagno, *Codice antimafia. Le novità introdotte con il decreto sicurezza*, cit., p. 3 sostiene che, in questo modo, «la previa comunicazione al procuratore della Repubblica potenzialmente competente ad avanzare proposta di misura di prevenzione diviene un obbligo imperfetto, ovverosia senza alcuna sanzione processuale in caso di omissione. Contemplare come inammissibile la comunicazione non giunta dieci giorni prima della proposizione della richiesta della misura di prevenzione implica che questo termine sia da ritenere perentorio. L'eliminazione di questa sanzione restituisce coerenza a un meccanismo procedimentale che, con la riforma del 2017, sembra irrimediabilmente persa perché la sanzione dell'inammissibilità per la mancata comunicazione (e, quindi, del mancato coordinamento) è apparso, sin da subito, non "in linea" con la scansione procedimentale in parola». E prosegue: «Ripercorrendo la natura epistemologica della sanzione processuale *de qua*, si ritiene che la stessa scaturisca da un difetto di legittimazione, ovvero dalla mancanza di uno dei requisiti tipici della proposta espressamente richiesti dalle disposizioni normative che regolano l'istituto. Ma così non è. Non [è] un problema di legittimazione perché il questore e il direttore della Dia sono, *per tabulas*, legittimati a proporre la misura di prevenzione. Del pari, non [è] un requisito tipico che attiene alla forma della proposta, bensì di un onere di coordinamento tra due organi istituzionali potenzialmente in grado di avanzare la medesima proposta di misura di prevenzione. Di conseguenza, anche il termine dilatorio di dieci giorni prima della proposizione della richiesta di misura è da ritenersi non più presidiato dalla perentorietà».

²¹⁵ Dell'idea, A. Cisterna, *I nuovi protocolli processuali delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 717 e F. Menditto, *Verso la riforma del d.lgs. n. 159/2011 (cd. Codice Antimafia) e della confisca allargata*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 22 dicembre 2015, p. 19. Si condivide K. Tassone, *La costante riforma del codice antimafia: un cantiere aperto*, cit., p. 2: «Nel solco degli interventi diretti a garantire tempi certi e celerità del procedimento di prevenzione e di economia procedimentale probabilmente si iscrive la modifica dell'art. 17 comma 3-*bis* del codice antimafia per effetto dell'art. 24 del D.L. 113/2018. È stata soppressa la sanzione di inammissibilità della proposta formulata dal Questore o dal capo della DIA in caso di omessa comunicazione (ora) sintetica per iscritto della medesima al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto almeno dieci giorni prima della sua presentazione al tribunale. L'abrogazione della sanzione di inammissibilità rimuove il rischio di disperdere compendi investigativi che potrebbero essere preziosi. La norma ora prevede al comma 3-*bis* lett. *c*), che, ove vi sia pregiudizio per le indagini preliminari in corso il procuratore concorda con l'autorità proponente modalità per la presentazione congiunta della proposta. Il coordinamento sarà assicurato dalla leale collaborazione istituzionale».

²¹⁶ C. Papagno, *Codice antimafia. Le novità introdotte con il decreto sicurezza*, cit., p. 4 è dell'avviso che «sempre nell'ottica dello snellimento delle procedure», viene «eliminato l'onere di predisporre un provvedimento formale, corredato di motivazione – gravante sul questore o sul direttore della Direzione nazionale antimafia e rivolto al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo – ove, a seguito delle indagini patrimoniali, si ritengano insussistenti i presupposti per l'esercizio dell'azione di prevenzione. Una sorta di provvedimento di archiviazione, inserito con l'art. 5, comma 1, lett. *c*), l. 17 ottobre 2017, n. 161 che, oltre a costituire un "drappello" formale destinato ad "appesantire" la procedura di prevenzione, spiega inevitabili effetti preclusivi laddove altre autorità, legittimate all'azione di prevenzione, volessero intraprendere una procedura tesa all'applicazione di una misura di prevenzione personale o patrimoniale. È evidente, infatti, che le deduzioni inserite nel provvedimento di archiviazione dell'azione di prevenzione è destinato a precludere o, quanto meno, a condizionare in maniera consistente qualsivoglia iniziativa, del medesimo genere intrapresa da altri soggetti legittimati». (...) «L'eliminazione del provvedimento che, all'esito delle indagini patrimoniali, il questore o il direttore della Direzione investigativa antimafia avrebbero dovuto adottare nel caso non si individuassero i presupposti per dare adito all'azione di prevenzione impedisce che si abbia questo effetto preclusivo, non essendovi alcuna forma di para-decisione, con supporto motivazionale, che consenta qualsivoglia possibilità di richiamo successivo». Circa l'operatività del giudicato nel giudizio di prevenzione e, quindi, anche per il provvedimento che chiude, in anticipo, la procedura in disamina, cfr. Cass., sez. V, 23 febbraio 2015, n. 16019.

2011, dopo la dicitura «sequestro della documentazione», è inserito il seguente inciso: «di cui al primo periodo». La norma, dalla eloquente rubrica «*Indagini patrimoniali*», tratteggia l'attività investigativa esperibile al fine di instaurare un procedimento di prevenzione patrimoniale. Per precisione, tale articolo esige di centrare l'inchiesta su tenore di vita, disponibilità finanziarie, patrimonio ed attività economica dei potenziali proposti e, ai sensi del comma 3, del coniuge, dei figli e di coloro che, negli ultimi cinque anni, hanno convissuto con costoro²¹⁷. Attualmente, il comma 4 dell'art. 19 autorizza i titolari del potere di inchiesta, cui è conferita la facoltà di esercizio dell'azione di prevenzione (in uno con il tribunale di competenza), a domandare «direttamente o a mezzo di ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, ad ogni ufficio della pubblica amministrazione, ad ogni ente creditizio nonché alle imprese, società ed enti di ogni tipo informazioni e copia della documentazione ritenuta utile ai fini delle indagini» intraprese nei confronti dei soggetti di cui a commi 1-3 stessa norma. In buona sostanza, possono avanzare istanza in ordine a qualunque notizia o documento che giovi alle verifiche (gli inquirenti hanno, quindi, accesso ad una vastissima rete di informazioni, potendo essi accedere ad ogni tipo di registro, archivio o banca dati). A seguito della l. n. 161 del 2017, possono accedere, «senza nuovi o maggiori oneri», anche al (SID), Sistema per l'interscambio di flussi di dati dell'Agenzia delle entrate e formulare istanza su quanto utile allo scopo. La previsione scalfita precisa, poi, che «Previ[o beneplacito] del procuratore della Repubblica o del giudice precedente, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono procedere al sequestro della documentazione di cui al primo periodo» (il riferimento è piuttosto vago) «con le modalità di cui agli articoli 253, 254 e 255 del codice di procedura penale»²¹⁸. V'è da ritenere, allora, che l'innovazione abbia l'intento di circoscrivere la possibilità di procedere a sequestro, ai sensi degli artt. 253, 254 e 255 c.p.p., della documentazione necessaria per effettuare le indagini patrimoniali. Ma, pare sia una precisazione di dettaglio, peraltro già desumibile dal contesto normativo. I cambiamenti al procedimento di prevenzione patrimoniale, pertanto, non sembrano molto significativi: i punti nevralgici delle investigazioni prodromiche all'esercizio delle richieste in sede preventiva, sui quali occorrerebbe un'azione tanto radicale quanto urgente, sono, in realtà, ben altri. La loro stessa regolamentazione risulta alquanto deficitaria, nonché potenzialmente foriera di abusi ai danni dell'interessato, considerando le lacune e lo scarso garantismo che la avvolge²¹⁹. Ha ragione chi afferma come sia «lecito» pensare si tratti «di un'occasione mancata perché il “decreto sicurezza” rappresenta, senza dubbio, l'*occasio legis* per poter [allentare] le prerogative del sequestro anche alla disposizione codicistica di cui all'art. 254-bis c.p.p., relativo [all'apprensione] di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazione. Non si può dubitare che le comunicazioni per via telematica costituiscano una preziosa fonte di potenziali informazioni sulla consistenza patrimoniale del prevenuto o del tentativo di questi di dissimularne la consistenza». Si è d'accordo anche su un'altra circostanza: la prerogativa di sequestrare in base alle disposizioni codicistiche richiamate concerne «la documentazione in originale, atteso che la facoltà di estrarne copia (con conseguente rilascio della documentazione in originale al legittimo detentore) è già contemplata nel primo periodo dello stesso articolo»²²⁰.

Per chiudere, l'art. 24 d.l. n. 113 del 2018 aggiunge una postilla in coda all'art. 67 d.lgs. n. 159 del 2011 («*Effetti delle misure di prevenzione*»). Il comma 8 della disposizione – concernente la interdittiva antimafia – è arricchito tanto da risultare così elaborato: «Le disposizioni dei commi 1, 2 e 4 si applicano anche nei confronti delle persone condannate con sentenza definitiva o, ancorché non definitiva, con-

²¹⁷ Sulla vastità dell'oggetto dell'accertamento, per tutti, S. Riondato-R. Guerrini-L. Mazza, *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, Padova, Cedam, 2004, p. 194 ss.

²¹⁸ In ordine al profilo della legittimazione, soggetti coinvolti, riparto delle competenze v., per gli approfondimenti, V. Maraldi, *Minimi ritocchi al d.lgs. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia)*, cit., p. 302, nt. 31.

²¹⁹ L'art. 19 d.lgs. n. 159 del 2017 non norma, per esemplificare, in nessun modo, le modalità attraverso le quali le indagini, per di più svincolate da qualunque scadenza temporale, devono essere condotte. Al riguardo, A. Balsamo– M. Agliastro, *Le forme del procedere: rinvio e particolarità*, in S. Fürfaro (a cura di), *Misure di prevenzione, (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher)*, Torino, UTET Giuridica, 2013, p. 474 ss. per i quali l'assenza di una copertura legislativa permette l'instaurarsi di prassi di raccolta della prova molto diversificate; M. Montagna, *Procedimento applicativo delle misure ablative di prevenzione e garanzie del giusto processo*, in A. Bargi – A. Cisterna (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale, (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher)*, Torino, UTET Giuridica, 2011, p. 462; M. Petrini, *Profili processuali delle misure ablative fra codice antimafia e giusto processo*, in *Arch. pen.*, 2016, 2, p. 5. In precedenza, M. Nobili, *L'accertamento del fatto nei processi contro la magia e la nuova normativa del settembre 1982*, in *Cass. pen.*, 1984, p. 1023; D. Siracusano, *Indagini, indizi e prove nella nuova legge antimafia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 3, p. 901.

²²⁰ C. Papagno, *Codice antimafia. Le novità introdotte con il decreto sicurezza*, cit., p. 4.

fermata in grado di appello, per uno dei delitti di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale nonché per i reati di cui all'art. 640, secondo comma, n. 1), del codice penale, commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico, e all'art. 640-*bis* del codice penale». Si ingrandisce, dunque, il raggio di azione della disposizione che, in origine, allarga(va) ai soggetti destinatari di una condanna per uno dei delitti elencati nell'art. 51, comma 3 *bis* c.p.p., non necessariamente definitiva purché confermata in secondo grado, gli ulteriori effetti derivanti da un provvedimento applicativo di una misura di prevenzione personale, emanato dall'autorità giudiziaria e divenuto definitivo. Agli illeciti inclusi nel comma 3 *bis* dell'art. 51 del codice di rito, si accostano il reato di truffa commessa a danno dello Stato o di un altro ente pubblico, di cui all'art. 640, comma 2, n. 1), c.p. (è escluso l'anacronistico «pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare»), nonché quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, punito ai sensi dell'art. 640 *bis* c.p.²²¹. In questa maniera, si conferma la tendenza, sempre più incalzante, ad espandere progressivamente il bacino del codice antimafia verso attività estranee alla criminalità organizzata²²². I singoli inquadri dall'art. 67, colpiti dalla interdittiva antimafia, incorrono in molteplici divieti descritti dalle lett. a)-h) della stessa previsione; alla stessa stregua, colui che venga sottoposto alla misura in parola dopo aver conseguito una delle posizioni soggettive enucleate in tali lettere, decade da siffatti rapporti, nonché dal «divieto di concludere contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cottimo fiduciario e relativi subappalti e subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera». Le licenze, le autorizzazioni e le concessioni sono ritirate e le iscrizioni sono cancellate ed è disposta la decadenza delle attestazioni a cura degli organi competenti. Questi divieti e decadenze – per effetto del richiamo all'art. 67, comma 4, d.lgs. n. 159 del 2011, contenuto nel comma 8 dello stesso articolo – valgono anche nei confronti di chiunque conviva con la persona condannata, anche solo confermata in appello, per taluno dei reati di cui agli artt. 640, comma 2, n. 1), 640 *bis* c.p. (oltre quelli richiamati nell'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p.), e nei confronti di imprese, associazioni, società e consorzi di cui il medesimo soggetto sia amministratore o determini in qualsiasi modo scelte e indirizzi. In tal caso, i divieti sono efficaci per un periodo di cinque anni²²³.

Al Senato, in sede di conversione del d.l. n. 113 del 2018, all'art. 24 è stato aggiunto il comma 1 *bis*: «Le disposizioni degli articoli 83, comma 3-*bis*, e 91, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, limitatamente ai terreni agricoli che usufruiscono di fondi europei per importi non superiori a 25.000 euro, non si applicano fino al 31 dicembre 2019». Esso, quindi, differisce l'obbligo, posto in capo agli organismi elencati nell'art. 83, comma 1, d.lgs. n. 159 del 2011 (enti pubblici, imprese o società controllate dallo Stato e concessionari di lavori o servizi pubblici), di acquisire, prima di poter dare in concessione terreni agricoli che usufruiscono di fondi europei non superiori a 25.000 euro, la comunicazione e l'informativa antimafia riferita al contraente (i contenuti dei due provvedimenti sono definiti dai commi 2 e 3 dell'art. 84 d.lgs. n. 159 del 2011). La l. n. 161 del 2017, facendo attecchire il comma 3 *bis* nell'art. 83 e il comma 1 *bis* nell'art. 91, ha incluso le concessioni di terreni che si avvalgono di fondi europei tra le attività che necessitano del rilascio della documentazione antimafia; la l. 4 dicembre 2017, n. 172, ha circoscritto l'obbligo ai soli fondi di importo superiore a 5.000 euro; ed infine, la l. 27 dicembre 2017, n. 205, stabilisce la non applicabilità delle predette disposizioni fino al 31 dicembre 2018 nel caso di fondi inferiori a 25.000 euro. La disposizione in esame, dunque, prolunga per un ulteriore anno

²²¹ Per ulteriori puntualizzazioni circa i soggetti nei confronti dei quali può essere applicata una misura di prevenzione personale (e patrimoniale) in queste circostanze, le esplicazioni difensive dei soggetti indirettamente colpiti dalle misure preventive (art. 67, comma 4, d.lgs. n. 159 del 2011) come i conviventi e gli enti ad ogni modo gestiti, le iscrizioni nella documentazione antimafia e le relative conseguenze, v. V. Maraldi, *Minimi ritocchi al d.lgs. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia)*, cit., p. 303, nntt. 33-35.

²²² C. Visconti, *Approvate in prima lettura dalla Camera importanti modifiche al procedimento di prevenzione patrimoniale*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 23 novembre 2015, p. 1 ss.

²²³ C. Papagno, *Codice antimafia. Le novità introdotte con il decreto sicurezza*, cit., p. 6 sostiene che, a questo punto, bisogna «interrogarsi se l'estensione della c.d. interdittiva antimafia, anche alle truffe ai danni dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, "snaturi" le caratteristiche somatiche di questo istituto che, di recente, il Consiglio di Stato, in adunanza plenaria, ha definito come «una particolare forma di incapacità *ex lege*, parziale – in quanto limitata a specifici rapporti giuridici con la Pubblica amministrazione – e tendenzialmente temporanea, con la conseguenza che al soggetto – persona fisica o giuridica – è precluso avere con la Pubblica amministrazione rapporti riconducibili a quanto disposto dall'art. 67 [d.lgs. n. 159 del 2011] (Cons. Stato, ad. pl., 6 aprile 2018, n. 3). La risposta non può essere che negativa, atteso che l'estensione operata con il d.l. [n. 113 del 2018], lungi dal porre novità strutturali nell'istituto in parola, si limita ad effettuare un'estensione oggettiva legata a logiche di politica criminali a chi, nei confronti dello Stato, di altro ente pubblico o delle Comunità europee, si sia comportato in maniera infedele».

quanto già disposto da tale ultima norma, consentendo fino al 31 dicembre 2019 la possibilità di rilasciare concessioni aventi ad oggetto terreni con siffatte caratteristiche pur senza richiedere ed ottenere il *dossier* di cui al libro II del d.lgs. n. 159 del 2011²²⁴.

Con il senno del poi, si può affermare che il lavoro effettuato sul Codice antimafia non ha scardinato le sue direttrici di fondo: piuttosto che risolvere le numerose lacune ed ambiguità che avvolgono l'intera disciplina del procedimento di prevenzione (rimessa all'art. 7 d.lgs. n. 159 del 2011 che si limita, poi, a rimandare al procedimento *ex art.* 666 c.p.p., ben poco garantistico), interviene, pressoché esclusivamente, sulla fase antecedente la presentazione della proposta patrimoniale²²⁵, limitando, in pratica, i doveri informativi che incombono su alcuni titolari del un potere in ordine alla stessa nei confronti di altri soggetti che possono dare avvio alla procedura, per, poi, limitarsi ad alcune precisazioni sull'attività investigativa esperibile e a prevedere le conseguenze derivanti dall'emanazione di un provvedimento di prevenzione personale ai condannati per particolari fattispecie delittuose. Ancora una volta, dunque, [ci si sottrae] al dovere di improntare l'*excursus* procedurale ai fondamentali canoni posti a garanzia del proposto. Non sfugge, poi, che si agisce su norme entrate in vigore da poco e che, verosimilmente, si sono rivelate del tutto asimmetriche in relazione alle misure preventive. Tagliante la nota valutativa: «la qualità dell'intervento riformatore sul codice antimafia è spesso scadente e priva di una seria riflessione logica e giuridica sull'impatto che le novelle potrebbero avere sulla prassi applicativa. A distanza di pochi anni dall'adozione del codice antimafia e dopo una moltitudine di interventi legislativi, è già giunto il momento di "ripensare", in chiave sistematica, all'intero apparato (...)»²²⁶.

RIORDINO DELL'AGENZIA NAZIONALE PER L'AMMINISTRAZIONE E LA DESTINAZIONE DEI BENI SEQUESTRATI E CONFISCATI ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

Fungono da cerniera all'esaminato decreto, gli ammodernamenti operati sulla Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (ANBSC). Essa è stata istituita con il decreto legge 4 febbraio 2010, n. 4, convertito con modificazioni, dalla legge 31 marzo 2010, n. 50, le cui statuizioni sono poi confluite nel decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (Codice Antimafia). L'Agenzia, ente di diritto pubblico con personalità giuridica, dotato di

²²⁴ In calce alle considerazioni svolte, si vuole dare conoscenza di una norma concepita, dal d.l. n. 113 del 2018, sempre nell'ambito del Capo relativo alle «Disposizioni in materia di prevenzione e contrasto alla criminalità mafiosa», l'art. 27, che assume spessore di carattere generale. Rubricata previsioni «per migliorare la circolarità informativa», essa ha sostituito l'art. 160 del r.d. 18 giugno 1931, n. 773 in questo modo: «Per le finalità di prevenzione generale di reati e per l'esercizio del potere di proposta di cui all'art. 17, comma 1, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, le cancellerie dei tribunali e delle corti di appello hanno l'obbligo di trasmettere ogni quindici giorni, anche per via telematica, il dispositivo delle sentenze di condanna irrevocabili a pene detentive al questore della provincia in cui il condannato ha la residenza o l'ultima dimora e al direttore della Direzione investigativa antimafia. Analogo obbligo sussiste per le cancellerie presso la sezione misure di prevenzione e presso l'ufficio G.I.P. del tribunale in relazione alla comunicazione di copia dei provvedimenti ablativi o restrittivi, emessi nell'ambito delle rispettive attribuzioni, alle questure competenti per territorio e alla Direzione investigativa antimafia». Come sempre, «ne risulta esclusa la Procura nazionale la quale dovrebbe accedere a questi provvedimenti in via autonoma nell'ambito delle funzioni di collegamento investigativo sue proprie»: A. Cisterna, *Politiche securitarie, alcune disposizioni andrebbero ripensate*, in *Guida dir.*, 2018, 44, p. 99. Per come congegnata, la previsione, poi, non sembra idonea a raggiungere lo scopo immaginato, in quanto la sua applicazione, per le cancellerie, risulta tutt'altro che agevole, sia con riferimento alla individuazione della questura destinataria dei provvedimenti, sia della natura degli atti da comunicare, sia l'invio di quelli eventualmente modificativi, delle revoche o annullamenti. Anche sul piano concreto l'adempimento di cui all'art. 160 si manifesta gravoso, tenuto conto delle preliminari attività di cancelleria che richiede e la periodicità con cui deve essere effettuato.

²²⁵ In merito ai vincoli patrimoniali, gioverebbe, altresì, la lettura delle recentissime Cass., sez. I, 5 luglio 2019, n. 29478, in *Diritto penale contemporaneo web*, 15 luglio 2019, p. 1 (riportata a cura della *Redazione scientifica* con il titolo «*Misure di prevenzione. Chi è competente a decidere sulla domanda di applicazione del controllo giudiziario?*») e Cass., sez. VI, 3 giugno 2019, n. 24661, in *Diritto penale contemporaneo web*, 24 luglio 2019, p. 1 ss. (con annotazioni di F. Brizzi, *Quali rimedi contro il provvedimento che nega (o ammette) il controllo giudiziario "su richiesta?"*), entrambe in tema di domanda di applicazione del controllo giudiziario proposta dall'impresa destinataria dell'informazione antimafia interdittiva (art. 34 *bis*, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011): la prima pronuncia dichiara la competenza del tribunale del luogo di manifestazione esteriore della pericolosità dei soggetti con cui la compagine aziendale è entrata in contatto; la seconda, rimette alle Sezioni Unite la questione controversa sulla proponibilità del ricorso per cassazione avverso il provvedimento con cui il tribunale competente per le misure di prevenzione neghi il predetto controllo giudiziario.

²²⁶ C. Papagno, *Codice antimafia. Le novità introdotte con il decreto sicurezza*, cit., p. 6.

autonomia organizzativa e contabile, è posta sotto la vigilanza del Ministero dell'Interno; nella fase di costituzione, la sede principale è stata stabilita a Reggio Calabria.

L'istituzione dell'Agenzia è il punto di arrivo di un più complessivo processo di ampliamento degli strumenti di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso iniziato con legge 13 settembre 1982, n. 646 che ha introdotto misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca dei beni illecitamente acquisiti dai soggetti destinatari di misure di prevenzione personali. In seguito, la l. 7 marzo 1996, n. 109, ha disciplinato la fase gestionale successiva alla confisca dei beni, consentendone l'uso sociale. Ulteriori norme hanno modificato o integrato negli anni singoli aspetti della materia, ma senza un organico disegno riformatore, fino all'istituzione, nel 2010, dell'ANBSC, subentrata all'Agenzia del demanio nella titolarità delle competenze relative alla gestione ed alla destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, dopo l'esperienza del Commissario straordinario del Governo.

L'amministrazione di tali beni ha assunto un rilievo sempre maggiore nel tempo, dovendo assicurare non solo la conservazione, ma anche e soprattutto la loro redditività.

I compiti dell'Agenzia si sono evoluti negli anni adeguandosi al mutare delle norme: attualmente, nella fase giudiziaria, l'ANBSC svolge, sin dal sequestro, compiti di ausilio dell'autorità giudiziaria nell'amministrazione dei beni, anche per agevolarne l'assegnazione provvisoria, mentre dal provvedimento di confisca di secondo grado, ne assume l'amministrazione che prosegue, nella fase amministrativa, dopo la confisca definitiva fino alla destinazione e alla consegna del bene; l'azione dell'Agenzia prosegue, poi, anche oltre, la consegna in funzione del monitoraggio sull'utilizzo dei beni a garanzia dell'effettivo riutilizzo sociale dei patrimoni mafiosi, affinché il compito istituzionale svolto si concretizzi in una reale percezione della presenza dello Stato nel territorio.

L'intento del legislatore alla base dell'istituzione dell'Agenzia è quello di introdurre un'amministrazione dinamica dei patrimoni confiscati capace di snellire e velocizzare la fase di destinazione degli stessi, in stretta e continua collaborazione con l'Autorità giudiziaria, al fine di superare le carenze emerse dall'adozione della precedente metodologia di gestione. Tale *ratio* viene quindi declinata in una molteplicità di interventi funzionali alla destinazione che includono numerosi ambiti: dall'acquisizione di tutte le informazioni necessarie alla completa conoscibilità del bene e del suo stato al superamento delle criticità che spesso ostacolano o rallentano la restituzione alla collettività dei patrimoni mafiosi, dal supporto agli enti legittimati a richiedere le destinazioni all'affiancamento delle iniziative che possono coadiuvare la positiva determinazione degli stessi²²⁷.

Stanti le innovazioni introdotte dalla l. n. 161 del 2017, è stato progettato il nuovo Regolamento dell'Agenzia che ha tratteggiato un archetipo organizzativo più solido e strutturato sotto il profilo dell'equipaggiamento organico, ma più flessibile funzionalmente e, pertanto, capace di rispondere, con efficacia e tempestività, alle innumerevoli istanze connesse alla delicata attività istituzionale e agli scopi e ad essa assegnati. Le odierne prescrizioni sono state emanate con d.p.r. 9 agosto 2018, n. 119 e contengono la disciplina dell'organizzazione e della dote in termini di risorse umane e strumentali per il funzionamento dell'ANBSC *ex art. 113, comma 1, lett. a)*, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 119. Il Regolamento – a

²²⁷ Molteplici e complesse sono le competenze affidate dal legislatore all'Agenzia, cosicché l'arco temporale 2010-2017 è stato caratterizzato dal dilagare di provvedimenti legislativi tesi ad accrescerne la dotazione organica, potenziarne l'attività istituzionale e lo sviluppo organizzativo delle strutture, aumentate nel numero, l'efficienza, sopperire alle carenze funzionali con modelli più solidi sotto il profilo delle risorse umane e con maggiore duttilità professionali, stipulare contratti con personale specializzato in materia di gestione aziendale e patrimoniale, rimodulazione delle sedi, adeguamento delle dotazioni strutturali. Non potendo soffermarsi su questi aspetti, v. M. Vallone, *Riordino dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, in F. Curi (a cura di), *Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza* (Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132), Pisa, Pacini Editore, 2019, p. 348 ss. Quanto ad un adempimento assai particolare dell'ANBSC teso a fissare gli equilibri per una tutela del terzo, v. P. De Martino e G.G. Berni Ferretti, *Le Sezioni Unite sulla delicata questione dell'omessa comunicazione ai creditori da parte di ANBSC*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 4, p. 1 ss. (a commento di Cass. pen., sez. un., 3 settembre 2018, n. 39608). Si legga, inoltre, M. Romano, *Decreto sicurezza. I nuovi interventi sulle problematiche gestionali dell'Agenzia nazionale*, ne *Il Penalista*, 14 novembre 2018, p. 1 la quale, dopo aver asserito che «Il pacchetto sicurezza intervenuto a precisare e ampliare la normativa disciplinata dal codice antimafia, così come modificata dalla legge 161/2017, denota un [atteggiamento] decisamente più pratico rispetto alla regolamentazione previgente, in termini di risposta alle esigenze organizzative per la gestione dei patrimoni confiscati», afferma come «Il dettame in parola, infatti, ancorché non sempre in modo esaustivo, chiarisce, e addirittura corregge, alcuni passaggi del testo introdotto nel 2017, vantando il pregio di sviluppare profili legislativi di altissimo rilievo, soprattutto in materia di destinazione dei beni confiscati». Tuttavia, osserva l'A., «la disciplina in [tema] di amministrazioni giudiziarie, laddove pone limiti, per altro non facilmente applicabili, in tema di conferimento di incarichi professionali, manifesta, a tutt'oggi, una grave diffidenza nei confronti di amministratori giudiziari e magistrati impegnati nella gestione dei patrimoni, tale da evidenziare un grave *vulnus* del settore operativo».

dottato ai sensi dell'art. 17, comma 1, l. 23 agosto 1988, n. 400 – si snoda in quattro Capi i quali specificano, rispettivamente, «Oggetto e principi», «Organizzazione», «Personale» e «Norme transitorie, finanziarie e finali»²²⁸.

Tanto dovuto per maggiore chiarezza e soffermandosi sui profili d'interesse, va messa in evidenza la tendenza al potenziamento della struttura dell'Agenzia; la conferma perviene dalle modifiche apportate al Codice Antimafia (d.lgs. n. 159 del 2011) dagli artt. 37, 37 bis, 38 e 38 bis del decreto sicurezza (d.l. n. 113 del 2018, convertito, con modifiche, dalla l. n. 132 del 2018)²²⁹, tutte volte alla razionalizzazione delle procedure di gestione e destinazione dei beni confiscati e disposizioni in materia di organizzazione e di organico dell'Agenzia. In particolare, si spingono in questa direzione le nuove regole in materia di reclutamento del personale e di trattamento economico dello stesso, le deroghe alle norme di contenimento della spesa pubblica, nonché i cambiamenti alle modalità di stipulazione delle convenzioni con altri enti per l'assolvimento dei propri compiti²³⁰.

L'art. 37 del decreto 'Salvini', dal quale si colgono una serie di disposizioni in materia di organizzazione ed organico dell'Agenzia, nel ribadire – scalfendo la prima parte del comma 1 dell'art. 110 del Codice antimafia – che l'ANBSC, posta sotto la vigilanza del Ministero dell'Interno, ha personalità giuridica di diritto pubblico ed è dotata di autonomia organizzativa e contabile, ha confermato la collocazione della sua sede principale a Roma e chiarito, come, diversamente da quanto indicato in precedenza, non ha una sede secondaria in Reggio Calabria; si prevede, viceversa, che l'Ente, nei limiti delle risorse ordinarie di bilancio, in relazione a particolari esigenze, possa istituire massimo quattro sedi secondarie nelle Regioni ove siano presenti, in quantità significativa, beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (art. 112, comma 4, lett. c bis) come inserito dalla novella in commento)²³¹. Tale disposizione rappresenta un essenziale strumento di garanzia dell'operatività dell'ANBSC, in considerazione della tipologia di attività svolta su tutto il territorio nazionale. La circostanza impedisce di dilungarsi oltre; tuttavia, occorre dar conto delle recenti previsioni di cui al d.p.r. 9 agosto 2018, n. 118, pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale* del 16 ottobre 2018, recante «la disciplina sull'organizzazione e la dotazione

²²⁸ Si leggano gli sviluppi di M. Vallone, *Riordino dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, cit., p. 350 ss. il quale aggiunge «Lo scopo principale del nuovo Regolamento è quello di assicurare una *governance* all'Agenzia più rispondente ai compiti ad essa affidati attraverso il potenziamento della struttura organizzativa dell'Ente, che possa produrre effetti positivi indiretti anche nei confronti di tutti i soggetti coinvolti nella gestione ed amministrazione dei beni sequestrati e confiscati» come, ad esempio, l'autorità giudiziaria inquirente e requirente, amministratori giudiziari, pubbliche amministrazioni (centrali e territoriali) nazionali e comunitarie, cittadinanza, imprenditoria privata etc. L'A. precisa, inoltre, che sono state pensate quattro strutture a livello dirigenziale generale con gestione legata al personale, ai beni mobili e immobili sequestrati e confiscati, economica, finanziaria e patrimoniale e così via, nonché uffici di rango dirigenziale non generale con compiti di coordinamento e presidio dei circuiti operativi.

²²⁹ Gli articoli che li precedono, il 36 e il 36 bis, d.l. n. 113 del 2018 (dai titoli «Razionalizzazione delle procedure di gestione e destinazione dei beni confiscati» e «Iscrizione di provvedimenti al registro delle imprese») si accennano appena. Il primo, alquanto voluminoso nella sua articolazione, agisce su varie disposizioni: gli artt. 35, 35 bis, 38, 41 ter, 43, 44, 48 e 51 del d.l. n. 159 del 2011; il secondo, inserisce nel Capo IV del Titolo III del Libro I del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, dopo l'art. 51, l'art. 51 bis. V., meglio, anche per il rinvio fatto nell'art. 48 del Codice antimafia all'art. 666 c.p.p., il commento a tale previsione in F. Fiorentin-F. Siracusano (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019 e M. Romano, *Decreto sicurezza. I nuovi interventi sulle problematiche gestionali dell'Agenzia nazionale*, cit., p. 2 ss. che attribuisce notevole spazio alle correzioni apportate all'art. 48 d.l. n. 159 del 2011: la gestione dei beni acquisiti al patrimonio dello Stato, il loro trasferimento, per fini istituzionali o sociali, ai Comuni ove si trovano gli immobili e alle Regioni, anche alle Città metropolitane, la possibile revocabilità di siffatta attribuzione da parte dell'Agenzia, le singole ipotesi di alienazione dei beni per cui sia andata fallita la destinazione per finalità di pubblico interesse, la gestione dei beni solo parzialmente interessati dal provvedimento di confisca, l'acquisto per intero al patrimonio dello Stato per le destinazioni sociali, il Fug, le previsioni sui beni mobili.

²³⁰ Qualora si voglia fare un passo indietro e attraversare, in chiave ricostruttiva e di premessa, anche le norme sul procedimento di nomina e revoca dell'amministratore giudiziario e del suo coadiutore, i compiti dell'Agenzia, la destinazione dei beni immobili confiscati, la procedura di vendita di questi ultimi nelle sue singole scansioni, v. L. De Gennaro e N. Graziano, *La riforma dell'Agenzia Nazionale per l'Amministrazione e la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, in A. Conz. – L. Levita (a cura di), *Il decreto Salvini su immigrazione e sicurezza. Commento organico al D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, come convertito dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132*, Roma, DIKE Giuridica Editrice S.r.l., 2019, p. 527 ss.

²³¹ Per M. Romano, *Decreto sicurezza. I nuovi interventi sulle problematiche gestionali dell'Agenzia nazionale*, cit., p. 4 «il recente orientamento normativo, in modo ben più concreto, sembra, (...), tener conto della oggettiva impossibilità pratica di eliminare le sedi secondarie, allocate, per lo più, in regioni in cui il fenomeno della confisca dei beni è particolarmente sentito e la cui eliminazione avrebbe determinato un aumento siderale delle già significative distanze che intercorrono tra gli uffici operativi ed i beni da gestire in concreto».

delle risorse umane e strumentali per il funzionamento dell’Agenzia» emanato ai sensi dell’art. 113, comma 1, lett. a), del Codice antimafia. Esse, infatti, vanno lette in combinato con la disciplina di specie affinché l’ANBSC possa soddisfare gli obiettivi strategici, con valorizzazione massima delle risorse di varia natura di cui dispone: economiche e umane. Inoltre, si occupano dei compiti specifici dell’Agenzia e le procedure per l’inquadramento del personale, la gestione e lo sviluppo dello stesso e la sua valutazione²³².

Per permettere alla nuova struttura potenziata dell’Agenzia di fronteggiare con maggiore efficacia i gravosi compiti di amministrazione e destinazione delle migliaia di beni sequestrati e confiscati, immobili, mobili e aziende e, dunque, di espletare la propria *mission* istituzionale, è stato previsto, scolpendo l’art. 113 *bis* d.lgs. n. 159 del 2011, un incremento delle unità di personale da reclutare seguendo percorsi ben individuati e selezionando quelle aventi cognizioni specialistiche elevate a livello gestionale, finanziario, di accesso al credito anche europeo, analisi tecnico-economica, contabilità²³³.

Sempre l’art. 37, al fine di assicurare un’indennità adeguata alla complessità delle funzioni attribuite, ha stabilito le regole che devono guidare tale profilo; da ultimo, ha previsto che, senza interferire con l’operatività e le funzioni ordinarie attribuite al Comitato consultivo di indirizzo, al fine di rendere più snelle e funzionali le procedure, l’Agenzia deve provvedere all’approvazione del bilancio preventivo e del conto consuntivo senza richiedere parere motivato al Comitato.

L’art. 37 *bis*, invece, si occupa di integrare una statuizione già in vigore, esplicitando che l’Agenzia può avvalersi, per l’assolvimento dei suoi compiti istituzionali, sulla base di apposite convenzioni, oltre che delle amministrazioni dello Stato ed enti pubblici, anche delle società ed associazioni *in house* ad esse riconducibili, stabilendo che in tale ultimo caso l’Agenzia si muova con le stesse modalità previste per gli affidamenti a tali organismi e con oneri reperibili nelle casse dell’ANBSC. La *ratio* è quella di consentire all’Agenzia, che opera in un settore trasversale, di meglio garantire gli interessi di molteplici amministrazioni centrali – principalmente Ministero dell’Interno, della Giustizia e dell’Economia e delle finanze –, avvalendosi delle modalità di affidamento già consentite alle stesse; di talché, rende, all’occorrenza, più rapida ed incisiva la propria azione anche in ambiti in cui tali enti, operando, di solito, tramite i soggetti *in house*, avrebbero difficoltà a tutelare, autonomamente, la collaborazione necessaria.

L’art. 38 d.l. n. 113 del 2018, convertito con modificazioni dalla l. n. 132 del 2018, invece, incide sugli aspetti attinenti le spese, stabilendone una rivisitazione che possa garantire la funzionalità dell’Agenzia messa a dura prova dai drastici tagli lineari espressione di politiche di *spending-review*; limitazioni che non hanno tenuto affatto conto dei costi *start up* che un ente di nuova istituzione deve affrontare senza che possano essere preventivati. Sicché, scadute le deroghe sull’impiego di capitoli di spesa, dovranno essere formulati criteri per applicare le previsioni contravvenute.

Questi mutamenti hanno costituito l’occasione per consentire alla dottrina di tornare a ragionare sulle funzioni dell’istituto, gli scopi cui l’Agenzia deve prefiggersi per valorizzare i beni, le modalità e principi che devono guidare la sua azione. Ebbene, nel rimandare per le valutazioni ad altri interpreti²³⁴, non può tacersi delle criticità mosse al d.l. in esame per aver messo insieme tematiche disparate: sicurezza, lotta alle mafie e immigrazione, sottolineando l’importanza del rispetto degli obblighi costituzionali e gli impegni internazionali assunti dall’Italia. Oltretutto, esistono, nonostante i tentativi esperiti dal testo licenziato, svariate problematiche attinenti la gestione e la destinazione (e in che maniera) dei beni confiscati, le coperture finanziarie, il problema della vendita, ai privati, dei beni confiscati e delle conseguenze che ne potrebbero derivare in termini di riappropriazione degli stessi da parte della criminalità (appoggiata da una zona grigia di faccendieri che, formalmente, agisce nella legalità, ma, invero, ricicla denaro di provenienza illecita), i piani di riutilizzo degli stessi da valutarsi, attentamente, dagli organi competenti dello Stato, la questione della giusta valorizzazione delle *res* confiscate, in gran parte aziende e immobili (spesso relegata in una dimensione micro-localistica e iper-frammentata), i requisiti che il settore privato-sociale deve possedere ai fini dell’assegnazione (il percorso deve essere virtuoso, ispirato a trasparenza e meritocrazia in quanto momento simbolico di affermazione della cultura della legalità), oggi basata su un criterio prettamente geografico, la necessità di compiere una program-

²³² Al riguardo, L. De Gennaro e N. Graziano, *La riforma dell’Agenzia Nazionale per l’Amministrazione e la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, cit., p. 539 ss.

²³³ Fornisce ulteriori delucidazioni in merito, M. Vallone, *Riordino dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, cit., p. 353.

²³⁴ L. De Gennaro e N. Graziano, *La riforma dell’Agenzia Nazionale per l’Amministrazione e la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, cit., p. 541 ss.

mazione nella destinazione, individuando fattori, soggetti e territori che meglio possono ottimizzarle, l'impiego dei finanziamenti, il ruolo fondamentale del Comune, nel cui territorio il bene ricade, viene, in genere, assegnato (enti di piccole dimensioni, privi di risorse e competenze necessarie ad affrontare un impegno così gravoso, senza margini di sicurezza in quanto oggetto di pressioni criminali), l'individuazione dei circuiti legali in cui ricollocare i beni confiscati, le capacità imprenditoriali e gestionali del *management* per trasformare le realtà sottratte alle mafie in esempio di buona economia e lavoro pulito, la promozione dell'occupazione sostenibile, di qualità e mobile, la spinta ad utilizzare quanto confiscato per il reinserimento lavorativo di persone disagiate, la sensibilizzazione alla scolarizzazione, alla crescita formativa, alla coesione (territoriale, sociale ed economica) negli ambienti ove l'Agenzia si trova ad operare, il superamento dell'inefficienza della Pubblica Amministrazione e il tentativo di distacco della medesima dagli ambienti criminali, la rete di contrasto patrimoniale, oltre che di repressione personale, per evitare che la criminalità organizzata possa infiltrarsi nelle trame dell'economia di mercato, etc. Da qui, il pressante ruolo dell'ANBSC cui sono conferiti poteri di censire i beni confiscati, di verificare lo stato e di destinare e assegnare gli stessi, di innescare e seguire il procedimento ablatorio per la re-immissione del bene nel circuito economico (la fase più traumatica in quanto il rilancio ha costi notevoli legati al superamento delle intimidazioni mafiose, alla conquista della legalità e trasparenza, i tempi di riconquista degli introiti, l'ottenimento di finanziamenti), anche attraverso l'ausilio coadiutori in genere coincidenti con gli amministratori giudiziari dal giudice; il tutto, sotto l'occhio vigile delle Prefetture che, insieme ai rappresentanti delle altre amministrazioni pubbliche, enti e associazioni, diventano luoghi di consultazione e raccordo pure con la collettività. Tra i compiti dell'ANBSC vanno rafforzate le funzioni di raccordo a valle con i soggetti destinatari e assegnatari dei beni immobili, anche precedenti all'emanazione dei provvedimenti di destinazione, e a monte con le autorità giudiziarie titolari dei procedimenti di sequestro, allo scopo di prevenire e limitare la perdita di valore di beni ed aziende, e di identificare precocemente la funzionalità e le prospettive di recupero di queste ultime. Nel contesto, occorre rafforzare le competenze di tutti gli operatori pubblici e privati della filiera della valorizzazione affinché venga scelta la destinazione preferibile per ciascuno dei beni a seguito della raccolta dati, mappatura e diffusione di informazioni riguardanti il fenomeno²³⁵.

Tutto ciò denota che il ritorno dei beni, soprattutto aziendali, nel sistema della legalità è un obiettivo assai complesso da perseguire poiché, il più delle volte, molte imprese non possono esservi oggetto in quanto sono meri strumenti del crimine, o quando l'imprenditore ha un profilo criminale²³⁶.

DECRETO SICUREZZA: LA SECONDA TRANCHE

Dopo mesi di *tweet*, anticipazioni e annunci, come anticipato, il Governo approva, su proposta del Ministro dell'Interno, di concerto con altri Ministri, il decreto sicurezza *bis*, il n. 53 del 2019²³⁷.

Esso, convertito quasi allo scadere dei termini e dopo parecchie difficoltà per l'assenza dei voti necessari, risulta disseminato in tre Capi (per un totale di diciotto articoli): il primo, «*Disposizioni urgenti in materia di contrasto all'immigrazione illegale e di ordine e sicurezza pubblica*»; il secondo, «*[Previsioni indif-*

²³⁵ Il cambiamento ha, però, anche aspetti positivi. Non può negarsi che esso appare, in qualche modo, migliorativo del testo previgente sul quale ha agito la l. n. 161 del 2017. Ha ben sostenuto M. Romano, *Decreto sicurezza. I nuovi interventi sulle problematiche gestionali dell'Agenzia nazionale*, cit., p. 5 che «oltre ad apportare utili correttivi alla norma in vigore dal 2017, [denota] particolare attenzione rispetto ai profili della destinazione dei beni confiscati. Circostanza, questa, che appare di buon auspicio rispetto alla [latitudine] che il legislatore sta, nel tempo, riservando ad un tema che, sebbene si presenti quale ultimo passaggio nella lotta alla criminalità organizzata, ne rappresenta anche la cartina di tornasole. Ebbene, le modifiche in materia di vendita e destinazione dei beni immobili e mobili, in uno con il potenziamento delle risorse destinate alla organizzazione dell'Agenzia Nazionale, sembrano rappresentare un ulteriore passo in avanti per la normativa antimafia, da cui eventuali progressi è dato rilevare la concreta determinazione dello Stato a contrapporsi al fenomeno, anch'esso in costante evoluzione, della criminalità organizzata».

²³⁶ Gli approfondimenti sono di L. De Gennaro e N. Graziano, *La riforma dell'Agenzia Nazionale per l'Amministrazione e la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, cit., p. 541 ss.

²³⁷ Una breve ricostruzione della novella è contenuta ne "Il decreto sicurezza bis. Il Consiglio dei Ministri approva il testo" a cura della Redazione scientifica de *Il Penalista*, 12 giugno 2019. Coincise riflessioni appartengono anche ad A. Camilli, autrice di *Tutte le critiche al decreto sicurezza bis e Cosa prevede il decreto sicurezza bis*, articoli pubblicati, rispettivamente, il 24 maggio 2019 e il 18 giugno 2019 in www.internazionale.it.

feribili] per il potenziamento dell'efficacia dell'azione amministrativa a supporto delle politiche di sicurezza»; il terzo, «[Norme improcrastinabili] in materia di contrasto alla violenza in occasione di manifestazioni sportive». I filoni di intervento – emerge sin d'ora – non sono del tutto omogenei tra loro; il che, ripropone uno dei difetti principali del d.l. n. 113 del 2018. Invero, le perplessità suscitate sono anche altre: sul piano contenutistico, della visione dei rapporti tra individui, formazioni sociali e Stato, della cultura delle garanzie che anima chi lo ha progettato e, non meno importante, per la tecnica normativa selezionata²³⁸.

È l'ennesimo affondo nei confronti del fenomeno migratorio di cui si coglie l'aspetto patogeno e criminogeno; il che, suffraga, *sic et simpliciter*, il convincimento che lo straniero sia un'entità distante da collocare nel limbo della società. La qual cosa, ricorrendo ad un dato (*rectius*: un equivoco che aleggia in) di fondo: le variazioni sono modulate in maniera da colpire le correnti migratorie; all'uopo, per impedire che il fine prioritario rimanga frustrato e i principi espressi si traducano in meri formalismi, si suggerisce, addirittura, di perorare la supremazia delle leggi del nostro Paese per alleggerire il numero degli stranieri che non hanno i requisiti per stanziare sul territorio. Da tale angolo visuale, anche siffatto decreto degrada a crocevia, asfittico e sovraccarico, oltre che manipolativo, del trattamento del fenomeno dell'immigrazione. Militano a favore di una scelta politica di questo tenore, con probabilità, il continuo insistere delle ONG di far sbarcare in Italia copiosi numeri di migranti²³⁹.

²³⁸ Evitando di tornare su quanto già affermato (v., *infra*, § "LE FRONTIERE DELL'EMERGENZA"), è necessario spendere qualche parola sul ricorso alla decretazione d'urgenza, diventato, in Italia, la regola tanto da meritare, secondo qualcuno, la definizione di «disegni di legge rafforzati a urgenza garantita» (C. Fresa, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, Cedam, 1981, p. 152). Del resto, si scrive, «(...) il decreto d'urgenza comporta per sua stessa natura la sospensione dell'ordine democratico: viene meno il principio democratico della divisione dei poteri con l'assorbimento del potere legislativo nelle mani del governo; e il prodotto della normazione acquisisce forza di legge con efficacia, per così dire, violentemente vincolante, nel senso che si svuota della sua caratteristica di rispecchiare la volontà popolare espressa dall'assemblea parlamentare democraticamente eletta, per divenire un atto di imperio del sovrano» (S. Centonze, *Emergenza immigrazione. D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in L. 1 dicembre 2018, n. 132, cit.*, p. 205). Nell'ottica, il meccanismo del ricorso al decreto legge si manifesta come un moderno atteggiamento totalitarista volto a contrastare non solo gli avversari politici, ma anche intere categorie di individui considerati non integrabili nel sistema politico. A destare stupore che la creazione di stati di emergenza permanente è divenuta una pratica essenziale degli Stati contemporanei, anche di quelli definiti democratici. «In senso tecnico la Repubblica non è più parlamentare ma governamentale. Il parlamento si spoglia del suo ruolo di organo sovrano che esprime attraverso la legge la volontà degli elettori, per limitarsi a ratificare gli atti normativi del potere esecutivo il quale, in quanto soggetto che decide sullo stato di eccezione, diventa il vero sovrano» (Ancora S. Centonze, *Emergenza immigrazione. D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in L. 1 dicembre 2018, n. 132, cit.*, p. 206). L'emergenza è questione chiusa, solo in apparenza, con il finire delle grandi guerre; in realtà, i decreti legge, strumenti prediletti dai regimi dittatoriali, non hanno concluso la loro ascesa, anzi sono un punto nodale dell'assetto costituzionale del nostro ordinamento, venendo impiegati largamente, non solo in occasione di episodi di terrorismo, la qual cosa avviene in maniera spesso distorta e con una iper-valutazione dell'opzione normativa in funzione securizzante. Sicché, nonostante ci si interfacci quotidianamente con tale metodologia, gli interpreti sono consci che essa costituisca un'anomalia democratica in quanto si tramuta in un abuso da parte del Governo. Ne deriva che la decretazione d'urgenza diventa una contraddizione in termini – se non un sconfitta per la democrazia – laddove siffatto *modus agendi* comporti che la tutela dei diritti dei singoli indietreggi e gli stessi diventano automaticamente sacrificabili. Peraltro, la necessità che lo giustifica dovrebbe rappresentare un'eccezione e non assurgere a fonte primaria ed originaria della legge. Non è un caso che l'A., nelle conclusioni al suo lavoro (p. 230), sostiene che l'utilizzo del decreto d'urgenza, meccanismo "veloce" per antonomasia, «comporta per sua stessa natura la sospensione dell'ordine democratico, giacché assorbe il potere legislativo nelle mani del governo, con conseguente venir meno del principio costituzionale della separazione dei poteri; l'atto normativo, perciò, si svuota della sua caratteristica di rispecchiare la volontà popolare di cui è espressione il parlamento, trasformandosi in un vero e proprio atto d'imperio del sovrano. La migliore dottrina, pertanto, non ha mancato di osservare che i diritti fondamentali tutelati dalla nostra Costituzione democratica e gli altri beni protetti dalle norme introdotte con lo strumento della decretazione d'urgenza sono in realtà messi in pericolo non tanto dalla situazione di gravità ed urgenza determinata dalla minaccia terroristica, quanto piuttosto dallo stesso ricorso alla decretazione *ex art. 77 Cost.*».

²³⁹ Emblematici sono, nell'ottica, le vicende, note alla cronaca come 'Diciotti', 'Sea Watch', *Lifeline* e *Alan Kurdi*. In tutti i casi, pur potendo le navi cariche di immigrati recarsi in altri porti ben più vicini, si è strumentalizzata la situazione per un affronto politico al Governo italiano. Inevitabilmente, la rigida ideologia che si pone alla base delle opzioni sull'accoglienza, diventa motivo di scontro con il resto dell'Unione europea che, invece, se per un verso, punta il dito contro l'Italia, dall'altro, resta a guardare, aprendo l'ingresso a pochi stranieri e rifiutando l'approntamento di piani strategici coordinati. V. G. Galazzo, *Il decreto sicurezza-bis: possibili questioni di costituzionalità sulla disciplina*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 7-8, p. 1 ss.: il lavoro prende spunto da una delle prime applicazioni delle disposizioni del d.l. n. 53 del 2019 nel suesposto caso della nave *Sea Watch 3*. Anche tenendo conto dell'esegesi che ne ha reso la relativa ordinanza del g.i.p. di Agrigento, l'A. esamina la nuova disciplina dalla quale potrebbero scaturire censure di legittimità costituzionale ai sensi degli artt. 77 e 95 Cost. Egli riscontra un altro ordine di perplessità che attiene, però, al provvedimento legislativo nel suo complesso e, in particolare, la scelta di procedere con la decretazione d'urgenza: considerando l'art. 77 Cost. e la sua ermeneusi da parte della giurisprudenza costituzionale, il d.l. n. 53 del 2019 potrebbe risultare non aderente alla Carta fondamentale e trasmettere l'incostituzionalità alla legge di conversione: man-

Come spesso accade, poi, oltre che manipolare i profili di specie, l'ordito positivo²⁴⁰ si fa più insidioso, scalfendoli non sempre in maniera armonica, arnesi di rilievo procedurale (di cui si cerca di superare la vischiosità regolativa) e incidendo sulla misura di prevenzione del DASPO, rivista per l'ennesima volta a fronte dei recenti episodi di violenza consumati fuori dagli stadi che hanno messo a soqquadro la tranquillità e l'incolumità collettive. Il decreto funge, insomma, da motore unico che incorpora sfumature giuridiche disparate. Ne scaturisce un *corpus* normativo che presenta una struttura articolata che si ramifica in ambiti di ordine sostantivo e procedurale ed interessa più settori sia della legge ordinaria che speciale; ambiti che, coordinati fra loro, generano – nel complesso – una precisa strategia di contrasto al crescente tracimare di episodi fortemente nocivi di beni di primaria importanza.

In astratto, il provvedimento 'Salvini' *bis* rappresenta uno *step* importante nella lotta all'immigrazione e nella salvaguardia della collettività; esso, interpreta le istanze di disapprovazione sociale verso comportamenti lesivi della sicurezza, ma, soprattutto, traduce mere espressioni di biasimo – che in più sedi e, oramai da tempo, sono state manifestate – in prescrizioni dal valore cogente. Del resto, le visioni politico-legislative sottese all'emanazione del decreto in discorso sono sintomatiche di una specifica *intentio legis*: ribadire, nella sede normativa, le esigenze di tutela da (ritenute) forme di aggressione esterna; la qual cosa, equivale, per un verso, a volerle corroborare e, per altro, a stigmatizzare ogni comportamento che svisciva il senso e lo spessore della tranquillità collettiva. In tale prospettiva, il recente intervento si pone in linea con i precedenti del Governo che mirano a contenere lo straripare di fenomeni di pericolo.

Solo la fase applicativa, tenuto conto dei notevoli limiti sopra esposti, consentirà, nel tempo, di verificare l'efficacia delle determinazioni tecnico-normative assunte di recente e testerà la validità degli strumenti giuridici introdotti in un'ottica complessiva.

(SEGUE): COME MUTANO LE NORME DI DIRITTO SOSTANZIALE E PROCESSUALE IN MATERIA PENALE

Costretti a sorvolare sulle disposizioni di contrasto all'immigrazione illegale²⁴¹, di rimodulazione

cherebbero le ragioni di necessità e urgenza poste alla base della decisione di procedere con d.l.; la manifesta assenza delle circostanze *ex art. 77 Cost.* si tradurrebbe in un'ipotesi di carenza di potere a fronte del quale i Giudici della Consulta possono svolgere uno scrutinio che tenga conto anche dell'analisi del preambolo del decreto, della Relazione governativa che affianca il d.d.l. di conversione e del complessivo contesto in cui la previsione si inserisce. I dubbi troverebbero conferma nei monitoraggi sugli sbarchi i quali rendono francamente difficile denotare l'assenza di una situazione straordinaria da fronteggiare (l'ampia discrezionalità del Governo non giunge a ritenere sufficiente per la decretazione d'urgenza la sola necessità di provvedere senza la ricorrenza di una situazione indifferibile che fuoriesce dall'ordinario) e nella mancanza di un contesto di unitarietà cui ricondurre le tematiche normate.

²⁴⁰ ... che consente di pensare giacessero, nel cassetto dell'*Establishment*, altre direttive in linea con la propria *vision* da proporre, se del caso, nel prossimo futuro.

²⁴¹ Si attingono solo per sommi capi. Nonostante il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione presso il Ministero dell'interno reclamizzi una drastica riduzione degli sbarchi nel 2019 (non è dato sapere quale ne sia il costo in termini di dispersi in mare, respingimenti in Paesi non sicuri), i considerando introduttivi posti in premessa al decreto legge veicolano un'altra vetrina e manifestano la «straordinaria necessità e urgenza» di intervenire con decreto per «contrastare prassi elusive della normativa internazionale» e per «rafforzare il coordinamento investigativo in materia di reati connessi all'immigrazione clandestina, implementando, altresì gli strumenti di contrasto a tale fenomeno». Riducendo ai minimi termini siffatte considerazioni, sembra si debbano chiudere i porti e impedire alle ONG di fare da tassisti ai migranti. Si rinnova l'art. 11 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 con l'aggiunta del comma 1 *ter* il quale, nella versione definitiva, scaturente dalla l. di conversione n. 77 del 2019, statuisce che il Ministro dell'interno possa «limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale». La decisione è adottata dal Ministro dell'interno, di concerto con i Ministri della difesa e delle infrastrutture e trasporti. Secondo A. Natale, *A proposito del decreto sicurezza-bis*, in *Questione giustizia*, 20 giugno 2019, p. 3 il dettame è «utile e prezios[o]»: «la necessaria esistenza di un provvedimento renderà più trasparente la catena decisionale, più agevolmente individuabili le responsabilità politiche e (...) giuridiche e, sebbene con angusti (e probabilmente non tempestivi) spazi di intervento, renderà quei provvedimenti giustiziabili dalla giurisdizione amministrativa (dovendosi probabilmente escludere che si tratti di "atti politici", sottratti alla sfera di controllo del giudice amministrativo)». Alla lettura del contributo si rimanda per le ulteriori puntualizzazioni circa i presupposti per disporre la chiusura dei porti, i limiti a tale facoltà, le formalità da osservare sulle quali il decreto *sicurezza bis* ha prodotto tre effetti rilevanti e le sedi per proporre eventuali gravami (riconducibili essenzialmente al necessario rispetto degli obblighi internazionali assunti dall'Italia). Corposa è l'azione, ad opera del d.l. n. 53 del 2019, sull'articolo 12 del d.lgs. n. 286 del 1998, rivisto e arricchito in sede di conversione: oltre alle precisazioni fatte al comma 6 *bis*, viene infarcito di ulteriori 4 commi tutti dimostranti, in modo esplicito, l'intendimento di isolare il migrante, disincentivando, salvo qualche timida apertura assimilabile alla figura del reato continuato in caso di violazioni esecutive di un programma unitario – con il ricorso a

del tessuto amministrativo nelle direzioni più disparate²⁴² e ad abbozzare le misure a garanzia dell'ordine e sicurezza pubblici²⁴³, si giunge dritti a quelle che adducono novità al codice di diritto penale.

La tendenza che informa di sé l'intero atto legislativo, contrassegna pure l'art. 7 del d.l. n. 53 del 2019 che s'interpone negli sviluppi sostanzialistici. Si statuisce che la resistenza a pubblico ufficiale sia aggravata per il semplice fatto che essa avvenga «nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico»²⁴⁴ (con aggravante ad effetto comune) (art. 339, comma 1, c.p.). È previsto un inasprimento sanzionatorio (attraverso un aggravante ad effetto speciale) per l'interruzione o il turbamento della regolarità di un ufficio o pubblico servizio ovvero di un servizio di pubblica necessità allorché siano posti in essere «nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico» (reclusione sino a due anni) (comma aggiunto dopo il primo comma dell'art. 340 c.p.). La legge di conversione ha incrementato l'art. 7 di cui sopra di altre due lett., la *b) bis* e *ter*, le quali ricadono, rispettivamente, sugli artt. 341 *bis* e 343 c.p. che regolamentano l'«*Oltraggio a pubblico ufficiali*» e l'«*Oltraggio a magistrato in udienza*», determinandone un sostanzioso aumento di pena. Sicché, nell'odierna versione, la prima disposizione, al comma 1, stabilisce che «Chiunque, in luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più persone, offende l'onore ed il prestigio di un pubblico ufficiale mentre compie un atto d'ufficio ed a causa o nell'esercizio delle sue funzioni è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni». Mentre, la seconda: «Chiunque offende l'onore o il prestigio di un magistrato in udienza è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni».

Destinatario dell'intervento legislativo è, altresì, l'art. 419 (comma 2) c.p. («*Devastazione e saccheggio*») dal seguente tenore: «Chiunque, fuori dei casi preveduti dall'art. 285, commette fatti di devastazione o saccheggio è punito con la reclusione da otto a quindici anni. La pena è aumentata se il fatto è commesso nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico ovvero su armi, munizioni o viveri esistenti in luogo di vendita o di deposito».

sanzioni amministrative (salve quelle penali), agli strumenti del sequestro cautelare e la sanzione accessoria (afflittiva) della confisca delle navi che trasportano gli stranieri, l'affidamento della competenza per gli accertamenti e l'applicazione delle sanzioni al prefetto, le responsabilità del comandante, le rigidità in caso di reiterazione delle violazioni –, quanto più possibile, ogni forma di aiuto e soccorso in suo favore.

²⁴² Numerose sono le norme emendate: si comincia con l'art. 5 del d.l. n. 53 del 2019, ampliato in fase di conversione, con due nuovi commi (1 *bis* e *ter*) che hanno rinnovato l'art. 109 del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773 recante l'«*Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*»; la previsione stabilisce gli obblighi dei gestori di esercizi alberghieri e di altre strutture recettive in merito all'alloggio, pure di stranieri extracomunitari, alle comunicazioni cui sono tenuti alle questure territorialmente competenti, termini e formalità. Alla tematica è dedicato, inoltre, il Capo II del d.l. n. 53 del 2019: gli artt. 8-8 *quater*, 10-12 *ter* e 17 *bis* contengono, nell'ordine, le direttrici «straordinarie per l'eliminazione dell'arretrato relativo all'esecuzione delle sentenze penali di condanna definitiva», quelle per il «Potenziamento dei presidi delle Forze di polizia», l'«Incremento del monte ore di lavoro straordinario per il personale operativo del Corpo nazionale dei vigili del fuoco», concernenti il «personale dell'Amministrazione civile dell'interno», le «Misure urgenti per il presidio del territorio in occasione dell'Universiade Napoli 2019», il rifacimento degli snodi normativi principali in punto di Forze di polizia, la loro formazione e coordinamento, di soggiorni di breve durata, fondo di premialità per le politiche di rimpatrio, di meccanismi urgenti «per assicurare la funzionalità del Ministero dell'Interno», accrescimento «del fondo risorse decentrate per il personale contrattualizzato non dirigenziale dell'Amministrazione civile dell'interno» e per la procedura concorsuale «per l'accesso alla qualifica di capo squadra del Corpo nazionale dei vigili del fuoco».

²⁴³ Le disposizioni intervengono sulla disciplina dei reati commessi nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico. L'art. 6 del d.l. n. 53 del 2019 – leggermente rifinito dalla l. n. 77 del 2019 – apporta innovazioni all'art. 5 della l. 22 maggio 1975, n. 152 (legge 'Reale') anche nella prospettiva di offrire maggior tutela per gli operatori delle forze di polizia impiegati in servizio di ordine pubblico: si inaspriscono le sanzioni laddove l'uso – senza giustificato motivo – di caschi protettivi o di qualsiasi altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della avvenga «in occasione di manifestazioni che si svolgono in luogo pubblico o aperto al pubblico» (l'arresto da due a tre anni e l'ammenda da 2.000 a 6.000 euro). Sempre la stessa norma provvede ad introdurre l'art. 5 *bis* della l. n. 152 del 1975 (reato di pericolo concreto): «Salvo che il fatto costituisca più grave reato e fuori dai casi di cui agli articoli 6-*bis* e 6-*ter* della legge 13 dicembre 1989, n. 401, chiunque, nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico, lancia o utilizza illegittimamente, in modo da creare un concreto pericolo per l'incolumità delle persone, razzi, bengala, fuochi artificiali, petardi, strumenti per l'emissione di fumo o di gas visibile o in grado di nebulizzare gas contenenti principi attivi urticanti, ovvero bastoni, mazze, oggetti contundenti o, comunque, atti a offendere, è punito con la reclusione da un anno a quattro anni. Quando il fatto è commesso in modo da creare un concreto pericolo per l'integrità delle cose, la pena è della reclusione da sei mesi a due anni». La norma pare debba accogliersi con favore: puntuale nella sua descrizione, rappresenta uno strumento ideale per combattere forme di manifestazione violenta che mettono a repentaglio la sicurezza dei cittadini e, soprattutto, quella delle forze dell'ordine le quali, intervenendo sul posto, spesso, subiscono aggressioni alla loro incolumità fisica.

²⁴⁴ Pubblico è ogni spazio che, per definizione e natura, è accessibile liberamente a tutti senza particolari limitazioni; di contro, aperto al pubblico è qualsivoglia luogo nel quale l'accesso è consentito a particolari condizioni soltanto dopo l'espletamento di particolari formalità.

L'ultima incursione concerne l'art. 635 c.p. («*Danneggiamento*»), parzialmente rimaneggiato. Difatti, dopo il primo periodo del comma 4, è inserito questo: «Chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui in occasione di manifestazioni che si svolgono in luogo pubblico o aperto al pubblico è punito con la reclusione da uno a cinque anni». Poi, nell'ultimo, le parole «al primo e al secondo comma» sono sostituite dalle seguenti «, di cui ai commi precedenti». Ne deriva che esso prevede così: «Per i reati, di cui ai commi precedenti, la sospensione condizionale della pena è subordinata all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero, se il condannato non si oppone, alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato, comunque non superiore alla durata della pena sospesa secondo le modalità indicate dal giudice nella sentenza di condanna»²⁴⁵.

All'esito di questa carrellata, affiora, con chiarezza, il messaggio, nemmeno tanto recondito, che il Governo ha voluto dare. La commissione di illeciti è sempre meritevole di sanzione; essa, però, è viepiù meritevole di biasimo e di inflessibile risposta sanzionatoria, laddove i reati siano commessi nel corso di manifestazioni che si svolgono in luogo pubblico o aperto al pubblico. In tali casi, si ritiene giustificato un deteriore trattamento punitivo. Questa scelta di politica criminale è fortemente discrezionale e, dunque, potrebbe superare possibili censure di legittimità costituzionale. Nondimeno, tali previsioni contribuiscono – ponendosi in attrito con i principi ispiratori del Costituente nell'istituire la libertà di riunione (art. 17 Cost.) – a descrivere un immaginario in base al quale il manifestante è una persona potenzialmente pericolosa e gli stessi spettacoli sono luoghi pericolosi e criminogeni.

Passando al processo penale, lo sguardo cade sull'art. 3 del d.l. n. 53 del 2019 che agisce sull'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. accentrando la responsabilità delle indagini preliminari alla Procura distrettuale per i reati di associazione a delinquere finalizzata al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare sul territorio dello Stato. La previsione originaria prevedeva l'attribuzione delle investigazioni alla responsabilità delle procure distrettuali solo per i casi di delitti associativi tesi a commettere le più gravi tra le violazioni dell'art. 12 d.lgs. n. 286 del 1998 (commi 3 e 3 *ter*). Il conferimento a queste ultime dell'inchiesta anche per fatti di minore gravità, appare poco comprensibile e non affatto giustificabile dalla «straordinaria necessità ed urgenza di rafforzare il coordinamento [delle indagini] in materia di reati connessi all'immigrazione clandestina». In realtà, senza fare della dietrologia che porterebbe a pensare si sia voluto evitare di incappare nelle Procure (circondariale) di Agrigento e (distrettuale) di Catania che, di fronte al fenomeno dei soccorsi in alto mare e la richiesta delle ONG, hanno assunto un diverso atteggiamento, la modifica intervenuta sul testo dell'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. è meno innocua di quel che si possa credere. In effetti, l'inclusione, nel disposto in esame, pure del delitto di cui all'art. 416 c.p., teso a commettere il delitto di cui all'art. 12, comma 1, d.lgs. n. 286 del 1998 comporta l'applicabilità a tale illecito: a) delle presunzioni di adeguatezza della misura cautelare carceraria prevista dall'art. 275, comma 3, c.p.p.; b) del fermo di indiziato di delitto anche fuori delle ipotesi previste dall'art. 384 c.p.p. (in forza di quanto statuito dall'art. 77 d.lgs. n. 159 del 2011 che richiama l'art. 4 del medesimo provvedimento il quale, a sua volta, rinvia all'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p.); c) del raddoppio dei termini di prescrizione previsto dall'art. 157, comma 6, c.p. Anche in questa evenienza, dunque, con il cambiamento di una previsione di carattere processuale, si introduce un'ulteriore estensione dei casi di diritto penale e processuale differenziato.

La legge di conversione ha inserito il comma 3 *bis* («*Modifica all'articolo 380 del codice di procedura penale*») il quale recita: «1. All'articolo 380, comma 2, del codice di procedura penale, dopo la lettera *m-quater*) è aggiunta la seguente: "*m-quinquies*) delitto di resistenza o di violenza contro una nave da guerra, previsto dall'articolo 1100 del codice della navigazione».

Rientra nel nugolo di regole processualistiche anche l'art. 9 del d.l. n. 53 del 2019 dalla efficace rubrica «*Rifissazione e proroga di termini in materia di protezione di dati personali e di intercettazioni*». In base ad essa, non stona ripeterlo, l'art. 57 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, abrogato, a decorrere dall'8 giugno 2019, dall'art. 49, comma 2, del d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51, «riprende vigenza dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2019»²⁴⁶. Invece, all'art. 9 d.lgs. 29 dicembre 2017, n.

²⁴⁵ A. Natale, *A proposito del decreto sicurezza-bis*, cit., p. 10 rammenta che «Non è secondario osservare che la cornice editale prevista per tale ipotesi di danneggiamento consente l'arresto (facoltativo) in flagranza di reato e financo l'applicazione di misure coercitive di carattere custodiale».

²⁴⁶ Si tratta della previsione che raccoglie in un *unicum* le modalità di attuazione dei principi del Codice della *privacy* relati-

216 sono arretrate tali modifiche: «al comma 1, le parole “dopo il 31 luglio 2019” sono sostituite dalle seguenti “dopo il 31 dicembre 2019”» e «al comma 2, [i termini] “a decorrere dal 1° agosto 2019” sono sostituite [da] “a decorrere dal 1° gennaio 2020”». Pertanto, la normativa transitoria della novella in materia di intercettazioni, oggi, è tale: «1. Le disposizioni di cui agli articoli 2, 3, 4, 5 e 7 si applicano alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il 31 dicembre 2019. 2. La disposizione di cui all’articolo 2, comma 1, lettera b), acquista efficacia a decorrere dal 1° gennaio 2020».

La previsione successiva, l’art. 4 del d.l. n. 53 del 2019, dalla intitolazione «*Potenziamento delle azioni sotto copertura*», tocca la fase delle indagini; pertanto, anche se la disciplina dell’istituto non ricade sotto l’ombrello del codice di rito penale, pertiene a quest’ultimo. Detta norma, ispirata al miglioramento investigativo e processuale, nella veste risultante dalla conversione in virtù della l. n. 77 del 2019, configura uno dei più incisivi (nonché dibattuti) elementi di novità in materia di contrasto alle correnti migratorie. Con tale intervento, si è inteso fornire un più efficace strumento di raccolta delle prove in riferimento al pernicioso reato di favoreggiamento all’immigrazione clandestina, estendendo la regolamentazione delle operazioni di polizia sotto copertura al contrasto di detta fattispecie. L’intento, in altre parole, è di potenziare l’armamentario investigativo per la prevenzione, l’accertamento e la repressione di un illecito considerato particolarmente allarmante in ragione della sua crescente diffusività e gravità degli effetti distorsivi a danno, prima ancora che dei Paesi che devono fronteggiare gli sbarchi, dei diritti fondamentali degli stessi migranti che subiscono angherie di qualsiasi genere. Di fronte alla ritenuta esigenza di combattere una nuova battaglia campale nei confronti dell’immigrazione, occorre ponderare le forze schierate per combatterla; muovendo dall’assunto che il fenomeno sia endemico, bisogna avvalersi di arnesi già collaudati in settori diversi: gli agenti sotto copertura (posso essere ausiliari o interposti, ma anche agenti di p.g. ovvero soggetti appartenenti a forze estere).

Da questa visuale, l’aumento della speciale metodica d’indagine si rende necessario in virtù dell’accertamento di simile reato, nella quasi totalità delle ipotesi capace di investire gli inquirenti di varia nazionalità poiché le navi che trasportano i carichi di migranti battono bandiera di differenti Paesi e salpano dalle coste delle Nazioni più disparate; senza contare che, spesso, molti di coloro che si rendono autori del crimine, si mimetizzano tra gli stessi migranti che giungono nel nostro territorio, continuando a tenere contatti con quello d’origine.

Viene introdotta, pertanto, la possibilità di ricorrere a operazioni sotto copertura che consentano di infiltrare agenti di polizia giudiziaria, loro ausiliari o persone interposte in contesti in cui si abbia motivo di ritenere si stia consumando il delitto in questione, scriminando condotte altrimenti suscettibili di integrare il reato e autorizzando il ritardo di atti di competenza del soggetto *ex art. 55 c.p.p.* Dunque, vengono incluse nell’ambito di applicazione proprio delle operazioni sotto copertura della polizia giudiziaria anche i comportamenti *contra legem* sussumibili nei fenomeni di favoreggiamento all’immigrazione clandestina. L’attività *under cover*, già prevista in funzione di contrasto di altre fenomenologie criminose, consente di acquisire significativi dati probatori, ma deve essere sempre svolta nel rispetto delle garanzie individuali.

Lo spirito riformatore è consistito nell’imbastire tale disposto: «Agli oneri derivanti dall’implementazione dell’utilizzo dello strumento investigativo delle operazioni sotto copertura di cui all’articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, anche con riferimento alle attività di contrasto del delitto di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, in relazione al concorso di operatori di polizia di Stati con i quali siano stati stipulati appositi accordi per il loro impiego nel territorio nazionale, (...), si provvede mediante corrispondente utilizzo» di entrate, previamente determinate, affluite nel bilancio dello Stato.

La norma deve essere letta, inevitabilmente, in combinato con quella dell’art. 9 l. n. 146 del 2006; pertanto, per quanto concerne la sfera soggettiva, legittimati alle *undercover operation* sono coloro che sono elencati in detta previsione incaricati dai vertici, tenuti a darne preventiva comunicazione all’autorità giudiziaria competente per le indagini. Sicché, si è concentrata la responsabilità di queste speciali missioni investigative in capo a coloro che rivestono posizioni apicali nelle gerarchie delle forze dell’ordine, in ragione sia della loro pericolosità per l’incolumità di chi vi partecipa, sia degli elevati costi che comportano.

Su un piano attiguo, sembra possa svolgersi una duplice considerazione sui requisiti di liceità delle

vamente al trattamento dei dati impiegate per le finalità di cui all’art. 53 dal Centro elaborazioni dati e da organi, uffici o comandi di polizia, anche ad integrazione e modifica del decreto del Presidente della Repubblica 3 maggio 1982, n. 378, e in attuazione della Raccomandazione R (87) 15 del Consiglio d’Europa del 17 settembre 1987, e successive modificazioni.

operazioni sotto copertura al fine di saggiarne la intrinseca razionalità e la compatibilità con le stringenti indicazioni provenienti dalla Corte e.d.u.: il ricorso all'agente sotto copertura è tassativo e non può superare l'alveo del reato del favoreggiamento all'immigrazione clandestina; di conseguenza, tale figura non può essere impiegata in riferimento ad altri illeciti relativi all'immigrazione; le attività che egli può svolgere nell'espletamento dell'incarico non sono illimitate. L'assenza di un *numerus clausus* rischia di creare dispute ed è congeniale a estensioni – fuori dagli schemi – dei possibili adempimenti; di certo, pare che questi ultimi debbano essere necessariamente circoscritti a quelli indispensabili per l'acquisizione di prove relative a illeciti già in corso. L'attività investigativa compiuta in forma simulata, dunque, deve tendere esclusivamente a scopi probatori; solo in quest'ottica, essa trova legittimazione. Gli atti posti in essere dall'ufficiale sotto copertura non possono esorbitare dai confini delle rispettive competenze e devono sempre iscriversi entro i limiti del corretto operare. Né è di poco conto la tutela dei diritti individuali che, mai, deve subire una *deminutio*. A fronte di tali considerazioni, si desume la necessità di individuare il corretto punto di equilibrio tra diversi interessi coinvolti che possa orientare le azioni dell'agente sotto copertura.

Le condotte del *fictus emptor* (principalmente quelle prodromiche e/o strumentali nell'esecuzione di attività illecita altrui), dal punto di vista pratico-criminologico, sono scriminate allorché non si traducano in istigazione o provocazione di comportamenti delittuosi²⁴⁷: pure quando sono poste in essere con l'ausilio di strumentazione che si renda fondamentale per lo svolgimento dei singoli adempimenti (sempre, ove sottoposta a vincoli, dietro benessere dell'autorità giudiziaria). Ciò, in ossequio agli orientamenti granitici della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, recepiti dalla Suprema corte. La legittimità delle operazioni sotto copertura si riverbera sul possibile utilizzo dei dati istruttori raccolti nel processo, altrimenti non impiegabili poiché contrari alle regole del giusto processo (artt. 111 Cost. e 6 Cedu)²⁴⁸.

Giova sottolineare che, non molto tempo prima del decreto sicurezza *bis*, l'impiego delle operazioni sotto copertura è stata materia di trattazione, da parte della l. n. 3 del 2019, che, nel predisporre una specifica strategia repressiva dei fenomeni corruttivi, a fronte del loro dilagare, ha innovato l'istituto²⁴⁹.

²⁴⁷ Appianante circa il *discrimen* tra "agente infiltrato" e "provocatore", quanto scrive G. Ballo, *Le operazioni sotto copertura*, in L. Della Ragione (a cura di), *La legge anticorruzione 2019 (l. 9 gennaio 2019, n. 3)*, ne *Il Penalista* (Speciale riforma), Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 59: il primo è il «soggetto che, appartenendo alle forze di polizia o collaborando formalmente con esse, agisce nell'ambito di un'indagine preliminare ufficiale di cui le autorità sono al corrente, in presenza di plausibili sospetti a carico di un soggetto circa l'imminente commissione di un reato. Nell'espletamento delle sue attività, non si spinge a determinare attivamente condotte criminose altrui che, senza la sua azione, non avrebbero avuto luogo ma si limita ad un'opera passiva di osservazione e contenimento»; il secondo, l'«agente che, all'interno o all'esterno di una missione ufficialmente autorizzata e documentata, pone in essere una condotta attiva di istigazione, induzione, ideazione o esecuzione di uno o più fatti penalmente illeciti, che senza il suo intervento determinante non si sarebbero mai verificati. Ciò al manifesto scopo di procedere all'arresto dell'indiziato qualora l'istigazione sia accolta». Di particolare significato, A.F. Masiero, *L'agente sotto copertura in materia di delitti contro la pubblica amministrazione: una (in) attesa riforma. Note a margine della legge "spazza-corruttori"*, cit., p. 4 ss. che, dopo aver incorniciato tale figura, identificandola in colui il quale si propone «di far cogliere in flagranza gli autori dei reati ed assicurarli alla giustizia, scardinando così dall'interno l'associazione criminale», è fautore di una ricostruzione storica del tipo di operazione investigativa, spingendo, con l'ausilio delle opposte vedute dottrinarie e giurisprudenziali, sulla configurazione e in che termini delle condotte scriminate. Sull'aspetto, v., pure, F. Piccioni, *Decreto sicurezza bis convertito in legge. Tutte le modifiche*, cit., p. 11.

²⁴⁸ G. Ballo, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 63 disquisisce altresì sulla validità del sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato operato sulla base delle risultanze delle attività sotto copertura di cui venga riconosciuto il superamento dei limiti imposti dalla legge, nonché, sulla problematica della testimonianza anonima dell'agente

²⁴⁹ Si vuole ricordare che il tema, spinoso, delle operazioni sotto copertura è, appunto, anche oggetto di limature ad opera della l. n. 3 del 2019 (art. 1, comma 8). Difatti, essa, ottemperando a quanto caldeggiato dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'Onu il 31 ottobre 2003 (Convenzione di Mérida), ne ha riscritto l'art. 9, comma 1, lett. a), della l. 16 marzo 2006, n. 146 nel modo che segue e, così facendo, ne ha accentuato la dimensione sino a diventare elefantica (vi hanno fatto ingresso tredici nuove fattispecie tra quelle per cui è consentito ricorrere alle operazioni sotto copertura): «Fermo quanto disposto dall'articolo 51 del codice penale, non sono punibili: a) gli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia [n.d.r.: preventivamente autorizzati dai vertici gerarchici dell'ufficiale che deve agire *under cover*], nei limiti delle proprie competenze, i quali, nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti previsti dagli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 452-quaterdecies, 453, 454, 455, 460, 461, 473, 474, 629, 630, 644, 648-bis e 648-ter, nonché nel libro secondo, titolo XII, capo II, sezione I, del codice penale, ai delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi, ai delitti previsti dall'art. 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla

condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nonché ai delitti previsti dal testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e dall'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75, anche per interposta persona, danno, rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro o altra utilità, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto, prezzo o mezzo per commettere il reato o ne accettano l'offerta o la promessa o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego ovvero corrispondono denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri, promettono o danno denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o per remunerarlo o compiono attività prodromiche e strumentali». L'elencazione di tali delitti è tassativa e annovera svariate fattispecie illecite, contemplate, talune, nel codice penale e talaltre, nella legislazione speciale. Condivisibili appieno sono le considerazioni di N. Ventura, *L'attività sotto copertura della P.G. per il contrasto dei fenomeni corruttivi. Gli interventi del legislatore del 2019*, ne *Il Penalista*, 6 febbraio 2019, p. 3 s. per cui, attraverso la disamina della elencazione degli illeciti, si coglie «l'intentio legis di assicurare – il più possibile – il corretto funzionamento dell'amministrazione pubblica; e detta tutela pare esplicarsi (proprio) mercé l'adozione di un'efficace strategia di contrasto in relazione ad un numero di delitti decisamente cospicuo, tutti riconducibili alla materia in discorso». Inoltre, risulta palese che «l'espressa previsione di attività sotto copertura della polizia giudiziaria come possibile deterrente alla perpetrazione di condotte lesive di beni giuridici ricompresi nel concetto di pubblica amministrazione». Quanto, poi, alle condotte vietate, gli ufficiali *under cover*, anche per interposta persona, possono, ad esempio, fornire asilo o sostegno agli affiliati ad una compagine criminale, acquistare, ricevere, sostituire o nascondere soldi o forme differenti di guadagno, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che rappresentano l'oggetto, il prodotto, il profitto o il prezzo oppure il mezzo per commettere il reato, attuare patti *contra legem*, accordare denaro o altro benefit al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio che li abbia pretesi, sono legittimati a porre in essere atti a ciò preliminari o funzionali, etc. Insomma, si estende la disciplina relativa alle operazioni di polizia sotto copertura – che esclude la punibilità degli ufficiali di p.g. che pongano in essere condotte penalmente rilevanti, poiché scriminate, al solo fine di acquisire elementi di prova – al contrasto di alcuni illeciti contro la PA. Ciò, ripropone, anche per questo frangente, la diatriba circa il distinguo, nitido in astratto ma più sfumato nel concreto, da tracciarsi fra la figura dell'infiltrato (*undercover agent*) e quella dell'agente provocatore (*agent provocateur*). Al riguardo, la Suprema corte e la Corte e.d.u. hanno sostenuto reiteratamente che, mentre l'attività del primo risulta legittima quando costituisce, in via prevalente, di osservazione, controllo e contenimento delle azioni illecite altrui, quella del secondo – la cui condotta consiste nell'induzione e nell'incitamento al reato, che assume rilevanza causale nel fatto commesso dal provocato nel quale venga suscitato un intento delittuoso (*incitement* o *entrapment*) prima inesistente – che, non trovando esplicita definizione normativa, risulta inammissibile e che determina, non solo la responsabilità dell'agente, ma anche l'inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p. della prova acquisita, per contrarietà ai principi del giusto processo e rende l'intero procedimento suscettibile di un giudizio di non equità ai sensi dell'art. 6 della Cedu (cfr. Cass., sez. III, 16 settembre 2013, n. 37805). V., in proposito, F. Piccioni, *L'anticorruzione in Gazzetta ufficiale. Le novità della legge 3/2019*, cit., p. 6. Altresì, G. Pavich, *La nuova legge anticorruzione: alla ricerca dell'efficacia perduta nella lotta al malaffare*, cit., p. 9 il quale, nel riportare le critiche mosse alla estensione della non punibilità agli agenti sotto copertura, in merito al catalogo dei crimini contro la PA, scrive che, in special modo, «si sono espresse perplessità circa la giustificazione dell'agente sotto copertura qualora egli corrisponda danaro o altra utilità in esecuzione di un accordo già concluso da altri, ovvero dia il denaro o l'utilità richiesti dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio (ossia agisca "come" un corruttore), ma al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti (che, quindi, si suppone, sarebbero stati già commessi). Ne deriva, secondo tale assunto, la prevedibile inutilità della figura dell'agente sotto copertura nei casi in cui il fenomeno corruttivo si manifesti in un circuito "chiuso", in cui gli agenti finiscano col conoscersi tutti (gare d'appalto, forniture pubbliche e simili); o il forte rischio, nelle altre procedure amministrative (es. richieste di concessioni, pratiche edilizie ecc.) che l'agente sotto copertura venga a trovarsi in una situazione "di confine" con l'agente provocatore. O soggiungersi che la stessa tecnica legislativa appare discutibile, accomunando in un unico, farraginoso elenco casistico – assai più esteso di quello precedente – le diverse tipologie di condotte in cui dovrebbe consistere l'attività "giustificata" degli agenti sotto copertura, a fronte di un catalogo di reati – quelli oggetto dell'attività investigativa cui si applica la causa di non punibilità – che, oggi molto più di ieri, comprende numerose e variegate fattispecie criminose, ma che proprio per questo avrebbe richiesto una più meditata ed esatta classificazione delle condotte non punibili in rapporto a ciascun reato oggetto d'indagine». Sulla distinzione tra agente infiltrato e provocatore, specialmente, V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., p. 253 ss. L'A., dopo averne circoscritto le figure, i limiti nel ruolo, i margini del loro operato, i riverberi della loro azione sul terreno processuale, ricostruito il percorso giurisprudenziale sul tema, si interroga sulla la riconducibilità della esimente per l'infiltrato all'art. 51 c.p. Si legga pure l'editoriale di T. Padovani, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 3, p. 4 il quale, dopo aver puntualizzato che si è attribuito all'agente sotto copertura un ruolo analogo a quello del corruttore, senza che ciò si traduca in una condotta istigatoria, vale a dire promotrice (lo renderebbe «manifesto non solo il limite teleologico [dei comportamenti] autorizzat[i]: "al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti ..." (i quali quindi si suppongono già commessi)», ma anche le precisazioni sull'atteggiamento da tenere che deve seguire sempre la "richiesta" dell'agente pubblico, esprime dubbi sulla funzione di costui reputandola inconsistente. «È inconsistente, e cioè priva di una funzione praticamente identificabile, ogni qual volta il fenomeno corruttivo si manifesti in un circuito, per così dire, "chiuso"» ove, conoscendosi quasi tutti, è difficile che l'agente possa operare senza essere scoperto e si verifica un indebolimento dell'efficacia delle captazioni, ad oggi strumento più efficace nell'accertamento di fatti corruttivi. Nei circuiti contrattuali aperti, l'inserimento dell'agente sotto copertura si realizza con maggiore facilità, tuttavia, per l'A., «il suo ruolo finirà per risultare pericolante, e cioè pericolosamente inclinato

Orbene, per quanto appena detto, le condotte che gli agenti di polizia giudiziaria possono assumere sotto copertura sono – di regola – proibite; tuttavia, sussistendo specifiche esigenze investigative, nonché per finalità di acquisizione probatoria, i predetti soggetti sono legittimati a tenere comportamenti in contrasto con la legge allorché si proceda – tra l’altro – per reati suscumbibili in fenomeni di favoreggiamento all’immigrazione clandestina.

A fronte di ciò, però, viene spontaneo interrogarsi sulla incriminabilità dell’ufficiale *under cover* in relazione ai contegni assunti, in modo simulato, per motivi connessi all’ufficio da costui ricoperto. Dal coordinamento delle norme chiamate in causa, si evince che, in materia di operazioni sotto copertura della polizia giudiziaria, deve essere ritenuta operativa una precisa causa di giustificazione, ossia l’esercizio di un diritto o l’adempimento di un dovere (art. 51 c.p.), anche simili situazioni: il che, vale anche in tema di delitti riconducibili a fenomeni corruttivi. Una determinazione di codesto tenore sembra essere motivata dalla necessità di non penalizzare un esponente delle forze dell’ordine che, nell’ambito di attività investigativa, abbia dovuto assumere fittiziamente determinati comportamenti solo per adempiere a compiti connessi alle proprie mansioni e per acquisire elementi di prova a carico dei presunti colpevoli di reati attinenti l’immigrazione. Sicché, ogniqualvolta emerga la legittimità della condotta assunta dall’investigatore sotto copertura, trova applicazione la scriminante prevista dal citato art. 51 c.p.; diversamente, lo stesso investigatore sotto copertura si vedrà diretto protagonista di un procedimento penale instaurato a suo carico per i comportamenti tenuti in modo non regolare durante l’operazione *under cover*. È plausibile limitare lo spazio operativo secondario dell’art. 51 c.p. a interventi indiretti e marginali nell’ideazione ed esecuzione del fatto che – in assenza dei presupposti autorizzatori della scriminante speciale – si risolvono in un’attività di controllo, osservazione e contenimento delle azioni illecite altrui, all’infuori di qualsiasi realizzazione penalmente tipica. Non deve introdursi nella causalità: al più deve fornire l’occasione perché si concretizzi il fatto/intento penalmente rilevante. Si tratta di una compartecipazione meramente passiva.

Non possono non esprimersi voci di biasimo su taluni particolari aspetti connessi alla innovata disciplina investigativa ad opera del decreto sicurezza *bis*. Indubbiamente, ciò giova in funzione di contrasto di un fenomeno criminoso di significativo rilievo, poiché dimostra una decisa volontà di avversare severamente determinati comportamenti illeciti capaci di minare i capisaldi di uno Stato di diritto. Tuttavia, tale regolamentazione si pone a detrimento dei diritti individuali. In particolare, sul piano processuale, occorre comprendere come si concili un accertamento che ambisce a definirsi “giusto” (art. 111 Cost.) e tecniche d’indagine che tendono ad annichilire potestà fondamentali dell’individuo. Ci si

sul versante dell’agente provocatore». (...) L’agente sotto copertura è destinato a compiere un vero e proprio *slalom* lungo il percorso esecutivo del reato, per evitare di uscir di pista e prendere la china dell’agente provocatore. È allora lecita la domanda: che ci sta a fare l’agente provocatore nel contrasto alla corruzione? Forse solo danni alla causa, e magari anche a se stesso» agente. Fondamentali anche le delucidazioni di G. Ballo, *Le operazioni sotto copertura*, cit., p. 54 ss. la quale sviluppa il tema da tre angoli prospettici: i soggetti legittimati, catalogo dei reati per cui è ammesso il ricorso alle operazioni sotto copertura, il novero delle condotte scriminate, senza dimenticare di segnalare la giurisprudenza della Corte e.d.u. sulla diversificazione tra agente infiltrato e provocatore, le problematiche attinenti la partecipazione dell’agente al processo nel quale si è adoperato in fase investigativa, per chiudere con nette osservazioni critiche a causa «della dubbia compatibilità ontologica» dei reati di corruzione con un mezzo investigativo come quello di cui si discute. Sull’argomento, v., pure, A.F. Masiero, *L’agente sotto copertura in materia di delitti contro la pubblica amministrazione: una (in) attesa riforma. Note a margine della legge “spazza-corrotti”*, cit., p. 13 ss. L’A. indulgia sulle questioni di legittimazione attiva (se l’infiltrazione nel circuito della corruzione è riservata ai soli ufficiali, che possono avvalersi di ausiliari, o anche agli agenti di polizia giudiziaria) ritenendo che possono agire sotto copertura «tanto i privati che collaborano con le autorità di polizia, quanto queste ultime: con la grande incognita, tuttavia, circa le concrete modalità che tali soggetti potranno far proprie per insinuarsi ed accreditarsi [nel] contesto criminale, tanto ristretto e inavvicinabile quanto sospettoso e refrattario a intrusioni dall’esterno». Poi, insiste anche sulla tipologia di comportamenti che il soggetto sotto copertura può compiere soltanto allo scopo di reperire elementi istruttori, su come la metodica investigativa può calarsi nel concreto, sulle vesti che egli può assumere, sulla necessità che l’apporto dell’*undercover* non abbia efficacia causale da essere etichettata come istigazione, sul *deficit* di determinatezza delle condotte prodromiche o strumentali a quelle scriminate dalla norma, per chiudere nel senso che il ricorso a detta forma d’indagine anche per i reati di corruzione è una «forzatura» di uno strumento che non si traduce nella «panacea di tutti i mali». Sradicando le *undercover operations* «dalla loro connaturale *sedes applicativa* equivale a snaturarle, producendo con ogni probabilità effetti controproducenti»: «(...) la scelta di estendere alla materia della P.A. detto strumento, lungi dall’apparire oculata, tradisce con ogni evidenza la sua natura: rivelandosi un pericoloso esperimento di una politica criminale che, in nome di un arido funzionalismo, sacrifica la certezza del diritto ed il rispetto delle garanzie penali». Sempre di A.F. Masiero può leggersi, per ulteriore approfondimento nel contrasto alla criminalità organizzata, *Profili sostanziali delle operazioni sotto copertura in materia di criminalità organizzata: prospettive nazionali ed europee*, in *Legislazione pen. web*, 3 ottobre 2018, p. 1 ss.

riferisce, appunto, alle *special investigative technique* che legittimano un ufficiale delle forze dell'ordine a compiere atti in forma mimetizzata, ossia non rivelando – a priori – la propria identità né, tanto meno, palesando il ruolo istituzionale ricoperto. Ciò, inevitabilmente accentua il disequilibrio tra la posizione dell'investigatore e quella dell'investigato: nelle forme simulate, tale svantaggio pare aumentare quando quest'ultimo è inconsapevole di trovarsi ad interagire, nella sua quotidianità, con un esponente delle forze dell'ordine di cui ignora l'ufficio realmente ricoperto. Ecco la ragione per la quale anche la Corte e.d.u. ha rimarcato l'importanza dell'art. 6 della Cedu e, nel contempo, ha stigmatizzato ogni provocazione posta in essere dall'agente sotto copertura allo scopo di indurre il soggetto provocato ad assumere una condotta *ex lege* vietata, quantunque la detta istigazione si giustifichi per ragioni di giustizia.

La stretta legalità, per concludere, deve essere assunta a criterio-guida di ogni iniziativa investigativa: la consapevolezza di dover agire per ragioni di giustizia deve costituire in sé una naturale tensione verso il legittimo espletamento dei propri compiti. Questo è valido in linea di principio. Il momento della concreta adozione di ogni disposizione legislativa può rivelare taluni aspetti problematici e, pertanto, occorre vagliarne attentamente la tenuta nell'ottica d'insieme del sistema ordinamentale. Di volta in volta, vanno verificati la salvaguardia del diritto di difesa dell'investigato e la capacità offensiva propria di qualsivoglia comportamento che favorisca l'immigrazione.

(SEGUE:) ... E IL DASPO "SPORTIVO"

Come anticipato trattando del d.l. n. 113 del 2018, le previsioni che governano gli istituti destinati a prevenire e reprimere episodi di violenza in occasione o a causa di manifestazioni sportive sono contenute nella l. n. 401 del 1989 («*Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestini e tutela della correttezza nello svolgimento di competizioni agonistiche*»). I meccanismi qui contemplati operano lungo due traiettorie: da un lato, si interviene nell'ambito del sistema di prevenzione penale impedendo, in presenza di determinati presupposti, ad alcune categorie di soggetti l'accesso ai luoghi in cui si svolgono le competizioni sportive; dall'altro, si consente, nell'ambito della repressione penale, un largo ricorso alla misura pre-cautelare dell'arresto, anche mediante l'elaborazione del controverso concetto della flagranza "differita", a cui si collega la celebrazione del giudizio direttissimo, connotato da tratti di assoluta atipicità rispetto all'omologo rito codicistico, nonché la predisposizione di ampi poteri decisori in capo al giudice penale.

Gli interventi novellistici contenuti nel decreto sicurezza *bis* coinvolgono diversi aspetti della disciplina vigente creando, come si vedrà, significative incertezze, ma anche, per alcuni versi, consentendo un avvicinamento più chiaro ad un dettato normativo non sempre di facile intelleggibilità.

L'assetto del DASPO sportivo, teso a contrastare la violenza in occasione di manifestazioni sportive, si incentra, in primo luogo, sulla riscrittura dell'art. 6 l. n. 401 del 1989, precetto dominante per la definizione degli strumenti *ante delictum*. Si è al cospetto di una ristrutturazione più formale che sostanziale, benché non manchino importanti novità²⁵⁰.

Il disposto si apre ricordando che il questore può interdire l'accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive specificamente indicate, nonché a quelli, definiti, «interessati alla sosta, al transito o al trasporto di coloro che partecipano o assistono alle manifestazioni medesime,» nei confronti dei soggetti classificati dalle lett. *a-d)* del comma 1 dell'art. 6 l. n. 401 del 1989. Le categorie di individui di cui alle lett. *a-b)*, sebbene collocate in un ordine differente, ripetono la struttura lessicale pregressa. Sono coloro che hanno mostrato, con i loro comportamenti, forme di pericolosità per la sicurezza pubblica specificamente connesse con lo svolgimento di manifestazioni sportive e rispetto a cui, pertanto, gli strumenti preventivi *ex lege* n. 401 del 1989 rappresentano i meccanismi più confacenti al fine di neutralizzarne gli eventuali effetti pregiudizievoli per l'ordine collettivo.

I nuclei soggettivi rinvenibili nelle lett. *c-d)*, viceversa, nella descritta prospettiva, palesano tratti di

²⁵⁰ Per M.F. Cortesi, *Gli strumenti di contrasto alla violenza in occasione di manifestazioni sportive nel decreto sicurezza bis*, in *Diritto penale contemporaneo web*, 31 luglio 2019, p. 2 «L'esigenza di riformulare il contenuto dell'art. 6, comma 1, l. n. 401 del 1989 nasce dal fatto che il nucleo portante ha subito, nel corso degli anni, continue modifiche al punto da vederne sacrificata la stessa organicità sistematica e rendendo, così, assai complessa l'interpretazione. Ora, invece, la ripartizione in lettere dei destinatari degli strumenti di prevenzione del divieto di accesso ai luoghi, peraltro, con un ordine differente rispetto a quello contenuto nella pregressa dizione, quasi a conferire una diversa importanza alle condotte di pericolosità *ivi* delineate, ne agevola la comprensione e garantisce una maggiore linearità espositiva».

evidente distonia. Entrambi, dopo aver riferito degli individui d'interesse, sono accomunati dal fatto di riportare le seguenti locuzioni: «anche se il fatto non è stato commesso in occasione o a causa di manifestazioni sportive» (lett. c) e «se la condotta non è stata posta in essere in occasione o a causa di manifestazioni sportive» (lett. d)). Costituisce un'importante novità del d.l. n. 53 del 2019 per cui i comportamenti in questione assumono rilievo anche se non sono posti in essere in coincidenza o a causa di incontri sportivi. Se, da un lato, l'opzione legislativa parrebbe snaturare le funzioni dei mezzi *ante delictum*, concepiti solo quale contrasto alla violenza in occasione di manifestazioni sportive, dall'altro, permette di dare concretezza agli interventi normativi di tipo additivo susseguitisi negli anni. Già precedentemente, in effetti, con il decreto sicurezza del 2018, vengono inclusi tra i destinatari del DASPO soggetti indiziati di comportamenti poco compatibili con lo svolgimento di manifestazioni sportive. Si pensi alle attività preparatorie al compimento di reati con finalità di terrorismo anche internazionale che, stante la precedente dizione normativa, con difficoltà possono realizzarsi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, rimanendo, nel concreto, inoperanti.

Il 'Salvini' *bis*, in tale ottica, non comporta un allargamento dell'area soggettiva di cui alla l. n. 401 del 1989, attraverso la categorizzazione di altri comportamenti sintomatici di pericolosità per la sicurezza pubblica – se si eccettua il richiamo alla rissa (art. 588 c.p.) nell'art. 6, comma 1, lett. c) – ma, permette di valutare comportamenti che non si sono realizzati nei ristretti ambiti spaziali delle gare sportive, determinando, di converso, un pregnante irrobustimento della portata applicativa del DASPO e della eventuale comparizione personale presso gli uffici di polizia giudiziaria, eventualmente prescritta. Ne deriva che «al di là di qualsivoglia [apprezzamento] di merito circa l'opportunità di tale scelta legislativa, (...) le motivazioni fornite dall'autorità di pubblica sicurezza, al fine di giustificare la congruenza dell'utilizzo di siffatti mezzi di prevenzione rispetto a condotte realizzate al di fuori delle manifestazioni sportive, costituiranno un profilo cardine del provvedimento applicativo, in particolare, allorché alla misura di interdizione agli "stadi" si associ l'obbligo di comparizione personale, che, trattandosi di [vincolo] [inadeguato] ad incidere sulla libertà personale, deve essere eseguita con rigore ed in conformità con i limiti stabiliti dall'art. 13 Cost.»²⁵¹.

Riformulando il disposto dell'art. 6 l. n. 401 del 1989, il legislatore d'emergenza introduce un nuovo comma 1 *ter* il quale, con una strutturazione lessicale più completa rispetto alla precedente, conferma che il divieto di accesso ai luoghi di gara può essere disposto anche per le manifestazioni sportive che si svolgono all'estero, «specificamente indicate». Esso per gli incontri che si disputano in Italia può essere erogato «anche dalle competenti autorità degli altri Stati membri dell'Unione europea, con i provvedimenti previsti dai rispettivi ordinamenti», considerata l'assenza di una normativa uniforme nei diversi Paesi. Si ribadisce, inoltre, che «Per fatti commessi all'estero, accertati dall'autorità straniera competente o dagli organi delle Forze di polizia italiane che assicurano, sulla base di rapporti di cooperazione, il supporto alle predette autorità nel luogo di svolgimento della manifestazione, il divieto è disposto dal questore della provincia del luogo di residenza ovvero del luogo di dimora abituale del destinatario della misura».

Altro cambiamento attiene al comma 5 dell'art. 6 l. n. 401 del 1989: nei confronti delle persone già destinatarie del divieto di accesso siglato al comma 1 della stessa disposizione, è sempre disposta la prescrizione di comparizione personale (art. 6, comma 2, l. n. 401 del 1989) e la durata dell'uno e dell'altra «non può essere inferiore a cinque anni e superiore a dieci anni».

Nelle ipotesi di sentenza di condanna per la violazione dei divieti e delle prescrizioni di cui all'art. 6, commi 1 e 2, l. n. 401 del 1989 e per quelli commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive o durante i trasferimenti da o verso i luoghi in cui si svolgono dette manifestazioni, si introducono alcuni inasprimenti quanto alla durata dei DASPO che possono essere irrogati dal giudice: questi deve applicare le misure in commento per un periodo da due a dieci anni e non più da due a otto anni (art. 6, comma 7, l. n. 401 del 1989).

Sensibili cambiamenti concernono sempre l'art. 6 l. n. 401 del 1989. Il riferimento va al comma 8 *bis* ove è racchiusa la disciplina dedicata al meccanismo volto ad ottenere la cessazione degli ulteriori effetti pregiudizievoli derivanti dall'applicazione della misura interdittiva di cui al comma 1 della medesima previsione. In effetti, superando una dizione piuttosto generica che omologa(va) il vaglio del questore a quella domandata ai fini della riabilitazione penale ovvero di quella di prevenzione, ora si chiarisce che il singo-

²⁵¹ M.F. Cortesi, *Gli strumenti di contrasto alla violenza in occasione di manifestazioni sportive nel decreto sicurezza bis*, cit., p. 3.

lo deve aver «adottato condotte di ravvedimento operoso, quali la riparazione integrale del danno eventualmente prodotto, mediante il risarcimento anche in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile, o la concreta collaborazione con l'autorità di polizia o con l'autorità giudiziaria per l'individuazione degli altri autori o partecipanti ai fatti per i quali è stato adottato il divieto di cui al comma 1 o lo svolgimento di lavori di pubblica utilità, secondo modalità stabilite con decreto del Ministro dell'interno, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e senza oneri a carico della finanza pubblica, consistenti nella prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività presso lo Stato, le regioni, le province e i comuni, e ha dato prova costante ed effettiva di buona condotta, anche in occasione di manifestazioni sportive»²⁵².

Ad esacerbare ulteriormente gli strumenti di prevenzione impiegabili per far fronte a manifestazioni di pericolosità evidentemente connotate di maggiore gravità, il decreto legge immette, nel corpo dell'art. 6 l. n. 401 del 1989, il comma 8 *ter*, ove si prevede che, nei confronti di coloro che risultano definitivamente condannati per delitti non colposi possano essere, altresì, disposti i divieti di cui all'art. 3, comma 4, d.lgs. n. 159 del 2011. Per l'esattezza, si tratta di un provvedimento con cui il questore vieta «di possedere o utilizzare, in tutto o in parte, qualsiasi apparato di comunicazione radiotrasmittente, radar e visori notturni, indumenti ed accessori per la protezione balistica individuale, mezzi di trasporto blindati o modificati al fine di aumentarne la potenza o la capacità offensiva, ovvero comunque predisposti al fine di sottrarsi ai controlli di polizia, armi a modesta capacità offensiva, riproduzioni di armi di qualsiasi tipo, compresi i giocattoli riproducenti armi, altre armi o strumenti, in libera vendita, in grado di nebulizzare liquidi o miscele irritanti non idonei ad arrecare offesa alle persone, prodotti pirotecnici di qualsiasi tipo, nonché sostanze infiammabili e altri mezzi comunque idonei a provocare lo sprigionarsi delle fiamme [e] programmi informatici ed altri strumenti di cifratura o crittazione di conversazioni o messaggi». Avverso tali limitazioni emesse dal questore può essere proposta opposizione ai sensi del comma 6 del medesimo art. 3; sebbene quest'ultima previsione non indichi le modalità, i tempi ed i soggetti legittimati a proporre opposizione (non deducibili da alcuna altra disposizione), si ritengono applicabili, in via analogica, le regole relative all'incidente di esecuzione *ex art.* 666 c.p.p. La violazione di esse, invece, è punita con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da euro 1.549 a euro 5.164; gli strumenti, gli apparati, i mezzi e i programmi posseduti o utilizzati sono confiscati ed assegnati alle Forze di polizia, se ne fanno richiesta, per essere impiegati per compiti di istituto (art. 76, comma 2, del Codice antimafia).

Estrema rilevanza assume, poi, la stabilizzazione, nel nostro ordinamento, dopo anni di proroghe, della cd. flagranza differita. L'art. 8, comma 1 *ter*, l. n. 401 del 1989 prescrive che, nei casi di reati commessi con violenza alle persone o alle cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive, per i quali è ammesso l'arresto ai sensi degli artt. 380 e 381 c.p.p., nonché nei casi di cui agli artt. 6, commi 1 e 6, *bis*, comma 1, e 6 *ter*, l. n. 401 del 1989, quando non sia possibile procedere immediatamente all'arresto per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica, si considera, comunque, in stato di flagranza, ai sensi dell'art. 382 c.p.p., colui il quale, sulla base di documentazione video-fotografica dalla quale emerga, inequivocabilmente, il fatto, ne risulta autore, sempre che l'arresto sia compiuto non oltre il tempo necessario alla sua identificazione e, comunque, entro le quarantotto ore dal fatto²⁵³. Ma, pregnanti sono

²⁵² Ad avviso di M.F. Cortesi, *Gli strumenti di contrasto alla violenza in occasione di manifestazioni sportive nel decreto sicurezza bis*, cit., p. 4 «Il richiamo ad una attività di collaborazione, a cui si subordina insieme alla prova costante ed effettiva di buona condotta il giudizio positivo del questore, desta, invero, qualche perplessità anche perché essa assume una ampiezza assai significativa in ragione della previsione introdotta dalla decretazione in commento, secondo cui con riguardo alle categorie soggettive di cui all'art. 6, comma 1, lett. *c*) e *d*), l. 401 del 1989 rilevano comportamenti non commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive».

²⁵³ Quanto alla legittimità dell'istituto, tra gli interpreti si registra una netta spaccatura. Un primo filone interpretativo lo reputa conforme ai canoni costituzionali. I requisiti della eccezionalità, della necessità e dell'urgenza sarebbero connaturati nella obiettiva impossibilità di procedere all'arresto nell'immediatezza per ragioni legate alla sicurezza o all'incolumità pubblica. La tassatività delle ipotesi sarebbe, invece, garantita dalle precise modalità da cui desumere le condizioni di applicabilità dell'arresto, rappresentate dall'utilizzo della documentazione video-fotografica, da cui deve emergere in modo inequivoco il fatto, di cui l'arrestato si assume essere l'autore. Ulteriore elemento che assicurerebbe la conformità alla Carta fondamentale della flagranza differita sarebbe, infine, costituita dalla circostanza che tutti questi fattori devono prima essere oggetto di motivazione, ad opera della polizia giudiziaria, per, poi, essere sottoposti al vaglio da parte del giudice competente per la convalida. L'ermeneusi opposta, invece, il concetto de quo parrebbe aggirare la clausola di salvaguardia di cui all'art. 13 Cost., posto che la dilatazione temporale fino a quarantotto ore dal fatto che ad esso consegue consiste in una negazione implicita della sussistenza

le riserve di costituzionalità in ordine all'istituto in parola²⁵⁴, tant'è che lo stesso legislatore sembra le abbia percepite considerandolo blindato temporalmente; infatti, ne aveva previsto un'efficacia limitata nel tempo coincidente con il 30 giugno 2005. Le speranze per una rivisitazione della normativa sono, tuttavia, sfumate poiché tale data è slittata al 30 giugno 2007, in seguito al 30 giugno 2010, al 30 giugno 2013 e al 30 giugno 2016; infine, l'art. 10, comma 6 *ter*, del decreto 'Minniti', il d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 aprile 2017, n. 48 ha prorogato la durata sino al 30 giugno 2020. Il decreto sicurezza 2019 è intervenuto proprio su tale precetto eliminando l'inciso che stabiliva la durata dell'istituto in esame fino al giugno 2020, consentendo, pertanto, di ritenerla una figura assorbita nel nostro ordinamento, nonostante le fondate perplessità circa la sua legittimità costituzionale²⁵⁵. Insomma, la previsione, da temporanea ed eccezionale che era, diventa ordinaria e integra un diritto speciale applicabile, non solo a chi, con inusitata e incomprensibile violenza, commette reati in occasione di manifestazioni sportive, ma a tutti i consociati: la flagranza differita penetra nel sistema al punto che, per l'arresto, è bastevole la responsabilità del soggetto desunta, in maniera inequivoca, dalla documentazione video-fotografica²⁵⁶. Del resto, l'art. 8, comma 1 *ter*, l. n. 401 del 1989 non sembra poter essere ricondotto – se non con qualche forzatura esegetica – ai «casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge» in cui l'art. 13, comma 3, Cost. consente all'autorità di pubblica sicurezza di adottare provvedimenti coercitivi prima che intervenga l'autorità giudiziaria. La stessa formulazione dell'art. 13, comma 3, Cost. rende davvero lapalissiano «tanto il disfavore del Costituente per l'attribuzione alla polizia di poteri incidenti sulla libertà personale, quanto la determinante importanza dell'intervento del giudice»²⁵⁷.

Va annunciato che il decreto sicurezza *bis* vieta alle società di erogare sovvenzioni, contributi ed erogazioni a persone già colpite da DASPO o da misure di prevenzione o condannate per reati commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive.

Tuttavia, lo *stock* di norme maggiormente significativo sul piano dei principi di eguaglianza e di garanzia in materia penale è un altro. L'art. 16 del provvedimento inserisce un'aggravante ad effetto comune (art. 61, n. 11 *septies*, c.p.) per coloro che hanno «commesso il fatto in occasione o a causa di manifestazioni sportive o durante i trasferimenti da o verso i luoghi in cui si svolgono dette manifestazioni»²⁵⁸. L'articolato della norma sembra debba essere inteso «non tanto e non solo nel senso che il fatto

dell'eccezionale urgenza nel provvedere. Le ragioni di necessità ed urgenza, secondo i pilastri della Costituzione, non possono, poi, sussistere se non si conoscono con precisione né gli elementi costitutivi del fatto di reato, né il suo autore e se per colmare tali lacune è indispensabile ricorrere a documentazioni video-fotografiche. La natura sostanziale della flagranza differita, sulla base di tale impostazione, pare essere ontologicamente contrastante con i principi fondamentali. «La stessa dizione letterale della norma dimostra, infatti, come siamo di fronte ad una *factio iuris*, posto che il legislatore non elabora una nuova ipotesi di flagranza di reato legata al verificarsi di contingenze che possano far ritenere sussistente il collegamento tra il fatto ed il suo autore al pari di quanto contenuto all'art. 382 c.p.p., ma testualmente “considera” in flagranza anche coloro che sulla base di documentazione video-fotografica appaiano essere autori del fatto. L'apparente rigore linguistico cela, invero, una profonda debolezza sostanziale. La rilevazione video-fotografica non può, infatti, in alcun modo essere avvicinata alla tipicità delle fattispecie di flagranza che sono contenute nell'art. 382 c.p.p. e soprattutto essa è uno strumento che già nel suo utilizzo processuale palesa forti margini di errore e, di certo, la situazione non potrebbe essere diversa nella prospettiva della “flagranza differita”»: M.F. Cortesi, *Gli strumenti di contrasto alla violenza in occasione di manifestazioni sportive nel decreto sicurezza bis*, cit., p. 6.

²⁵⁴ V. tra i molti, O. Forlenza, *Per la convalida in questura il rischio dell'illegittimità*, in *Guida dir.*, 2004, 46, p. 30 ss.; M. Laudi, *Violenza negli stadi: le nuove misure di repressione. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 946; V. Spigarelli, *Ecco perché la flagranza differita si deve ritenere incostituzionale*, *Dir. e giustizia*, 2003, 18, p. 13 ss. *Contra*, in giurisprudenza, Cass., sez. VI, 4 maggio 2007, n. 17178.

²⁵⁵ Di spessore, il pensiero di chi (A. Natale, *A proposito del decreto sicurezza-bis*, cit., p. 12) considera la norma in discussione capace di conferire un sintomatico potere coercitivo della libertà personale agli operatori di pubblica sicurezza che possono – anche a quarantotto ore di distanza da esso – procedere all'arresto di una persona in assenza di provvedimenti coercitivi emessi dall'autorità giudiziaria. Per G. Santalucia, *Processo, ordine pubblico, sicurezza*, in *Questione giustizia*, 2006, 4, p. 772 «la deviazione dal modello codicistico di flagranza e quasi flagranza è forte ed evidente. Non è tanto lo spazio temporale delle [quarantotto ore] a segnare la distanza, quanto la caratteristica che le indagini non proseguono senza soluzione di continuità a seguito della diretta percezione dei fatti da parte della polizia giudiziaria, che poi si cura dell'inseguimento e quindi delle attività dirette a rintracciare le persone sottoposte ad indagine».

²⁵⁶ V. N. Rossi, *Ordine pubblico, apparati della sicurezza, sistema giudiziario*, in *Questione giustizia*, 2006, 4, p. 819 s.

²⁵⁷ A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali, Lezioni (parte speciale I)*, Padova, Cedam, 1985, p. 181.

²⁵⁸ Secondo F. Piccioni, *Decreto sicurezza bis convertito in legge. Tutte le modifiche*, ne *Il Penalista*, 23 agosto 2019, p. 1 la circostanza aggravante comune ha «la funzione di adeguare l'entità della sanzione alla reale gravità del fatto, anche nell'ottica di una maggiore individualizzazione e personalizzazione della responsabilità».

debba essersi verificato necessariamente durante il suo svolgimento, ma anche quando abbia un'immediata e univoca connessione (nesso eziologico) con la manifestazione. La *ratio* della norma, infatti, è quella di estendere l'efficacia dissuasiva laddove il fatto, determinato da una mal governata passione sportiva (incontrollabili stati emotivi) e dalla distorsione del ruolo del tifoso, si realizzi in un momento diverso dal verificarsi del fattore che li ha scatenati. Si pensi agli appartenenti a frange di tifoserie organizzate rivali, che commettano il fatto in un contesto temporale diverso da quello dello svolgimento della partita»²⁵⁹.

Sempre la stessa norma, all'art. 131 *bis*, secondo comma, c.p. in fine, annette un precetto di carattere peculiare circa la codificata causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto²⁶⁰: «L'offesa non può altresì essere ritenuta di particolare tenuità quando si procede per delitti, puniti con una pena superiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione, commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, ovvero nei casi di cui agli articoli 336, 337 e 341-*bis*, quando il reato è commesso nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni»²⁶¹. Cioè a dire che, per tale tipologia di illeciti, si configura un trattamento punitivo deteriore rispetto a molti altri reati di non trascurabile gravità.

Per vero, i segnali di un diritto penale speciale nei confronti di autori di reati in occasione di manifestazioni sportive non si limitano a questo. Impensieriscono maggiormente le disposizioni che attengono al versante processuale. L'art. 14 del decreto n. 53 del 2019 estende alle persone gravemente indiziate di un delitto commesso in occasione o a causa di manifestazioni sportive la possibilità di disporre – anche fuori dai casi di cui all'art. 384 c.p.p. – il fermo di indiziato di delitto, secondo la disciplina della precautelata stabilita dal Codice antimafia (art. 77 d.lgs. n. 159 del 2011).

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Tessendo le fila del complesso discorso sugli orditi normativi testé imbastiti, si colgono le fitte criticità della disciplina in commento; alcune sono state colte, altre, con probabilità, emergeranno tra gli operatori: molte ombre e poche luci.

Senza dubbio, mirabile sembra l'intento di rafforzare la sicurezza della collettività frantumata dalla degenerazione dei movimenti migratori, di tamponare episodi di violenza correlati alle manifestazioni sportive o ai comportamenti tenuti nelle aree urbane e di recuperare il territorio di fronte al dilagare delle condotte di certe categorie di soggetti, promuovendo, al contempo, la legalità, la convivenza civile, il benessere comune. Il fatto che l'attenzione per la sicurezza della collettività e della migrazione abbia trovato concretizzazione in una normativa destinata alla regolamentazione di alcuni loro aspetti nei quali ci si imbatte non può che rappresentare un grande segno di civiltà, nonché la dimostrazione tangibile della sensibilità del legislatore in materia. Al primo Governo 'Conte' non pare rimproverabile

²⁵⁹ ... «Il rilievo attribuito al generico momento del trasferimento *da o verso i luoghi in cui si svolgono le manifestazioni*, invece, sembra eccessivamente indeterminato. Resta il dubbio, in applicazione del principio di specialità, della compatibilità di tale circostanza comune con le nuove aggravanti speciali introdotte quando il fatto sia commesso nel corso di "manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico"; infatti, se da un lato, è evidente che le manifestazioni sportive si svolgono sempre in luogo pubblico o aperto al pubblico, dall'altro, l'aggravante in esame aggiunge anche i trasferimenti in relazione ai luoghi ove si svolgono solo le manifestazioni sportive»: F. Piccioni, *Decreto sicurezza bis convertito in legge. Tutte le modifiche*, cit., p. 2.

²⁶⁰ Esula dalla trattazione discorrere di simile strumento. Basta ricordare che esso può inglobarsi nel brocardo *exigua iniuria nulla poena*: quando l'offesa è particolarmente tenue e il comportamento non è abituale, per le condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con sanzioni detentive non superiori nel massimo a 5 anni è possibile applicare tale causa di espunzione dell'area della punibilità. Quest'ultima, infatti, si fonda su una concezione gradualistica dell'illecito, sotto il profilo dell'*an* e del *quantum*: pur esistendo un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, atteso il suo minimo disvalore complessivo, non è necessaria una pena, sproporzionata per eccesso, viceversa, rispetto alla effettiva offesa al bene giuridico protetto dalla norma sostanziale. È, in altre parole, un meccanismo che, lungi dal creare criminali *legibus soluti*, permette di definire in modo alternativo – mediante una *diversion* processuale – situazioni di palese consistenza offensiva minima pur se sussumibili in fattispecie incriminatrici. Si rimette, dunque, al di fuori da ogni automatismo, al magistrato, mediante una procedura giurisdizionalizzata, l'apprezzamento, di volta in volta e nel concreto, della diagnosi di esiguità sulla prognosi di meritevolezza della sanzione. La negazione della meritevolezza della pena, non pregiudica gli interessi della persona offesa che può esercitare l'azione civile per il risarcimento del danno.

²⁶¹ F. Piccioni, *Decreto sicurezza bis convertito in legge. Tutte le modifiche*, cit., p. 3 si interroga se la tenuità del fatto è estesa anche agli incaricati di pubblico servizio o soltanto ai pubblici ufficiali.

neppure la volontà di arginare i flussi di stranieri, diventati *l'escamotage* per fagocitare reati molto gravi e strumento politico per mettere in ginocchio l'Italia, costretta ad alzare i toni sulla necessità di un intervento dell'Europa (del tutto sorda sul fenomeno sino a poco tempo addietro). La chiusura dei porti, probabilmente, superando il falso buonismo, è un elemento di salvezza anche per gli stessi immigrati che rischiano di approdare in un Paese, il nostro, saturo ed incapace di dare loro migliori opportunità di vita: decisamente alta è la percentuale di una confluenza nel perimetro dello sfruttamento lavorativo, sessuale o in quello della micro-criminalità di strada. Condivisibile, in ultimo, anche l'azione multilivello capace di operare, non solo in senso repressivo (sicurezza primaria), ma anche attraverso fattori preventivi. Analogamente, può concludersi in ordine alla serrata lotta al crimine organizzato la recrudescenza del quale potrebbe aversi in casi di coinvolgimento degli immigrati clandestini (o ridotti *sine titulo* nel nostro territorio) in episodi di violenza o di diffuso parassitismo sociale.

Le critiche – tali da sollevare incertezze sul rispetto dei diritti individuali – si appuntano sull'assenza di ponderazione, confronto nelle aule parlamentari, una terminologia corretta (che genererà vedute opposte sul piano applicativo); si è addivenuti, mediante un *pout pourri* normativo a risultati insoddisfacenti caratterizzati dal mancato conseguimento degli obiettivi, dall'idea dell'esclusione dello straniero, dall'ingigantimento dello iato tra migranti e integrazione, dalla tendenza ad ingigantire la criminalizzazione, ad accrescere a dismisura l'area del penalmente rilevante (che finirà per ingolfare la già gravata macchina giudiziaria), o, comunque, a conferire ad essa un eccezionale *upgrading* sanzionatorio (in verità, nulla di nuovo sotto il sole: da anni elemento imprescindibile dell'agenda politica è il consolidamento, a vari livelli, dell'endiadi immigrazione-perdita di sicurezza e, in virtù della stessa, il facile rifugio nel diritto penale)²⁶², ad esasperare il circuito della prevenzione, ad accanirsi nei confronti di determinate sacche di marginalità sociale rispetto alle quali molte disposizioni, per i motivi più volte riferiti, non saranno concretamente operative²⁶³.

Gli attestati di biasimo, in realtà, si snodano lungo un triplice binario.

In primo luogo, l'aver ridimensionato, a suono di percentuali, la vicenda del numero esorbitante di sbarchi nel nostro Paese, non sposta l'attenzione dal problema dell'immigrazione come fatto su scala

²⁶² Con nettezza, L. Risicato, *Il confine e il confino: uno sguardo d'insieme alle disposizioni penali del "decreto sicurezza"*, cit., p. 16: «Dagli anni Novanta del secolo scorso in avanti, il tradizionale approccio criminal-poliziesco è stato utilizzato costantemente per fronteggiare un'immigrazione di dimensioni sempre crescenti e di "qualità" decrescente: invece di ripensare le politiche culturali e sociali sull'immigrazione e sull'integrazione e di cercare adeguate forme di cooperazione internazionale diverse dagli accordi sui respingimenti, il nostro Stato ha continuato a vedere nello straniero un macroscopico problema di ordine pubblico. Da qui la necessità di adattare gli strumenti della criminalizzazione e del diritto di polizia per "liberarsi" della massa informe di indesiderati, presentata – grazie all'opera dei *mass media* – come problema di difesa sociale, di tenuta del *welfare* e di identità culturale, vera o presunta. Lo schema del diritto, penale ed extrapenale, del nemico si presenta in tutta la sua draconiana evidenza».

²⁶³ Graffianti sono le parole di Peter Gomez pubblicate, di recente, ne *ilfattoquotidiano.it*: il secondo decreto sicurezza è un «testo vergognoso, che ha come unico obiettivo quello di dimostrare ai 5 Stelle e al mondo quanto il ministro dell'Interno possa tirare la corda, quanto possa farsi beffa degli obblighi internazionali di soccorso in mare, quanto possa irridere il diritto internazionale e la coerenza costituzionale. Fin dalla forma della nuova normativa: la decretazione basata sui requisiti di necessità e urgenza, in materia penale e in tema di immigrazione, quando da anni gli sbarchi sono precipitati nei numeri e quando lo stesso Ministero dell'Interno si vanta del diminuire costante del numero dei reati (iniziato per la verità in ben altre epoche storiche). (...). In una retorica tanto disgustosa quanto falsa, la criminalità viene accoppiata all'immigrazione, senza dire che il numero delle segnalazioni legate al reato di ingresso e soggiorno illegale in Italia è in netta diminuzione così come quello dei [crimini] evidentemente legati alla condizione di povertà (accattonaggio con impiego di minori, per dirne uno). (...). Poi, non ricorrono la necessità e l'urgenza in riferimento alle Università; «non si vede cosa debba entrarci con l'inasprimento della legge Reale – che già tanto morbida non era – sulla repressione del dissenso di piazza (...). Salvini utilizza il populismo penale – la creazione di nemici inesistenti attraverso un uso distorto e incoerente del diritto penale – per il proprio consenso di massa, e il Movimento 5 Stelle asseconda tali tendenze illiberali. Nel merito delle norme introdotte dal decreto, troviamo sanzioni amministrative abnormi per chi salva persone in mare, troviamo confisci di navi Ong, aumenti di pena per chi è protagonista di scontri di piazza, aumenti di pena per chi oppone resistenza o commette oltraggio nei confronti delle forze dell'ordine, arresti differiti per tifosi esagitati e tante altre cose simili. (...). Come nei regimi illiberali (...) il diritto penale perde la propria forza universale e moderata, e si trasforma in arma a disposizione del potere politico. La disumanità diventa legge, (...). L'Italia si è abituata con una velocità inimmaginabile prima alla cattiveria governativa, alla mancanza di ogni pietà umana, alla politica intesa non come gestione dell'inclusione di tutti nel sistema di convivenza pubblica bensì come l'istigamento di una parte contro l'altra. Tutto questo, oltre ad avere una ripercussione sempre meno sanabile su conquiste democratiche che hanno impiegato secoli ad affermarsi, potrà sfuggire di mano con grande facilità»; peraltro, nell'ambiente carcerario, «il razzismo e i sentimenti di odio verso stranieri e *rom* sono in carcere assai più diffusi delle tendenze religiose estreme. Quando un ministro – oltre che con i *tweet*, i post *facebook* e le *consolle* – legittima l'odio anche con un decreto, si prepari» a tempi difficili.

mondiale. Se è ben vero che una tale constatazione può dirsi rassereneante in termini quantitativi, essa non quietava affatto, a livello qualitativo, la preoccupazione rivolta agli stranieri che incappano in un sistema carente, quale quello italiano, in cui vengono, a seconda delle situazioni, riversati in stabilimenti fatiscenti, sovraffollati, privi delle condizioni igieniche minime, impoveriti della loro dignità, in spregio dei valori fondamentali del singolo per, poi, eventualmente, cadere, a vario titolo, nella rete del crimine organizzato, ovvero trasformati in oggetto di contese tra i Paesi dell'Unione che tendono, per quanto possibile, in prima battuta, a negare l'accoglienza e, in seguito, dopo essere scesi a compromessi, a partecipare alla conta dei migranti da ripartire, comunque non senza sforzi. La qual cosa, perdendo di vista la *realpolitik*, le direttive d'origine, derivanti dalla firma di Trattati fra gli Stati, il raggiungimento di visioni comuni circa la tipologia di accoglienza e di respingimento, dalla individuazione delle soluzioni adeguate per impedire correnti migratorie di vasta portata legate al traffico di essere umani o, addirittura, di organi come un meditato blocco navale, la chiusura, secondo certi crismi, dei porti, la gestione delle ONG, l'assistenza nei Paesi d'origine, il grosso lavoro sul tessuto socio-economico che tanta influenza può assumere nel contribuire al percorso di ogni immigrato, il salvataggio di coloro che provengono da zone di guerra, delle donne, dei bambini, dei malati. Dunque, si può asserire come corrisponda al vero il fatto che l'integrazione di un immigrato costituisca un successo per la collettività intera, allo stesso tempo, però, l'ingresso anche di uno solo di tali individui in un ordinamento decisamente inadeguato rappresenta lo stigma del più grande dei fallimenti. Ma, non si registra nei due provvedimenti in analisi un'attenzione per l'aggregazione sociale poiché il coacervo di regole costruito dal Governo creerà precarizzazione e, di conseguenza, irregolarità, alienazione e, al contempo, 'insicurezza'. È intuibile che il sistema che ruota attorno all'immigrazione si presenta multiproblematico, da tacciarsi di legittimità costituzionale ed irrispettoso delle direttrici contenute nelle Convenzioni internazionali, negli atti comunitari e nella Costituzione che, viceversa, reclamano una precisa attenzione in materia. Grazie ad una serie di fattori esterni esso ha potuto reggere nella sua imperfezione ed incongruenza sino a qualche tempo addietro, ma, ad oggi, adeguati interventi risolutivi non sono più procrastinabili. Di certo, non possono coincidere, *sic et simpliciter*, con le scelte operate attraverso i decreti sicurezza le quali, anzi, condurranno, probabilmente, la neo introdotta normativa lungo il crinale del vaglio di costituzionalità. Si auspica una riflessione ad ampio raggio le cui radici affondano, in primo luogo, nella Carta fondamentale: dovrebbe essere il criterio che permea di sé l'intera materia. Non si può sottovalutare che le disposizioni sulla condizione giuridica dello straniero – colpito, senza mezze misure, dai provvedimenti in oggetto – incidano, in primo luogo, sulla libertà personale (art. 13 Cost.), ma anche gli altri diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.), la libertà di migrare (art. 35 Cost.), il domicilio (14 Cost.), la libertà di circolazione (art. 16 Cost.), nonché, per quelle attinenti gli altri individui investiti dalla riforma, attesa la loro virtuale pericolosità sociale, la libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) e di scioperare (art. 40 Cost.).

Stante la delicatezza e il rilievo dei valori fondamentali ricordati, l'assoggettamento del tema migratorio alla fonte primaria va intesa in senso stretto: ecco, dunque, il secondo profilo critico che emerge dalla compiuta disamina o, meglio, l'altro *impasse* logico-sostanziale. Si assiste, di converso, ad una stabilizzazione dello stato di eccezione che mette in discussione la veste di Stato di diritto del nostro Paese e il suo fondamento, cioè la divisione dei poteri. In concreto, accade che il Governo emani un decreto legge per, poi, farvi seguire un maxi-emendamento del tutto differente rispetto al d.d.l. di conversione e che, di fatto, si presenta come il contenuto essenziale del nuovo provvedimento; oppure, si verifica che, per il tramite della decretazione d'urgenza, si affrontino temi del tutto diversi tra loro per, poi, procedere ad una spartizione del provvedimento in più atti. A rafforzare le perplessità, la prassi, oramai consueta, del ricorso al voto di fiducia per accelerare i tempi, dando una risposta tempestiva alle questioni paventatesi. Non sfugge che, spesso, quelle dell'Esecutivo, siano delle reazioni a fatti clamorosi che scatenano l'attenzione mediatica, per poi disinteressarsi delle modifiche da adottare non coprendone i costi. Scopi a parte, quel che è evidente è l'impiego smisurato, nel nostro Paese, della decretazione d'urgenza per qualsivoglia scopo politico; mentre, l'intervento diretto dell'Esecutivo dovrebbe essere riservato solo alle ipotesi ove manchino specifiche previsioni, o di incapacità a gestire altrimenti, in via istantanea, un dato fenomeno. Fuori da queste ipotesi, lo spazio d'azione dovrebbe essere coperto dal dibattito parlamentare. Solo quest'ultimo, se debitamente approfondito e non limitato ai sessanta giorni che accompagnano il decreto legge, evita il sacrificio dei diritti interessati. Occorre prendere atto che l'emergenza immigrazione è un aspetto sociale di portata atavica, non circoscrivibile, il quale ha acquisito, da tempo, carattere di stabilità: si tratta, avuto riguardo alla corposa normativa vigente, di individuare, con tavoli condivisi estesi, eventualmente, anche al resto d'Europa, le modalità per gestire i flus-

si migratori tenendo insieme umanità-legalità-sicurezza. Si può arguire, pertanto, che esistono seri dubbi sulla stringente urgenza dell'*Establishment* di adottare i decreti 'Salvini': la volontà di ricorrere alla decretazione d'urgenza per emanare (tra le altre) leggi penali sostanziali e processuali, sembra violare nettamente la riserva di stretta legalità nell'adozione di misure limitative della libertà personale. Se, poi, il provvedimento risulterà foriero di successi, o in grado di portare a un'eterogenesi dei fini perseguiti, ce lo dirà solo la sua applicazione.

Sconcerta di più un terzo aspetto, non ultimo in un crescendo di importanza: è acclarato che la prevenzione del crimine, il quale si erge a compito imprescindibile dello Stato, si ponga come un *prius* rispetto alla potestà punitiva, anche al fine di assicurare una concreta tutela ai beni giuridici fondamentali del singolo o della collettività che, altrimenti, potrebbero risultare, irrimediabilmente, compromessi. Nella società attuale, sempre più pervasa dal senso di sfiducia per effetto della crisi economica, dei continui flussi migratori e del terrorismo, il diritto penale *no-limits*, da congegno di garanzia dei beni giuridici, si è trasformato, in nome della tutela della sicurezza, in un mezzo per la limitazione dei diritti individuali e non solo sul terreno propriamente penale. Del resto, quando a dettare le opzioni di politica criminale è il diritto alla sicurezza pubblica – spesso amplificato dalle competizioni elettorali – il diritto penale accentua i contenuti sanzionatori e preventivi anche al di là del campo formalmente qualificabile come “penale”. Vengono così elaborate fattispecie a tutela fortemente anticipata in ambiti che un tempo erano terreno proprio delle misure di prevenzione. Al contempo, si assiste al potenziamento di strumenti di controllo di tipo “para-penale” che vanno dalle sanzioni formalmente amministrative, ma sostanzialmente punitive alla luce dei noti criteri sostanziali utilizzati dalla Corte e.d.u., alle misure di prevenzione che costituiscono un rilevante potenziale per l'ordinamento. L'attenzione del legislatore e della comunità moderna è sempre più diretta alla prevenzione servendosi, per controllare e gestire la concreta pericolosità di determinati individui ritenuti potenziali autori di reato, delle c.d. misure di prevenzione, vale a dire quegli strumenti special-preventivi, considerati tradizionalmente di natura formalmente amministrativa, dirette ad evitare la commissione di reati da parte di certe categorie di soggetti considerati socialmente pericolosi. Misure che, pur avendo in comune con quelle di sicurezza l'essere rivolte alla prevenzione dei reati da parte di soggetti pericolosi, si distinguono da esse, in quanto mentre l'applicazione di una misura di sicurezza è possibile, ai sensi dell'art. 202 c.p., solo nei confronti di persone “che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato” o un c.d. quasi-reato, le misure di prevenzione sono, invece, applicate indipendentemente dalla commissione di un previo reato, o indipendentemente dall'accertamento, con le forme del processo penale, della commissione di un previo illecito²⁶⁴. Vanno nella stessa direzione sia la delineazione ed istituzione del nuovo concetto di sicurezza integrata che affianca, sul piano previsionale e propedeutico, la sicurezza urbana, sia con la creazione di nuovi istituti e strumenti di tutela che arricchiscono il *plafond* delle misure preventive e repressive a disposizione delle varie autorità dello Stato come delle autorità locali, in una con le esigenze di offrire risposte da parte dell'ordinamento nei confronti del dilagare della illegalità e della criminalità sempre più diffusa in ambito soprattutto urbano. Questo pur cercando di mantenere ferma l'esigenza che, attraverso l'esercizio del potere, anche preventivo, in capo alle singole autorità, non vengano sacrificati beni di pari rango ugualmente garantiti dalla Costituzione nell'ottica di un interesse pubblico primario legato alla sicurezza e alla convivenza civile. Le misure di prevenzione sono divenute oramai un pilastro dell'attività statale di contrasto di alcune forme di criminalità, la cui efficacia di-

²⁶⁴ Esistono diatribe sulla portata del concetto di pericolosità sociale posta a base delle misure di sicurezza e di prevenzione: tra chi riviene nella nozione una duplice sfumatura (pericolosità criminale in ipotesi di misure di sicurezza-commissione di uno o più reati-probabilità di futura commissione di altro/i crimine/i; mancata commissione di una fattispecie penalmente rilevante-prognosi ad oggetto ampio riferita a fatti genericamente pregiudizievoli per la sicurezza pubblica, non necessariamente integranti reati) e l'indirizzo per cui esiste una nozione unitaria di pericolosità. La pericolosità per la sicurezza pubblica, pena la violazione dei principi costituzionali di proporzione e legalità, non può essere sganciata, alla radice, dalla prognosi circa il compimento, in futuro, di reati: una valutazione rivolta al passato e una proiezione sull'avvenire criminogeno, in assenza delle quali, essa finirebbe per assumere confini imprecisi e non definiti. In proposito, v. L. Rossetti, *L'estensione dell'ambito di applicazione del divieto di accesso in specifiche aree urbane*, in A. Conz. – L. Levita, *Il decreto Salvini su immigrazione e sicurezza. Commento organico al D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, come convertito dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132*, Roma, DIKE Giuridica Editrice S.r.l., 2019, p. 402 ss. Si invita alla lettura dell'A. anche per la puntuale disamina, in retrospettiva, delle misure di prevenzione, partendo dal codice Zanardelli, quando sono nate storicamente, per passare dall'epoca fascista, sino ad arrivare, in seguito, all'analisi di alcune leggi intermedie, al d.lgs. n. 159 del 2011 che ha optato per la unitarietà di destinatari delle misure di prevenzione personali e patrimoniali. Dopodiché, non tralascia la disamina di quel groviglio normativo fatto di leggi riguardanti i campi più disparati contenenti altrettante ipotesi di misure di prevenzione.

pende, spesso, dall'intreccio che esse assicurano tra profili di prevenzione e di repressione, e, in ogni caso, nel loro grado di afflittività che, per taluni aspetti, può risultare pari, se non superiore, a quello delle pene vere e proprie: di qui le riserve avanzate da parte della dottrina che ravvisa nelle misure di prevenzione delle sanzioni per il sospetto. Insomma, i vincoli preventivi sono diventati un agile ed efficace strumento in mano al potere esecutivo per emarginare persone socialmente sgradite e neutralizzare soggetti politicamente dissenzienti, i sovversivi, i soggetti ritenuti politicamente pericolosi. Non va, pertanto, respinto l'orientamento dottrinale che ha sostenuto, da sempre, che i meccanismi di prevenzione siano di per sé incostituzionali imponendo delle limitazioni alla libertà personale che, al di là dei provvedimenti di carattere cautelare, possono essere consentite solo in ipotesi circoscritte. Tale orientamento non è mai stato accolto dalla Corte costituzionale la quale, invece, ancora la legittimità delle misure di prevenzione al principio di legalità – il quale implica che l'applicazione della misura, anche se legata ad un giudizio prognostico, trovi il presupposto necessario in fattispecie di pericolosità previste dalla legge che saranno alla base dell'accertamento giurisdizionale – e all'esistenza della garanzia giurisdizionale: il tutto, a tutela dell'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti fra i cittadini. Tali aspetti, da non molto, sono oggetto di un'importante decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁶⁵ con la quale i Giudici di Strasburgo condannano l'Italia per l'assenza di una base legale sufficientemente determinata in materia di misure di prevenzione personali con particolare riferimento alla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza. Tale caratteristica, infatti, incide sulla stessa prevedibilità delle misure di limitazione alla libertà di circolazione e, sotto questo aspetto, rappresenta una violazione dell'art. 2 del Protocollo n. 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nel complesso, la Corte e.d.u., dunque, punisce l'Italia non solo per l'eccessiva indeterminazione delle categorie di soggetti potenzialmente destinatari delle misure di prevenzione, ma anche per la vaghezza degli obblighi imposti agli stessi. L'inasprimento delle pene è il tipo di risposta (populista) ricorrente lungo la storia delle riforme 'di parte speciale', dagli anni settanta ad oggi. Un *trend* che si intreccia con riforme di parte generale volte a consentire mitigazioni del trattamento, affidate alla discrezionalità giudiziaria e a istituti nuovi, *in primis* l'ordinamento penitenziario; e, nella parte speciale, ampie rimodulazioni di importanti settori. In questa fase, la politica legislativa penale consiste essenzialmente in aumenti di pene edittali. L'aumento di sanzioni viene presentato come rafforzamento della tutela. Spesso questo *topos* viene usato anche in scritti di giuristi, riflette ideologie implicite. Si tratta di propaganda e anche sentimenti popolari diffusi i quali danno per scontato che una pena più severa significa maggiore tutela. Il messaggio populista funziona: inteso a coagulare consensi, è a ciò idoneo, ha una sua razionalità rispetto ai suoi scopi di *politique politicienne*. Dai proclamati scopi di politica criminale (di prevenzione della criminalità) ci si aspetta una maggiore sicurezza ed efficacia dissuasiva. Una politica criminale ridotta a politica penale è una fuga dalle responsabilità di un Governo politico dai fenomeni sociali. Incisive sono le parole «Il rischio che sembra corrersi è quello di una preoccupante trasformazione della fisionomia della nostra stessa forma di Stato in una paternalistica e populistica democrazia penal-giudiziaria, con contestuale abdicazione di ogni altra forma di controllo sociale nonché di responsabilità»²⁶⁶. Il diritto penale, di contro, va dosato: non troppo poco, ma neanche troppo; la collettività ha la necessità di una giustizia della misura. Ideologie autoritarie o populiste pensano al penale come arma. Puntano sempre più sul penale e sulla punizione. Un vero e proprio *error vacui* risiede nella convinzione che la dilatazione indefinita e il continuo potenziamento di sistemi penali possano assicurare una proporzionale riduzione della criminalità o, quantomeno, servire, sul piano simbolico-espressivo, ad appagare o rassicurare la collettività. Da tempo, in politica si denuncia la progressiva metamorfosi delle patologie connesse all'immigrazione e alla sicurezza, da fatti episodici frammentari o pulviscolari, a fenomeni penetranti. Le conseguenze di un'immigrazione mal gestita soprattutto nella coscienza collettiva assume una dimensione sistemica che si diffonde a più livelli e in più ambienti, tanto da parlare di nuove mafie straniere e sino a palesare una capacità auto-generativa. L'impressione è quella di un fenomeno criminoso straripante a cui si lega il basso livello di fiducia dei consociati nelle Istituzioni e nei titolari di cariche pubbliche.

In teoria, i decreti sicurezza vorrebbero essere un'espressione del cd. sovranismo, affermando con

²⁶⁵ Corte e.d.u., 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*. Per la giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., sez. I, 19 aprile 2018, n. 43826 che ha configurato i canoni richiesti per sindacare una pericolosità qualificata.

²⁶⁶ F. Palazzo-F. Vigandò, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 56.

vigore lo *ius excludendi* degli Stati nella gestione dei fenomeni migratori connessi alla globalizzazione del mondo contemporaneo. Questo incedere ha molti difetti, tra cui quelli di legittimare un impiego del tutto arbitrario della carcerazione e di partorire norme fumose in antitesi con i capisaldi dell'ideologia politica. Ciò, rende il legislatore, tuttavia, poco perspicace poiché incapace di scorgere il probabile rischio: la tendenza, anche se concepita riguardo ad uno specifico settore dell'ordinamento, potrebbe estendersi ad altri alimentando prassi devianti e l'aggiramento delle garanzie. Il pericolo, in altri termini, è che in un futuro non troppo remoto, quanto vale per gli immigrati possa valere anche per i cittadini con conseguente violazione della parità di trattamento.

Rimane difficile riconoscere una valenza *lato sensu* positiva – sia in termini ordinamentali che programmatici – che anima la nuova disciplina. C'è, inoltre, il sospetto che l'immigrazione sia stata strumentalizzata per ottenere consenso, ma la via prescelta è ancipite: un eccesso di spazio alle istanze emergenziali, pur impattante, mette a dura prova la capacità dei prodotti legislativi di resistere nel tempo. La speranza, dunque, è che i provvedimenti in disamina rappresentino una soluzione-ponte nell'ottica di stimolare ritocchi legislativi meditati e sistemici i cui interlocutori privilegiati siano le Carte nazionali e internazionali.



Processo penale e giustizia n. 5 | 2019

Analisi e prospettive

Analysis and Perspectives

MATTEO RAMPIONI

Dottore di ricerca in procedura penale – Università degli studi di Roma “Tor Vergata”

Il sequestro preventivo funzionale alla confisca: un istituto senza «confini»

*The preventive attachment functional to confiscation:
a subject without no frontier*

Contrariamente a quanto avviene per le cautele personali, la disciplina del sequestro preventivo, ed in particolare di quello funzionale alla confisca, non è stata ben delineata dal legislatore. L'art. 321, comma 2, c.p.p., infatti, non offre spunti adeguati per individuare con chiarezza condizioni e i limiti della misura; la qual cosa ha generato un massiccio intervento giurisprudenziale diretto a legittimare il sequestro preventivo funzionale alla confisca sulla base dell'astratta sostenibilità della notizia di reato.

Contrarily at what happens for the personal precautionary measures, the subject of the preventive attachment, and in particolare the one functional to confiscation, hasn't been correctly regulated by the legislator. Article 321, comma 2, c.p.p., doesn't offer any reference with which identify limits of the measure; this determined a massive and constant work of the Supreme Court of Justice direct to legitimize the preventive attachment functional to confiscation based just on the abstract sustainability of the case enrolment.

INTRODUZIONE

Come spesso accade, una rigida e chiara disciplina consente di comprendere senza particolari difficoltà interpretative i confini di un dato istituto. Viceversa, quando una materia non è sufficientemente normativizzata, o semplicemente ben spiegata, occorre intervenire in un secondo momento per tentare di eliminare le incertezze.

È quanto avviene per il «sequestro preventivo finalizzato alla confisca» di cui all'art. 321, comma 2 c.p.p. che, non essendo adeguatamente tipizzato, si serve dei criteri individuati dalla giurisprudenza per fronteggiare le sue lacune normative.

È noto che gli scopi del legislatore nella predisposizione dell'art. 321 c.p.p. fossero, da un lato, quello di formulare la “nuova” figura del «sequestro preventivo» in modo chiaro e preciso, al fine di porre un freno alla prassi giudiziaria previgente che, mediante l'art. 337 c.p.p. abr¹., consentiva al sequestro penale di perseguire le più disparate finalità²; e, dall'altro, attraverso l'introduzione della figura dell'art. 321, comma 2, c.p.p., di delimitare ulteriormente, attraverso un rinvio alla nozione di cose di cui è consen-

¹ Art. 337 c.p.p. abr. «Nel corso dell'istruzione il giudice può disporre anche d'ufficio con decreto motivato il sequestro di cose pertinenti al reato. Al sequestro il giudice può procedere personalmente e, occorrendo, con l'assistenza della forza pubblica. Può anche delegare con lo stesso decreto un ufficiale di polizia giudiziaria».

² E. Selvaggi, *sub art. 231 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, III, Torino, Utet, 1990, p. 359 ss. Continua l'Autore «Il nuovo istituto è appunto, nel nuovo codice, il sequestro preventivo disciplinato dagli artt. 321 ss., che rappresenta pertanto il risultato di un processo di razionalizzazione e sistemazione di una materia la quale, fino ad oggi, non conosceva referenti normativi precisi e inequivoci. È da dire di più: lo sforzo sistematico non si è limitato alla predisposizione di una disciplina specifica, ma si è espresso in una rivisitazione complessiva di quella vicenda processuale che, non definita compiutamente sul piano normativo, si esprime nel vincolo posto alla libera disponibilità della cosa che comunque riveste interesse nel procedimento penale».

Sulle problematiche della normativa previgente: A.A. Dalia, *Una prospettiva da recuperare: il sequestro penale in funzione della confisca*, in *Cass. pen.*, 1982, p. 1870.

tita la confisca, l'area di operatività della misura (si cercò di escluderne l'operatività fuori dei confini segnati, sia dall'art. 240 c.p., che dalle leggi speciali in cui è espressamente riconosciuto al giudice il potere ablativo³). Nonostante gli intendimenti della materia, l'art. 321, comma 2, c.p.p. nella sua «nuova» formulazione si limita a stabilire che «il giudice può altresì disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca»⁴.

Già dalla lettura dell'esiguo testo normativo, è possibile affermare che la norma, così come scritta, non è in grado né di colmare il menzionato «vuoto di fini», né tantomeno di fornire, complici anche le mutazioni⁵ subite dall'istituto della confisca negli ultimi anni, sufficienti garanzie per chi viene raggiunto dalla misura⁶.

IL VUOTO DEI PRESUPPOSTI APPLICATIVI

Malgrado la diversa natura, da un lato, del sequestro preventivo disciplinato dall'art. 321, comma 1, c.p.p. (riconducibile direttamente al *genus* delle misure cautelari) e, dall'altro, del sequestro preventivo finalizzato alla confisca (che possiede, invece, una connotazione particolare per via della sua specifica finalità di vincolare i beni in vista di una futura confisca), il tema dei presupposti applicativi appare in entrambi i casi scivoloso per via della generale vacuità normativa⁷.

Sistemicamente inquadrato dal legislatore tra le misure cautelari, il sequestro preventivo disciplinato dall'art. 321, comma 1, c.p.p. risulterà applicabile qualora ricorrano il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*.

Stando alla prevalente prassi, il *fumus* coincide con l'astratta ed ipotetica sussumibilità del fatto (enunciato dal pubblico ministero) nella norma incriminatrice⁸, non occorrendo, né una determinata soglia indiziaria, tantomeno analoga a quella richiesta dall'art. 273 c.p.p.⁹, né l'individuazione dell'autore del reato¹⁰.

³ Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, parte prima, n. 93, 24 ottobre 1988, p. 80.

⁴ Art. 321, comma 2, c.p.p.

⁵ Ad esempio, l'introduzione della cd. «confisca allargata» di cui all'art. 12 *sexies* d.l. n. 306 del 1992, idonea a colpire i patrimoni della criminalità organizzata, ovvero la cd. «confisca per equivalente» introdotta dalla legge 24 dicembre 2007, n. 244 mediante cui «si impone un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile».

Scontata l'indescrivibile ampiezza della letteratura, per una panoramica sul tema della confisca, tra gli altri, M. Montagna, *Sequestro e confisca*, Torino, Giappichelli, 2017; A. Alessandri, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. pen.*, Torino, Utet, 1989, p. 39 ss.; S. Furfaro, voce *Confisca*, in *Dig. pen.*, IV, Torino, Utet, 2005, p. 202 ss.; G. Grasso, sub art. 240 c.p., in M. Romano-G. Forti-S. Seminara-G. Zuccalà, Padova, Cedam, 2011, p. 604 ss.; A.M. Maugeri, sub art. 240, in *Commentario breve al codice penale*, diretto da G. Forti-S. Seminara-G. Zuccalà, Padova, Cedam, 2017, p. 798 ss.; G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p.596 ss.; M. Massa, voce *Confisca* (dir. e proc. pen.), in *Enc. dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1961, p. 980 ss.; V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, III, Torino, Utet, 1950, p. 350 ss.; G. Vassalli, *La confisca dei beni*, Padova, Cedam, 1951; E. Nicosia, *La confisca, le confische*, Torino, Giappichelli, 2012.

⁶ P. Troisi, *Adprehensio rei e "buona fede" del terzo*, in *Proc. pen. giust.*, n. 6/2018, p. 1: «La progressiva mutazione genetica – da misura di sicurezza patrimoniale a vera e propria pena – che, con l'intensificarsi della lotta alla criminalità organizzata ed economica, ha subito l'istituto della confisca e, correlativamente, la funzione cautelare del sequestro ad essa finalizzato, accentua l'esigenza di tutela dei terzi titolari di diritti sui beni che ne sono oggetto». Ancora, G. Varraso, *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 12 gennaio 2018; G. Biscardi, *Concorso di sequestri e traguardo finale: un viaggio accidentato tra istanze risarcitorie e confische*, in *Proc. pen. giust.*, n. 5/2018.

⁷ A tal riguardo, scrive A. Scalfati (*Il sequestro preventivo: temperamento autoritario con aspirazioni al "tipo" cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, n. 5/2012, p. 533): «forse le regole sono state scritte un po' frettolosamente, ma la misura reale più diffusa appare figlia di un dio minore rispetto alla complessità normativa delle cautele personali, rivelando una sagoma meno limpida».

⁸ Tra le varie: Cass., sez. un., 25 marzo 1993, n. 4, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1969; Cass., sez. un., 23 febbraio 2000, n. 7, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2225; Cass., sez. IV, 12 dicembre 2001, n. 41388, in *Dir. e giust.*, 2003, 7, p. 101; Cass., sez. I, 11 maggio 2007, in *C.E.D. Cass.*, n. 236474; Cass. sez. IV, 21 maggio 2008, n. 23944, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4373; Cass., sez. VI, 5 agosto 2011, n. 31382, in *C.E.D. Cass.*, n. 250441; Cass., sez. II, 20 gennaio 2014, n. 2248, in *C.E.D. Cass.*, n. 260047.

⁹ In dottrina, invece, si è tentato, attraverso un raccordo sistematico, di estendere al sequestro preventivo, per chiare ragioni garantiste, il presupposto dei gravi indizi di colpevolezza ex art. 273 c.p.p. Sul tema: P. Balducci, *Il sequestro preventivo*, II ed., Milano, Giuffrè, 1991; M. Cirulli, *In tema di presupposti del nuovo sequestro preventivo*, in *Giur. it.*, 1992, II, p. 316; A. Giarda, *L'impresa ed il nuovo processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1243; G. Viciconte, *Il sequestro preventivo tra esigenze cautelari e finalità di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 360; F. Cordero, *Procedura penale*, IX ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 557.

Un diverso filone considera sufficiente, invece, la sussistenza, allo stato delle conoscenze disponibili, del solo elemento oggettivo dell'illecito penale. In particolare, N. Galantini, sub art. 231 c.p.p., in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, di-

Il *periculum*, invece, va desunto dalla medesima natura del bene oggetto di sequestro e dal suo carattere strumentale rispetto all'aggravamento o alla protrazione delle conseguenze del reato¹¹. Sotto tale profilo, ai fini applicativi, il giudice dovrà accertare il cd. nesso di pertinenzialità funzionale tra la cosa e il reato.

Diversi, invece, i requisiti richiesti per l'applicazione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca¹²: vista la genericità normativa al riguardo, la soluzione (se così può essere chiamata) va ricercata nel quadro tracciato dalla giurisprudenza.

Sebbene le situazioni soggettive coinvolte (proprietà, possesso, anche di beni immateriali, detenzione, credito), il Supremo Collegio¹³ da un lato, e la Corte costituzionale dall'altro¹⁴, escludono, così come per l'ipotesi di sequestro di cui all'art. 321, comma 1 c.p.p., un'indagine sul *fumus* paragonabile ai «gravi indizi di colpevolezza»¹⁵. Peraltro, la giurisprudenza (in particolare della Corte costituzionale¹⁶), ritiene che tale soluzione non contrasti con il diritto di difesa. Invero: da un lato, non esisterebbe alcun obbligo costituzionale «ad assegnare uguale contenuto difensivo a rimedi che, pur se identici per denominazione, si distinguono sul piano strutturale e dei soggetti che possono essere coinvolti»; dall'altro, al giudice adito sarebbe, comunque, consentito il controllo sull'astratta configurabilità del reato.

retto da E. Amodio-O. Dominioni, vol. III, Milano, Giuffrè, 1990, p. 265; F. Lattanzi, *Sul fumus richiesto per il sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 355.

Infine, altra parte della dottrina ritiene sufficiente, ai fini dell'integrarsi del *fumus delicti*, richiesto dall'art. 321 c.p.p., una verifica in termini di sommarietà e provvisorietà mirante ad accertare la corrispondenza tra fattispecie astratta e fattispecie reale. M. Bevere, *Coercizione reale. Limiti e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 22.

¹⁰ Cass., sez. III, 8 giugno 2011, n. 35312, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4195 «Ai fini dell'applicazione della misura del sequestro preventivo è necessario che sussistano elementi che rendano ipotizzabile il reato per cui si procede, non essendo, tuttavia, richiesto che gli stessi riguardino un soggetto individuato, potendo, infatti, il vincolo essere disposto anche nei confronti di ignoti».

¹¹ Cass., sez. II, 21 dicembre 1999, in *C.E.D. Cass.*, n. 215089; Cass., sez. VI, 14 gennaio 2003, n. 1284, *C.E.D. Cass.*, n. 223327; Cass., sez. IV, 10 febbraio 2004, n. 5302, *C.E.D. Cass.*, 227096; Cass., sez. IV, 21 maggio 2008, n. 23944, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4373; Cass., sez. VI, 23 febbraio 2010, n.10618; Cass., sez. V, 29 settembre 2011, n. 35394, in *C.E.D. Cass.*, n. 250930; Cass., sez. II, 5 febbraio 2014, n. 55656, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2014, 4, p. 377.

¹² M. Ceresa-Gastaldo, *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4439; F. Vergine, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, Ipsoa, 2009, p. 169 ss.

¹³ Cass., sez. un., 25 aprile 1993, Gifuni, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1969; Cass., sez. un., 29 gennaio 1997, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1673; Cass., sez. un., 4 maggio 2000, n. 7, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2225; Cass., sez. un., 19 gennaio 2004, n. 920, in *Cass. pen.*, 2004, p. 354; Cass., sez. un., 28 marzo 2013, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4338.

¹⁴ C. cost., sentenza 17 febbraio 1994, n. 48, in *Giur. it.*, 1995, p. 20 «Pur adottando una linea volta a tracciare marcati paralleli tra le cautele reali e quelle personali, osservando, a tal proposito, come attraverso il sequestro preventivo si creino «vincoli che, si potrebbe dire, dalla cosa passano alla persona, nel senso che il sequestro non mira semplicemente a trasferire nella disponibilità del giudice ciò che deve essere utilizzato a fini di prova, ma tende piuttosto ad inibire certe attività che il destinatario della misura può realizzare mediante la cosa», il codice non si è spinto al punto da aver assimilato in toto i presupposti che devono assistere le misure personali, da un lato, e quelle reali dall'altro. Più in particolare, nel dettare la disciplina delle misure cautelari reali, il nuovo codice di rito ha omesso, non senza significato di operare un richiamo espresso alle disposizioni generali che il capo I del titolo I del libro IV dedica alle misure cautelari personali, cosicché solo a queste ultime risulta essere testualmente riferita la previsione enunciata dall'art. 273, primo comma, c.p.p.».

C. cost., ordinanza 7 marzo 2007, n. 153, in *Giur. cost.*, 2007, p. 1458 ss. Pronuncia che dichiara manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 324 c.p.p., censurato, in riferimento all'art. 111, comma 2, Cost., nella parte in cui, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte di cassazione, vincolante per il rimettente quale giudice del rinvio, limita i poteri del tribunale del riesame, in caso di impugnazione del decreto di sequestro preventivo, alla sola astratta possibilità di presumere il fatto in una determinata ipotesi di reato, senza possibilità di verificare, sulla base dei fatti, per come indicati dal pubblico ministero e esaminati alla luce delle argomentazioni difensive, se sia ravvisabile il *fumus* del reato prospettato dall'accusa.

¹⁵ Cass., sez. un., 25 aprile 1993, Gifuni, cit., p. 1969.

¹⁶ C. cost., sentenza 17 febbraio 1994, n. 48, in *www.cortecostituzionale.it*, massima n. 20442 «La preclusione, secondo la costante giurisprudenza della Cassazione, per il giudice investito dal gravame relativo all'applicazione delle misure cautelari di natura reale, di ogni valutazione sulla sussistenza degli indizi di colpevolezza e sulla loro gravità – diversamente da quanto previsto per le misure cautelari personali – non si pone in contrasto con il diritto di difesa, sia perché non vi è un obbligo costituzionale ad assegnare uguale "contenuto difensivo" a rimedi che, pur se identici per denominazione (riesame delle misure cautelari personali e riesame di quelle reali), si distinguono sul piano strutturale e dei soggetti che possono essere coinvolti, e sia perché, per altro verso, è consentito al giudice «a quo», quanto meno, il controllo sulla astratta configurabilità del reato contestato».

Ciò comporta che la verifica giudiziale è finalizzata a valutare soltanto la «mera compatibilità giuridico-fattuale al modello normativo che autorizza la confisca»¹⁷.

Espande la innocuità del controllo l'idea che non occorra, l'analisi sulla sussistenza del *periculum in mora*, essendo elemento da presumersi dall'astratta possibilità di applicare la confisca sulla base di norme in materia¹⁸.

Il giudice dovrà semplicemente, ma nel solo caso della confisca "facoltativa"¹⁹ (non potendosi lo stesso dire per la confisca "obbligatoria" che, riguardando cose considerate intrinsecamente pericolose dal legislatore, non presuppone alcuna valutazione²⁰), dare conto del potere discrezionale di cui si è avvalso.

A tal ultimo proposito, la giurisprudenza ha alternato prospettive diverse. In passato si era orientata nel senso che il compito lui affidato fosse solo quello di verificare se i beni rientrassero nelle categorie delle cose suscettibili di confisca, senza alcun obbligo di motivazione specifica²¹.

Oggi, invece, in particolare dopo l'entrata in vigore della L. n. 47 del 2015²², si propende per l'orientamento di segno opposto, secondo cui è necessario motivare il provvedimento di sequestro, «dovendosi escludere che la pericolosità possa essere desunta semplicemente dalla confiscabilità dei beni»²³.

Nonostante nel corso degli anni la Corte di cassazione abbia tentato, attraverso qualche (isolata) pronuncia, di dare una maggiore consistenza ai criteri di legittimazione della misura (stabilendo, da un lato – per quanto concerne il *fumus* – che ai fini dell'adozione del sequestro preventivo funzionale alla confisca non possono mai mancare «indizi sulla sussistenza del fatto»²⁴; dall'altro, che «ai fini del seque-

¹⁷ A. Scafati, *L'ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione di confisca*, in *Proc. pen. giust.*, n. 3/2016, p. 4.

Sul punto anche la giurisprudenza è vastissima: Cass., sez. VI, 17 febbraio 2003, n. 23255, in *Riv. pen.*, 2004, p. 574; Cass., sez. VI, 26 aprile 2004, n. 25056, in *C.E.D. Cass.*, n. 229274; Cass., sez. VI, 3 aprile 2006, n. 19733, in *C.E.D. Cass.*, n. 234730; Cass., sez. V, 18 dicembre 2008, n. 46321, in *Proc. pen. giust.*, p. 994; Cass., sez. un., 4 maggio 2010, n. 7, in *Cass. pen.*, 2000, p. 255.

¹⁸ Cass., sez. III, 17 settembre 2014, n. 47684; Cass., sez. III, 15 aprile 2015, n. 20887, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1677.

¹⁹ È per tali ragioni che alcuni sostengono (P. Gualtieri, sub art. 321 c.p.p., in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda-G. Spangher, Milano, Ipsoa, 2010, 2044 ss. Di medesimo avviso anche F. Cordero, *Procedura Penale*, cit., p. 557) che nel sequestro preventivo finalizzato alla confisca "facoltativa" sarebbe riscontrabile «un'analogia con il sequestro in funzione preventiva di cui all'art. 321, comma 1, c.p.p.». Invero, anche questa misura ablativa tende a prevenire la commissione di ulteriori illeciti, sottraendo alla disponibilità dell'agente cose che potrebbero costituire un incentivo alla protrazione dell'attività criminosa. Di conseguenza il giudice dovrebbe operare una prognosi di pericolosità e ordinare la confisca laddove la cosa risulti strumentale al compimento di un reato, ovvero il mantenimento del possesso in capo al reo favorisca la commissione di altri illeciti penali.

²⁰ Nel caso di confisca obbligatoria il rapporto di pertinenzialità tra bene e reato è interamente assorbito nella verifica della confiscabilità della *res*. Si ritiene che l'illegittimità del sequestro possa essere affermata solo nel caso in cui *ictu oculi* sia da escludere, alla stregua delle risultanze processuali conseguite o in base alle norme giuridiche, l'ablatività delle cose.

²¹ Tra le molte, Cass., sez. VI, 17 marzo 1995, n. 1022, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2694.

²² Cfr. Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 18954, in *C.E.D. Cass.*, n. 266789 «Il legislatore del 2015 ha chiaramente mostrato, anche con interventi paralleli su più norme di considerare fra gli obiettivi connotanti la riforma quello di sanzionare qualsiasi prassi di automatico recepimento, ad opera del giudice, della tesi dell'Ufficio richiedente, così da rendere effettivo il doveroso controllo giurisdizionale preteso dalla Costituzione prima che dalla legge ordinaria, e da rendere altresì forte la dimostrazione della specifica valutazione dell'organo giudiziario di prima istanza sui requisiti fondanti la misura, precludendone la sanatoria che potrebbe derivare dall'intervento surrogatorio pieno del giudice dell'impugnazione».

²³ Cass., sez. V, 10 novembre 2017, n. 2308, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2946; Cass., sez. VI, 26 giugno 2008, n. 36710; Cass., sez. IV, 30 gennaio 2004, n. 13298, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2324 «Ai fini del sequestro preventivo di cosa di cui è consentita la confisca (art. 321 comma 2 c.p.p.) è necessario uno specifico, non occasionale e strutturale nesso strumentale tra *res* e reato, in quanto nel perseguimento dei fini di difesa sociale, i diritti patrimoniali dei singoli non possono essere sacrificati in modo indiscriminato attraverso la sottrazione di cose la cui disponibilità è di per sé lecita, a meno che non siano oggettivamente e specificamente predisposte, anche attraverso modificazioni, per l'attività criminosa. (In applicazione di tali principi, la Corte ha annullato con rinvio l'ordinanza che aveva confermato il sequestro preventivo di autovettura utilizzata per il trasporto ed occultamento di sostanza stupefacente destinata allo spaccio, in quanto il giudice di merito non aveva valutato e adeguatamente motivato in ordine all'uso illecito non occasionale dell'autovettura e sulla sua strumentalizzazione per l'occultamento o il trasporto di droga, attraverso particolari accorgimenti insidiosi o modifiche strutturali)».

Ancora, Cass., sez. V, 10 novembre 2017, n. 2308, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2946. Con la sentenza in rassegna la Corte specifica l'obbligo motivazionale del giudice, richiedendo che nella motivazione si dia conto della pericolosità che giustifica in concreto l'apposizione del vincolo, dovendosi escludere che la pericolosità possa essere desunta semplicemente dalla confiscabilità dei beni.

²⁴ Cass., sez. un., 31 marzo 2016, 18954, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3140 ss.

stro preventivo di cosa di cui è consentita la confisca è necessario uno specifico, non occasionale e strutturale nesso strumentale tra res e reato, in quanto nel perseguimento dei fini di difesa sociale, i diritti patrimoniali dei singoli non possono essere sacrificati in modo indiscriminato attraverso la sottrazione di cose la cui disponibilità è di per sé lecita, a meno che non siano oggettivamente e specificamente predisposte, anche attraverso modificazioni, per l'attività criminosa»²⁵) la prassi giudiziaria odierna propende ancora per la soluzione –certamente meno garantista– secondo cui (ai fini applicativi) è sufficiente la semplice iscrizione della *notitia criminis*²⁶.

Nell'ambito della medesima disciplina, occorre fare necessariamente un cenno (anche) ai criteri di legittimazione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente²⁷, misura ablativa, come è noto, introdotta col precipuo scopo di evitare che il profitto, o il prezzo della condotta delittuosa, scompaiano a seguito di perdita o del suo trasferimento in capo a terzi²⁸.

Sebbene l'istituto sia di non lontana formulazione, il legislatore, anche in questo caso, non si è espresso in alcuna maniera circa i presupposti di legittimazione della misura, delegando, ancora una volta, tale mansione alla Suprema Corte.

Secondo l'impostazione esegetica maggioritaria²⁹, per la sua applicazione, occorre (semplicemente): innanzitutto, che la persona raggiunta dal vincolo sia (co)indagata per uno dei reati per i quali la confisca per equivalente è consentita; poi, che nella sfera giuridico-patrimoniale di uno dei concorrenti non siano rinvenute le somme di denaro o i beni costituenti il prezzo o il profitto del reato per cui si procede e di cui sia certa l'esistenza.

Ciò comporta, nel rispetto dei canoni della solidarietà interna tra i concorrenti³⁰, l'inevitabile coinvolgimento di beni che, oltre a non avere alcun rapporto con la pericolosità del soggetto, potrebbero non avere neppure alcun collegamento diretto con il singolo reato³¹.

CRITICITÀ

Limitando il discorso alla sola disciplina del sequestro preventivo finalizzato alla confisca, appare chiaro come la mancata indicazione dei presupposti applicativi apra la strada a questioni diverse.

La prima concerne la natura della misura.

Nonostante, da un lato, il *corpus normativo* annoveri il sequestro nel «libro IV» (parte del codice, come è noto, dedicata alle misure cautelari) e, dall'altro, anche la letteratura³² pare considerare la misura

²⁵ Cass. sez. IV, 30 gennaio 2004, n.13298, in *Cass. pen.* 2005, p. 2324; ancora, Cass., sez. V, 18 maggio 2005, n. 21458, in *C.E.D. Cass.*, n. 232289.

²⁶ A. Diddi, *Il sequestro ai fini di confisca*, in *Sequestro e confisca*, a cura di M. Montagna, cit., p. 188 «tale circostanza, sembrerebbe peraltro confermata a livello normativo dall'art. 321, comma 2, c.p.p. che, «nel rinviare alle norme sulla confisca, postula che vi sia una valutazione positiva circa la commissione di un reato».

²⁷ Norma, come è noto, introdotta dall'art. 3 della l. 20 settembre 2000, n. 300 di ratifica della Convenzione OCSE di Parigi del 17 dicembre 1997, relativa alla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali.

Tra i molti: M. Pellissero, *Commento alla L. 29 settembre 2000*, in *L.P.*, 2001, p. 1021 ss.; M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 1 ss.; S. Furfaro, *Confisca*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, Utet, 2005, p. 201 ss.; F. Vergine, *Confisca e sequestro per equivalente*, cit., p. 1 ss.; A. Spina, *Commento all'art. 322 ter c.p.*, in *Codice penale ipertestuale*, a cura di M. Ronco-S. Ardizzone, Torino, Utet, 2007, p. 1507; S. Seminara, *Commento all'art. 322 ter c.p.*, in *Commentario*, a cura di A. Crespi-F. Stella-G. Zuccalà, Padova, Cedam, 2003, p. 936; C. Santoriello, *La confiscabilità per equivalente del prezzo del reato nell'interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *impresa*, 2006, p. 129; F. Fuso, *Il sequestro preventivo del prezzo e del profitto del reato di corruzione secondo la nuova disciplina introdotta dall'art. 322 ter c.p. Riflessioni sul sequestro di beni di valore equivalente al prezzo o al profitto*, in *Foro Ambrosiano*, 2003, p. 51.

²⁸ Cass., sez. un., 25 ottobre 2005, n. 41936, in *Guida al diritto*, 2005, p. 52, con nota di G. Amato, *Il contrasto risolto dalle Sezioni Unite non scioglie tutti i dubbi interpretativi*.

²⁹ Cass., sez. VI, 5 giugno 2007, n. 31692, in *Guida al diritto*, 2007, p. 78; Cass., sez. II, 20 dicembre 2006, n. 10838, in *Foro it.*, 2007, II, p. 265; Cass., sez. VI, 23 giugno 2006, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Sequestro penale*, p. 53; Cass., sez. VI, 29 marzo 2006, n. 24633, in *Guida al diritto*, 2006, p. 90; Cass., sez. un., 25 ottobre 2005, n. 41936, cit. p. 52.

³⁰ Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, in *Guida al diritto*, 2013, 22, p. 73.

³¹ In questo senso l'orientamento costante espresso dalla Suprema Corte: Cass., sez. VI, 5 giugno 2007, n. 31692, in *Guida al diritto*, 2007, p. 78; Cass., sez. II, 20 dicembre 2006, n. 10838, in *Foro it.*, 2007, II, 265; Cass., sez. VI, 23 giugno 2006, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Sequestro penale*, n. 53; Cass., sez. VI, 29 marzo 2006, n. 24633, in *Guida al diritto*, 2006, p. 90; Cass., sez. un., 25 ottobre 2005, n. 41936, cit. p. 52.

³² Tra i molti: P. Balducci, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Giuffrè, Milano, p. 1990; P. Gualtieri, *Sequestro preventivo*,

ablativa un provvedimento cautelare, seppur rappresenti una figura “autonoma” rispetto a quella prevista dall’art. 321, comma 1, c.p.p.³³, la sua piatta riconducibilità al *genus* cautelare appare frutto di un’impostazione assai schematica.

È assodato che le misure cautelari (in generale) comportano o la limitazione del movimento (ad es. la custodia) o l’interdizione da determinate attività (es. sospensione dall’esercizio della responsabilità genitoriale) o, come nel caso delle cautele reali, un vincolo di indisponibilità su cose o diritti *in rem*.

Lo scopo, a prescindere dalla tipologia di misura applicata, è il medesimo: evitare che il passare del tempo possa «pregiudicare irrimediabilmente l’efficacia pratica della sentenza di condanna³⁴».

I provvedimenti cautelari, strutturalmente, sono subordinati, soprattutto considerando il coinvolgimento di beni costituzionalmente garantiti, alla sussistenza di stringenti requisiti: il *periculum in mora* ed il *fumus boni juris*; criteri che appaiono indispensabili, sia, per verificare la legittima imposizione di una misura (e, dunque, anche per esercitare un «giusto» diritto di difesa), sia per garantire il fondamentale carattere di provvisorietà e incidentalità delle cautele.

Tali dati dovrebbero essere di per sé già sufficienti ad ingenerare il dubbio circa la natura del sequestro preventivo funzionale alla confisca: come potrebbe parlarsi di un’autentica misura cautelare (reale) se ai fini della sua applicazione basta il solo richiamo alla *notitia criminis* o poco più?

Laddove ciò non bastasse a rilevare la difformità della misura rispetto al «tradizionale» modello cautelare, così come già sottolineato³⁵, si rileva un’ulteriore peculiarità nella disciplina oggetto di trattazione: l’assenza del principio del minor sacrificio necessario secondo cui la misura andrebbe «calibrata sulla qualità del rischio da fronteggiare».

Invero, accade spesso nella pratica giudiziaria che il giudice (specie per quanto concerne i vincoli sulle somme di denaro), essendo poco vincolato al complessivo quadro indiziario, sequestri indistintamente, in nome di una presunta tempestività dell’intervento³⁶, patrimoni e beni (spesso anche appartenenti a terzi), rinviando «la determinazione dei limiti di approvvigionamento al momento di decifrare i confini operativi della confisca, magari in fase di esecuzione»³⁷.

Bisogna tuttavia evidenziare che recentemente, visti anche i numerosi interventi della giurisprudenza convenzionale che, come noto, da sempre recepisce in pieno il principio del minor sacrificio necessario (affermando a più riprese che ogni misura patrimoniale limitativa del diritto di «proprietà» – o meglio, del «*right of property*» – debba essere proporzionata all’obiettivo da perseguire³⁸), si registra una apertura anche della Suprema Corte nei confronti dell’applicazione di tale canone alla disciplina in esame³⁹.

in G. Spangher, *Trattato di procedura penale, Prove e misure cautelari*, II (a cura di A. Scafati), *Le misure cautelari*, 2008, Torino, Utet, p. 366 ss.

³³ Che, così come emerge dai lavori preparatori, già costituisce un *tertium genus* rispetto al sequestro conservativo e quello probatorio (*Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale*, parte prima, n. 93, 24 ottobre 1988, p. 80).

³⁴ P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 460. Sul punto, ancora, G. De Luca, *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Padova, Cedam, 1953, p. 27 «si appalesa la necessità di stabilire una continuità tra la situazione iniziale e la situazione finale, attraverso la creazione di una serie di situazioni intermedie».

³⁵ A. Scafati, *L’ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione di confisca*, cit., p. 5.

³⁶ Sul punto G. Varraso, *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, cit., p. 14 «Ciò che conta, ai fini dell’adozione della cautela, è stabilire solo se i beni siano nella disponibilità dell’indagato o dell’imputato. Secondo la Corte, versandosi in materia di cautele reali, non è possibile pretendere la preventiva ricerca generalizzata dei beni costituenti il profitto del reato, giacché durante il tempo necessario per l’espletamento di tale ricerca, potrebbero essere occultati gli altri beni suscettibili di confisca per equivalente».

³⁷ A. Scafati, *L’ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione di confisca*, cit., p. 5. Prosegue l’Autore: «Inoltre, nella disciplina mancano sostitutivi all’adozione del sequestro preventivo, come sarebbe la figura di una cauzione, che ben potrebbe funzionare come alternativa nei casi di confisca per equivalente o per sproporzione ed è assente qualsiasi rapporto sinergico con le misure personali interdittive aspetto che, in vista del pericolo derivante dalla disponibilità del bene, potrebbe svolgere una più equilibrata funzione cautelare. Impostazione condivisa anche dalla giurisprudenza che stabilisce: «l’entità del sequestro potrà essere stabilita secondo canoni presuntivi, salvo il necessario definitivo accertamento in sede di confisca». Cass., sez. VI, 2 agosto 2007, n. 31690, in *Dir. pen e proc.*, n. 7/2008, p. 865; Cass., sez. VI, 14 settembre 2007, n. 34878, in *Dir. pen e proc.*, n. 7/2008, p. 865.

³⁸ C. edu., 3 maggio 2015, *Dimitrovi c. Bulgaria*; C. edu., 12 maggio 2015, *Gogitidze c. Georgia*; C. Edu., 13 dicembre 2016, *S.C. Fiercolect Impex S.r.l. c. Romania*.

³⁹ Cass., sez. un., 19 aprile 2018, n. 36072, in *Cass. pen.*, 2018, p. 4088; Cass., sez. IV, 4 maggio 2015, n. 18447, in *Archivio penale*,

Con qualche «sporadica» pronuncia, infatti, si stabilisce che, non diversamente da quanto avviene per le misure cautelari personali, anche per quelle reali il vincolo cui l'indagato può essere assoggettato deve essere contenuto entro i limiti funzionali alla misura disposta; pertanto, se il provvedimento cautelare serve ad evitare che il giudizio definitivo sia concretamente ineffettivo, «*nel caso del sequestro preventivo finalizzato alla confisca non è legittimo gravare [eccessivamente] posizione dell'indagato assoggettato a[lla] misura*».

Qualora il citato indirizzo ermeneutico riuscisse a consolidarsi si otterrebbe un duplice risultato. Innanzitutto, la materia del sequestro preventivo funzionale alla confisca assumerebbe alcuni connotati tipici propri delle misure cautelari. Si introdurrebbe poi, ed è l'aspetto di maggiore interesse, un primo limite alla misura, che risulterà applicabile laddove vi sia una proporzione tra il sequestro e l'effettivo (quanto futuribile) oggetto della confisca.

Allo stato, invece sembra che la misura abbia il precipuo scopo di anticipare (in spregio al dettato costituzionale di cui all'art. 27, comma 2, Cost.), sin dalla fase delle indagini preliminari, gli effetti di una (possibile-probabile) decisione ablativa finale.

In effetti, il sequestro preventivo funzionale alla confisca non si atteggia come una misura cautelare, bensì come una «sorta» di misura di prevenzione reale⁴⁰. In particolare, alla luce della disciplina vigente in materia che, analogamente a quanto avviene per quella del sequestro preventivo, prevede che le misure di prevenzione reali possono essere applicate «indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta»⁴¹, ed in presenza di vaghe situazioni soggettive che sottendono l'esistenza di attività illecite⁴².

Rebus sic stantibus, l'impressione è che il legislatore prima, e la giurisprudenza poi, abbiano voluto lasciare uno spazio operativo libero da qualsiasi condizionamento, stante l'assenza di determinatezza dei presupposti applicativi relativi alla misura di cui all'art. 321 comma 2 c.p.p.

Tale convinzione sembra rafforzarsi anche alla luce di una recente, quanto autorevole, pronuncia la

2015, n. 2, con nota di F. Morlacchini, *La proporzionalità nel sequestro preventivo: un protocollo logico per le misure cautelari reali*, p. 1 ss.; Cass., sez. III, 3 aprile 2012, n. 12500, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4168, con nota di L. Milani, *Proporzionalità, adeguatezza e gradualità in tema di sequestro preventivo*: «I principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità, dettati dall'art. 275 cod. proc. pen. per le misure cautelari personali, sono applicabili anche alle misure cautelari reali, costituendo oggetto di valutazione preventiva non eludibile da parte del giudice, il quale deve motivare adeguatamente sulla impossibilità di conseguire il medesimo risultato attraverso una meno invasiva misura interdittiva».

⁴⁰ Per una definizione di misure di prevenzione F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 2011, p. 865 «Le misure di prevenzione sono misure special preventive ante o praeter delictum, essendo applicabili ai soggetti pericolosi prima della commissione di reati o a prescindere dall'avvenuta commissione di altri reati».

⁴¹ C. cost., sentenza 24 gennaio 2019, n. 24, in *www.cortecostituzionale.it*; inoltre, si legga Cass., sez. un., 26 giugno 2014, n. 4880, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3520.

⁴² L'assenza di riferimenti normativi chiari (evidenziata peraltro dalla rinomata sentenza C.edu, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, in *Arch. pen.*, 2017, n. 1, attraverso cui si è rilevata l'inesistenza di «disposizioni sufficientemente dettagliate sui tipi di comportamento che dovevano essere considerati costituire un pericolo per la società»), unitamente alla possibilità di applicare la misura patrimoniale anche a settori estranei alla criminalità organizzata, ha generato in letteratura dubbi sulle garanzie riservate al soggetto passivo del provvedimento. Secondo M. Ceresa-Gastaldo, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 3 dicembre 2015, «le limitazioni preventive delle libertà – personale, di proprietà di iniziativa economica – sono di quanto più lontano si possa immaginare dai principi liberali. Norme para-incriminatrici si sostituiscono a quelle penali, producendo lo stesso effetto punitivo senza che sia necessario accertare fatto e responsabilità». Scrive A. Manna (*Natura giuridica delle misure di prevenzione: legislazione, giurisprudenza, dottrina*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 3) «Sembrava dunque che il nuovo modello super veloce delle misure di prevenzione, in particolare di natura patrimoniale, avesse ormai rotto gli argini tipici della criminalità organizzata per estendersi a macchia d'olio in settori i più diversi del sistema penale, ma evidentemente accomunati da un'evidente preoccupazione securitaria. In questo clima, irrompe la giurisprudenza comunitaria con l'ormai ben nota sentenza De Tommaso, che ha condannato lo Stato italiano a causa dell'indeterminatezza delle prescrizioni di «osservare le leggi» e «vivere onestamente», giacché il codice antimafia del 2017 aveva soppresso l'inciso relativo al «non adire sospetti»».

Ancora sul tema, S. Recchione, *La pericolosità sociale esiste ed è concreta: la giurisprudenza di merito resiste alla crisi di legalità generata dalla sentenza De Tommaso v. Italia* (e confermata dalle Sezioni Unite «Paternò»), in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 16 ottobre 2017; R. Magi, *Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, fasc. n. 3/2017; F. Mazzacuva, *Le persone pericolose e le classi pericolose*, in *Misure di prevenzione*, a cura di S. Furfaro, Torino, Utet, 2013, p. 107; F. Menditto, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità del profitto*, in *La giustizia penale preventiva – Ricordando Giovanni Conso*, Cagliari, 29-30 ottobre 2015, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 23 maggio 2016, p. 13 ss.

quale, affermando a più riprese l'impossibilità di applicare alla materia *de qua* il criterio individuato dall'art. 273 c.p.p.⁴³, sembra allontanare definitivamente la possibilità di estendere alla disciplina del sequestro preventivo funzionale alla confisca il criterio della serietà del *fumus commissi delicti*; per quanto non si ignori, come correttamente rimarcato da attenta dottrina, che il menzionato provvedimento «apra timidamente» alla possibilità di valutare una più estesa soglia indiziaria ai fini dell'adozione del sequestro preventivo funzionale alla confisca⁴⁴.

Eppure, così come auspicato⁴⁵, attraverso l'utilizzazione dei gravi indizi di colpevolezza⁴⁶, così come avviene in tema di responsabilità di reato delle persone giuridiche⁴⁷, potrebbero essere risolte molte criticità della materia.

Innanzitutto, il sequestro assumerebbe le sembianze di una vera e propria misura cautelare, obbligando il pubblico ministero a svolgere indagini approfondite prima di richiederne l'applicazione⁴⁸ e imponendo al giudice un (vero) obbligo motivazionale ancorato a precisi riferimenti.

Va da sé, poi, che si tutelerebbe maggiormente l'esercizio del diritto di difesa, sino ad ora fortemente menomato⁴⁹. Invero, contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte costituzionale con la summenzionata sentenza n. 48 del 1994⁵⁰, la mancata valutazione di un effettiva soglia indiziaria e la valutazione giudiziale priva di esatti parametri rendono assai difficile il ruolo difensivo.

Sul terreno della prassi, la misura, nella maggior parte dei casi, viene adottata nella fase genetica delle indagini e, pertanto, oltre alla semplice iscrizione della *notitia criminis* e ad alcune «sommarie» annotazioni di polizia giudiziaria, non è supportata da molti altri dati che consentano di criticare l'ipotesi accusatoria.

Ciò comporta, di fatto, così come avviene per le misure di prevenzione reali dove è l'interessato a

⁴³ Cass., sez. un., 31 marzo 2016, 18954, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3140 ss. «È indubbio, infatti [...] che le condizioni generali per l'applicabilità delle misure cautelari personali, previste dall'art. 273 c.p.p., non sono estensibili, per le loro peculiarità, alle misure cautelari reali, essendo precluse per queste ultime, in sede di verifica della legittimità del provvedimento di sequestro preventivo, ogni valutazione sulla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza a carico degli indagati e sulla gravità degli stessi».

⁴⁴ G. Varraso, *Il sequestro ai fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, cit., p. 13.

⁴⁵ Tra questi: N. Galantini, *sub art. 321 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio-O. Dominioni, Milano, Giuffrè, 1990, p. 267; A. Scalfati, *L'ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione della confisca*, cit., p. 3. Inoltre, scrive, A. Giarda, (*L'impresa e il nuovo processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990): «Certamente il legislatore ha contornato la disciplina della coercizione reale del sequestro preventivo di una serie di presupposti di legalità e di contenuti specifici tali da ridurre l'uso del potere discrezionale del giudice entro termini accettabili, ma è indubbio che anche il nuovo assetto potrebbe essere, sul piano sostanziale, foriero di conseguenze irreparabili e causa di effetti pregiudizievoli irreversibili, giacché, come tutte le cautele, può scattare in presenza di un presupposto abbastanza fragile, sia pure costituito ora dalla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza (l'art. 273, comma 1 c.p.p. deve valere per ogni tipo di cautela, sia personale che reale)».

⁴⁶ Paradossalmente, anche la recente giurisprudenza in tema di confisca di prevenzione richiede, per la disposizione della misura ablativa su beni acquisiti in un periodo successivo a quello di cessazione della condotta, la ricorrenza di «una pluralità di indici fattuali altamente dimostrativi della diretta derivazione causale delle acquisizioni patrimoniali dalla provvista formata nel periodo di compimento dell'attività delittuosa». Cass., sez. II, 13 marzo 2018, n. 14165, in *www.ilpenalista.it*, 7 maggio 2018, con nota di C. Forte, *La ragionevole correlazione temporale tra manifestazione di pericolosità e formazione del patrimonio oggetto di confisca di prevenzione*.

⁴⁷ Cass., sez. VI, 31 maggio 2012, n. 34505, in *Cass. pen.*, 2013, p. 794 «Il sequestro preventivo ex art. 53 d.lg. n. 231/2001, rileva la S.C., è funzionale ad anticipare, in via cautelare, la confisca ex art. 19, che è sanzione principale, obbligatoria ed autonoma, escludendo per tale motivo la possibilità di trasporre automaticamente il regime dei presupposti legittimanti il sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p. La natura della confisca cui è prodromico il sequestro preventivo impone una valutazione più approfondita del presupposto del *fumus delicti*, che non riguardi solo la sussumibilità del fatto in una determinata ipotesi di reato, ma che coincida sostanzialmente con il presupposto dei gravi indizi di responsabilità dell'ente, al pari di quanto accade per le misure cautelari interdittive».

⁴⁸ M. Ceresa-Gastaldo, *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, cit., p. 4449 «Abbassato a zero lo standard dimostrativo, che esige a questo punto solo l'esistenza di una *notitia criminis*, il potere cautelare si può espandere senza confini e senza controlli».

⁴⁹ Sulla funzione difensiva, tra i molti: G. P. Voena, *Difesa*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, 1 ss.; G. Bellavista, *Difesa giudiziaria penale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 454; M. Chiavario, *Processo e garanzia della persona*, II, in *Le garanzie fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 135; A. Giarda, *La difesa tecnica dell'imputato: diritto inviolabile e canone oggettivo di regolarità della giurisdizione*, in *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, a cura di V. Grevi, Bologna, Zanichelli, 1977, p. 1 ss.; G. Conso, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 404.

⁵⁰ Secondo cui: «la preclusione di ogni valutazione sulla sussistenza e sulla gravità degli indizi di colpevolezza non può porsi in contrasto con il diritto di difesa».

dover giustificare l'origine lecita dei proventi⁵¹, un singolare (e non tipizzato) inversione dell'onere della prova; attività, peraltro, complessa anche alla luce dell'art. 324 c.p.p. che, diversamente da quanto previsto dall'art. 309, comma 5 c.p.p., non richiede, al momento della trasmissione degli atti da parte dell'autorità procedente, l'indicazione degli «elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini».

Nella stessa ottica gioca la carenza di poteri istruttori del tribunale del riesame⁵² che, non potendo valutare altro materiale se non quello trasmessogli dall'autorità giudiziaria procedente, più difficilmente potrà discostarsi da quanto già stabilito con il provvedimento di sequestro.

È per tali ragioni che, non solo, si condivide il pensiero di chi, in materia, parla di «*difesa disarmata*» e di «*ombra inquisitoria*»⁵³, ma si ritiene, inoltre, che la disciplina, così formulata, non consentendo un corretto esercizio dialettico, presenti profili di illegittimità costituzionale con riferimento agli artt. 24, comma 2, Cost., e 111, comma 2, Cost.

Non vi è dubbio, pertanto, che la materia vada riformata (dal legislatore) radicalmente, rispettando, non solo gli originari intendimenti della stessa, ma, soprattutto, i generali principi di tassatività e determinatezza nella formulazione delle norme.

Soltanto una rigorosa e precisa indicazione dei presupposti applicativi consentirebbe, infatti, di superare le incertezze che governano l'istituto sin dalla sua entrata in vigore.

⁵¹ Ed anche nel caso di confisca sui beni del cd. «terzo in buona fede», P. Troisi, *Adprehensio rei e "buona fede" del terzo*, cit., p. 3 «Facendo leva sulla teoria del fatto costitutivo, l'impostazione prevalente pone a carico del terzo l'onere della prova dell'appartenenza della *res*, della mancanza di collegamenti del proprio diritto con l'altrui condotta delittuosa e, nell'ipotesi in cui tale nesso sia configurabile, dell'affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di apparenza che renda scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza».

⁵² Cass., sez. un., 31 marzo 2004, n. 8, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2746 ss.

⁵³ A. Scalfati, *L'ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione di confisca*, cit., p. 1 e 6.

MARIA CHIARA SAPORITO

Cultrice di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Firenze

La messa alla prova nell'esperienza giurisprudenziale: un faticoso percorso verso l'allineamento costituzionale

Probation in the jurisprudential experience: a tiring journey towards the constitutional alignment

Il contributo, ripercorrendo i principali arresti giurisprudenziali in tema, illustra la singolare parabola interpretativa che ha coinvolto l'istituto della messa alla prova. Per diversi anni l'interprete si è prudentemente mosso all'interno delle categorie dogmatiche tradizionali, non riuscendo, pur tuttavia, ad esorcizzare il rischio di un rigetto costituzionale per incompatibilità con la presunzione di innocenza. Nel 2018, finalmente, la Consulta ha riconosciuto l'atipicità del *probation* e la sua estraneità al classico vocabolario della pena, non fornendo però valide definizioni alternative. Il testimone, dunque, passa oggi nuovamente agli operatori, i quali, se vorranno, potranno trovare nel paradigma della giustizia riparativa le coordinate per leggere le peculiarità del rito come risorse, e non già minacce, per il sistema penale.

The essay, tracing the main jurisprudential arrests on the subject, illustrates the singular interpretative parable of probation. For several years the interpreter has prudently moved within the traditional dogmatic categories, failing, however, to exorcise the risk of a constitutional rejection for incompatibility with the presumption of innocence. In 2018, finally, the Constitutional Court recognized the atypical nature of probation and its extraneousness to the classic vocabulary of punishment, without providing valid alternative definitions. Today the baton is passed again to the operators, who will be able to find in the paradigm of restorative justice the code to translate the peculiarities of probation into resources, not threats, for the penal system.

IL VIZIO D'ORIGINE DELL'ISTITUTO

Nonostante gli ottimi risultati pratici raggiunti in questo primo quinquennio, l'istituto della messa alla prova continua a scontare una singolare vulnerabilità sul piano teorico. All'origine delle perplessità sin da subito manifestate dalla dottrina e non ancora fugate dalla giurisprudenza, la particolare natura del nuovo rito speciale, che sospende il procedimento ordinario per innestarvi un programma di rieducazione¹ in grado di condurre, eventualmente, all'estinzione del reato.

Un tale meccanismo ha immediatamente prestato il fianco a prevedibili obiezioni sul piano dei principi. Gli obblighi imposti al probando (osservanza delle prescrizioni, lavoro di pubblica utilità e, ove possibile, eliminazione delle conseguenze dannose dell'illecito), per quanto consensualmente assunti, presentano, infatti, una carica afflittiva tale da renderne istintiva l'assimilazione al trattamento sanzionatorio di regola disposto con il provvedimento di condanna². Di qui il pericolo, da molti denunciato,

¹La lettura congiunta degli artt. 168-bis e 464-*quater* consente di individuare tali contenuti nella prestazione di lavoro di pubblica utilità, di attività di volontariato, nel risarcimento del danno e nella mediazione penale con la persona offesa (ove possibili), nell'eliminazione delle conseguenze dannose del fatto criminoso e nell'obbligo di osservanza di prescrizioni limitative delle libertà personali eventualmente impartite dal giudice.

²F. Caprioli, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 1, p. 10; P. Ferrua, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in *AA.VV.*, *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 183;

che la messa alla prova si risolva in un espediente processuale funzionale all'irrogazione di una vera e propria pena *ante iudicatum*, con grave attentato alla presunzione di innocenza.

Le insidie che sembrano annidarsi in questo apparente stravolgimento tra cognizione ed esecuzione nascono, in realtà, dalla frettolosa equiparazione tra trattamento di prova e sanzione. Un'equiparazione che, come si vedrà, perde di pregio nel momento in cui il focus viene portato su un elemento portante della disciplina: la volontarietà che non solo investe la scelta del rito ma la stessa esecuzione delle prescrizioni. Tale volontarietà, in uno con il carattere riparativo degli impegni assunti, costituisce la cifra davvero originale dell'istituto e, allo stesso tempo, la chiave per un'interpretazione conforme ai canoni del sistema penale.

UN BENEFICIO POLIVALENTE

Come noto, la sospensione del procedimento con messa alla prova, dopo una travagliata gestazione, viene finalmente alla luce con la legge n. 67 del 28 aprile 2014³. La disciplina si articola tra codice sostanziale e di rito, e più precisamente tra cause di estinzione del reato (artt. 168-*bis* c.p. e ss.) e procedimenti speciali (artt. 464-*bis* c.p.p. e ss.)⁴. Con questa scelta normativa il legislatore cala nel concreto lo schema del *probation*⁵ giudiziale: la prova è disposta nel corso del procedimento⁶ e determina, in caso di esito positivo, la rinuncia dello Stato alla propria pretesa punitiva.

Dopo aver dato buona prova di sé nella giustizia minorile⁷, il *probation* giudiziale approda nel procedimento a carico di adulti con alcuni correttivi assai "eloquenti" sul piano valoriale. Anzitutto, la fruibilità della messa alla prova per adulti è condizionata da alcuni sbarramenti all'accesso (soggettivi e oggettivi)⁸, che risultano assenti, invece, nell'archetipo minorile, rivolto in potenza ad ogni tipologia di imputato, per qualsiasi fattispecie di reato contestata. La scelta di restringere il bacino dei destinatari appare dettata da esigenze di sicurezza sociale e prevenzione generale che si pongono invece come secondarie rispetto alla riabilitazione del giovane. Ulteriormente discostandosi dal modello minorile, la messa alla prova per adulti è sempre subordinata non solo al consenso dell'imputato ma anche a una precisa iniziativa procedimentale assunta mediante formulazione di un'espressa istanza.

Entrambi gli scostamenti rispetto alla traccia ispiratrice – la volontarietà e i rigorosi limiti di applicabilità – segnalano un deciso superamento di quell'ottica puramente specialpreventiva che patrocina l'operatività incondizionata, finanche *malgré lui*, della misura per il minore. Agli obiettivi di reinserimento sociale, si accompagnano qui chiari obiettivi di deflazione giudiziaria e carceraria. Il dirottamento in prova di taluni procedimenti costituisce infatti una delle iniziative messe in atto dal legislatore nella

N. Triggiani, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti* in N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 26.

³ Legge recante "Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili"

⁴ Cui si ricordano, in relazione ai profili esecutivi, gli articoli 141-*bis* e 141-*ter* disp. att. c.p.p. e, nell'ambito del d.p.r. 14 novembre 2002, n. 313 (Testo unico in materia di casellario giudiziale), l'articolo 3 comma 1 lett. *i-bis*.

⁵ Per un inquadramento della *probation* come misura alternativa alla detenzione: E. Fassone, *Probation*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, p. 784. Sulla specifica nozione di *probation* processuale, in tema di messa alla prova minorile: L. Fadiga, *Le regole di Pechino e la giustizia minorile*, in *Giustizia e Costituzione*, 1989, 2, p. 16; C. Losana, *Sub art. 28*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al codice di procedura penale. Leggi collegate. Il processo penale minorile*, I, Torino, Utet, 1994, p. 291.

⁶ Di immediata comprensione il *discrimen* rispetto al più diffuso *probation* penitenziario, che segue necessariamente alla definizione completa del giudizio e opera come modalità esecutiva della pena, alternativa al carcere.

⁷ Il modello di riferimento è definito dall'art. 28 del d.p.r. n. 488/88. Ai sensi del suddetto articolo, il giudice, «quando ritiene di dover valutare la personalità del minore» e «sentite le parti», dispone con ordinanza la sospensione del procedimento e la messa alla prova con «affidamento» dell'imputato ai servizi minorili della giustizia» «per lo svolgimento delle opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno». A seguito dell'esito positivo della prova pronuncia l'estinzione del reato, tenuto conto del «comportamento del minore e dell'evoluzione della personalità».

⁸ Il rito può essere attivato unicamente nei procedimenti per reati puniti con la sola pena edittale (sola, congiunta o alternativa a quella primaria) nonché per delitti di cui all'art. 550, comma 2, c.p.p., per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio dinanzi al giudice monocratico. La larga diffusione dell'istituto apprezzata in questi primi anni sembra smentire i dubbi manifestati, originariamente, da taluna dottrina sulla scarsa appetibilità della misura e, quindi, sul suo ridotto potenziale deflattivo. Quanto poi alle preclusioni soggettive, è l'art. 168-*bis*, ultimo comma, c.p. a escludere l'applicabilità della misura ai delinquenti abituali, professionali o per tendenza *ex artt.* 102, 103, 104, 105 e 108 c.p.

strategia di contrasto al sovraffollamento delle carceri⁹, attivata in risposta alle pesanti pressioni della Corte europea dei diritti dell'uomo.¹⁰

I PRIMI ARRESTI DELLA CONSULTA: IL DIRITTO ALLA MESSA ALLA PROVA COME “DIRITTO AL RITO PREMIALE”

Le intenzioni deflattive, mai dissimulate nel corso dei lavori parlamentari, riflettono indubbiamente quella logica di scambio, tra richiedente e Stato, che è motore dei procedimenti speciali¹¹. Mediante il consenso al rito l'imputato rinuncia alla garanzia della cognizione dibattimentale in vista di un trattamento sanzionatorio che, per quanto anticipato e ineludibile, si prospetta più mite rispetto a quello che, altrimenti, seguirebbe a una pronuncia di condanna. Dall'altra parte, lo Stato abdica alla propria funzione di accertamento, così risparmiando sui relativi costi: sovraccarico giudiziario ed esubero delle carceri. Trovano così ragion d'essere i già ricordati filtri di ammissibilità, che, riservando il beneficio a ipotesi di scarso allarme sociale, sembrano proprio certificare l'intenzione di conciliare negozialità e prevenzione generale.

Sul richiamo al *genus* dei procedimenti speciali si è appiattita per molto tempo la giurisprudenza costituzionale, chiamata a completare una disciplina per molti versi lacunosa sul piano applicativo. In questo senso, spicca, per particolare rilevanza pratica, la pronuncia con cui la Corte Costituzionale ha affrontato la questione intertemporale, concernente la possibilità di ricorrere al rito nell'ambito di procedimenti per i quali, al momento dell'entrata in vigore della novella, fossero scaduti i termini per la richiesta. In assenza di una specifica norma transitoria, la soluzione positiva dipendeva dall'attuazione del principio sostanziale della retroattività della *lex mitior* (art. 2, comma 4, c.p.) in luogo di quello processuale del *tempus regit actum* (art. 11 delle preleggi)¹². In dottrina, erano state espresse opinioni contrastanti: per taluni¹³, trattandosi di causa di estinzione del reato e, dunque, di istituto di favore, ci si sarebbe dovuti affidare alla regola di cui all'art. 2, comma 4, c.p.¹⁴ Per l'indirizzo opposto, anche volendo sostenere la natura prevalentemente sostanziale della messa alla prova, la circostanza che la legge consenta, in ipotesi, l'estinzione del reato non sarebbe sufficiente per poter parlare di *lex mitior*, giacché il beneficio non è effetto certo, ma solo possibile dell'esecuzione del programma¹⁵. Venuta a pronun-

⁹ In questo senso hanno operato non solo la già citata legge n. 67 del 28 aprile 2014, ma anche il d.l. 1 luglio 2013, n. 78, intitolato “Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena” e convertito in l. 9 agosto 2013, n. 94, e il d.l. del 23 dicembre 2013, n. 146, conv. in l. 21 febbraio 2014, n.10, intitolato “Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria”.

¹⁰ Già con la sentenza Sulejmanovic la Corte si era espressa nel merito della situazione italiana affermando che il sovraffollamento, oltre un certo limite, costituisce di per sé trattamento inumano e degradante ed è quindi contrario all'art. 3 CEDU (Corte e.d.u., sez. II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, in *Rass. pen. e crim.*, 2009, p. 175). Tuttavia, è la nota pronuncia Torreggiani (Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, in *www.penalecontemporaneo.it.*) che ha offerto la spinta necessaria all'intervento di riforma, trattandosi di sentenza pilota, per effetto della quale tutti i ricorsi degli attori aventi il medesimo oggetto sono stati “congelati” per concedere allo Stato autore della violazione la possibilità di adottare le misure necessarie per rimediare alla propria condizione entro il termine di un anno dal passaggio in giudicato della sentenza.

¹¹ R. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?* in *Dir. pen. proc.*, 2014, 6, p. 666; G. Zaccaro, *La messa alla prova per adulti. Prime considerazioni* in *www.questionegiustizia.it*, 29 aprile 2014, per il quale «sono evidenti le similitudini con l'applicazione della pena su richiesta delle parti ed appare chiaro che lo scopo perseguito è quello puramente deflattivo».

¹² Come noto, nel diritto processuale l'assenza di una espressa disciplina transitoria impone il ricorso al principio del *tempus regit actum* di cui all'art. 11 delle preleggi, il quale sancisce la non retroattività della nuova legge procedurale rispetto agli atti antecedenti all'emanazione e al tempo stesso la sua immediata applicabilità agli atti successivi alla stessa. Dall'altra parte, invece, nel diritto sostanziale trova applicazione il principio di retroattività della *lex mitior* di cui all'articolo 2, comma 4, del codice penale, per cui: «Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile».

¹³ Tra i tanti, F. Filice, *Messa alla prova: un vademecum da Vercelli* in *www.questionegiustizia.it*, 2 luglio 2014; O. Murro, *Messa alla prova per l'imputato adulto: prime riflessioni sulla legge n. 67/2014*, in *Stud. iuris*, 2014, p. 1274.

¹⁴ Accogliendosi, in questo senso, la linea interpretativa giurisprudenziale che non circoscrive il principio della *lex mitior* alle sole disposizioni concernenti la pena ma lo reputa estensibile a tutte le norme sostanziali che, pur riguardando profili diversi dalla sanzione in senso stretto, incidono sul complessivo trattamento riservato al reo. Si veda in questo senso, C. cost., sent. 22 luglio 2011, n. 236, in *Cass. pen.*, 2006, p. 419 ss.; C. cost., sent. 28 marzo 2008, n. 72, in *www.cortecostituzionale.it*

¹⁵ G.L. Fanuli, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative* in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, p. 441.

ciarsi con sentenza n. 240/2015¹⁶, la Consulta ha rigettato la questione, abbracciando una lettura premiale dell'istituto. Pur avendo effetti sostanziali, quali l'estinzione del reato, la messa alla prova si caratterizzerebbe infatti per «un'intrinseca dimensione processuale, in quanto consiste in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio». Ebbene, in materia processuale, il legislatore può legittimamente astenersi dal regolare, con apposito diritto transitorio, i profili temporali di successione tra norme, lasciando così che eventuali problematiche interpretative siano risolte alla luce del principio generale del *tempus regit actum*. Né la scelta di non derogare a tale regime potrebbe essere giudicata irragionevole e censurabile ex art. 3 Cost., posta l'esigenza di preservare le potenzialità deflattive del rito.

La lettura premiale è servita, successivamente, alla Corte per stabilire, in via interpretativa, l'obbligo – in particolari ipotesi processuali – di informare l'imputato della facoltà di accedere al nuovo rito. La necessità di integrare nel massimo grado lo statuto degli avvisi nasce dalla consapevolezza che la domanda di riti alternativi rappresenti «una modalità, tra le più qualificanti di esercizio del diritto di difesa»¹⁷; giacché quest'ultimo non si esaurisce nell'onere di contraddire l'ipotesi accusatoria ma coincide, più in generale, con la facoltà di scegliere la strategia difensiva più opportuna. Su tale idea riposa un nutrito filone di pronunce costituzionali inerenti gli avvisi che devono necessariamente comparire nel decreto penale di condanna¹⁸. A tal proposito, da ultimo, la Consulta ha censurato proprio la mancata previsione, da parte dell'art. 460, comma 1, lett. e, c.p.p., di un obbligo di informazione circa la possibilità di richiedere la sospensione del procedimento per messa alla prova unitamente all'atto di opposizione¹⁹. Anche qui, il giudizio di contrarietà rispetto agli artt. 3 e 24 Cost. è il risultato dell'assimilazione dell'istituto alla categoria dei procedimenti semplificati, poiché anche nella messa alla prova la domanda è soggetta a un termine di decadenza anticipato rispetto al dibattimento e l'avviso costituisce, dunque, un adempimento imprescindibile ai fini della scelta del rito alternativo.

La pronuncia in discorso ha aperto la strada ad altri dubbi di illegittimità costituzionale, che hanno interessato prima il contenuto del decreto di citazione a giudizio (art. 552 c.p.p.) e poi del provvedimento che dispone il giudizio immediato (art. 456, comma 2, c.p.p.). In entrambi i casi la censura riguardava l'assenza di una previsione che obbligasse a informare l'imputato della facoltà di richiedere la messa alla prova. Solo la seconda questione tuttavia ha superato il filtro di ammissibilità e attende, a tutt'oggi, il vaglio della Consulta²⁰.

Nel medesimo solco giurisprudenziale si inserisce infine la declaratoria di illegittimità costituzionale²¹ che ha colpito l'art. 517 c.p.p., nella parte in cui non consente all'imputato di chiedere la sospensione con messa alla prova nel caso in cui l'imputazione venga modificata a seguito della contestazione, in dibattimento, di una circostanza aggravante fondata su elementi probatori già agli atti. Ribadendo gli orientamenti espressi in passato per altri procedimenti speciali²², il giudice delle leggi ha ammesso la

¹⁶ C. cost., sent. 26 novembre 2015, n. 240 con commento di O. Mazza, *Il regime intertemporale della messa alla prova*, in *Giur. Cost.* 2015, p. 2196 ss. A sollevare questione illegittimità costituzionale dell'art. 464-bis c.p.p. per ritenuta violazione degli artt. 3, 24, 111 e 117 Cost. (parametro interposto per l'articolo 7 della CEDU), il Tribunale di Torino con ordinanza n. 260 del 28 aprile 2014. La mancanza di una norma transitoria per i procedimenti pendenti, secondo il giudice rimettente, avrebbe violato non solo il principio di uguaglianza, il diritto alla difesa e ad un equo processo ma anche il principio di retroattività della *lex mitior* che, a partire dalla sentenza della Corte e.d.u., sent. 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, resa dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo trova consacrazione nell'art. 7 CEDU e, pertanto, copertura costituzionale nell'art. 117 Cost.

¹⁷ C. cost., sent. 13 maggio 2004, n. 148 con nota di M. Esposito in *Giur. cost.*, 2009, pp. 1557-1558; C. cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265 con nota di V. Retico, *ivi*, 1994, p. 2162.

¹⁸ Si veda C. cost., sent. 15 marzo 1996, n. 70, con nota di F. Amato, in *Giur. cost.*, 2009, p. 659 ss.; C. cost., sent. 11 dicembre 1995, n. 497, con nota di A. Scalfati, *ivi*, 1995, p. 4236, C. cost., sent. 11 marzo 1993, n. 76 con nota di M. Margaritelli, *ivi*, 1993, p. 687 ss. In dottrina V. Garofoli, *Gli avvertimenti processuali come strumento di tutela*, Milano, Giuffrè, 1983; E. Kostoris, *In tema di diritto all'«intervento» dell'imputato (a proposito del mancato avviso nel decreto di citazione a giudizio pretoriale della possibilità di chiedere il giudizio abbreviato o il patteggiamento)*, in *Cass. pen.* 1996, p. 1073; G. Garuti, *Il procedimento per citazione diretta davanti al tribunale*, in G. Ubertye, G. P. Voena (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 131.

¹⁹ C. cost., 21 luglio 2016, n. 201, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1422.

²⁰ La questione attinente il presunto contrasto tra l'art. 456, comma 2, c.p.p. e gli artt. 3 e 24 è ritenuta ammissibile è stata sollevata dal Tribunale di Pisa con ordinanza del 3 marzo 2017, in www.giurisprudenzapenale.com, 21 agosto 2017. La questione che, invece, con ordinanza n. 7 del 18 gennaio 2018, n. 7 è stata dichiarata dalla Corte manifestatamente inammissibile, per omessa descrizione della fattispecie, era stata promossa da Tribunale di Spoleto, con ordinanza del 23 febbraio 2016.

²¹ C. cost., sent. 21 marzo 2018, n. 141, commentata da A. Zappulla, *La prima (ma non ultima) pronuncia d'incostituzionalità in tema di modifica dell'imputazione e messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, *Rivista trimestrale*, 2018, 10, p. 241 ss.

²² Tra i molteplici arresti: C. cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265, con nota di V. Retico, *Giur. cost.*, 1994, p. 2162; C. cost., sent. 18

facoltà per l'imputato di richiedere il rito speciale a seguito di contestazione tardiva, sostenendo che, altrimenti, si lederebbe non solo il diritto di cui all'art. 24 Cost. ma anche il principio di uguaglianza, giacché la strategia difensiva dell'imputato dipenderebbe, in modo del tutto variabile, dalla maggiore o minore esattezza dell'apprezzamento svolto in precedenza dalla pubblica accusa.

Può dirsi che, nei primi anni, l'affermazione del diritto al rito premiale abbia costituito il vero *leit motiv* delle statuizioni. Di contro, nel risolvere i singoli nodi applicativi, la Corte si è dimostrata scarsamente interessata alle questioni legate ai profili sostanziali. Nonostante tutte le pronunce sottintendano la natura sanzionatoria del trattamento concordato, manca, infatti, qualsivoglia riflessione circa la frattura tra *poena* e *iudicio* che in tal modo si viene a determinare.

Lo stesso *deficit* argomentativo si riscontra, peraltro, anche nell'unica pronuncia del biennio 2015 – 2017 con cui la Corte Costituzionale afferma apertamente l'identità tra programma di prova e sanzione penale. Si tratta dell'ordinanza n. 54 del 2017²³, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 168-*bis* c.p. per presunto contrasto con l'art. 3 Cost. Nel sollevare la questione, il Tribunale di Prato aveva lamentato la circostanza che la messa alla prova si risolvesse nell'applicazione di un trattamento uniforme a fattispecie criminose assai eterogenee «per tipo e per trattamento sanzionatorio». La censura non veniva ritenuta condivisibile dalla Corte in ragione del consueto richiamo ai procedimenti speciali, i quali, per loro natura, sono destinati a governare diversissime situazioni concrete, per quanto nel perimetro, stabilito per legge, di alcune categorie di reati o limiti edittali. La motivazione è però anche percorsa da numerosi passaggi in cui si accredita espressamente l'idea che il trattamento della messa alla prova in nulla differisca dalla pena comminata all'esito di un rito semplificato. Tant'è che, citando una nota sentenza della giurisprudenza di legittimità²⁴, la Corte si spinge ad affermare che «la normativa sulla sospensione del procedimento con messa alla prova comporta una diversificazione dei contenuti, prescrittivi e di sostegno, del programma di trattamento, con l'affidamento al giudice di un giudizio sull'idoneità del programma, quindi sui contenuti dello stesso, comprensivi sia della parte "afflattiva" sia di quella "rieducativa"».

LA CONCEZIONE SANZIONATORIA DELLA MISURA NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

Con un approccio completamente diverso, la Cassazione ha sin da subito preso atto dei potenziali attriti con il canone *nulla poena sine iudicio*, esprimendosi con enunciati anche forti. Icastica la definizione di "criptoprocesso" che, coniata dai primissimi commentatori dell'istituto, è stata appunto presa in prestito, con convinzione, dalle Sezioni Unite nella sentenza che ha affrontato il tema dell'impugnabilità dell'ordinanza di rigetto all'istanza di messa alla prova²⁵. A sollecitare l'intervento del Collegio, il contrasto giurisprudenziale formatosi sulla portata dell'art. 464-*quater*, comma 7, c.p.p., il quale stabilisce la facoltà per l'imputato e il pubblico ministero di ricorrere in cassazione contro l'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova. Il dato normativo, nella sua asciuttezza, si era prestato a due letture diametralmente opposte. Senza addentrarsi nelle relative argomentazioni²⁶, si può in breve ricordare come una prima corrente giurisprudenziale avesse ritenuto che la norma consentisse l'immediata e autonoma ricorribilità in cassazione di qualsiasi provvedimento decisorio, sia esso ammissivo che reiettivo²⁷. Per

dicembre 2009, n. 333, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4955 e, in particolare, in tema di patteggiamento: C. cost., 23 giugno 2014, n. 184 e C. cost., 17 luglio 2017, n. 206, in www.cortecostituzionale.it. In dottrina cfr.: G. Di Chiara, *Processo penale e giurisprudenza costituzionale*, Roma, Il Foro Italiano, 1996, p. 99 ss.; F. Cassiba, *L'imputazione e le sue vicende*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 314 ss.; G. Leo, *Contestazioni suppletive in dibattimento e richiesta di giudizio abbreviato: una nuova pronuncia di illegittimità parziale dell'art. 517 c.p.p.*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 13 luglio 2015; T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 125.

²³ C. cost., ord. 10 marzo 2017, n. 54, con nota di G. Marino, *La disciplina della messa alla prova è incostituzionale?* in *Dir. e giustizia*, 2017, 47, p. 9.

²⁴ Si fa riferimento a Cass., sez. un., 29 luglio 2016, in *CED Cass.* n. 267237, conosciuta anche come sentenza Rigacci e meglio esaminata nel prosieguo.

²⁵ Cass., sez. un., 29 luglio 2016, in *CED Cass.* n. 267237.

²⁶ Per un più approfondito esame delle quali, volendo, M. C. Saporito, *Messa alla prova e impugnazione: le linee guida delle Sezioni unite*, in *Arch. pen.*, 2017, 2.

²⁷ Cass., sez. V, 20 ottobre 2015, in *CED Cass.* n. 265627; Cass., sez. V, 23 febbraio 2015, in *CED Cass.* n. 263777; Cass., sez. III, 24 aprile 2015, in *CED Cass.* n. 263814; Cass., sez. II, 2 luglio 2015, in *CED Cass.* n. 264888; Cass., sez. VI, 30 giugno 2015, in *CED Cass.* n. 264046; Cass., sez. II, 6 maggio 2015, in *CED Cass.* n. 263787.

altro indirizzo, avrebbe invece trovato applicazione il regime generale stabilito dall'art. 586 c.p.p. per le ordinanze dibattimentali, ricorribili solo congiuntamente all'impugnazione (in appello) della sentenza di primo grado²⁸. In quest'ultimo senso si esprimeva anche la Suprema Corte, spiegando come «nella fase del vaglio dell'ammissibilità il giudice, seppure in base ad un accertamento sommario, anticipa un "criptoprocesso" sul fatto, sull'autore e sulle conseguenze della messa alla prova». Di qui la necessaria valutazione degli aspetti relativi al profilo trattamentale ed esecutivo, e dunque, l'urgenza di garantire le esigenze difensive dell'imputato attraverso il diritto all'appello. Solo tale rimedio consentirebbe, infatti, nei limiti dei motivi dedotti, una verifica integrale delle valutazioni discrezionali poste a fondamento del diniego²⁹. Perno argomentativo della pronuncia è la concezione sanzionatoria/rieducativa del trattamento e, dunque, l'idea che, al pari della pena, l'ammissione al programma richieda un convincimento del giudice nel merito dell'imputazione come anche una valutazione circa le particolari esigenze di risocializzazione del soggetto³⁰.

La descritta chiave di lettura è stata successivamente riproposta dalle Sezioni Unite³¹ all'atto di chiarire il dettato dell'art. 168-bis c.p., nella parte in cui, ai fini dell'individuazione dei reati per i quali è astrattamente applicabile l'istituto, impone di guardare alla "pena edittale". Le incertezze riguardavano la necessità di considerare nel calcolo le circostanze aggravanti, sia esse comuni, sia ad effetto o ad efficacia speciale. La Corte si pronunciava in senso negativo, ritenendo che il richiamo alla "pena edittale" dovesse intendersi come riferito alla sola pena massima prevista per la fattispecie-base. Ebbene, anche a tale soluzione si perveniva muovendo dall'assunto che la messa alla prova anticipi il trattamento sanzionatorio e persegua pertanto obiettivi di prevenzione speciale e generale. Di qui la necessaria estensione dell'istituto, a fini di prevenzione speciale e generale, anche a quei reati la cui sanzione si attesti, in forza delle circostanze aggravanti, oltre il tetto dei quattro anni.

PROFILI D'INCOSTITUZIONALITÀ DELL'EQUIPARAZIONE ALLA PENA

Nell'analisi della produzione giurisprudenziale è possibile individuare due orientamenti tra loro distinti per un'opposta concezione del giudizio fattuale posto a fondamento del provvedimento di ammissione al rito³². Secondo un primo modello, qualificato come "cognitivo", l'aspirazione rieducativa del programma presupporrebbe il convincimento del giudice nel senso della responsabilità penale del richiedente³³. Tale convincimento maturerebbe proprio all'esito di un "criptoprocesso", ossia di un giudizio "silente" sulla fondatezza dell'addebito, condotto sulla scorta di un assetto probatorio precario e minato dall'assenza di contraddittorio³⁴.

D'altra parte, invece, si afferma che la verifica in fatto si limiterebbe alla sussistenza delle condizioni per l'immediato proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.*³⁵, sicché la concessione della misura dipenderebbe da

²⁸ Cass., sez. V, 14 novembre 2014, in *CED Cass.* n. 264270; Cass., sez. V, 3 giugno 2015, in *CED Cass.* n. 264061; Cass., sez. II, 12 giugno 2015, in *CED Cass.* n. 264574; Cass., sez. V, 15 dicembre 2014, in *CED Cass.* n. 262106.

²⁹ La Corte si spingeva inoltre ad ammettere la concessione della messa alla prova da parte del giudice di seconde cure, all'esito di un *novum iudicium* sulla meritevolezza della richiesta. Seppur contraria alle esigenze di economia processuale, questa soluzione veniva motivata sulla base della preferenza ritenuta da accordarsi al *favor rei* connesso all'estinzione del reato.

³⁰ Al punto che la Corte, dopo aver molto battuto sulla finalità rieducativa della misura, adduceva, tra le ragioni per ammettere la misura in sede di appello, anche quella per cui, in una fase tanto avanzata del procedimento, maggiore potrebbe essere la conoscenza dell'imputato e, dunque, il materiale su cui elaborare un programma efficace.

³¹ Cass., sez. un., 1 settembre 2016, n. 32672 in *CED Cass.* n. 267238. Per un'analisi dei passaggi motivazionali della sentenza, L. Pellegrini, *Sospensione del procedimento con messa alla prova: le circostanze non rilevano nella determinazione della pena edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 835 ss.; A. Cisterna, *Un istituto più esteso rispetto ai "confini" dettati dal codice*, in *Guida dir.*, 2016, 39, p. 54; A. Melchionda – E. Mattevi, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e rilevanza delle circostanze aggravanti*, in *Dir. pen. proc.*, p. 325 ss.

³² Per una rassegna delle decisioni operata secondo questo criterio: C. Conti, *La messa alla prova tra le due Corti: aporie o nuovi paradigmi?*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 666 ss.

³³ La tesi trae forza anche da indici normativi quali le espressioni "estinto il reato", "nuovi" o "ulteriori reati" che la disciplina contiene a più riprese (art. 464-septies, art. 168-quater, art. 464-quater c.p.p.).

³⁴ Sono ricondotte a questo filone le già citate sentenze: Cass., sez. un., 29 luglio 2016, in *CED Cass.* n. 267237 e Cass., sez. un., 1 settembre 2016, n. 32672 in *CED Cass.* n. n. 267238.

³⁵ Capostipite di questo orientamento spiccatamente premiale, nella giurisprudenza di legittimità, viene ritenuta la sentenza

un mero automatismo applicativo, senza indagine nel merito della colpevolezza.

Le contrapposizioni che possono rintracciarsi sul piano della *factual basis* non contribuiscono in realtà a risolvere il *punctum pruriens* dell'istituto. Entrambe le tesi, infatti, parificano il trattamento della prova ad una pena, dissentendo solo sul "congegno" processuale atto a giustificarne l'anticipazione alla fase cognitiva. Non viene così toccato il nocciolo della questione, ossia l'apparente distonia rispetto alla presunzione di innocenza, che, nel suo contenuto minimo, subordina l'irrogazione della sanzione – detentiva e non – ad una pronuncia definitiva che dichiara il destinatario meritevole di rimprovero.

Su quest'aspetto, peraltro, si è molto dibattuto anche in ambito minorile, giungendo infine a conclusioni sufficientemente rassicuranti. Fondamentale è stato prendere atto della peculiarità dell'intero sistema, costruito, più che per punire, per "plasmare" un soggetto la cui devianza si presume espressione di temporaneo disagio e non *imago* di una scelta esistenziale. Di qui la vocazione del legislatore minorile a contestualizzare l'esperienza del procedimento penale all'interno del processo di sviluppo del minore e a preferire, dunque, strumenti che, come la messa alla prova, valorizzino l'indagine personologica dell'autore, ne favoriscano la fuoriuscita dal circuito penale e orientino la definizione della vicenda a risultati propositivi anziché repressivi. L'"allentamento" della presunzione di innocenza, nella messa alla prova minorile, è perciò compensato dalla contraria tensione del sistema verso valori che rinvergono la loro consacrazione direttamente negli artt. 2, 3, 4 e 31 Cost. e la cui influenza è tale da giustificare persino una *probation* su imposizione.

Diversa la sorte interpretativa dell'istituto per adulti, che, non potendo contare su appigli valoriali tanto solidi, è apparso compatibile con l'art. 27, comma 1, Cost. solo nella configurazione premiale, giacché il consenso permetterebbe di legittimare l'anticipazione della sanzione alla fase cognitiva³⁶. La mente corre, inevitabilmente, al patteggiamento, massima espressione del divorzio tra *poena* e *iudicio*. Il parallelismo è stato, tuttavia, giudicato fuorviante dalla dottrina più accorta³⁷, che ha censurato la disattenzione verso un elemento cardine della disciplina: la forma del provvedimento che dà corso all'esecuzione del trattamento. Nella messa alla prova, si tratta infatti di un'ordinanza che sancisce soltanto la sospensione del processo ma non "comanda" alcuna attuazione coattiva delle prescrizioni. Non così per il patteggiamento, il cui provvedimento finale è una sentenza, parificata *ex lege* al *genus* della condanna e costituente titolo esecutivo per l'applicazione della pena. Pur fondandosi, entrambi gli istituti, sulla volontarietà dell'imputato, nel patteggiamento tale volontarietà si esaurisce alla scelta del rito giacché, una volta raggiunto l'accordo sulla pena, esso rifluisce in atto di volontà giurisdizionale che ha piena forza cogente esterna. Nel *probation*, invece, la volontarietà acquista una valenza indubbiamente più pregnante poiché travalica l'iniziativa processuale per investire la realizzazione "sostanziale" della misura afflittiva. Tale peculiarità sembrerebbe addirittura aggravare gli attriti con il sistema costituzionale, non essendovi spazio per un "volontario assoggettamento dell'imputato alla sanzione penale". Il giudizio è *tranchant*: la presunzione di innocenza, dettando il perimetro del potere repressivo dello Stato, si pone come presidio della dignità umana ed appronta, dunque, una tutela non suscettibile di occasionali rinunce³⁸.

Cass., sez. III, 11 aprile 2016, in *CED Cass.* n. 266387, commentata in dottrina da F.G. Capitani, *Il giudice che si pronuncia sulla messa alla prova può proseguire nel giudizio ordinario a carico degli altri imputati*, in *Dir. giust.*, 2016, 18, p. 88; L. Spadano, *È incompatibile il giudice che ha disposto la messa alla prova nel processo soggettivamente cumulativo?*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2931 ss. Il *dictum* riguardava la possibilità per il giudice di proseguire il processo, dopo aver concesso la messa alla prova a un imputato, nei confronti dei coimputati concorrenti. La Corte non ha ravvisato alcuna incompatibilità, proprio argomentando sull'inidoneità del provvedimento ammissivo a contenere valutazioni sul merito dell'accusa. La spiegazione "anticognitiva" muoveva dalla constatazione che nella disciplina della messa alla prova è assente una disposizione analoga o quantomeno un richiamo all'art. 135 disp. att. L'indisponibilità per il giudice del materiale raccolto in fase di indagini implicherebbe allora che lo stesso giudizio sull'esistenza di cause di immediato proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.* si fondi su una base cognitiva di senz'altro minore consistenza rispetto a quanto accade nell'ambito della pena concordata.

³⁶ In questo senso: Cass., sez. V, sent. 23 febbraio 2015, n. 2401, in *Guida dir.*, 2015, p. 78 con cui la Suprema Corte ha sottolineato come l'ordinanza di ammissione alla prova presupponga l'accertamento dell'insussistenza, allo stato degli atti, delle condizioni per la pronuncia di immediato proscioglimento e che tale accertamento (ricinducibile al *genus* delle valutazioni preliminari, anche di merito, svolte dal giudice nella medesima fase processuale), in uno con il consenso dell'imputato, permetta quell'attribuzione del fatto-reato al richiedente necessaria a giustificare le prescrizioni della misura.

³⁷ Le considerazioni che seguono sono di A. Sanna, *La messa alla prova non è una pena: la Corte costituzionale salva il confine tra cognizione ed esecuzione* in *Cass. pen.*, 2019, pp. 688-701.

³⁸ Si esprime in questi termini R. Orlandi, *Procedimenti speciali*, in G. Conso, V. Grevi, M. Bargis (a cura di), *Compendio di pro-*

Traendo le fila del discorso, si può affermare che nessuna delle proposte interpretative avanzate prima del 2018 sia stata capace di traghettare l'istituto verso un sicuro lido di legittimità costituzionale. Né avrebbe potuto essere altrimenti, giacché le ricostruzioni anzidette muovono tutte dalla parificazione del programma di prova a una misura sanzionatoria, che, in quanto disposta *ante iudicatum*, tradisce per sua natura i principi del diritto penale, tanto la si intenda come prodotto di un anticipato giudizio di responsabilità che come pena *self-imposed*.

LA CORTE COSTITUZIONALE SUPERA L'OSTACOLO: LA MESSA ALLA PROVA NON È UNA SANZIONE PENALE

Ad aprire una breccia in questo sconcertante panorama la sentenza 91/2018, con cui la Consulta ha accreditato la compatibilità dell'istituto con il dettato costituzionale, confutando il dato di partenza di ogni tesi fino allora formulata che voleva il trattamento in prova ricondotto a una "sanzione penale". L'occasione per una precisa presa di posizione sull'aspetto sostanziale della misura³⁹ è stata offerta dal Tribunale di Firenze, il quale sollevava incidente di costituzionalità sull'art. 464-*quater*, comma 1, c.p.p., ritenuto in contrasto con gli artt. 3, 111, comma 6, 25, comma 2 e 27, comma 2, Cost. La prima questione rimessa alla Corte riguardava la mancata previsione all'interno della norma censurata della facoltà per il giudice del dibattimento di acquisire e valutare gli atti delle indagini preliminari ai fini della decisione sulla messa alla prova. La questione è stata risolta dalla Corte piuttosto agilmente nel senso della sua infondatezza: ad avviso dei Giudici il rimettente avrebbe, infatti, omesso di considerare la strada dell'interpretazione costituzionalmente conforme, percorribile mediante applicazione analogica dell'art. 135 disp. att. La norma, prevista in materia di patteggiamento, attribuisce all'organo giudicante il potere di ordinare l'esibizione degli atti contenuti nel suddetto fascicolo fini della decisione sulla richiesta di pena concordata. L'estensione della disposizione ad altri riti è ormai largamente ammessa in giurisprudenza⁴⁰ e, poiché tra i riti speciali è ora compreso anche quello di messa alla prova, è dunque qui ugualmente valida⁴¹.

Nel suggerire all'interprete di attingere alla tradizione interpretativa dei riti speciali, la Corte non si avventura certo per sentieri inesplorati. Questa iniziale prudenza viene tuttavia messa da parte nel momento in cui la Corte affronta l'argomento forte dell'ordinanza di remissione: ossia l'asserito contrasto degli artt. 464-*quater* e 464-*quinquies*, c.p.p. rispetto alla presunzione di non colpevolezza sancita dall'art. 27, secondo comma, Cost., così come motivato dal rimettente sulla base di due profili: l'inadeguatezza dell'accertamento storico e l'assenza di una pronuncia formalmente riconducibile al *genus* della condanna e, dunque, capace di imporsi autoritativamente. Quanto al primo profilo, la Corte recupera la soluzione interpretativa che in passato aveva salvato il patteggiamento dalle medesime censure di incostituzionalità e che individua la base cognitiva minima nella verifica condotta *ex art.* 129 c.p.p. Anche nell'ambito della messa alla prova, il legislatore ha infatti prescritto lo stesso accertamento preliminare, teso ad escludere la concessione del rito laddove ricorrano cause di immediato proscioglimento.

La relazione con la giustizia negoziata viene, tuttavia, poco dopo ridimensionata, nel momento in cui si confuta la tesi, proposta dal rimettente, per cui gli artt. 464-*quater* e 464-*quinquies*, c.p.p. prevedrebbero l'irrogazione di "sanzioni penali" sulla base di un mero titolo esecutivo provvisorio, privo di efficacia coercitiva esterna. Nel ricostruire quest'anomalia in un'ottica costituzionalmente conforme, il

cedura penale, Padova, Cedam, 2016, p. 693 ss. Per J. Della Torre, *I dubbi sulla legittimità costituzionale del probation processuale: molteplici le ordinanze di remissione alla corte costituzionale* in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, p. 11, ammettendo il carattere sanzionatorio della misura, la questione sulla disponibilità o meno della regola di trattamento che deriva dal principio di non colpevolezza dovrebbe essere risolta dalla Corte Costituzionale.

³⁹ L'esigenza di una pronuncia del genere era già stata espressa in passato dal Tribunale di Grosseto, il quale, con ordinanza n. 237 del 2016, aveva sollevato identiche questioni di costituzionalità, poi però dichiarate dal Giudice delle leggi inammissibili per difetto di motivazione. C. cost., ord. 10 novembre 2016, n. 237, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2115.

⁴⁰ La Cassazione, nella sua più autorevole composizione, ha ritenuto l'art. 135 disp. att. applicabile in via analogica anche nel caso in cui l'imputato rinnovi, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, una richiesta condizionata di giudizio abbreviato, già respinta dal giudice per le indagini preliminari (Cass., sez. un., 27 ottobre 2004, n. 44711, in *Cass. pen.*, 2005, p. 358).

⁴¹ D'altro canto, i Giudici non hanno ravvisato motivi per negare al giudice un'attività esplorativa del materiale di indagine, posto che tale materiale è di regola sottratto alla cognizione dibattimentale mentre qui si presterebbe d'ausilio «ai soli fini della decisione» e nei limiti della stretta necessità.

giudice delle leggi sviluppa, infatti, il proprio ragionamento non sulle affinità ma proprio sulle divergenze rispetto al patteggiamento. La sentenza che chiude il concordato *ex art. 444 c.p.p.*, pur non coincidendo sostanzialmente con una sentenza di condanna⁴², è a questa “equiparata” ai sensi del seguente art. 445 c.p.p.⁴³ e importa l’irrogazione di una pena, quantunque ridotta. La sospensione del procedimento con messa alla prova si conclude invece, in ipotesi di esito positivo, con una sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato. La tipicità dell’epilogo liberatorio, estraneo alla tradizionale alternativa condanna/assoluzione⁴⁴, riflette la peculiare natura del provvedimento di ammissione. Diversamente dalla sentenza di patteggiamento, l’ordinanza *ex art. 464-quater* non costituisce titolo per dare esecuzione coercitiva al trattamento in quanto questo «non è una sanzione penale eseguibile come tale coattivamente, ma dà luogo a un’attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell’imputato, il quale liberamente può farla cessare con l’unica conseguenza che il processo riprende il suo corso». Proprio la volontarietà che assiste «non soltanto la decisione sulla messa alla prova, ma anche la sua esecuzione» costituisce il dato innovativo dell’istituto e, allo stesso tempo, l’antidoto a una crisi di rigetto da parte dell’ordinamento. E, infatti, una volta confutata la premessa per cui i contenuti della prova equivarrebbero a quelli della pena, infatti, è lo stesso canone *nulla poena sine iudicio* a divenire inconferente⁴⁵.

GLI SCENARI POSSIBILI OLTRE LE CATEGORIE TRADIZIONALI

Senza timore di esagerare, si può affermare che il *dictum* della Corte possiede tutte le potenzialità per affermarsi come spartiacque tra il passato e il futuro dell’esegesi della messa alla prova. E questo non perché fornisca tutte le risposte, ma perché, liberando l’interprete dalle sabbie mobili dell’impostazione tradizionale, lo abilita finalmente a cercare quelle risposte altrove. L’opportunità non è stata colta, a dire il vero, dall’unica pronuncia costituzionale successiva, in cui la Corte ha continuato ad argomentare sulle note similitudini con la pena⁴⁶.

Ad un interprete più volenteroso, l’arresto offre quantomeno una bussola nella ricerca di classificazioni dell’istituto alternative a quella sanzionatoria. Si tratta del concetto di “volontarietà”, che illumina tutta la motivazione e sembra orientare il lettore verso l’universo della giustizia riparativa.⁴⁷ Un universo che ruota, appunto, intorno all’asse del consenso, concepito come assunzione di un impegno attivo da parte dell’autore di reato alla ricostruzione del patto sociale infranto con la propria condotta criminosa. Un universo in cui d’altro canto, lo stesso Stato muta ruolo, facendosi carico di promuovere una rieducazione non stigmatizzante del reo e di offrire riconoscimento alla persona offesa.

Ebbene, questo modello di giustizia sembrerebbe aver avuto un forte ascendente nella definizione

⁴² C. cost., sent. 6 giugno 1991, n. 251 in *www.cortecostituzionale.it*

⁴³ C. cost., ord. 26 febbraio 1993, n. 73 in *www.cortecostituzionale.it*

⁴⁴ A. Sanna, *La messa alla prova non è una pena*, cit.

⁴⁵ Postulata la natura non sanzionatoria, l’ordinanza di messa alla prova non ricopre alcuna funzione decisoria poiché “non si pone in antitesi ad una decisione di segno opposto sul tema della colpevolezza”, ma attesta esclusivamente l’inesistenza di circostanze che impongano l’immediato *exitus processus*. Non così nel patteggiamento, dove la declaratoria *ex art. 129 c.p.p.* costituisce a tutti gli effetti una declaratoria di merito, poiché l’alternativa è, in quella sede, la condanna, *sub specie* della sentenza di patteggiamento. Considerazioni di A. Sanna, *L’istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?* in *Cass. pen.*, 2015, 3, p. 1276. Sul tema cfr. altresì A. Sanna, *Applicazione dell’art. 129 c.p.p. e regole di giudizio: gli spazi per la verifica sul fatto nel patteggiamento* in *Ind. pen.*, 2009, p. 144 ss.

⁴⁶ C. cost., sent. 7 novembre 2018, n. 231 con nota di D. Albanese, *Costituzionalmente illegittima la menzione dei provvedimenti sulla messa alla prova nei certificati del casellario richiesti dall’interessato*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 19 dicembre 2018. Nel dichiarare l’illegittimità costituzionale degli artt. 24 e 25 del testo unico in materia di casellario giudiziale (d.p.r. 14 novembre 2002, n. 313), nella parte in cui prevedono le iscrizioni dell’ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova e della sentenza di estinzione nel certificato “generale” e nel certificato “penale” del casellario richiesti dall’interessato, la Consulta ha infatti esplicitamente premesso che la sospensione del procedimento con messa alla prova, per le caratteristiche e le finalità di cui è intrisa, deve essere considerata «parte integrante del sistema sanzionatorio penale».

⁴⁷ L’approccio della “giustizia riparativa” è quello di considerare il reato principalmente in termini di danno alle persone, con conseguente rilievo prioritario al coinvolgimento attivo della persona offesa, dell’agente e della stessa comunità nella ricerca condivisa di possibili risposte ai bisogni scaturiti dall’evento criminoso: cfr. F. Reggio, *Giustizia Dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, in *Filosofia del Diritto*, Milano, Franco Angeli, 2010, p. 2.

legislativa dei contenuti del programma di prova. Prendendo le mosse dalle prescrizioni direttamente ascrivibili allo strumentario della *restorative justice*, il programma contempla, ai sensi dell'art. 464-bis, comma 1, c.p.p., «le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa». Si tratta di un fondamentale momento di confronto tra reo e vittima, che si appunta non tanto sulla qualificazione giuridica dell'evento storico ma sul riconoscimento del suo disvalore soggettivo, ossia sulla portata che esso ha avuto nella vita degli interlocutori⁴⁸. Attraverso la stessa lente può leggersi il riferimento, di cui all'art. 168-bis, comma 2, alla «prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato» nonché al «risarcimento del danno cagionato, ove possibile». Rilievo prioritario è anche qui assegnato alla manifestazione di un positivo riconoscimento della soggettività della vittima; riconoscimento rispetto al quale il ristoro economico della vittima e l'effettiva rimozione delle conseguenze materiali del fatto restano spesso variabili del tutto indipendenti⁴⁹. Non a caso il legislatore del 2014 ha avvertito l'esigenza di precisare che il risarcimento è dovuto solo «ove possibile», dimostrandosi propenso, a valutare ai fini della rinuncia alla pretesa punitiva, anche attività che prescindono dalla soddisfazione meramente materiale della vittima. Sul precipuo rapporto con la collettività si fonda, poi, la previsione di cui all'art. 168-bis, comma 3, che subordina la concessione della messa alla prova al lavoro di pubblica utilità⁵⁰. L'istituto trova da sempre cittadinanza in fase esecutiva, quale misura indiscutibilmente sanzionatoria⁵¹. Non stupisce dunque che la sua previsione nel segmento incidentale della messa alla prova abbia inizialmente destabilizzato. La problematicità di questa novità si stempera se, superata la concezione storicamente punitiva, se ne apprezza l'inserimento sistematico al fianco della mediazione e delle condotte riparative. Al lavoro di pubblica utilità si può cioè guardare come forma di reciproca collaborazione tra reo e comunità nel risanamento del legame spezzato dal fatto criminoso. L'ammissione dell'imputato all'interno della comunità, per il tempo della prova, sembra testimoniare la moderna consapevolezza che la stessa comunità è, rispetto al crimine, non solo vittima (in termini di sicurezza e equilibrio) ma anche corresponsabile. Il reato è infatti espressione di un difetto di socializzazione, di cui la società è tenuta a farsi personalmente carico, stabilendo sin da subito occasioni di reinserimento piuttosto che di emarginazione⁵². Adottata questa prospettiva, non si può negare che residui, nella disposizione di cui all'art. 168-bis, comma 3, un aspetto di contraddittorietà rispetto ai canoni della giustizia riparativa: la vincolatività. Il paradigma esige infatti flessibilità, richiedendo un modellamento in concreto sulla base della natura del reato e delle specifiche esigenze riparative del caso. La circostanza che il lavoro di p.u. costituisca *condicio sine qua non*⁵³ per l'accesso al beneficio sembrerebbe tradire una logica esclusivamente premiale dell'istituto per la quale, in vista del beneficio estintivo, l'imputato non ha che da ottemperare ad una pre-

⁴⁸ V. Patanè, *Mediazione penale*, in *Enc. dir.*, vol. II Annali, Milano, Giuffrè, 2008, p. 577; A. Ceretti, C. Mazzuccato, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.* in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 776.

⁴⁹ B. Galgani, *La funzione conciliativa del giudice di pace: una scommessa (allo stato) perduta?* in P. Pisa (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio*, Atti del Convegno in ricordo di Laura Fioravanti, Torino, Giappichelli, 2008, p. 239.

⁵⁰ Definito, dallo stesso art. 168-bis, comma 3, c.p. come: «prestazione non retribuita, affidata tenendo conto anche delle specifiche professionalità ed attitudini lavorative dell'imputato, di durata non inferiore a dieci giorni, anche non continuativi, in favore della collettività, da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni, le aziende sanitarie o presso enti o organizzazioni, anche internazionali, che operano in Italia, di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato».

⁵¹ Il lavoro di pubblica utilità configura, infatti, ai sensi dell'art. 54 d.lgs. 274/2000 una vera e propria pena alternativa alla permanenza domiciliare; sanzione nelle fattispecie di guida sotto l'influenza dell'alcool (art. 186, comma 9-bis, primo capoverso, d.lgs. 285/92) o in stato di alterazione psico-fisica per uso di stupefacenti (art. 187, 8-bis, primo capoverso, d.lgs. 285/92); pena sostitutiva in tema di violazione alla normativa sugli stupefacenti (art. 73, comma 5-bis, d.p.r. 309/1990) e, infine, è contenuto eventuale della sospensione condizionale della pena *ex art.* 165, comma 1, ultimo capoverso, c.p.

⁵² Come sostiene John Braithwaite, nella cd. teoria della "*reintegrative shaming*", la società dovrebbe comportarsi come una famiglia, capace da un lato di esprimere il proprio dissenso ("*shaming*") rispetto alla devianza e dall'altro di riflettere sulle ragioni del problema, di accettare il reo come pur sempre suo membro e di favorire il suo reinserimento attraverso "*gestures of reacceptance into the community of law-abiding citizens*", specie quando egli dimostri di essersi impegnato nella riparazione delle offese conseguenti al fatto. Cfr. J. Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, p. 55.

⁵³ La coesenzialità del lavoro di pubblica utilità alla messa alla prova è ulteriormente confermata dalla previsione dell'art. 168-*quater* c.p.p. che individua nel rifiuto di prestare il lavoro di pubblica utilità quale possibile causa di revoca della messa alla prova.

stazione standardizzata. Le stesse perplessità nascono con riferimento alle prescrizioni comportamentali, anch'esse imposte e quindi distoniche rispetto al tema della volontarietà. L'art. 168-bis c.p. definisce tali prescrizioni come «[...] relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali». La formula richiama alla mente il contenuto del verbale di affidamento in prova al servizio sociale⁵⁴, con tutte le insidie che accompagnano sempre la similitudine con istituti relativi all'esecuzione della pena. Nell'alveo delle misure *ante iudicatum*, l'eco potrebbe essere, invece, alle misure cautelari, con conseguente trasposizione, anche in questa sede, della questione della loro razionalizzazione alla luce della lettura congiunta degli art. 13 e 27 Cost.⁵⁵

Seppur con alcune incoerenze, i contenuti della messa alla prova, sembrano pensati per rappresentare, più che strumenti di condanna, occasioni per il reo di riassorbire il disvalore della propria condotta. Ne discende che pur implicando limitazioni in termini di libertà personale, gli obblighi assunti non potrebbero qualificarsi come sanzionatori, ma tutt'al più afflittivi. Se l'afflittività è, effettivamente, carattere imprescindibile della pena (dal latino *poena* "castigo, molestia, sofferenza" e dal greco *ποινή* "ammenda, castigo"), non sempre vale la relazione contraria: non si può cioè parlare di pena ogni qual volta vi sia sofferenza. Ai fini classificatori, si dovrà considerare lo scopo di tale, anche possibile, sofferenza, cosicché non potrà dirsi sanzionatoria una misura che, per quanto afflittiva, non miri alla punizione del colpevole ma alla soluzione del conflitto sociale.

Si badi bene: il ragionamento appena condotto non si propone di scardinare il principio di legalità per cedere a una comoda "truffa delle etichette". Non si ignora infatti che, nella giurisprudenza della Corte EDU, è ormai consolidata una nozione sostanziale di "pena", fondata, più che sul *nomen juris* della sanzione, su caratteri intrinseci così individuati: qualificazione giuridica dell'illecito, natura dello stesso, natura e grado di severità della sanzione. Con riferimento alla messa alla prova, l'analisi dei primi due criteri conduce a esiti scontati (dato lo stesso ricorrere di un procedimento penale), mentre considerazioni più interessanti suscita il tema della gravità e natura della sanzione. Se la gravità della misura, in termini di ripercussioni sulla sfera giuridica del soggetto, è innegabile, la definizione della natura impone una certa prudenza. Si è sostenuto che, considerato lo scopo (anche) special-preventivo e general-preventivo perseguito dal legislatore del 2014, la misura avrebbe, in concreto, natura penale⁵⁶. La deduzione pare frettolosa: da tempo all'ideale classico del "codice-decalogo", espressione dell'inflessibile binomio reato-sanzione, va sostituendosi un modello di legge "come programma di politica criminale"⁵⁷, nel quale trovano titolo modalità differenziate di risposta all'illecito che, anche a discapito della perfetta retribuzione, aspirano alle medesime funzioni preventive assegnate costituzionalmente alla pena⁵⁸. In una prospettiva più attuale, dunque, l'esistenza di un progetto di prevenzione non necessariamente implica che lo Stato voglia intervenire in chiave sanzionatoria, ben potendo optare per una prevenzione "di segno positivo", fondata sulla promozione dell'incontro tra reo e comunità.

⁵⁴ L. Bartoli, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. pen.*, 2015, 5, p. 1758.

⁵⁵ L'art. 13 Cost. sancisce, infatti, le garanzie formali alla limitazione della libertà personale (riserva di legge e di giurisdizione) ma tace sul contenuto e lo scopo delle norme limitatrici. Deve perciò sopperirsi a tale vuoto rintracciando nella clausola di *favor rei* dell'art. 27, comma 2, Cost. il limite teleologico di tali misure così che «non possa ritenersi conforme alla Costituzione che la libertà personale dell'imputato venga sacrificata sulla scorta di premesse e per la tutela di interessi che ne presuppongano già accertata la colpevolezza». Così, testualmente, F. Callari, *Il periculum libertatis costituito dal rischio di realizzazione di determinati reati e le misure cautelari: il fine giustifica i mezzi?* in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, p. 2.

⁵⁶ Con questo argomento è stata aspramente criticata la sentenza della Corte Costituzionale n. 91/2018 da R. Muzzica, *La Consulta "salva" la messa alla prova: l'onere di una interpretazione convenzionalmente orientata per il giudice nazionale*, in *Dir. pen. cont., Rivista trimestrale*, 2018, 6, p. 173 ss.

⁵⁷ M. Donini, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente* in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, Giappichelli, p. 902 e ss.

⁵⁸ In considerazione della natura polifunzionale della pena, come ha avuto modo di chiarire il Giudice delle leggi in Corte cost., sent. 306/1993 in *www.giurcost.org*, «non può stabilirsi a priori una gerarchia statica e assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione» tra le diverse funzioni, per cui «il legislatore può – nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere di volta in volta l'una o l'altra a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata».

LA DISCIPLINA PROCESSUALE COME FORTEZZA GARANTISTA PER L'APPLICAZIONE DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA

Escludere la natura sanzionatoria dell'istituto non vuol dire affrancarne i contenuti dalle garanzie costituzionali che regolano ogni forma di risposta statale all'illecito. Anzi, si può affermare che la messa alla prova rappresenti un valido banco di prova per l'attuazione del paradigma riparativo all'interno di un contesto di giustizia formale: proprio per mezzo di quei congegni a lungo criticati, infatti, si recepisce l'*input* a considerare la reintegrazione dell'offesa quale obiettivo (com)primario del diritto penale, al contempo, però, salvaguardando i principi cardine di quest'ultimo.

Intanto, la scelta di meccanismi riparativi "istituzionalizzati" scongiura ogni rischio di violazione del principio di obbligatorietà che disciplina l'azione penale (art. 112 Cost.). Solo in virtù del suo regolare esercizio, infatti, si potrà parlare di un procedimento penale il cui corso dirottare verso esiti differenti da quelli della celebrazione del processo e della pena⁵⁹.

Anche la verifica sommaria del fatto storico prescritta dall'art. 464-*quater*, comma 1 c.p.p., assume in questa prospettiva tutt'altro pregio, mutando da malferma base del piedistallo sanzionatorio a solida garanzia per l'imputato. Il controllo giudiziale lo tutela infatti dall'assumere impegni riparativi quando difettino le condizioni per procedere, risulti l'infondatezza del fatto o l'estraneità del soggetto⁶⁰. In piena coscienza della carica afflittiva della misura, non si può rinunciare a un apprezzamento, seppur blando, dell'esistenza del fatto, della sua tipicità e del coinvolgimento del richiedente, per quanto non ancora definito in termini di responsabilità penale. Così, appurata una evidenza di innocenza, la vicenda giudiziaria deve concludersi, non trovando ragion d'essere altro epilogo che l'immediata fuoriuscita del soggetto dal circuito penale.

D'altro canto, la verifica della tipicità formale assicura il procedimento da preoccupanti infiltrazioni antilegittime⁶¹, facendo coincidere il perimetro di azione della *restorative justice* con quello del penalmente rilevante. Si impedisce, cioè, che la giustizia riparativa trascini la risposta dello Stato su fatti *ab origine* estranei al suo controllo, prevenendo così il cosiddetto *net-widening effect*, ossia l'"allargamento della rete" a quanto altrimenti vi sfuggirebbe⁶².

Per quel che riguarda, infine, le istanze della vittima, la circostanza che la giustizia riparativa corra sugli stessi binari della soluzione penalistica del conflitto rappresenta, più che un limite, una garanzia contro le insidie della vittimizzazione secondaria. Al di fuori dello spazio del processo penale, la parte più psicologicamente debole potrebbe infatti percepirsi non confortata dal braccio forte dello Stato e, dunque, essere esposta, nella sua vulnerabilità, a ulteriori mortificazioni nella definizione dell'accordo riparativo⁶³. D'altronde, quando si è voluto intendere la giustizia riparativa come totalmente altra ri-

⁵⁹ Più diffuse, all'estero, le forme di "*diversion*" pura, in cui a venire meno è la stessa instaurazione del procedimento. Paradigmatiche le esperienze dei Paesi d'Oltralpe, i cui sistemi penali si ispirano a un principio di opportunità dell'azione penale o di obbligatorietà temperata. In Francia, l'art. 40 c.p.p. riserva al Procuratore il potere di valutare la *notitia criminis* e scegliere che seguito darvi, potendo optare, oltre che per l'esercizio dell'azione penale o all'archiviazione semplice (*classement sans suite*), per le ipotesi di risposta "graduata" previste dal 41-1 c.p.p.: mediazione con la vittima, richiamo del reo agli obblighi previsti per legge, indirizzamento verso una struttura sanitaria, sociale o professionale, invito a regolarizzare la propria posizione nei confronti della legge, richiesta di riparazione del danno conseguente al fatto. In Germania, il principio di legalità "temperato" consente numerose eccezioni all'obbligo di esercizio dell'azione penale, come quella di cui al §153 StPO: il pubblico ministero può rinunciare all'azione, previo consenso dell'indagato e autorizzazione del giudice, se l'interesse pubblico a perseguire il reato può essere soddisfatto mediante l'imposizione di obblighi e oneri sostitutivi (tra cui mediazione e riparazione).

⁶⁰ M. Bouchard, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa* in *Questione Giustizia*, 2, 2015, p. 72.

⁶¹ Il principio di legalità tange infatti qualsiasi istituto che, in fase di cognizione o di esecuzione, si sostituisca alla pena e comporti limitazioni, in qualsiasi modalità e per qualsiasi fine, della libertà personale. Cfr. F. Cingari, *I contenuti positivi della sospensione condizionale della pena in una prospettiva comparata e di riforma* in P. Pisa (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio? Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti, Genova, 15 novembre 2006*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 311 ss.

⁶² Il timore è che l'inglobamento delle tecniche riparative celi la volontà di estendere il controllo penalistico oltre le fattispecie tipizzate, grazie all'informalità del linguaggio e del *setting* degli strumenti operativi. Cfr. G. Maglione, *Oltre il delitto, oltre il castigo. Teoria, prassi e critica della giustizia riparativa* in www.altrodiritto.unifi.it.

⁶³ La posizione di neutralità del mediatore rischia, in un contesto di assoluta informalità, di generare spazi per ulteriori violenze alla persona offesa e di consentire alle differenze sociali, personali ed economiche di orientare il risultato delle *restorative practices* a compromessi ingiusti e sproporzionati. In questo senso si veda: G. Maglione, *op. cit.*; M. Bouchard, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa* in *Questione Giustizia*, 2, 2015, p. 72; F. Parisi, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione* in www.penalecontemporaneo.it, p. 18.

petto alla giustizia formale, le vittime hanno spesso percepito la migrazione della controversia dalle aule di giustizia a quelle di mediazione come forma di “declassamento” dell’offesa⁶⁴. Ciò considerato, anche in prospettiva vittimologica, la messa alla prova pare assurgere a ideale compromesso tra due ipotesi di definizione della vicenda, entrambi non completamente soddisfacenti: una sanzionatoria, completamente istituzionale, e una riparativa, affidata alla società civile e scevra da formalismi.

GLI SCOPI RIPARATIVI QUALE NUOVA LINFA VITALE PER LA PREMIALITÀ

L’incursione di concetti riparativi non rappresenta, a dire il vero, un’assoluta novità per il nostro ordinamento penale. Negli ultimi tempi il legislatore si è mostrato, in effetti, particolarmente propenso ad avvalorare, in termini giuridici, il positivo contegno *post factum* del reo. I picchi più intensi⁶⁵ di questa tendenza si sono registrati nell’ambito di “microsistemi” della giurisdizione penale, con la messa alla prova minorile (art. 28 d.p.r. 448/88) e l’estinzione del reato per condotte riparative nei procedimenti dinanzi al giudice di pace (all’art 35 d.lgs. 274/2000)⁶⁶. Ma la sperimentazione ha investito anche il processo ordinario, con l’inserimento della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.) e il potenziamento, in senso riparativo, di istituti già collaudati. Si pensi all’oblazione discrezionale, che, pur originando nel codice (art. 162-bis c.p.),⁶⁷ rileva oggi quale causa di estinzione per le contravvenzioni in materia di sicurezza e igiene del lavoro *ex art.* 24 d.lgs. 758/2004.

Il meccanismo che accomuna gli istituti citati⁶⁸ è piuttosto lineare: condotta riparativa – estinzione del reato. Quest’operazione, all’apparenza banale, presenta un significato giuridico complesso: l’attivazione del soggetto nella rimozione delle conseguenze del reato non è imposta dall’ordinamento a titolo di risposta “penale” bensì è volontaria e, per ciò, in grado di svuotare il precedente comportamento della propria anti-giuridicità. Laddove la sanzione mira ad attestare definitivamente il disvalore del fatto e ad esprimere la disapprovazione dell’ordinamento, la riparazione offre la *chance* all’autore e agli altri protagonisti dell’evento di affermare – e vedere affermato – un fatto nuovo e diverso rispetto al doloroso vissuto del crimine. Riassorbendone l’offesa, la riparazione è in grado di incidere “retroattivamente” sullo stesso disvalore del reato, fino ad esaurirlo e ad annullare la stessa necessità della pena⁶⁹.

Nell’arretramento dello Stato non vi è tuttavia alcun atto di pietismo: come sostenuto da un’eccellente dottrina tedesca della seconda metà del secolo scorso⁷⁰, la pretesa punitiva viene meno fin tanto e per tanto che la riparazione ambisce a realizzare quegli intenti un tempo affidati alla pena: la

⁶⁴ Al di fuori del sistema penale, la scelta per la *restorative justice* apparirebbe motivata da soli scopi deflattivi e certificherebbe una valutazione talmente modesta del disvalore del fatto tale da non giustificare l’inquadramento entro una fattispecie penale e l’instaurazione, necessariamente conseguente, del processo.

⁶⁵ Per un’analisi più approfondita: A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 43.

⁶⁶ La causa estintiva opera quando l’imputato dimostri di aver proceduto, prima dell’udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato.

⁶⁷ Originariamente operante solo per le contravvenzioni punite con la pena dell’ammenda (art. 162 c.p.) l’oblazione è stata poi ampliata, a discrezione del giudice, per le contravvenzioni punite con la pena alternativa dell’arresto e dell’ammenda (art. 162-bis c.p.). L’istituto consente l’estinzione del reato per il pagamento di una somma di denaro, pari a un terzo del massimo dell’ammenda stabilita dalla legge come pena per le contravvenzioni punite con la sola pena dell’ammenda, ovvero pari alla metà del massimo, quando si tratti di contravvenzione punita alternativamente con l’arresto o con l’ammenda.

⁶⁸ A favore dell’assimilazione, sul piano valoriale, della messa alla prova a questi istituti: C. Cesari, *Sub art. 464-bis*, in G. Conso, G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve del nuovo codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 2015, p. 2124. *Contra*, R. Orlandi, *Procedimenti speciali*, cit., p. 645, per il quale la messa alla prova non costituisce atto positivo di riparazione ma espiazione consensuale della pena.

⁶⁹ Attraverso un fenomeno di “depenalizzazione in concreto” che è ben descritto da C.F. Paliero, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 118 ss.

⁷⁰ Dottrina ad opera della quale fu elaborato nel 1992 un importante progetto di riforma (Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung), accolto solo parzialmente dal legislatore tedesco nel 1994, in cui la riparazione veniva inquadrata come causa di esclusione della pena o di mera attenuazione per reati la cui pena detentiva edittale non fosse superiore all’anno, sempre che non sussistessero ragioni di prevenzione speciale o generale contrarie. Cfr. AA.VV., *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* (AE-WGM), München, Beck, 1992.

prevenzione speciale e generale⁷¹. La prima è consegnata al contatto diretto del reo con le conseguenze tangibili della propria azione; la seconda alla “contro-azione” riparatoria, quale momento di asseverazione dell'autorevolezza del precetto e del bene giuridico violato⁷².

Sul piano sistematico, gli spazi normativi che la giustizia riparativa è riuscita a ricavarsi nel tempo sono stati ben delimitati dal principio di obbligatorietà penale. Gli istituti nominati, infatti, presuppongono tutti che l'azione penale sia stata esercitata e dipendono da provvedimenti che solo il giudice (e non l'organo d'accusa) può emanare⁷³. E, in effetti, esclusa la facoltà del pubblico ministero di gestire autonomamente la sorte di una notizia di reato, dirottandola verso una definizione non giudiziale, l'unica operazione costituzionalmente conforme era favorire schemi procedurali che, pur non intaccando la qualificazione tipicizzata del fatto come reato, permettessero al giudice di riconoscere reazioni della giustizia differenziate e appropriate alla specialità del caso. La messa alla prova non fa eccezione a questa logica ma, anzi, si contraddistingue per un legame particolarmente saldo con la procedura.

Si è già evidenziato come la sospensione del procedimento implichi, tautologicamente, l'esistenza dello stesso e, dunque, una prima, sommaria valutazione del fatto come tipico. L'ammissione al rito e la dichiarazione di estinzione del reato dipendono, inoltre, da valutazioni personologiche anch'esse svolte dall'organo giudicante. Il modello descritto, che costituisce la forma “base” di collegamento tra istituti diversi e giustizia formale, subisce un'importante evoluzione nella messa alla prova. L'istituto, infatti, non si presenta come semplice contenitore per la ricezione di un fatto che autonomamente estingue la punibilità (come potrebbe essere il versamento dell'oblazione) ma si identifica con l'avvio di un *iter* teso alla stessa formazione della causa estintiva, che qui coincide con l'avvenuta rieducazione del soggetto e, dunque, con la sopravvenuta inutilità della pena. Il termine “*iter*” non è casuale ma esprime un connotato essenziale dell'istituto: la proceduralizzazione, cioè, dell'esperimento comportamentale, che risulta scandito nel suo svolgimento da valutazioni discrezionali del giudice⁷⁴.

Quel che si profila, dunque, è un vero e proprio procedimento incidentale, assistito dalle garanzie processuali ordinarie, ma destinato ad adempiersi in uno spazio esterno, quello della società civile⁷⁵. Pur originando da una precisa scelta processuale (la domanda di ammissione) e, mantenendo, in tutto il suo corso il contatto con le istituzioni, il percorso rieducativo si compie all'interno della comunità, in quello stesso paesaggio turbato dall'episodio criminoso. In altri termini, la sospensione apre una parentesi nel procedimento principale finalizzata alla costruzione di giustizia alternativa, “prossima” alla vittima, al reo e alla società⁷⁶. E tuttavia, questa parentesi è pur sempre destinata a chiudersi “in aula”, poiché è là che l'esito deve rifluire per acquisire dignità di causa estintiva del reato. Tali considerazioni portano a riconoscere la componente processuale della messa alla prova come servente finalità del tutto differenti da quelle che animano i procedimenti speciali già noti. Dove i congegni di stampo premiale spingono, tramite i loro incentivi, a generare un'interessata fedeltà del reo alle istituzioni e a comminare, in tempi brevi, una pena certa, l'alternativa procedimentale è qui diretta a promuovere, tramite le condotte riparative, un'adesione sincera alla legge tale da giustificare l'eclissarsi della pretesa punitiva⁷⁷.

⁷¹ La dottrina da tempo lamenta lo sgretolamento dei classici principi fondativi della pena, compreso quello preventivo, attribuendone la crisi, in particolare, al monopolio della pena detentiva. Considerato l'elevato tasso di recidività tra i soggetti che hanno sperimentato il carcere è infatti considerata fortemente controversa l'efficacia deterrente della sua minaccia. Di più, si è osservato che, anche sul piano della prevenzione generale, agli inasprimenti di pene spesso conseguono un incremento della criminalità e un aggravamento delle sue manifestazioni. Osservazioni di G. Mosconi, *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*, in *Rass. pen. crim.*, 2001, 1, 3, p. 3-35. Per un approfondimento della valenza rieducativa della riparazione: G. Mannozi, *La giustizia senza spada*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 82.

⁷² In questo senso: L. Eusebi, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1314.

⁷³ Si parla, non a caso, parla in proposito di “degradazione giudiziale dell'illecito”: Donini M., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità* in *Ind. pen.*, 2003, p. 75 ss.

⁷⁴ Cfr. R. Piccirillo, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in R. Piccirillo, P. Silvestri, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, in *Rel. dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione n. III/07/2014*, *Novità legislative: legge 28 aprile 2014*, n. 67, p.3.

⁷⁵ A. Sanna, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, cit., p. 1278.

⁷⁶ L'espressione richiama a una “prossimità affettiva”, in quanto la pace sociale violata si ricostruisce dalle relazioni umane, nonché a una prossimità “temporale” e “territoriale” perché vicina nel tempo e nello spazio all'episodio criminoso.

⁷⁷ In questo senso: A. Sanna, *ibidem*; C. F. Paliero, *op. cit.*, p. 116.

Giustizia riparativa e procedura convivono così in profonda simbiosi. Da un lato, la “istituzionalizzazione” dei percorsi riparativi consente di potere estendere anche ad essi le garanzie di legalità sostanziale e processuale che governano il procedimento penale. Dall’altro, le potenzialità che tali percorsi dischiudono in termini di rieducazione non stigmatizzante del reo, riaffermazione del precetto violato e riconoscimento della persona offesa, forniscono all’effetto premiale una spiegazione valoriale finalmente convincente.

Indici | Index

AUTORI | AUTHORS

Teresa Alesci Sezioni Unite	1081
Giuseppe Biscardi Processo per reati tributari: tramonto o ascesa del doppio binario? / <i>Trial for tax crimes: double track in or out?</i>	1188
Giada Bocellari Decisioni in contrasto	1087
Orietta Bruno I decreti 'Salvini': profili di diritto penale sostanziale, processuale e securitari / <i>New Criminal Provisions on Public Security</i>	1230
Chiara Buffon La gestione del rischio di un'imputazione incompleta / <i>The regulation of the risk of an incomplete accusation</i>	1121
Lucio Camaldo Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i>	1050
Giorgio Crepaldi Corte europea dei diritti dell'uomo	1063
Giuseppe Di Chiara Giudizio abbreviato, reati "da ergastolo", populismo penale e Stato di diritto / <i>Summary Proceedings ("giudizio abbreviato"), Life Imprisonment Crimes, Penal Populism and Rule of Law</i>	1037
Francesca Dri Vizi e virtù dell'attuazione della Direttiva 2016/1919/UE sul patrocinio a spese dello Stato: una prima lettura / <i>Defects and virtues of implementation of the 2016/1919/UE Directive on legal aid: a first reading</i>	1209
Ada Famiglietti Novità legislative interne / <i>National Legislative News</i>	1044
Rosa Maria Geraci Primi disorientamenti interpretativi in tema di OEI: la Cassazione interviene sulle corrette modalità del giudizio di riconoscimento / <i>First misinterpretations about EIO: the Cassation clarifies right recognition procedure</i>	1157
Elisa Grisonich Corte di Giustizia UE / <i>Court of Justice EU</i>	1072
Clelia Iasevoli Il giudice delle leggi nelle strettoie processuali del ricorso per manifesta infondatezza / <i>The judge of the laws in the procedural bottlenecks of the appeal for manifest groundlessness</i>	1175

Wanda Nocerino Corte costituzionale	1075
Lorenzo Pelli I poteri del giudice nel principio di necessaria correlazione fra accusa e sentenza / <i>The power of the judge regarding the principle of necessary correlation between the accusation and the sentence</i>	1141
Matteo Rampioni Il sequestro preventivo funzionale alla confisca: un istituto senza «confini» / <i>The preventive attachment functional to confiscation: a subject without no frontier</i>	1322
Alessandra Sanna Rassegna bibliografica	1089
Maria Chiara Saporito La messa alla prova nell'esperienza giurisprudenziale / <i>Probation in the jurisprudential experience: a tiring journey to-wards the constitutional alignment</i>	1331
Nicola Triggiani <i>De jure condendo</i>	1058
Mauro Violante Tabulati telefonici relativi a parlamentari tra autorizzazione e dubbi di legittimità costituzionale / <i>Parliamentary phone records between authorization and doubts about constitutionality</i>	1101
Francesco Zacché Inammissibile l'abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo: osservazioni a margine della l. 12 aprile 2019, n. 33 / <i>The summary procedure is not available for crimes punished by life imprisonment: a short comment about law no. 33 of 12 april 2019</i>	1202

PROVVEDIMENTI | MEASURES

<i>Corte costituzionale</i>	
C. cost., sent. 23 gennaio 2019, n. 25	1165
C. cost., sent. 6 marzo 2019, n. 38	1093
C. cost., sent. 11 aprile 2019, n. 82	1111
C. cost., sent. 29 maggio 2019, n. 131	1075
C. cost., sent. 29 maggio 2019, n. 132	1076
C. cost., sent. 21 giugno 2019, n. 155	1078
C. cost., sent. 10 luglio 2019, n. 169	1080
<i>Corte di cassazione – Sezioni Unite penali</i>	
sentenza 7 giugno 2019, n. 24906	1081
sentenza 3 luglio 2019, n. 28908	1084
sentenza 3 luglio 2019, n. 28909	1085
sentenza 3 luglio 2019, n. 28911	1083
sentenza 3 luglio 2019, n. 28912	1082
<i>Corte di cassazione – Sezioni semplici</i>	
Sezione VI, sentenza 2 aprile 2019, n. 14413	1151
Sezione III, sentenza 9 aprile 2019, n. 15500	1134

Decisioni in contrasto

- Sezione VI, sentenza 17 maggio 2019, n. 21767 1087
 Sezione V, sentenza 11 giugno 2019, n. 25786 1088

Corte europea dei diritti dell'uomo

- Corte e.d.u., 11 giugno 2019, *Prizren c. Albania* 1070
 Corte e.d.u., 13 giugno 2019, *Sh.D ed altri c. Grecia, Austria, Croazia, Ungheria, Macedonia del Nord, Serbia e Slovenia* 1068
 Corte e.d.u., 13 giugno 2019, *Marcello Viola c. Italia* 1063

Corte di giustizia dell'Unione europea

- C. giust. UE, Sezione I, 13 giugno 2019, C-646/17 1072
 C. giust. UE, Grande Sezione, 24 giugno 2019, C-573/17 1073

Atti sovranazionali

- Regolamento (UE) 2019/816 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019 1050
 Regolamento (UE) 2019/817 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019 1053
 Regolamento (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019 1053

Norme interne

- Legge 19 luglio 2019, n. 69 «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*» 1044
 Legge 8 agosto 2019, n. 77 «*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica*» 1047

De jure condendo

- Proposta di legge C. 1268 «*Modifica all'articolo 114 del codice di procedura penale, concernente il divieto di pubblicazione del nome e dell'immagine dei magistrati*» 1060
 Proposta di legge C. 1740 «*Modifiche e integrazioni della disciplina concernente i testimoni di giustizia*» 1058
 Disegno di legge S. 1129 «*Disposizioni in materia di istituzione delle sezioni di polizia giudiziaria del Corpo di polizia penitenziaria, di servizi centrali di polizia giudiziaria del Corpo di polizia penitenziaria, di utilizzo di aeromobili a pilotaggio remoto da parte del Corpo di polizia penitenziaria, nonché di istituzione di un Nucleo di polizia penitenziaria presso ogni tribunale di sorveglianza*» 1061

MATERIE | TOPICS**Contumacia**

- ◊ L'effettiva conoscenza del procedimento per l'impugnazione della sentenza contumacia-
 ciale *ex ante* l. 67/2014 (Cass., sez. un., 3 luglio 2019, n. 28912) 1082

Cooperazione informativa

- ◊ Nuovi strumenti per ampliare e migliorare la cooperazione informativa nell'Unione
 europea (Regolamento (UE) 2019/816 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile
 2019; Regolamento (UE) 2019/817 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio
 2019; Regolamento (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio
 2019) 1050

Correlazione tra accusa e sentenza

- ◇ I poteri del giudice nel principio di necessaria correlazione fra accusa e sentenza / *The power of the judge regarding the principle of necessary correlation between the accusation and the sentence*, di Lorenzo Pelli 1141

Declaratoria di illegittimità costituzionale

- ◇ Il giudice delle leggi nelle strettoie processuali del ricorso per manifesta infondatezza / *The judge of the laws in the procedural bottlenecks of the appeal for manifest groundlessness*, di Clelia Iasevoli 1175

Dibattimento

- ◇ La rinnovazione dibattimentale a seguito di *mutatio iudicis*: moniti e rimedi (C. cost., sent. 29 maggio 2019, n. 132) 1076

- nuove contestazioni

- ◇ La gestione del rischio di un'imputazione incompleta / *The regulation of the risk of an incomplete accusation*, di Chiara Buffon 1121

Diritto penale tributario

- ◇ Processo per reati tributari: tramonto o ascesa del doppio binario? / *Trial for tax crimes: double track in or out?*, di Giuseppe Biscardi 1188

Equa riparazione

- ◇ Il diritto all'equa riparazione: l'erosione dell'istanza di accelerazione quale condizione di proponibilità della domanda (C. cost., sent. 10 luglio 2019, n. 169) 1080

Giudice di pace

- ◇ L'incompetenza per i reati attribuiti alla cognizione del giudice di pace è rilevabile in ogni stato e grado del procedimento (Cass., sez. un., 3 luglio 2019, n. 28908) 1084
- ◇ La competenza funzionale del giudice di pace in caso di connessione (Cass., sez. un., 3 luglio 2019, n. 28909) 1085
- ◇ Ancora sul rapporto tra art. 131 bis c.p. e art. 34 d.lgs. 274/2000: l'inapplicabilità dell'art. 651 bis c.p.p. ai procedimenti davanti al giudice di pace e definiti ex art. 34 d.lgs. 274/2000 (Cass., sez. V, 11 giugno 2019, n. 25786) 1088

Giudizio abbreviato

- ◇ Giudizio abbreviato, reati "da ergastolo", populismo penale e Stato di diritto / *Summary Proceedings ("giudizio abbreviato"), Life Imprisonment Crimes, Penal Populism and Rule of Law*, di Giuseppe Di Chiara 1037
- ◇ Inammissibile l'abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo: osservazioni a margine della l. 12 aprile 2019, n. 33 / *The summary procedure is not available for crimes punished by life imprisonment: a short comment about law no. 33 of 12 april 2019*, di Francesco Zacché 1202

Impugnazioni

- ◇ È ammissibile l'impugnazione della parte civile contro la pronuncia dichiarativa della prescrizione (Cass., sez. un., 3 luglio 2019, n. 28911) 1083

Imputazione

- ◇ È esclusa l'ammissibilità della contestazione "in fatto" della fattispecie aggravata di falso in atto pubblico (Cass., sez. un., 7 giugno 2019, n. 24906) 1081

Messa alla prova

- ◇ Diversa qualificazione del fatto e accesso alla sospensione del procedimento con messa alla prova (C. cost., sent. 29 maggio 2019, n. 131) 1075

- ◇ La messa alla prova nell'esperienza giurisprudenziale / *Probation in the jurisprudential experience: a tiring journey towards the constitutional alignment*, di Maria Chiara Saporito 1331

Obbligo di interpretazione conforme

- ◇ Obbligo di interpretazione conforme e decisione quadro (C. giust. UE, Grande Sezione, 24 giugno 2019, C-573/17) 1073

Ordinamento penitenziario

- ◇ Valorizzazione e potenziamento dell'attività del corpo di polizia penitenziaria (D.d.l. S. 1129 «Disposizioni in materia di istituzione delle sezioni di polizia giudiziaria del Corpo di polizia penitenziaria, di servizi centrali di polizia giudiziaria del Corpo di polizia penitenziaria, di utilizzo di aeromobili a pilotaggio remoto da parte del Corpo di polizia penitenziaria, nonché di istituzione di un Nucleo di polizia penitenziaria presso ogni tribunale di sorveglianza») 1061
- ◇ Trattamento carcerario, non conformità del cd «ergastolo ostativo» (Corte e.d.u., 13 giugno 2019, Marcello Viola c. Italia) 1063
- ◇ Condizioni di detenzione. Minori non accompagnati (Corte e.d.u., 13 giugno 2019, Sh.D ed altri c. Grecia, Austria, Croazia, Ungheria, Macedonia del Nord, Serbia e Slovenia) 1068
- ◇ Condizioni di detenzione. Detenuto patologico (Corte e.d.u., 11 giugno 2019, Prizren c. Albania) 1070

Ordine europeo di indagine

- ◇ Primi disorientamenti interpretativi in tema di OEI: la Cassazione interviene sulle corrette modalità del giudizio di riconoscimento / *First misinterpretations about EIO: the Cassation clarifies right recognition procedure*, di Rosa Maria Geraci 1157

Patrocinio a spese dello Stato

- ◇ Vizi e virtù dell'attuazione della Direttiva 2016/1919/UE sul patrocinio a spese dello Stato: una prima lettura / *Defects and virtues of implementation of the 2016/1919/UE Directive on legal aid: a first reading*, di Francesca Dri 1209

Prevedibilità della condanna

- ◇ L'estensibilità *erga omnes* della sentenza Cedu Contrada al vaglio delle Sezioni Unite (Cass., sez. VI, 17 maggio 2019, n. 21767) 1087

Procedimento per decreto

- ◇ La legittimità dei nuovi criteri per la determinazione dell'ammontare della pena pecuniaria nei procedimenti per decreto (C. cost., sent. 21 giugno 2019, n. 155) 1078

Pubblicità

- ◇ Divieto di pubblicare nome e immagine dei magistrati (P.d.l. C. 1268 «Modifica all'articolo 114 del codice di procedura penale, concernente il divieto di pubblicazione del nome e dell'immagine dei magistrati») 1060

Riqualificazione giuridica del fatto

- ◇ Al vaglio della Corte la disciplina italiana in materia di riqualificazione giuridica del fatto (C. giust. UE, Sezione I, 13 giugno 2019, C-646/17) 1072

Sequestro preventivo

- ◇ Il sequestro preventivo funzionale alla confisca: un istituto senza «confini» / *The preventive attachment functional to confiscation: a subject without no frontier*, di Matteo Rampioni 1322

Sicurezza pubblica

- ◇ Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica (L. 8 agosto 2019, n. 77 «*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica*») 1047
- ◇ I decreti 'Salvini': profili di diritto penale sostanziale, processuale e securitari / *New Criminal Provisions on Public Security*, di Orietta Bruno 1230

Tabulati telefonici

- ◇ Tabulati telefonici relativi a parlamentari tra autorizzazione e dubbi di legittimità costituzionale / *Parliamentary phone records between authorization and doubts about constitutionality*, di Mauro Violante 1101

Testimoni di giustizia

- ◇ Nuove misure a tutela dei testimoni (e dei collaboratori) di giustizia (P.d.l. C. 1740 «*Modifiche e integrazioni della disciplina concernente i testimoni di giustizia*») 1058

Vittime di reato

- ◇ Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere (L. 19 luglio 2019, n. 69 «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*») 1044