

PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

Diretta da Adolfo Scalfati

6-2019

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

Il ricorso per cassazione contro una sentenza di patteggiamento
e l'illegalità della misura di sicurezza
*The Appeal to the Court of Cassation against the Italian 'Patteggiamento'
and the Illegality of the Safety Measure*

La sospensione condizionale della pena in appello
Suspended sentence in appeal trial

Le indagini informatiche e principio di proporzionalità
Digital investigations and proportionality rule

Nemo tenetur se detegere e procedimento amministrativo
Nemo tenetur se detegere and administrative procedure

I criteri di calcolo dello spazio vitale intramurario
The criteria for calculating the intramural living space

I colloqui difensivi
The defensive interviews



G. Giappichelli Editore – Torino

PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

Diretta da Adolfo Scalfati

6-2019

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*

GLAUCO GIOSTRA

Primi spunti per una più efficace comunicazione delle ragioni della giustizia penale / *First ideas for a more effective communication on criminal justice's reasons* 1359

Scenari | *Overviews*

Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i> (ELENA ZANETTI)	1364
<i>De jure condendo</i> (MARILENA COLAMUSSI)	1371
Corte europea dei diritti dell'uomo / <i>European Court of Human Rights</i> (MARCO BASTIANELLO)	1377
Corte di Giustizia UE / <i>Court of Justice EU</i> (FRANCESCA PROIA)	1383
Corte costituzionale (ANDREA MARINO)	1386
Sezioni Unite (TERESA ALESCI)	1390
Decisioni in contrasto (PAOLA CORVI)	1392
Rassegna bibliografica (MARILENA COLAMUSSI)	1394

Avanguardie in giurisprudenza | *Cutting Edge Case Law*

Sentenza di patteggiamento ed omessa pronuncia sull'applicabilità della misura di sicurezza prevista per legge

Cass., Sez. III, Sent. 17 dicembre 2018, n. 20781 – Pres. Rosi; Rel. Socci 1398

Il ricorso per cassazione avverso una sentenza di patteggiamento e l'illegalità della misura di sicurezza / *The Appeal to the Court of Cassation against the Italian 'Patteggiamento' and the Illegality of the Safety Measure* (FRANCESCO CALLARI) 1403

La mancata applicazione della sospensione condizionale non chiesta in appello, non può essere dedotta in Cassazione

Corte di Cassazione, sez. un., 22 maggio 2019, n. 22533 – Pres. Carcano, Est. Mazzei 1415

Sospensione condizionale della pena in appello: quale rimedio all'inerzia del giudice? / *Suspended sentence in appeal trial: what remedy to the inaction of the court of appeal?* (FRANCESCO PERONI) 1424

Sequestro probatorio e principio di proporzionalità

Corte di Cassazione, sez. V, sentenza 2 maggio 2019, n. 18316 – Pres. Catena; Rel. Tudino 1430

Indagini informatiche e principio di proporzionalità / *Digital investigations and proportionality rule* (MARCO TORRE) 1433

Sanzioni amministrative di natura "punitiva" e diritto al silenzio

Corte costituzionale, ordinanza 10 maggio 2019, n. 117 – Pres. Lattanzi; Rel. Viganò 1438

Nemo tenetur se detegere e procedimento amministrativo: per la Consulta, la sanzione "punitiva" impone il *due process of law* / *Nemo tenetur se detegere and administrative procedure: for the Constitutional Court, the 'punitive' sanction requires due process of law* (CARLO BONZANO) 1448

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

Quanta umanità in tre metri quadrati? Indirizzi interpretativi circa i criteri di calcolo dello spazio vitale intramurario e problematica del bagno "a vista" / *How much humanity is there in three square meters? Interpretative addresses about the criteria for calculating the intramural living space and the problem of the bathroom "on sight"* (FRANCESCA TRIBISONNA) 1461

La corrispondenza tra detenuto e difensore / *The mail between prisoner and lawyer* (FRANCESCA ROMANA MITTICA) 1483

Analisi e prospettive | *Analysis and Perspectives*

Crisi del *Welfare* e ineffettività della funzione rieducativa della pena: il rilancio del lavoro penitenziario / *Welfare crisis and ineffectiveness of the rehabilitative function of the penalty: the re-launch of prison work* (ROSSELLA MASTROTOTARO) 1495

I colloqui difensivi dal codice Rocco alla riforma dell'ordinamento penitenziario / *The defensive interviews from the Rocco code to the reform of the penitentiary system* (DANILA CERTOSINO) 1510

Riforma delle intercettazioni, riservatezza e selezione dei dati / *The privacy interception reform in the selection process* (ANTONIO VELE) 1526

Indici | *Index*

Autori / *Authors* 1540

Provvedimenti / *Measures* 1541

Materie / *Topics* 1542

GLAUCO GIOSTRA

Professore ordinario di Procedura penale – Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

Primi spunti per una più efficace comunicazione delle ragioni della giustizia penale

First ideas for a more effective communication on criminal justice's reasons

Cresce anche oltreoceano la consapevolezza che per l'attuazione dei principi di civiltà giuridica, come quello della ri-socializzazione del condannato, è necessaria un'accorta ecologia del linguaggio, perché parole gratuitamente stigmatizzanti ed umilianti pregiudicano il conseguimento dell'obbiettivo. Ma per evitare che anche il fondamento di tali principi venga rimesso in discussione è necessario, nell'epoca dei *social media*, elaborare moduli comunicativi nuovi, che contrastino gli slogan populistici sul terreno dove mettono più facilmente radici: la paura e l'insicurezza sociale.

Even overseas, the awareness about the necessity of a language ecology, in order to realize legal civilization principles like that of the condemned's resocialization is growing, for free stigmatizing and humiliating words undermine this accomplishment. Avoiding that those principles'fundaments could be discussed again, in social media era, means developing new communicative forms that can reframe populist mottos where they more easily roots: fear and social insecurity.

LE SCELTE DI CIVILTÀ GIURIDICA SI NUTRONO ANCHE DI PAROLE

Nello scorso mese di luglio il Board of Supervisors di San Francisco, l'assemblea legislativa della città e della Contea, ha approvato una risoluzione che ha avuto una certa eco, anche internazionale. La risoluzione contiene alcune linee-guida cui la comunicazione istituzionale dovrebbe attenersi, soprattutto quando fa riferimento ai condannati, affinché venga adottato un linguaggio che collochi al primo posto l'individuo (*person-first language*). L'obbiettivo è quello di evitare parole eccessivamente stigmatizzanti come *criminale*, *galeotto*, *pregiudicato*, perché creano «barriere attitudinali e stereotipi persistenti, che impediscono l'accesso all'impiego, agli alloggi, alle licenze professionali (...) e ad altri aspetti integranti della vita di comunità», rendendo ancor più difficile il reinserimento nella società di coloro che hanno avuto problemi con la giustizia. Quelle parole come una sorta di lettera scarlatta, marchiano gli individui, sospingendoli irreversibilmente ai margini della società. Di qui l'idea di sostituirle con «un linguaggio che colloca al primo posto le persone», promuovendo «una comunicazione positiva, sana e imparziale», per fare in modo che «l'individuo non venga definito in misura esclusiva o determinante in base ai suoi precedenti penali, ai suoi arresti, o ad altri contatti con il sistema giudiziario penale». Un'attenzione, anche verbale, alla dignità della persona condannata che fa tornare alla mente la Circolare con cui il Capo del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del nostro Ministero della giustizia poco più di due anni fa – era il 31 marzo 2017 – invitava le direzioni competenti a «intraprendere tutte le iniziative necessarie al fine di dismettere nelle strutture penitenziarie, da parte di tutto il personale, l'uso sia verbale che scritto, della terminologia infantilizzante e diminutiva» che caratterizza il gergo corrente all'interno degli istituti penitenziari (ad esempio: *domandina*, per indicare la richiesta; *dama di compagnia*, per indicare la presenza di un altro detenuto nella stessa cella). Accomuna le due iniziative la condivisibile convinzione che parole stigmatizzanti o umilianti compromettono, o quanto meno ostacolano, l'opera di recupero sociale del condannato.

Si va dunque affermando la consapevolezza che i migliori principi – come nel nostro caso quello del recupero sociale del condannato – rischiano di essere “soffocati”, quando non stravolti, nella loro attuazione da una terminologia discriminatoria; più in generale, che una migliore convivenza civile passa anche attraverso una “ecologia” del linguaggio.

Una consapevolezza condivisibile e molto importante, ma che si pone – per così dire – “a valle”. Ancora più importante è cominciare a ragionare su quali siano gli strumenti della comunicazione per affermare o per difendere l’irrinunciabile valore di quei principi.

È NECESSARIO CAMBIARE ANCHE I MODULI COMUNICATIVI

Limitarsi a disinfettare il vocabolario sociale, eliminando le parole culturalmente inquinanti, non basta. Pur dopo questa bonifica, rimarrebbero messaggi e slogan in grado di corrodere presso l’opinione pubblica la fiducia in alcune scelte di civiltà e di preparare il terreno per opzioni regressive. Del resto, facciamo l’esperimento di apportare alla frase “quel criminale deve marcire in galera”, espressione dell’attuale (in)cultura della pena, gli opportuni adattamenti linguistici suggeriti dal Board of Supervisors: “quella persona coinvolta con la giustizia penale deve marcire in galera”. L’indecenza del messaggio non viene meno, perché non era nella parola “criminale”, bensì nell’auspicio che l’imputato scontasse la pena marcendo in galera. Proviamo allora, interpretando lo spirito più che i suggerimenti terminologici di quella risoluzione, a riformulare l’intera frase con espressioni meno rozze: “sarebbe bene che l’accusato di questo delitto venga condannato e che scontasse la pena in carcere, nell’assoluta inedia, sino all’ultimo giorno”. L’auspicio, pur dopo il *restyling*, resterebbe inaccettabile. Ma il problema non è deprecarlo, bensì disinnescarlo culturalmente, affinché intorno ad esso non si coaguli un consenso politicamente significativo. Pensare di contrastare quell’invocazione di cieca inesorabilità della pena facendo notare che contiene una grave sgrammaticatura costituzionale, poiché per la nostra Carta costituzionale le pene debbono tendere alla rieducazione del condannato, sarebbe tanto sacrosanto, quanto inefficace: sul nobile precetto dell’art. 27 comma 3 Cost. farebbero brutalmente premio i grossolani proclami “chi sbaglia paga”, “sbattiamolo dentro e buttiamo le chiavi, un delinquente in meno in circolazione”; o il più anodino “la certezza della pena”, che, sebbene scritto come uno dei principi cardine del diritto penale liberale (relativo alla predeterminazione legale della risposta sanzionatoria dello Stato), è ormai stentoreamente pronunciato, e acriticamente inteso, come “inesorabile fissità della pena”.

Bisogna cercare di capire, invece, per quale ragione questi slogan finiscono oggi per avere la meglio.

Sino all’avvento dei mezzi di comunicazione di massa e soprattutto dei *social media* l’esito sarebbe stato presumibilmente diverso. Possiamo dire, infatti, semplificando molto, che gli orientamenti politici e culturali maturavano in seno alla «sfera pubblica», intesa come il complesso di attività di quei consociati i cui giudizi, commenti, suggerimenti, critiche, richieste, manifesti culturali sono in grado di influenzare l’opinione pubblica e la classe politica (Habermas, Pizzorno). Così, per rientrare nel nostro perimetro tematico, la politica penale si avvaleva prevalentemente degli apporti di giuristi, criminologi, politologi, sociologi, filosofi. Naturalmente erano necessari il filtro e la mediazione della politica, anche perché spesso, in particolare l’accademia si esibiva nella costruzione di eleganti architetture astratte, in cui – per dirla con Calamandrei – sembrava che non circolasse l’aria del mondo. Spettava alla politica convincere la collettività della bontà delle soluzioni che aveva scelto di mutuare da quel laboratorio di idee che era la “sfera pubblica”, per aggregare il consenso democraticamente necessario.

Con l’affermazione dei *social media* e con il declino dell’arte del governare il processo di formazione degli indirizzi politici segue un percorso inverso, solo apparentemente più democratico. Slogan e parole d’ordine si diffondono epidemicamente generando convinzioni *a la carte* che aggregano consenso e costituiscono un ghiotto boccone per una politica più intenta ad accodarsi alle processioni del comune sentire, piuttosto che a guidarle.

In un simile contesto, replicare al demagogico “devono scontare sino all’ultimo giorno in galera” affermando “la Costituzione vuole che l’esecuzione della pena tenda ad un progressivo reinserimento sociale del condannato” è una risposta emotivamente imbecille. Essa anzi finisce per accreditare la diffusa, mistificante, impressione che vede, da una parte, coloro che con rassicurante rigore pretendono che la pena detentiva sia scontata fino in fondo, rinchiudendo ermeticamente i pericolosi criminali entro le mura del carcere; dall’altra, i buonisti, gli indulgenzialisti, coloro che sono monotematicamente preoccupati della sorte del condannato e del suo recupero sociale. Una siffatta risposta non ha presa perché

non si preoccupa di tutelare l'interesse di cui mostra di farsi carico l'opposto approccio. Se questo trasmette un implicito messaggio rassicurante – “non siate preoccupati, questo pericoloso individuo verrà recluso entro mura ben presidiate” – l'altro risponde: “è un suo diritto costituzionalmente garantito, se dimostrerà un significativo e protratto progresso di riabilitazione sociale, veder abbassare i ponti levatoi di quelle mura”.

LASCIARE MARCIRE I CONDANNATI IN GALERA È PERICOLOSO PER LA COLLETTIVITÀ

Bisognerebbe, invece, contrapporre alle esibite rodomontate punitive un perentorio *warning*: la segregazione senza speranza mette a grave rischio la sicurezza sociale. Un'affermazione perentoria di cui non sarebbe difficile alla bisogna dimostrare il fondamento. Fatta eccezione per coloro che scontano un ergastolo c.d. ostativo, i condannati prima o poi, espiata la pena, escono dal carcere. Sovente per tornare a commettere reati: l'indice di recidiva, con qualche sensibile oscillazione da Paese a Paese – ad esempio, supera più dell'80% in Brasile (non a caso il Paese con il tasso di carcerazione tra i più alti del mondo), in Inghilterra si attesta intorno al 50% – è sempre molto alto. Questa inclinazione a ri-delinquere diminuisce fortemente quando il condannato sconta la pena in un regime carcerario che ne rispetti la dignità, lo responsabilizzi e gli offra la possibilità di guadagnarsi – anche adoperandosi in favore della collettività e delle vittime dei reati – un graduale, controllato reinserimento sociale. Pure in tal caso gli indici statistici oscillano (in Italia si scende al 19%, in Inghilterra al 22%, in Brasile, limitatamente ai penitenziari pilota Apac, al 12%) sino a registrare circoscritte realtà con percentuali di recidiva ad una cifra (il 5%, per i dimessi dal penitenziario La Stampa di Lugano). Sarebbe intellettualmente poco onesto non riconoscere che si tratta di percentuali non certo affidabili al decimale, essendo spesso frutto di metodiche diverse di rilevazione e di calcolo. Ma sarebbe intellettualmente disonesto negare l'esistenza di una forbice molto significativa tra i crimini commessi da ex condannati, a seconda che questi abbiano subito una pena ciecamente segregativa, orfana di ogni speranza di cambiamento, oppure una pena severa, ma non insensibile alla loro effettiva partecipazione ad un progetto di riabilitazione che li abbia preparati a rientrare nella società civile, con l'intento e la capacità di viverci come avrebbero sempre dovuto. Se poi opportune provvidenze di assistenza e sostegno accompagnano il condannato quando ha terminato di scontare la pena anche nelle modalità attenuate delle misure alternative nella sua “convalescenza sociale”, quasi sempre viene restituito alla società un buon cittadino. Dunque, quando lo Stato sa offrire tali opportunità e il condannato sa meritarsene, la collettività ne trae un beneficio molto significativo non solo in termini di civiltà, ma proprio in termini di sicurezza.

Il proposito di lasciar marcire i detenuti in galera sino all'ultimo giorno della pena inflitta, pertanto, non è solo in contrasto con la Costituzione e con la Convenzione europea: è un attentato alla sicurezza sociale. Questa è l'idea che si deve riuscire a inoculare nelle vene mediatiche.

Si tratta soltanto di un esempio per cercare di cambiare il modulo comunicativo. Bisogna, nell'ordine, individuare l'interesse (securitario, economico, etico o d'altra natura) sulla cui ostentata tutela fa presa la posizione che riscuote ingiustificato consenso, denunciare l'inconferenza dello strumento proposto per garantire quell'interesse e indicare le provvidenze effettivamente utili per farsene carico. Un modulo comunicativo che si potrebbe applicare a diversi temi di attualità per sbugiardare slogan di successo (da “la difesa è sempre legittima” a “i porti chiusi servono a combattere gli scafisti”), senza ignorare le preoccupazioni sociali che mirano strumentalmente ad intercettare.

ALZARE IL LIVELLO DELLA RISPOSTA PUNITIVA NON HA ALCUNA EFFICACIA GENERALPREVENTIVA

Ma restiamo al tema della punizione penale. Da sempre, e sempre più negli ultimi tempi, i Governi di fronte a forme di criminalità che inquietano l'opinione pubblica imboccano la via meno impegnativa e più inefficace dell'innalzamento della pena. Non sanno far altro che esibire una muscolarità sanzionatoria: mettono mano alla “fondina legislativa”, innalzando il livello della pena e restringendo i diritti dei condannati.

In questa corsa al rialzo punitivo si è arrivati anche ad adombrare la possibilità di introdurre la pena di morte per i reati più efferati (tra l'altro, inquietanti sondaggi riferiscono che il 30% degli italiani sarebbe favorevole). Anche in questi casi, sarebbe inutile obiettare che la pena di morte è vietata dalla no-

stra Costituzione o che comporta la certezza di uccidere degli innocenti (più del 4% dei giustiziati, secondo studi statunitensi). Verità intangibili, ma che sul piano dialettico-emotivo costituiscono un'*aberratio ictus*. Bisogna ribattere con forza che l'entità della pena non ha alcun effetto generalpreventivo (consapevolezza, che non è di oggi, né dei soli giuristi: in un quadro del xv secolo, il pittore fiammingo Dieric Bouts raffigurava un patibolo, in cui viene impiccato un ladro: tra la folla assiepata intorno alla forca per assistere all'esecuzione si vede un uomo sfilare banconote a colui che gli volge le spalle). Anzi, la minaccia della pena di morte sembra avere effetti controproducenti. Emblematico il caso degli USA, dove è largamente ammessa. Secondo i dati forniti dalle Nazioni Unite, non soltanto vi si registrano mediamente 5,3 omicidi ogni 100.000 abitanti, mentre in Italia la media flette sensibilmente ad uno 0,8. Ma negli Stati degli USA che non ammettono la pena di morte si conta un minor numero di omicidi rispetto a quelli che la prevedono. Anche l'idea che aumentare le pene serva a prevenire la commissione di reati, dunque, è un'idea dileggiata dalla realtà.

APPRESTARE ANTIDOTI EFFICACI AGLI SLOGAN POPULISTICI

Bisogna allora contrastare certe pericolosissime derive, non tanto dicendo che sono incivili o incostituzionali, quanto che sono sempre inutili, talvolta pericolose, per la collettività. È necessario elaborare moduli comunicativi nuovi, che contrastino gli slogan populistici sul terreno dove mettono più facilmente radici: la paura e l'insicurezza sociale.

Beninteso, non bastano questi accorgimenti comunicativi per debellare radicalmente la tendenza dei singoli ad agognare pene spietate e della classe politica dominante a cavalcare questa istintiva propensione.

Trent'anni fa, in uno scritto emblematicamente intitolato *A futura memoria (se la memoria ha un futuro)*, Leonardo Sciascia con la sua prosa cristallina avvertiva: «*i cretini, e ancor più i fanatici, son tanti; godono di una così buona salute non mentale che permette loro di passare da un fanatismo all'altro con perfetta coerenza (...). Bisogna loro riconoscere, però, una specie di buona fede: contro l'etica vera, contro il diritto, persino contro la statistica, loro credono che la terribilità delle pene (compresa quella di morte), la repressione violenta e indiscriminata, l'abolizione dei diritti dei singoli, siano gli strumenti migliori per combattere certi tipi di delitti (...). E continueranno a crederlo*». Il presente non sembra propriamente smentire il grande scrittore siciliano.

Ma, proprio per questo, in una "democrazia dell'opinione pubblica" come l'attuale bisogna trovare antidoti comunicativi che sappiano smascherare gli imbonitori di turno, andando sul loro terreno preferito dell'insicurezza e della paura. Se si sapranno trovare slogan demistificatori (naturalmente sorretti dalla testarda realtà delle statistiche), gran parte della collettività – eccetto gli inguaribili fanatici, appunto – potrebbe accogliere con favore una risposta penale che si faccia più credibilmente carico delle sue inquietudini, senza seminare sentimenti di paura, di odio e di vendetta.

Se non temessi di essere equivocato, direi che oggi, per condurre la società verso una convivenza più sicura e più civile, cioè verso il suo vero interesse, si deve imparare ad esercitare una virtuosa demagogia.



Processo penale e giustizia n. 6 | 2019

Scenari

Overviews

NOVITÀ SOVRANAZIONALI SUPRANATIONAL NEWS

di Elena Zanetti

AGGIORNAMENTI PER GLI ACCORDI MULTILATERALI IN MATERIA DI ESTRADIZIONE E DI ASSISTENZA GIUDIZIARIA

L'ultimo scorcio dei lavori parlamentari si è contraddistinto per un rinnovato interesse verso i temi della cooperazione internazionale nel settore penale, che ha portato alla calendarizzazione e all'esame di diversi disegni di legge in materia. Ne è derivata una produzione normativa composita, indirizzata alla ratifica di "storici" atti multilaterali, protocolli addizionali, trattati bilaterali, dedicati ai tradizionali strumenti dell'estradizione e dell'assistenza giudiziaria.

Sul fronte della cooperazione nell'ambito dell'Unione europea si segnala la l. 19 luglio 2019, n. 66 recante *Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa all'estradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea, con Allegato, fatta a Dublino il 27 settembre 1996*. La legge – pubblicata in G.U., 22 luglio 2019, n. 170 – è entrata in vigore, ai sensi dell'art. 4, il 23 luglio 2019.

Quanto al versante della cooperazione multilaterale sotto l'egida del Consiglio d'Europa si deve alla l. 24 luglio 2019, n. 88 la *Ratifica ed esecuzione dei seguenti Protocolli: a) Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, fatto a Strasburgo l'8 novembre 2001; b) Terzo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione, fatto a Strasburgo il 10 novembre 2010; c) Quarto Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione, fatto a Vienna il 20 settembre 2012* (in G.U., 19 agosto, n. 193). A tale contesto si ascrive anche la l. 24 luglio 2019, n. 87 recante la *Ratifica ed esecuzione dei seguenti Accordi: a) Accordo tra la Repubblica Italiana e la Repubblica di Serbia inteso a facilitare l'applicazione della Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957, fatto a Belgrado il 9 febbraio 2017; b) Accordo tra la Repubblica Italiana e la Repubblica di Serbia inteso a facilitare l'applicazione della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959, fatto a Belgrado il 9 febbraio 2017* (in G.U., 19 agosto, n. 193). Entrambe le leggi sono entrate in vigore il giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (v., rispettivamente, art. 6 l. n. 88/2019 e art. 5 l. n. 87/2019).

A) *La legge di ratifica della Convenzione di Dublino (l. 19 luglio 2019 n. 66)*

Il testo della legge in esame (consultabile, come il testo della Convenzione, in www.giustiziapenale.europa.eu) consta di soli quattro articoli (dedicati, nell'ordine, ad autorizzazione alla ratifica; ordine di esecuzione; disposizioni finanziarie ed entrata in vigore) dal momento che – come si osserva nella *Relazione tecnica* al d.d.l.-A. C. 1797, p. 5 – in via generale il contenuto della Convenzione di Dublino «contiene regolamentazioni che in larga misura sono già previste dal diritto nazionale e, pertanto, non comportano la necessità di adeguamenti legislativi».

Nata per completare ed agevolare il funzionamento della Convenzione europea di estradizione del Consiglio d'Europa (e, per taluni aspetti, della Convenzione europea per la repressione del terrorismo del 1977) nelle relazioni tra gli Stati parte dell'Unione europea, la Convenzione di Dublino, stabilita nel 1996 dal Consiglio dell'Unione, ai sensi dell'art. K3 del Trattato sull'Unione europea (nel testo vigente all'epoca), ha di fatto anticipato alcune delle previsioni in seguito sviluppate dalla Decisione quadro 2002/584/GAI istitutiva del mandato di arresto europeo, che per molti aspetti ne ha rappresentato l'evoluzione (v. *infra*). Come ben esemplifica al riguardo la *Relazione illustrativa* al d.d.l.-A. C. 1797 la Convenzione intende «migliorare la cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri per quanto riguarda sia il perseguimento dei reati sia l'esecuzione delle condanne, tenuto conto che è interesse comune degli Stati membri assicurare che le procedure di estradizione funzionino in maniera rapida ed efficace, in quanto i loro sistemi di governo sono fondati sui principi democratici nel rispetto degli obblighi stabiliti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» (pp. 1-2).

Prima di esaminare il contenuto della Convenzione, può rivestire un certo interesse ripercorrerne le vicende salienti.

Come la “gemella” Convenzione di Bruxelles del 1995 relativa alla procedura semplificata di estradizione tra gli Stati membri, la Convenzione in esame vincola unicamente gli Stati facenti parte dell’Unione alla data di adozione dell’atto che l’ha stabilita (art. 18, § 1) ed è aperta all’adesione di quelli che ne siano divenuti membri in epoca successiva (art. 19, § 1). In tal senso, l’art. 18 subordina l’entrata in vigore della Convenzione alla notifica da parte degli Stati membri al Segretario generale del Consiglio dell’Unione dell’«*espletamento delle procedure richieste dalle rispettive norme costituzionali per l’adozione*» della Convenzione, fissandola novanta giorni dopo la notifica dello Stato che «*procede per ultimo a questa formalità*» (art. 18, § 3).

Se il mancato conseguimento delle ratifiche necessarie – dei quattordici Stati che nel 1996, all’atto di istituzione della Convenzione, aderivano all’Unione mancava all’appello solo il nostro Paese – ha precluso la formale entrata in vigore della Convenzione, non le ha però impedito di trovare applicazione su base bilaterale nei rapporti tra singoli Stati interessati. Il § 4 dell’art. 18 prevede, infatti, che, sino all’entrata in vigore della Convenzione, ciascuno Stato membro possa dichiarare, allorché procede alla notifica *de qua*, o in qualsiasi altro momento, che essa «*è applicabile, per quanto lo concerne, nelle sue relazioni con gli Stati membri che hanno fatto la stessa dichiarazione*», facoltà di cui tutti i tredici Stati interessati si sono avvalsi, formulando tale dichiarazione di “applicabilità” contestualmente alla notifica diretta al Segretario generale.

Dopo due precedenti tentativi falliti – nella XIII legislatura (d.d.l. – AS 4820) e nella XIV legislatura (d.d.l. – AC 4267) – grazie all’odierna legge di ratifica l’Italia va ad aggiungersi agli Stati (Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito, Spagna) che già hanno notificato il completamento dell’*iter* interno di adozione della Convenzione, rimuovendo in tal modo l’ostacolo frapposto alla sua entrata in vigore, avvenuta il 5 novembre 2019 (v. *Comunicato*, in G.U.U.E., 1° ottobre 2019, C 329).

La progressiva realizzazione di uno spazio giuridico europeo fondato sul mutuo riconoscimento con l’obiettivo di conseguire «*una più ampia collaborazione rispetto a quella tradizionalmente offerta agli Stati con i quali esistono rapporti di cooperazione internazionale*» (Relazione illustrativa al d.d.l.-A.C. 1797, p. 2) ha però segnato, di fatto, la sorte della Convenzione in esame. A partire dal 1° gennaio 2004 essa è stata, infatti, sostituita dalle disposizioni contenute nella Decisione quadro 2002/584/GAI istitutiva del mandato di arresto europeo, ai sensi dell’art. 31, § 1, lett. c) di quest’ultima.

Passando in rassegna il testo della Convenzione, formato, oltre al preambolo, da venti articoli, si ha modo di coglierne la portata generale. Il filo conduttore dell’articolato è rappresentato dall’attenuazione dei limiti oggettivi e di quelli soggettivi posti all’extradizione dalla Convenzione del Consiglio d’Europa, attraverso l’introduzione di «*misure di razionalizzazione, semplificazione e accelerazione della disciplina*», capaci di garantire lo svolgimento delle procedure di estradizione «*con modalità e tempi di realizzazione più efficaci*» (v. *Dossier* n. 138 – Scheda di lettura, 7 maggio 2019, p. 2).

Ad introdurre le misure *de quibus* è la previsione – contenuta nell’art. 1, § 2 – secondo cui non è pregiudicata l’applicazione delle norme più favorevoli contenute in accordi bilaterali o multilaterali tra Stati membri, né quella delle intese convenute in materia di estradizione sulla base di una legislazione uniforme o di leggi che prevedono reciprocamente l’esecuzione, sul territorio di uno Stato membro, dei mandati di arresto emessi sul territorio di un altro Stato membro.

Sicuramente funzionale alla «*riduzione degli ostacoli frapposti all’extradizione dalle inevitabili differenze normative esistenti tra i diversi Paesi*» è la deroga – sia pure condizionata (§ 1, lett. a) e b) – introdotta, nell’art. 3, § 1, al principio della previsione bilaterale del fatto. In virtù di essa l’extradizione non può essere rifiutata nel caso di cospirazione o di associazione a delinquere, anche quando la legge dello Stato membro richiesto non preveda che gli stessi fatti costituiscano reato, purché tali reati siano finalizzati alla commissione di atti di terrorismo o di reati concernenti «*il traffico di sostanze stupefacenti o altre forme di criminalità organizzata o altri atti di violenza contro la vita, l’integrità fisica o la libertà di una persona o che comporti un pericolo collettivo per le persone*».

Nella stessa prospettiva – per superare il divieto previsto dall’art. 3 della Convenzione europea di estradizione – si segnala la tendenziale scomparsa della nozione di reato politico dall’ambito dell’extradizione. L’art. 5 della Convenzione stabilisce, infatti, in via generale, nel § 1, che nessun reato possa essere considerato dallo Stato richiesto alla stregua di reato politico, di fatto connesso con un reato politico ovvero di reato determinato da motivi politici. È tuttavia consentito ai Paesi membri di formulare

una dichiarazione a tale principio per restringerne l'applicazione ai soli reati di terrorismo, ai reati di cospirazione o di associazione a delinquere, secondo le definizioni date dalla Convenzione europea per la repressione del terrorismo (art. 5, § 2). Un analogo cambio di approccio concerne poi il tema dei reati fiscali, rispetto ai quali l'art. 6, recependo di fatto l'art. 2 del Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione, attribuisce agli Stati parte la facoltà di limitare, mediante apposita dichiarazione, l'estradizione alle sole ipotesi di reati in materia di accise, di imposta sul valore aggiunto o di dogana (art. 6, § 3). Come prescrive poi l'art. 8, § 1, neppure l'intervenuta prescrizione (dell'azione penale o della pena) può essere addotta dallo Stato richiesto come motivo per rifiutare l'estradizione, previsione che però può essere derogata qualora la domanda di estradizione sia basata su fatti che, secondo la legge dello Stato richiesto «rientrano nella giurisdizione di tale Stato membro» (art. 8, § 2).

Sul piano dei limiti soggettivi all'estradizione è da registrare il "rovesciamento" della tradizionale facoltà riconosciuta agli Stati di rifiutare l'estradizione del cittadino (v. art. 6 della Convenzione europea di estradizione). Se dunque l'art. 7 esclude che il rigetto della domanda di estradizione possa essere giustificato a motivo della nazionalità, salvaguarda comunque la possibilità per ciascuno Stato membro di dichiarare «che non concederà l'estradizione dei propri cittadini o che l'autorizzerà soltanto a determinate condizioni da esso specificate» (art. 7, § 2).

Si deve poi all'art. 10, § 1 l'attenuazione del principio di specialità, che vede ridotta la sua incidenza nelle ipotesi espressamente indicate (lett. a – c) e nel caso di formale rinuncia ad avvalersene da parte della persona estradata (lett. d), espressa «dinanzi alle autorità giudiziarie competenti dello Stato membro richiedente e messa a verbale, conformemente al diritto interno di tale Stato».

Completano la Convenzione previsioni di taglio procedurale concernenti, in particolare: la designazione da parte di ogni Stato membro di un'autorità centrale (o, se il sistema costituzionale lo consente, di più autorità centrali) incaricata della trasmissione e della ricezione delle domande di estradizione, dei documenti giustificativi e della corrispondenza ad esse relative (art. 13); la richiesta e la trasmissione di informazioni complementari (art. 14); l'esenzione da procedure di autenticazione e «da qualunque altra formalità» dei documenti e delle copie di essi trasmessi ai fini dell'estradizione, salve disposizioni contrarie (art. 15); le ipotesi di transito, ai sensi dell'art. 21 della Convenzione europea di estradizione (art. 16).

Le Dichiarazioni formulate dagli Stati membri all'atto della notifica al Segretario generale ai sensi dell'art. 18, § 2 sono raccolte nell'Allegato che accompagna la Convenzione in esame. Si tratta, nell'ordine, delle seguenti: Dichiarazione comune relativa al diritto d'asilo; Dichiarazione della Danimarca, della Finlandia e della Svezia relativa all'articolo 7 della Convenzione; Dichiarazione relativa al concetto di «nazionali»; Dichiarazione della Grecia relativa all'articolo 5; Dichiarazione del Portogallo riguardo all'estradizione richiesta per un reato cui corrisponde una pena o una misura di sicurezza a carattere perpetuo. Ad esse si aggiunge, infine, la Dichiarazione del Consiglio relativa al seguito della Convenzione, in cui si afferma l'opportunità di procedere, sulla base delle informazioni fornite dagli Stati membri, ad un periodico riesame dell'attuazione della Convenzione e del suo funzionamento quando sarà in vigore; della possibilità per gli Stati membri di modificare o di ritirare le riserve formulate; del funzionamento della procedura di estradizione tra gli Stati membri «in una prospettiva generale»; nonché di esaminare, un anno dopo l'entrata in vigore della Convenzione, «l'eventuale attribuzione di competenze alla Corte di giustizia delle Comunità europee».

B) La legge di ratifica dei Protocolli addizionali alle Convenzioni europee di assistenza giudiziaria e di estradizione (l. 24 luglio 2019 n. 88)

I tre Protocolli addizionali dei quali è stata autorizzata contestualmente la ratifica sono finalizzati a «migliorare la capacità degli Stati di reagire contro la criminalità transfrontaliera alla luce delle evoluzioni politiche e sociali in Europa e dei progressi tecnologici intervenuti a livello mondiale, potenziando gli strumenti di cooperazione internazionale nel contrasto ai fenomeni penalmente rilevanti ed attivando ulteriori sinergie sia in fase di indagine che in ambito processuale» (v. Relazione tecnica – d.d.l. A.C. 1798, p. 1). Grazie ad essi, vengono dunque introdotte «misure di razionalizzazione, semplificazione ed accelerazione della disciplina in ambito penale sia sotto il profilo sostanziale che processuale che garantiscano l'assistenza giudiziaria richiesta dai Paesi membri del Consiglio d'Europa con modalità e tempi di realizzazione più efficaci e snelliscano le procedure di estradizione».

Va rilevato per altro come, rispetto a ciascun Protocollo, tale intervento sia stato realizzato «senza in-

trovare nuovi o differenti istituti rispetto a quelli già previsti dall'impianto vigente in materia», costituito principalmente dalle due Convenzioni alle quali essi rispettivamente accedono – la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 e la Convenzione europea di estradizione del 1957 – ma tenendo conto anche della successiva evoluzione normativa verificatasi nel contesto dell'Unione europea (v., ad esempio, la Convenzione di Bruxelles relativa alla procedura semplificata di estradizione del 1995 e la Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria dell'Unione europea del 2000) (v. *Relazione tecnica* – d.d.l. A.C. 1798, p. 16).

Tale obiettivo condiviso funge da *trait d'union* tra i tre Protocolli, accomunati nella legge in esame. Dei sei articoli che la compongono alcuni rivestono una portata generale (art. 1 e art. 2 dedicati, rispettivamente, all'autorizzazione alla ratifica e all'ordine di esecuzione; art. 5 in tema di copertura finanziaria e art. 6 riguardante l'entrata in vigore della legge), mentre i rimanenti (art. 3 dedicato a dichiarazioni e riserve e art. 4 relativo alle disposizioni di adeguamento) attengono a specifici aspetti di ciascun Protocollo. Come si evince dal testo della legge *de qua* per nessuno di essi si sono resi necessari particolari adeguamenti legislativi.

Per apprezzare gli elementi di novità che dai Protocolli derivano alla disciplina dalle relazioni di cooperazione tra i Paesi membri del Consiglio d'Europa non resta che tratteggiare il profilo di ciascuno di essi.

Il *Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 1959*, aperto alla firma l'8 novembre 2001, è entrato in vigore a livello internazionale – ai sensi dell'art. 30, § 2 – il 1° febbraio 2004, ovvero il primo giorno del mese seguente alla scadenza di un periodo di tre mesi dal deposito del terzo strumento di ratifica, accettazione o approvazione. L'Italia lo ha sottoscritto il 23 gennaio 2013. Come si evince dal *Rapporto esplicativo* del Protocollo, esso è stato elaborato per completare e migliorare sia la Convenzione europea del 1959, sia il relativo Protocollo addizionale del 1978, in tema di reati fiscali, contumacia e amnistia, in particolar modo ampliando le ipotesi in cui potrà essere chiesta la reciproca assistenza e rendendo più agevoli, rapide e flessibili le procedure attraverso cui essa viene prestata (§ 7).

Dal punto di vista della struttura, il Secondo Protocollo addizionale è formato da 35 articoli suddivisi in tre capitoli, il primo dei quali racchiude le disposizioni (artt. 1 – 6) che sostituiscono o completano taluni aspetti della Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 1959; il capitolo II contiene il “*novum*” (artt. 7 – 29), in gran parte ispirato alla Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria dell'Unione europea del 2000 (attuata nel nostro ordinamento con il d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52) e alla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 1990; il capitolo III è dedicato alle disposizioni finali (artt. 30 – 35).

Si deve, in primo luogo, al Protocollo in esame l'inserimento nell'art. 1 della Convenzione della previsione che le domande di assistenza siano trattate «*nel termine più breve*», precisazione che – come risulta dalla *Relazione illustrativa* – d.d.l. A.C. 1798 (p. 7) – «*obbliga lo Stato richiesto a trattare le domande di assistenza giudiziaria con celerità*» (art. 1, § 1), nonché l'estensione del campo di applicazione nella duplice direzione dei reati perseguiti da un'autorità amministrativa (art. 1, § 3) e dei procedimenti penali contro persone giuridiche (art. 1, § 4). È pure introdotta la facoltà per le autorità della Parte richiedente di assistere all'esecuzione della rogatoria, qualora «*lo Stato richiedente esige la presenza di tali persone perché ritenute utili ai fini del procedimento*» (art. 2), e riformulata, rispetto all'art. 11 della Convenzione, la disciplina del trasferimento temporaneo di persone detenute nel territorio della Parte richiedente (art. 3). Completano il titolo I le previsioni in tema di vie di comunicazione (l'art. 4 regola lo scambio diretto delle domande di assistenza giudiziaria tra le autorità interessate), di spese (l'art. 5 sostituisce l'art. 20 della Convenzione con «*una nuova regolamentazione più completa*», v. *Relazione illustrativa* – d.d.l. A.C. 1798, p. 8) e di autorità giudiziarie (art. 6).

Tra le novità più significative introdotte dal Secondo Protocollo rispetto all'originaria fisionomia della Convenzione del 1959 vanno poi sicuramente menzionate: la previsione dell'audizione mediante videoconferenza (art. 9) e mediante conferenza telefonica (art. 10); la trasmissione spontanea di informazioni (art. 11); la restituzione dei beni provenienti da reato (art. 12); la notifica a mezzo posta (art. 16); l'osservazione transfrontaliera (art. 17, previsione ripresa dall'art. 40 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen); la consegna sorvegliata (art. 18); le operazioni di infiltrazione (art. 19); le squadre investigative comuni (art. 20, ispirato all'art. 13 della Convenzione); la responsabilità penale dei funzionari (art. 21); la protezione dei testimoni (art. 23); la protezione dei dati personali trasmessi sulla base della Convenzione o di uno dei suoi Protocolli (art. 26).

Nelle disposizioni finali sono contenute le usuali previsioni in tema, ad esempio, di firma e di entrata in vigore (art. 30); adesione (art. 31); applicazione territoriale (art. 32); riserve (art. 33); denuncia (art. 34); notificazioni (art. 35).

Con riguardo alla facoltà di formulare riserve e dichiarazioni (volte, in particolare, ad «avvalersi del diritto di non accettare, in tutto o in parte, uno o più degli articoli 16-20»), prevista dall'art. 33 § 2 del Secondo Protocollo, nella *Relazione illustrativa* al d.d.l. A.C. 1798 si dà conto di come non si siano ravvisati elementi a sostegno di una riserva agli artt. 16 e 17 del Protocollo «che non pongono problemi di coordinamento con norme interne» (v. pag. 14). Neppure si è ritenuto necessario apporre riserve agli artt. 18, 19 e 20, in virtù dell'adozione del d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52 con cui si è attuata la Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria dell'Unione europea del 2000 alle cui corrispondenti disposizioni quelle previsioni si ispirano. Al riguardo, l'art. 4 della legge in commento dispone, infatti, che in caso di consegna sorvegliata, operazioni di infiltrazione e squadre investigative comuni si applichino, sotto condizione di compatibilità, gli artt. 16 (*Ritardi o omissione degli atti di sequestro, arresto e fermo e attività di indagine sotto copertura*) e 18 (*Squadre investigative comuni*) del d.lgs. n. 52/2017, alla cui disciplina si fa rinvio.

Il Terzo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione del 1957, aperto alla firma il 10 novembre 2010, è entrato in vigore, ai sensi dell'art. 14, § 2, in data 1° maggio 2012 ed è stato sottoscritto dal nostro Paese il 23 gennaio 2013. Esso «pone le basi legali di una accelerazione e una deformalizzazione della procedura di estradizione» (v. *Relazione tecnica* – d.d.l. A.C. 1798, p. 17) in caso di consenso della persona ricercata ai sensi dell'art. 1 della Convenzione e di consenso dello Stato richiesto. In forza dell'art. 1 – che «contiene la principale novità del Terzo Protocollo addizionale» (v. *Relazione illustrativa* – d.d.l. A.C. 1798, pp. 2-3) – le Parti contraenti si obbligano ad estradare reciprocamente gli individui ricercati secondo una procedura semplificata, il cui avvio non richiede la presentazione di una domanda formale (art. 2), a condizione che l'interessato e la Parte richiesta acconsentano all'utilizzo di tale procedura. A corredo di tale previsione l'art. 3 considera l'obbligo di informare tempestivamente la persona arrestata della possibilità di usufruire della procedura semplificata e l'art. 4 pone i requisiti formali di validità del consenso fornito dall'interessato alla procedura semplificata o alla rinuncia alla regola di specialità (art. 5).

Per approfondimenti sul contenuto del Protocollo, che si compone di 19 articoli, si rinvia alla trattazione fattane da D. VIGONI, in *Questa Rivista*, 2011, n. 1, p. 11 segg.

Resta da aggiungere, in questa sede, in merito alle dichiarazioni e alle riserve menzionate dall'art. 17, § 2 e § 3, che, ai sensi dell'art. 3 della legge in commento, all'atto del deposito dello strumento di ratifica il Governo italiano renderà le dichiarazioni di cui all'art. 4, § 5 e all'art. 5, § 1, lett. b). La prima di tali dichiarazioni è volta a coordinare la previsione della irrevocabilità del consenso all'extradizione e dell'eventuale rinuncia al principio di specialità, sancita dall'art. 4 del Protocollo, con la previsione dell'art. 703 c.p.p. che limita l'irrevocabilità di tale rinuncia alla condizione – posta dall'art. 717, comma 2 bis c.p.p. – che non sopravvengano «fatti nuovi che modifichino la situazione esistente al momento della rinuncia». Quanto alla dichiarazione riguardante il principio di specialità la *Relazione illustrativa* al d.d.l. A.C. 1798 suggerisce di renderne una del seguente tenore: «La regola della specialità secondo l'articolo 14 della Convenzione non si applica soltanto se l'individuo perseguito rinuncia espressamente alla sua applicazione», rilevando come essa appaia coerente con l'impostazione della riforma del libro XI del codice di procedura penale (p. 14). Non si è, viceversa, ritenuto opportuno esprimere alcuna dichiarazione relativa all'inapplicabilità totale o parziale dell'art. 2, al fine di richiedere – in tutti i casi o in singole procedure – una domanda formale di estradizione onde non vanificare le finalità di semplificazione e di celerità che la previsione persegue.

Il Quarto Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione del 1957, aperto alla firma in data 20 settembre 2012, è entrato in vigore, ai sensi dell'art. 9, § 2, il 1° giugno 2014. Il nostro Paese ha provveduto a sottoscriverlo il 23 gennaio 2013. Come avverte il preambolo del Protocollo la sua *ratio* ispiratrice risiede nell'esigenza di aggiornare e completare, sotto vari profili, la Convenzione cui accede, nell'intento di «rafforzare la capacità di reazione individuale e collettiva degli Stati membri nella lotta alla criminalità». Tale obiettivo è conseguito, sia riformulando alcuni degli articoli in essa contemplati (è, ad esempio, il caso, dell'art. 10 in tema di prescrizione, e dell'art. 3 relativo al principio di specialità), sia operando delle «addizioni» all'originario contenuto della Convenzione (così è per l'art. 6 dedicato ai canali e ai mezzi di comunicazione e per l'art. 8, sul ruolo del Comitato europeo per i Problemi Criminali nell'interpretazione e nell'applicazione della Convenzione). Per questa ragione l'atto rivela un contenuto alquanto eterogeneo, spaziando i quindici articoli che lo compongono tra i diversi profili della procedura estradizionale che, denotando maggiori criticità, hanno sollecitato una messa a punto.

Rimandando per l'analisi del testo del Protocollo all'approfondimento fattone da M. BONETTI, in *Questa Rivista*, 2012, n. 6, p. 12 segg., i punti qualificanti dell'articolato possono essere colti, in primo luogo, nelle rinnovate previsioni in tema di prescrizione e nella riscrittura della disposizione che regola la trasmissione della domanda di estradizione e dei documenti a sostegno di essa. Come stabilito dall'art. 1, § 1 l'extradizione non sarà concessa solo se l'azione penale o il reato sono prescritti secondo la legge della Parte richiedente, mentre, in via di principio, non potrà essere rifiutata allorché la prescrizione sia maturata secondo il diritto dello Stato richiesto (art. 1, § 2). Quanto, invece, alle modalità di inoltramento delle domande di estradizione, l'art. 2 introduce, in deroga alla tradizionale via diplomatica, la possibilità per gli Stati membri di designare, mediante apposita dichiarazione, altre autorità competenti ad inviare e a ricevere le domande *de quibus*, fermo restando che, in mancanza di tale designazione, la trasmissione delle domande competerà ai Ministri della giustizia degli Stati interessati.

Meritano, inoltre, un cenno le ulteriori modifiche introdotte alla Convenzione in relazione ai seguenti profili: principio di specialità (art. 3); riestradizione in uno Stato terzo (art. 4); transito (art. 5); vie e mezzi di comunicazione (art. 6).

Due sono le riserve che il nostro Paese intende apporre all'atto del deposito dello strumento di ratifica del *Quarto Protocollo addizionale*, avvalendosi della facoltà prevista dall'art. 13 di quest'ultimo. Come precisa l'art. 3 della legge in esame esse riguardano l'art. 10, § 3 e l'art. 21, § 5 della Convenzione europea di estradizione come rispettivamente modificati dagli artt. 1 e 5 del Protocollo *de quo*. In virtù della prima si consente «*all'Italia di far valere le proprie norme interne in materia di prescrizione del reato e della pena nelle procedure passive di estradizione*» (v. *Relazione illustrativa* – d.d.l. A.C. 1798, p. 14). Con la seconda si intende, invece, fare salva la previsione dell'art. 697 comma 1 *bis* c.p.p. in materia di poteri del Ministro della giustizia «*posti a salvaguardia della sovranità, della sicurezza o di altri interessi essenziali dello Stato*», nonché quella dell'art. 698 c.p.p. in materia di rischio che «*il soggetto in transito possa essere esposto a trattamenti inumani, degradanti o comunque atti che violino uno dei diritti fondamentali della persona ovvero che sia punito nel Paese di destinazione con la pena di morte*» (v. *Relazione illustrativa* – d.d.l. A.C. 1798, p. 14).

C) *La legge di ratifica degli Accordi Italia – Serbia (l. 24 luglio 2019 n. 87)*

Grazie alla legge in esame prosegue l'opera di rafforzamento della cooperazione con gli Stati dell'area balcanica aderenti al Consiglio d'Europa, ma non all'Unione europea, in cui già da tempo il nostro Paese è attivo, sollecitato in tal senso dal costante sviluppo dei rapporti, non solo di natura commerciale, con gli Stati originati dalla disgregazione della *ex* Jugoslavia. Gli Accordi di cui è autorizzata ora la ratifica – sottoscritti entrambi a Belgrado il 9 febbraio 2017 – sono, infatti, gli ultimi, in ordine di tempo, ad aggiungersi alle analoghe intese già operative con Montenegro (Podgorica, 2013), Bosnia Erzegovina (Roma, 2015) e Repubblica di Macedonia del Nord (Skopje, 2016), ai quali vanno ricondotti anche gli Accordi bilaterali stipulati con l'Albania (Tirana, 2007),

Anche gli Accordi con la Repubblica di Serbia ricalcano il modello degli accordi addizionali indicati rispettivamente dall'art. 28, § 2 della Convenzione europea di estradizione e dall'art. 26, paragrafo 3 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria volti ad implementarne l'applicazione. In tal senso, i due nuovi Accordi integrano, sotto profili specifici, le convenzioni alle quali accedono – alle quali la Serbia ha aderito il 30 settembre 2002, ancor prima del suo formale ingresso nel Consiglio d'Europa, avvenuto il 3 aprile 2003 –, le cui disposizioni sono da intendersi richiamate per tutto quanto in ciascuno di essi non sia espressamente disciplinato.

L'entrata in vigore di entrambi gli Accordi – di durata illimitata (art. 6, § 3) – è fissata, ai sensi dei rispettivi artt. 6, il giorno di ricevimento dell'ultimo strumento di ratifica con cui le Parti contraenti si saranno comunicate reciprocamente, attraverso i canali diplomatici, l'avvenuto espletamento delle rispettive procedure interne (art. 6, § 1).

Quanto all'*Accordo aggiuntivo alla Convenzione europea di estradizione* la norma che meglio ne esprime le finalità è sicuramente l'art. 1 che consente agli Stati contraenti di estradare i propri cittadini sia per motivi processuali, sia per motivi esecutivi, anche se alle condizioni fissate dagli artt. 2 e 3. È stato così rimosso il principale ostacolo ad un ottimale sviluppo delle relazioni di cooperazione tra le Parti contraenti, ancora condizionate dalla riserva apposta dalla Jugoslavia, all'atto di adozione della Convenzione europea, per negare l'extradizione dei propri cittadini. Onde evitare equivoci, va per altro precisato come la facoltà di estradare il cittadino continui ad essere sottoposta a limiti piuttosto rigorosi, rappresentati dalla tipologia e dalla gravità del reato per cui si procede. Ai sensi dell'art. 2, infatti, il cit-

tadino di una delle Parti contraenti potrà essere estradato per reati di criminalità organizzata, corruzione e riciclaggio, purché punibili – in caso di estradizione processuale – con pena detentiva, o altra misura restrittiva della libertà personale, non inferiore nel massimo a quattro anni o – in caso di estradizione esecutiva – con pena non inferiore nel massimo a due anni. Limiti di pena più elevati sono previsti dall'art. 3 nell'eventualità in cui l'extradizione venga richiesta «*per altri gravi reati*»: in ipotesi di estradizione processuale pena non inferiore nel massimo a cinque anni e in ipotesi di estradizione esecutiva non inferiore a quattro anni.

L'art. 4, § 1 introduce poi, per l'ipotesi di estradizione processuale, la facoltà di condizionare l'extradizione del cittadino alla sua "restituzione" allo Stato richiesto, affinché possa scontarvi la pena inflitta nello Stato richiedente. In caso di estradizione esecutiva, la Parte richiesta «*può eseguire essa stessa tale pena o provvedimento restrittivo, conformemente al proprio diritto interno*» in alternativa all'accoglimento della richiesta (art. 4, § 2).

In conformità alle disposizioni della Convenzione europea di estradizione, l'art. 5 stabilisce poi che ciascuna Parte contraente possa autorizzare il transito attraverso il proprio territorio di un cittadino consegnato all'altra Parte contraente da uno Stato terzo.

L'Accordo aggiuntivo alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria si apre con il solenne impegno per le Parti contraenti a «*prestarsi reciprocamente la più ampia assistenza*» (art. 1), cui si correla la prescrizione che provvedano a dar seguito alla relativa «*richiesta il più rapidamente possibile, tenendo conto dei termini indicati dalla Parte richiedente*» (art. 2). Sotto il profilo del contenuto, l'assistenza potrà in concreto riguardare le attività, assai eterogenee, elencate (lett. *a – n*), a titolo esemplificativo, dall'art. 1, § 2. Quanto all'esecuzione delle domande di assistenza, la Parte richiedente potrà indicare modalità particolari alla Parte richiesta, che quest'ultima è tenuta ad osservare, fatto salvo il contrasto con «*i principi fondamentali del proprio diritto interno*» (art. 2, § 1). Nell'eventualità in cui la Parte richiesta non sia in grado di rispettare i termini o di seguire le modalità indicate dovrà informarne tempestivamente la Parte richiedente, indicando altresì «*le condizioni alle quali può essere data esecuzione alla richiesta*» (art. 2, § 2). In merito alle vie di trasmissione delle domande di assistenza l'art. 3 consente la comunicazione diretta tra le competenti autorità giudiziarie, prevedendo, nel § 2, che una copia di tali richieste sia comunque trasmessa alle competenti Autorità centrali di cui all'art. 15, § 1 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria.

L'art. 4 contiene un'articolata disciplina dei collegamenti in videoconferenza. Se ne prevede, in particolare, l'attivazione su iniziativa della Parte richiedente per l'audizione di testimoni o di periti «*se risulta inopportuno o impossibile che la persona si presenti nel territorio*» (art. 4, § 1), ovvero per l'interrogatorio o l'esame di persona sottoposta a procedimento penale «*se questa vi acconsente e se ciò non contrasta con la legislazione nazionale di ciascuna parte*» (art. 4, § 2). Come si precisa per altro nel § 3 dell'art. 4 la comparizione mediante videoconferenza deve sempre essere effettuata «*nel caso in cui la persona che deve essere ascoltata o interrogata è detenuta nel territorio della Parte Richiesta*».

Agli accertamenti bancari e finanziari su domanda della Parte richiedente è dedicato l'art. 5.

Tra le disposizioni finali raccolte nell'art. 6 si segnala la facoltà di ciascuna Parte contraente di recedere dall'Accordo «*dandone comunicazione scritta all'altra Parte per via diplomatica*». La cessazione avrà effetto il centottantesimo giorno successivo alla data della comunicazione e non pregiudicherà le procedure iniziate in precedenza (art. 6, § 3).

DE JURE CONDENDO

di Marilena Colamussi

RIPENSAMENTI IN TEMA DI RINVIO DELL'ESECUZIONE DELLA PENA E DIVIETO DI INGRESSO DELLA PROLE IN CARCERE

Il tema della maternità in carcere torna in agenda all'indomani della riforma dell'ordinamento penitenziario; è inaccettabile che i bambini fino a tre anni di età vivano con le mamme detenute all'interno delle strutture penitenziarie. Il legislatore si fa carico di questa situazione in nome della salvaguardia del minore attraverso la proposta di legge C. 1780, recentemente assegnata (17 settembre 2019) alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati. Su iniziativa degli on. Cirielli e Ciamburro, si è avviato l'iter di un intervento normativo recante *"Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di rinvio dell'esecuzione della pena nei confronti di donne incinte o madri di prole di età inferiore a tre anni, di sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di ordine di esecuzione della pena detentiva nonché di divieto di ingresso della prole negli istituti penitenziari"*.

Il disegno di legge è articolato in tre direzioni, diverse ma accomunate dal preciso intento di proibire definitivamente l'ingresso dei bambini in carcere. In questa prospettiva si propone di: correggere la disciplina del rinvio obbligatorio e facoltativo dell'esecuzione della pena (artt. 146 e 147 c.p.); introdurre la sospensione automatica dell'esercizio della responsabilità genitoriale congiuntamente con l'ordine di esecuzione (art. 656 c.p.p.); proclamare il divieto assoluto di convivenza della prole con le detenute madri.

Quanto al tema del "rinvio" dell'esecuzione della pena, attualmente la disciplina prevede, ai sensi dell'art. 146, comma 1, c.p., l'istituto del rinvio "obbligatorio", per la donna incinta e per la madre di infante di età inferiore ad un anno, mentre l'art. 147, comma 1, n. 3, c.p. contempla l'ipotesi del rinvio "facoltativo", per la madre di prole di età inferiore a tre anni. L'interruzione della gravidanza, nel primo caso, comporta la revoca del differimento, che, invece, opera in entrambi i casi qualora la madre sia dichiarata decaduta dalla responsabilità genitoriale (*ex art. 330 c.c.*), ovvero quando il figlio muoia, o venga abbandonato, oppure affidato ad altri. Parimenti, il differimento facoltativo dell'esecuzione della pena detentiva è escluso, o se applicato viene revocato, qualora sussista il pericolo concreto di recidiva.

Con il rinvio dell'esecuzione della pena, l'interesse punitivo dello Stato recede dinanzi alla tutela delle relazioni familiari, della maternità (art. 31 Cost.) e, soprattutto, della salute della donna in gravidanza, nonché, inevitabilmente, della salute del neonato (art. 32 Cost.). Per contro, la realtà applicativa denuncia il rischio di vedere strumentalizzate gravidanza e maternità; il differimento obbligatorio dell'esecuzione della pena detentiva, *ex art. 146 c.p.*, si presta a distorsioni, come, ad esempio, per le donne nomadi, frequentemente gravide e recidive nella commissione di reati contro il patrimonio, per di più prive di una dimora fissa (nei loro confronti si delinea l'inapplicabilità della misura alternativa della detenzione domiciliare *ex art. 47-ter*, comma 1-*ter*, o.p.).

La legittimità costituzionale dell'automatismo previsto dall'art. 146, comma 1, nn. 1) e 2) c.p., in relazione al principio di individualizzazione del trattamento (artt. 3 e 27, comma 3, Cost.), è stata scrutinata dalla Consulta con riferimento alla possibilità per il giudice di negare il differimento, ove ritenuto contrario alle finalità di prevenzione generale e difesa sociale. L'ordinanza di rigetto (la n. 145 dell'8 marzo 2019) conferma che l'interesse statale all'esecuzione immediata della pena va postergato alla tutela del rapporto madre-figlio, in funzione della quale si rende necessario costruire un ambiente consono. La scelta valoriale è rafforzata dalla considerazione secondo cui «il rinvio obbligatorio del momento esecutivo non esclude che la pena irrogata possa svolgere alcuna funzione di intimidazione e dissuasione e non ne vanifica pertanto il profilo retributivo afflittivo: non ci si trova difatti di fronte ad una rinuncia *sine die* alla relativa esecuzione, ma solo ad un differimento per un periodo limitato» (così Cort. Cost., ord. 8 marzo 2009, n. 145).

Disattendendo completamente le indicazioni di principio della Consulta, l'art. 1 del disegno di legge C. 1780 prevede la totale abrogazione dell'istituto del rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena nei

confronti della donna incinta o madre di prole di età inferiore ad un anno (art. 146, comma 1, n. 1 e n. 2, c.p.), e della conseguente disciplina della revoca (art. 146, comma 2, c.p.).

Per contro, l'art. 2 della proposta di legge intende ampliare le ipotesi di rinvio facoltativo, contemplate dall'art. 147, comma 1, c.p., rimettendo alla valutazione discrezionale del giudice il rinvio dell'esecuzione della pena restrittiva della libertà personale da eseguire «nei confronti della donna incinta» (quindi non solo per la madre di prole fino a tre anni), fermi restando i limiti che la normativa già contempla per la revoca dell'istituto del rinvio, che logicamente si estenderebbe anche all'ipotesi dell'interruzione della gravidanza.

Si cancellerebbe così un automatismo in materia di rinvio "obbligatorio", riconfigurando lo stato di gravidanza tra i casi di rinvio "facoltativo", per favorire una scelta di politica criminale più pertinente con l'individualizzazione dell'intervento e la funzione educativa della pena; criteri proclamati dall'ultima riforma penitenziaria, ma concretamente rimasti inapplicati.

Particolarmente incisiva la novità proposta in materia di sospensione della responsabilità genitoriale che opererebbe in automatico, congiuntamente con l'emanazione dell'ordine di esecuzione. In base agli artt. 3, 4 e 9 del d.d.l. C. 1780, occorrerebbe ampliare il dettato dell'art. 34 c.p. prevedendo la sospensione della responsabilità genitoriale "ogniquale volta" venga emanato l'ordine di esecuzione di cui all'art. 656 c.p.p. In tal caso, il giudice dovrebbe contestualmente disporre «l'affidamento del minore a favore dell'altro genitore o, in caso di sua assenza o impedimento, ai familiari immediatamente reperibili ovvero, se necessario, ai servizi sociali».

Analogo correttivo è previsto per la disciplina dell'esecuzione delle pene detentive, stabilendo l'introduzione del comma 1-bis all'art. 656 c.p.p., secondo cui l'ordine di esecuzione comporterebbe la sospensione della responsabilità genitoriale di cui all'art. 330-bis c.c., revocabile solo in caso di accoglimento dell'istanza di concessione di una misura alternativa alla detenzione (art. 656, comma 5, c.p.p.).

Tranciante il dettato dell'art. 5 d.d.l. C. 1780 che – intervenendo sull'art. 14, comma 7, legge sull'ordinamento penitenziario 26 luglio 1975, n. 354, solo di recente modificato dal d.lgs. n. 123/2018 – prevede l'introduzione del divieto assoluto di convivenza dei bambini con le madri detenute e la conseguente abrogazione (e, per taluni tratti, rimodulazione) della disciplina ad esso collegata, entro due mesi dall'entrata in vigore della presente legge (artt. 6-8 d.d.l. C. 1780).

Lo stesso disegno di legge impone alle detenute madri l'adempimento del dovere di cura ed assistenza dei figli minori all'esterno del penitenziario, ricorrendo alla disciplina di cui all'art. 21-bis o.p.

Ora, il richiamo all'«assistenza all'esterno dei figli minori» suscita qualche riserva, sia per la non idoneità della misura a compensare i bisogni della prole che, specie in tenera età, necessita di una presenza materna costante, sia per un difetto di coordinamento con la disciplina in questione che intercetta una serie di preclusioni.

A tale proposito giova ricordare la genesi dell'istituto introdotto dalla legge n. 40/2001 che ha previsto uno spazio temporale del quotidiano della detenuta (condannata o internata) dedicato all'esercizio attivo del ruolo genitoriale mediante l'istituto dell'«assistenza all'esterno dei figli minori» (art. 21-bis o.p.). Modi e tempi di permanenza della detenuta all'esterno del penitenziario, allo scopo di prendersi cura della prole, vengono elaborati in un apposito "programma di trattamento", predisposto dall'amministrazione penitenziaria e approvato dal magistrato di sorveglianza in relazione a età e specifiche esigenze dei figli (artt. 21, comma 4, e 69, comma 5, o.p.).

La collocazione della norma nella sistematica della materia richiama altresì l'istituto del «lavoro all'esterno», ex art. 21 o.p. È evidente il parallelismo tra il compimento dei doveri di cura e assistenza genitoriale, riservati ai figli di età non superiore a dieci anni, e l'impegno lavorativo esterno, che è momento essenziale del "trattamento" teso alla responsabilizzazione, alla rieducazione e al reinserimento sociale del detenuto. Non sembrano congruenti il limite di età dei figli, meritevoli di attenzioni anche nelle fasi successive, e l'esclusione dal beneficio per le condannate di cui all'art. 4-bis, commi 1, 1-ter e 1-quater, o.p., contemplati dalla disciplina del lavoro all'esterno (art. 21, comma 1, o.p.), salvo che non si tratti di persone che collaborano con la giustizia, nei riguardi delle quali tali condizioni ostative non operano, ai sensi dell'art. 58-ter o.p.

Per quel che concerne, invece, i limiti oggettivi di applicabilità della misura, stabiliti dalla normativa di richiamo all'art. 21, comma 1, o.p., l'assegnazione al lavoro esterno è preclusa ai condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4-bis, commi 1, 1-ter e 1-quater, o.p., salvo che non abbiano scontato almeno un terzo della pena, e comunque non oltre cinque anni, mentre in caso di ergastolo è richiesta l'espiazione di almeno dieci anni di detenzione.

Ora, la trasposizione della disciplina del «lavoro all'esterno» (art. 21 o.p.) all'«assistenza all'esterno dei figli minori» (art. 21-*bis* o.p.), oltre a franare sul terreno dei principi fondamentali, comporta il serio rischio di rendere concretamente inapplicabile tale beneficio. La misura alternativa, infatti, non solo risulta sovrapponibile ad altri istituti affini, più facilmente accessibili (es. la detenzione domiciliare speciale), ma è potenzialmente inibita per le condannate alla pena dell'ergastolo, che devono aver scontato almeno dieci anni di pena detentiva corrispondenti esattamente al limite di età del figlio per cui il beneficio è concedibile.

La Corte Costituzionale (con la sentenza n. 174 del 23 luglio 2018) è intervenuta, ancorché, qui, forse tardivamente, a censurare la normativa vigente, segnatamente l'art. 21-*bis* o.p., nella parte in cui fa richiamo all'art. 21, comma 1, o.p., e in concreto impedisce l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli minori di dieci anni, oppure lo subordina alla previa espiazione di una parte della pena, salvo che si accerti la condotta collaborativa, di cui all'art. 58-*ter* o.p. La disciplina si pone, infatti, in aperto contrasto con il diritto primario del figlio minore a preservare un rapporto «sano» con la madre all'esterno del penitenziario, quale espressione dell'art. 31, comma 2, Cost. Per l'ennesima volta, la Consulta segnala l'inconciliabilità tra automatismi di taluni meccanismi preclusivi e funzione rieducativa della pena, con le sue implicazioni importanti in tema di trattamento individualizzato. *Rebus sic stantibus*, il giudice non può limitarsi ad applicare asetticamente la legge; egli deve piuttosto effettuare un bilanciamento degli interessi in gioco, avendo come costante riferimento la tutela dell'infanzia e della maternità, anche per garantire il principio di uguaglianza sostanziale.

Più in generale, l'introduzione del divieto di ingresso dei bambini in carcere, fondato sulla oramai diffusa consapevolezza sia dell'oggettiva impossibilità di ricreare all'interno del penitenziario uno spazio di vita pienamente «normale» per le detenute con prole, sia degli effetti devastanti del regime carcerario sullo sviluppo psico-fisico del bambino recluso e del genitore, sembra diventato uno slogan utopistico. In fondo di passi avanti, in termini di civiltà giuridica, in passato ne sono stati compiuti, con l'elaborazione di un apparato normativo quanto mai pregevole, con l'unico difetto di essere rimasto lettera morta a causa delle inadeguate risorse culturali e finanziarie; basti pensare alla scarsa diffusione degli «istituti a custodia attenuata per detenute madri» (I.C.A.M.) e alle «case famiglia protette» (introdotti dalla legge 21 aprile 2011, n. 62). Forse, prima di pensare a nuove soluzioni sulla carta, occorrerebbe vivificare quelle già esistenti.

TORNA LA PROPOSTA DI ABBASSARE LA SOGLIA DELL'IMPUTABILITÀ

Il legislatore intende farsi carico dell'ingravescente fenomeno della criminalità minorile. L'obiettivo dovrebbe essere la tutela dei bambini dal carcere, piuttosto che nel carcere. La strada eletta, infatti, prevede più giustizia penale e, in concreto, un cedimento del margine di imputabilità storicamente costruito sui quattordici anni. Questo tradimento a principi si traduce in: «abbassiamo l'età in cui un bambino diventa penalmente perseguibile». La titolazione della proposta di legge C. 1580 è «*Modifiche al codice penale e alle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, in materia di imputabilità dei minori e di pene applicabili a essi nel caso di partecipazione ad associazione mafiosa*».

Quanto al primo tema, l'imputabilità, la riforma prevede un nuovo limite della presunzione assoluta di non imputabilità. La nuova soglia di rilevanza penale dei fatti commessi da un minorenni, *ratione aetatis*, è quella dei dodici anni. La riforma impatta sull'art. 97 c.p. lasciando intatto il meccanismo di passaggio dalla non imputabilità assoluta alla valutazione della capacità di intendere e di volere. Se ne occupa l'art. 1 del progetto di legge. Il vaglio del magistrato è previsto per gli infradiciottenni che abbiano compiuto i dodici anni, secondo un meccanismo di presunzione semplice di imputabilità rispetto alla quale si dà spazio a valutazioni di segno contrario. La capacità di autodeterminarsi alla commissione di un reato diventa così più «inclusiva»; il magistrato assume un ruolo più incisivo. In realtà, l'attenzione al fattore imputabilità si accompagna ad un'altra riforma sistemica: il riferimento ai quattordici anni va sostituito in modo automatico con il nuovo parametro dei dodici anni. Entrambi i cambiamenti sono dettati con l'art. 1 del progetto di legge; entrambi incidono sull'art. 97 c.p.

Il secondo oggetto della riforma è indicato nella problematica dell'inserimento sempre più frequente in dinamiche di criminalità organizzata degli adolescenti. La logica dell'intervento è una maggiore responsabilizzazione del minorenni, che in questa materia non beneficia dell'attenuante legata alla mino-

re età. L'automatismo non convince, atteso che acuisce l'intervento repressivo, (anche) sui minorenni, per la sola materia della criminalità organizzata, differenziando in modo irragionevole, atteso che ipotesi di reato altrettanto gravi, se non più gravi, sfuggono alla riforma. Il connubio è particolarmente insidioso: dare maggior rigore a meccanismi poco tarati è la premessa più scontata di riforme poco lungimiranti. Breve: la modifica in tema di imputabilità accresce il potere discrezionale del giudice così come la riforma in tema di criminalità organizzata diminuisce i margini di autonomia decisionale del magistrato.

In sede processuale, l'art. 3 del d.d.l. C. 1580 prevede adattamenti in linea con la nuova soglia dell'imputabilità, che dovrebbe comportare la modifica dell'art. 8 d.p.r. n. 448/1988 in materia di accertamenti sull'età del minorenne, da disporre ad un'età più giovane che in passato: il giudice avvia la valutazione di capacità di intendere e di volere anche nei confronti degli infraquattordicenni purché abbiano compiuto i dodici anni. Conseguentemente, si sposta verso il basso la presunzione assoluta di non imputabilità; qualora venga accertato che l'imputato è minore di dodici anni, il giudice, ai sensi dell'art. 26 d.p.r. n. 448/1988, ha l'obbligo di pronunciare l'immediata declaratoria della non imputabilità.

La proposta di abbassare a dodici anni la soglia dell'imputabilità è emersa più volte in passato, a segnalare che la si ritiene utile a prevenire la crescita dei fenomeni di delinquenza minorile.

I precedenti storici della proposta di riforma in materia di imputabilità dei minorenni sono di segno convergente. La prima proposta in tal senso risale al 2001, con il d.d.l. S. 727 recante "Riforma di talune disposizioni penali riguardanti i minori" (10 ottobre 2001), e già all'epoca – si legge nella relazione di accompagnamento – veniva concepita come un intervento urgente ed essenziale per fronteggiare l'emergenza sociale della criminalità minorile, prendendo atto di uno stadio di maturità anticipato rispetto al passato. Di contenuto identico, anche nella relazione di accompagnamento, la proposta di legge C. 884, intitolata "Nuove disposizioni penali riguardanti i minori", presentata l'8 maggio 2008.

Un margine di maggiore tolleranza si legge nel d.d.l. S. 323, recante "Nuove disposizioni in materia di responsabilità penale dei minori", presentato il 12 maggio 2006, che prevedeva l'abbassamento a tredici anni dell'età dell'imputabilità, sempre come forma di intervento emergenziale.

Di segno diverso, la proposta di legge C. 391 ("Nuove norme in materia di imputabilità della persona minore degli anni diciotto", presentata il 29 aprile 2008), che lasciava inalterata a quattordici anni la soglia dell'imputabilità; si prevedeva una riforma sul profilo sanzionatorio, differenziando la risposta punitiva a seconda dell'età. Nello specifico, si incideva sulla diminuzione per la minore età, che per i minori di sedici anni veniva quantificata «fino ad un terzo», mentre per i minori degli anni diciotto, maggiori dei sedici anni, la pena era diminuita fino ad un quarto. Lo stesso disegno di legge imponeva l'accertamento della capacità di intendere e di volere, di volta in volta, per i minori degli anni sedici, maggiori dei quattordici anni, mentre si basava su una presunzione assoluta di sussistenza dell'imputabilità per la fascia di età tra i sedici e i diciotto anni.

Nessuno di questi disegni di legge è mai giunto in porto, probabilmente perché permangono molti dubbi sul quando e come legittimare l'ingresso del minorenne nel circuito penale. Ci si domanda se siamo davvero di fronte ad un'anticipata maturità, intesa come consapevolezza del disvalore sociale delle condotte poste in essere e delle conseguenze da esse derivanti, o se invece emerge lo svilimento dei valori, l'assenza di modelli sani di riferimento, la latitanza delle agenzie famiglia e scuola; resta fermo che si delinea nei fatti un ritardo in quel percorso di crescita e di maturazione che, poi, sfocia in condotte devianti. L'essere giovani precoci nell'utilizzo delle tecnologie, cittadini del mondo di internet, spesso nasconde l'incapacità di comunicare con il mondo degli adulti, di esprimere un disagio che si manifesta come ribellione alle regole. A dodici anni i ragazzi non hanno bisogno di subire un processo penale per crescere, non sono in grado di comprendere il senso della sanzione e neppure quello più lungimirante della riparazione.

Non sembra condivisibile il richiamo operato dalla relazione di accompagnamento al d.d.l. C. 1580, che guarda all'esperienza straniera, di taluni Stati in cui la soglia dell'imputabilità è addirittura quella dei dieci anni: Canada, Regno Unito, Nuova Zelanda e Australia. In detti Paesi si è sviluppata una civiltà giuridica radicata in contesti socio-culturali lontani anni luce dalla nostra. Il senso della responsabilità, nei paesi di tradizione anglosassone, viene impresso da subito ai ragazzini che, ad esempio, per studiare si trasferiscono al college, lontani dalle famiglie di origine, mentre la tradizione locale è in controtendenza; infatti comporta una sorta di deresponsabilizzazione dei minorenni, che restano a lungo presso le famiglie di origine (si pensi al fenomeno dei cosiddetti "bamboccioni").

Non è possibile generalizzare e uniformare l'età dell'imputabilità, anche se in molte nazioni europee si assesta sui quattordici anni (Austria, Bulgaria, Germania, Spagna, Portogallo sedici anni).

Sul piano internazionale, significative le «Regole minime per l'amministrazione della giustizia minore», cosiddette "Regole di Pechino" del 1985, che non fissano un preciso limite di età, a conferma del fattore culturale che riveste un ruolo primario. In questo, ogni nazione è chiamata a regolarsi in modo particolare senza perdere di vista il criterio generale, dettato dalla regola 4.1 (Età della responsabilità penale), nei seguenti termini: «nei sistemi giuridici che riconoscono la nozione di soglia della responsabilità penale, tale inizio non dovrà essere fissato ad un limite troppo basso, tenuto conto della maturità affettiva, mentale, ed intellettuale del soggetto».

In definitiva, la carrellata delle norme che saranno dice molto delle norme che sono. L'età dei quattordici anni, attuale limite minimo per l'imputabilità, sembra rispondere adeguatamente ai criteri ispiratori delle riforme, le quali riforme restano indietro su altri fronti: le politiche di prevenzione dei fenomeni delinquenziali e le politiche sociali di attenzione alle fasce deboli (che, più delle altre, sono a rischio di devianza) segnalano, su tutto, fronti che la giustizia minorile dovrebbe porre in agenda, prima di tanti altri.

NUOVI LIMITI OGGETTIVI ALL'APPLICAZIONE DELLA PENA SU RICHIESTA DELLE PARTI

La proposta di legge C. 1620, recante: *"Modifica all'articolo 444 del codice di procedura penale, concernente l'esclusione dell'applicazione della pena su richiesta nei procedimenti per violenza domestica, violenza sessuale e atti persecutori"*, si inquadra nella più generale attenzione rivolta alla vittima del reato, che ha portato al potenziamento delle garanzie predisposte in termini sia preventivi sia repressivi.

Se per un verso i riti alternativi rappresentano lo strumento utile ad accelerare la rapida definizione dei processi e garantirne la ragionevole durata ricorrendo a meccanismi di giustizia negoziata, per altro verso le scelte di politica criminale vedono prevalere l'interesse punitivo dello Stato che non intende indietreggiare dinanzi a fattispecie criminose riconducibili alla violenza di genere e alla violenza domestica.

In questa prospettiva si inserisce la proposta di legge C. 1620, che consta di un solo articolo teso ad ampliare l'elenco dei reati per i quali è inibita la possibilità di definire il rito nelle forme del cosiddetto patteggiamento, di cui all'art. 444, comma 1-bis, c.p.p. Nello specifico, si tratta delle ipotesi di: «maltrattamenti in famiglia» (art. 572 c.p.) e «lesioni personali» (art. 582 c.p.), nei soli casi di lesioni gravi o gravissime (art. 583 c.p., ove ricorrano le circostanze aggravanti di cui all'art. 577 c.p.); e «atti persecutori» (art. 612-bis c.p.). Va, comunque, precisato che per i suddetti delitti, il patteggiamento è ammissibile solamente quando la pena detentiva erogabile non supera i due anni, soli o congiunti con la pena pecuniaria (art. 444, comma 1-bis, c.p.p.).

La proposta normativa rappresenta un segnale forte, oltre che coerente con le recenti riforme nel settore (legge 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"*, cosiddetto "codice rosso"), e con gli obblighi assunti in sede internazionale (legge 27 giugno 2013, n. 77, recante *"Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011"*, cosiddetta "Convenzione di Istanbul").

Il passo avanti è costituito dalla scelta di politica criminale che non circoscrive la tutela alle vittime di sesso femminile, ma si propone di contrastare i delitti di violenza di genere e di violenza domestica, indipendentemente dal sesso della persona offesa. Si legge, infatti, nella relazione di accompagnamento alla proposta di legge in esame, che la stessa «non intende dare la preferenza a un genere o all'altro, bensì colpire il fenomeno della violenza di genere nella sua interezza e in tutte le sue sfaccettature, focalizzando l'attenzione, in particolare, sui "carnefici" e impedendo loro di utilizzare lo strumento del patteggiamento in sede giudiziaria».

Inibire l'applicazione della pena su richiesta delle parti per i delitti riconducibili alla violenza di genere e a quella domestica ha notevoli risvolti sul terreno processuale, perché comporta il riconoscimento di un ruolo attivo alla persona offesa dal reato che, viceversa, viene totalmente estromessa dal processo penale definito con un patteggiamento (art. 444, comma 2, c.p.p.).

Detta preclusione consente, inoltre, di attribuire alla vittima uno spazio propulsivo nell'ambito del processo, in cui potrà scegliere di promuovere un'azione risarcitoria, in qualità di parte civile, ovvero di agire nella sede separata del processo civile.

E, ancora, escludere la definizione del rito con un patteggiamento anche per i reati di violenza di genere e violenza domestica significa impedire l'operatività di tutti gli effetti premiali del rito (art. 445 c.p.p.), che appaiono inconciliabili con il disvalore sociale delle fattispecie criminose in questione.

Il disegno di legge C. 1620 si innesta in quel percorso, da tempo intrapreso dal legislatore, diretto ad esaltare il valore della vittima del reato nel processo, preservandola dagli *escamotage* processuali, per tutelarne diritti ed interessi, che vanno riportati nella giusta considerazione per la dignità della persona e del ruolo che la stessa riveste nel nucleo familiare e sociale.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

di Marco Bastianello

RIESAME DELLA LICEITÀ DELLA DETENZIONE E STATUS DI LATITANTE

(Corte e.d.u., 5 settembre 2019, Rizzotto v. Italia)

Nel caso in esame, la Corte e.d.u. ha dichiarato la violazione dell'art. 5 § 4 Cedu, riguardante il diritto ad un rapido riesame della liceità della detenzione *ante iudicatum*. All'odierno richiedente non è mai stata data la possibilità di presentare personalmente la propria domanda di riesame, poiché al momento dell'emissione della misura egli non era rintracciabile: il gravame era stato proposto da un difensore d'ufficio, all'insaputa del ricorrente, mentre lo stesso era, appunto, irreperibile. La Corte ribadisce, in questo modo, che la garanzia fondamentale che traspare dall'art. 5 § 4 Cedu è il diritto ad un'audizione rapida ed efficace da parte del Tribunale addetto al riesame.

Il caso vede coinvolto un cittadino italiano, indagato in diversi procedimenti penali per traffico di stupefacenti.

Nel settembre 2010, il Gip di Palermo disponeva la custodia cautelare nei confronti dell'odierno istante a causa dei numerosi procedimenti pendenti riguardanti la cessione di droga, dei gravi indizi di colpevolezza e delle preminenti esigenze cautelari nei suoi confronti.

L'interessato si trovava, però, in uno stato di irreperibilità: il Gip provvedeva, quindi, a dichiararlo latitante e veniva a lui assegnato, nel contempo, un difensore d'ufficio, sulla scorta dell'art. 296, comma 2, c.p.p.

Pochi giorni più tardi, il legale d'ufficio proponeva riesame dell'ordinanza di misura cautelare emessa contro l'interessato, in accordanza con l'art. 309 c.p.p.; la richiesta veniva respinta dal Tribunale a causa dei gravi indizi di colpevolezza a carico dell'indagato e del suo comportamento, che – a dire dei giudici – giustificava l'esigenza cautelare.

Il successivo dicembre, il richiedente veniva rintracciato e arrestato a Malta e nominava contestualmente un difensore di fiducia: questi presentava ulteriore riesame contro il provvedimento di misura cautelare. Nel frattempo, l'attuale istante veniva tradotto nel penitenziario di Regina Coeli a Roma.

Nel gennaio 2011, Il Tribunale del Riesame di Palermo dichiarava inammissibile l'istanza del legale fiduciario, sostenendo che il ricorrente avesse già esercitato i propri diritti *ex art. 309 c.p.p.* attraverso l'istanza formulata dal difensore d'ufficio assegnatogli durante la latitanza.

Contro questa pronuncia veniva proposto ricorso per Cassazione.

La Suprema Corte respingeva, però, l'istanza *de qua*, basando la propria decisione sul "*principio di unicità dell'impugnazione*", secondo cui la doglianza proposta dal difensore, di fiducia o di ufficio, nell'interesse dell'imputato contumace (*rectius*: assente), una volta che sia intervenuta la relativa decisione, preclude all'imputato la possibilità di ottenere la restituzione nel termine per proporre a sua volta impugnazione.

Nel frattempo, l'odierno richiedente presentava al Gip di Palermo una domanda di revoca della custodia cautelare o, in alternativa, la sostituzione di quest'ultima con una misura meno restrittiva, ai sensi dell'art. 299 c.p.p.: con decisione del 9 febbraio 2011, il magistrato respingeva la richiesta.

A tal fine, il Gip osservava che gli argomenti del ricorrente riguardavano essenzialmente le circostanze che avevano giustificato l'adozione della misura cautelare, le quali erano già state ampiamente esaminate dal Tribunale del riesame il 22 ottobre 2010 e non riguardavano fatti nuovi. Il giudice riscontrava, inoltre, che la gravità della condotta dell'interessato, in particolare in considerazione della quantità di stupefacenti che aveva ceduto, motivava la detenzione a lui imposta.

Successivamente, con sentenza del 14 settembre 2011, il Tribunale di Palermo condannava l'attuale

istante a due anni e otto mesi di reclusione e un'ammenda di 12.000 euro. Il 20 luglio 2012 veniva rilasciato dopo aver scontato la pena.

Il successivo 4 aprile, poi, presentava ricorso alla Corte e.d.u, lamentando una violazione dell'art. 5 § 4 Cedu (diritto ad un rapido riesame della liceità della detenzione): nello specifico, lamentava di non aver avuto la possibilità di riesaminare la misura a lui applicata; egli sosteneva, inoltre, che l'interpretazione data dai giudici nazionali dell'art. 309 c.p.p. avesse impedito un controllo effettivo della legittimità della detenzione. Il rimedio previsto dal sistema italiano si sarebbe rivelato difettoso, come in tutti i quei casi in cui un difensore d'ufficio deposita un'impugnazione senza che l'imputato irreperibile ne abbia conoscenza.

Con riguardo a tal punto, l'interessato affermava di non essere mai stato contattato dal difensore d'ufficio e che egli non aveva alcuna cognizione del procedimento in corso e della misura cautelare a lui assegnata.

A questo proposito, citava la sentenza n. 317 del 2009, con la quale la Corte Costituzionale dichiarava l'illegittimità dell'art. 175, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non consentiva la restituzione del termine all'imputato che non avesse avuto effettiva conoscenza del procedimento a proprio carico, quando il gravame fosse stato proposto in precedenza dal proprio difensore.

Nelle proprie controsservazioni, Il Governo sosteneva che la legge italiana prevede un rimedio in grado di controllare efficacemente la liceità della detenzione preventiva, vale a dire la richiesta di riesame prevista dall'art. 309 c.p.p., istituto che soddisferebbe tutti i criteri stabiliti dalla giurisprudenza di Strasburgo. Il ricorrente era stato rappresentato da un difensore d'ufficio che, agendo nell'interesse dell'indagato, compiva, opportunamente, una richiesta di riesame.

L'iter del Tribunale del riesame risultava coerente ai principi codicistici e convenzionali. Non solo: tutte le decisioni intervenute *ex post* sono state prese nel rispetto del principio, già sopra esposto, dell'unicità dell'impugnazione.

Il Governo, infine, ribatteva che l'applicazione – al caso di specie – della sentenza n. 317 del 2009 della Corte costituzionale non potesse considerarsi corretta, in quanto il principio formulato risultava attuabile solamente nei casi di condanna contumaciale e, quindi, riservato ai condannati che non si fossero sottratti volontariamente alla giustizia.

Passando al merito della decisione in esame, la Corte e.d.u. osserva che la legge italiana offre, attraverso l'art. 309 c.p.p., un efficace strumento di riesame della misura afflitta. Nonostante ciò, la Corte di Strasburgo evidenzia che il difensore d'ufficio proponeva richiesta di riesame senza che l'interessato ne fosse, in effetti, a conoscenza.

Per i Giudici strasburghesi non v'è alcun dubbio sull'impossibilità del richiedente di comunicare con il legale d'ufficio e di portare argomenti propri a sostegno della domanda di riesame; inoltre, il Tribunale del Riesame di Palermo decretava la liceità della misura senza la presenza dell'odierno ricorrente. La Corte di Strasburgo afferma, quindi, che l'interessato non ha mai avuto l'opportunità di supportare la richiesta di riesame, nonostante questa fosse un diritto convenzionalmente garantito dall'art. 5 § 4 Cedu.

La Corte ricorda che la rinuncia a difendersi non può essere dedotta dalla mera qualità di latitante e basata su una presunzione priva di una base fattuale sufficiente (*ex plurimis*, Colozza c. Italia, 12 febbraio 1985). Ulteriormente, prima che si possa ritenere che un soggetto abbia implicitamente rinunciato, con la propria condotta, ad un diritto fondamentale, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, si deve stabilire che avrebbe potuto ragionevolmente prevedere le conseguenze della propria assenza.

I Giudici strasburghesi ribadiscono, poi, che la Convenzione ha lo scopo di *proteggere i diritti non teorici o illusori, ma pratici ed efficaci*, e che la nomina del solo avvocato non garantisce l'efficacia dei diritti convenzionalmente riconosciuti agli accusati (Imbrioscia c. Svizzera, 24 novembre 1993). A parere della Corte non deve essere compito dell'accusato dimostrare che non intendesse eludere la giustizia o che la propria assenza fosse dovuta a un caso di forza maggiore.

Nella fattispecie, la Corte rileva come non esista nulla che indichi che l'istante abbia tentato di eludere la giustizia o che abbia rinunciato inequivocabilmente al proprio diritto di difesa.

Alla luce delle predette considerazioni, la Corte di Strasburgo afferma che il rimedio previsto dall'art. 309 c.p.p. non ha offerto garanzie adeguate.

In secondo luogo, ha osservato che la legge italiana concedeva la possibilità, ai sensi dell'art. 299 c.p.p., di chiedere la revoca o la sostituzione della misura cautelare. La Corte e.d.u. rileva, però, che il Gip di Palermo respingeva la domanda dell'indagato, senza che lo stesso venisse sentito.

Ai sensi dell'art. 299 c.p.p., Il Gip non riteneva necessario sentire l'accusato; peraltro – afferma il giudice siciliano – una tale istanza non impone la previa assunzione di informazioni da parte dell'interessato, a meno che non vi siano elementi nuovi a supporto della domanda. A tale proposito, la Corte sottolinea che il diritto del detenuto ad un'audizione non può, in alcun modo, essere subordinato ad una specifica richiesta da parte dello stesso, ma deve essere sempre possibile (Vecek c. Repubblica ceca, n. 3252/09, 21 febbraio 2013). Ne consegue che la richiesta di revoca della misura cautelare, prevista dall'art. 299 c.p.p., non si è rivelata, nelle circostanze del caso, un rimedio rispettoso dell'art. 5 § 4 Cedu.

Di conseguenza, la Corte osserva una violazione dell'art. 5 § 4 della Convenzione a causa dell'impossibilità per il richiedente di essere ascoltato innanzi ai tribunali competenti per riesaminare la liceità della propria detenzione.

La decisione in esame si basa su circostanze processuali sorte *ante* riforma della disciplina dell'assenza, entrata nell'ordinamento nostrano con la legge 28 aprile 2014, n. 67 e, in particolare, alla formulazione del nuovo art. 420 bis c.p.p.: la norma prevede che il giudice proceda, altresì, in assenza dell'imputato che si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo.

Quello della *volontaria sottrazione* è, in effetti, un terreno impegnativo che presuppone la ricostruzione dei termini fattuali della sottrazione. Il soggetto che volontariamente si sottrae all'esercizio del potere limitativo della libertà personale soggiace alle norme in tema di conoscenza legale dell'atto notificato al difensore *ex art.* 165 c.p.p., il cui effetto va convalidato ai sensi del novellato 420 bis c.p.p.

Di conseguenza, deve essere operato un controllo effettivo sulle ricerche e sulla possibilità di dedurre l'inequivoca volontà di sottrazione da comportamenti concludenti. Dalla sentenza *de qua* non è possibile desumere la qualità delle ricerche effettuate, ma la Corte di Strasburgo ha ritenuto, in base agli atti in proprio possesso, che la rinuncia a difendersi non possa essere dedotta dalla mera qualità di latitante e basata su una presunzione priva di una base fattuale sufficiente.

Di certo la questione è opinabile: il ritrovamento in un Paese estero di un soggetto destinatario di una misura cautelare sembrerebbe essere, a tutti gli effetti, un comportamento concludente da cui traspire una inequivoca volontà di sottrarsi alla misura.

Il Gip di Palermo emetteva un provvedimento di latitanza proprio sulla base del predetto comportamento: secondo i parametri codicistici non è necessario dimostrare la conoscenza del provvedimento da parte dell'imputato, allorché lo stesso si ponga in condizioni di irreperibilità, sapendo che tale provvedimento potesse essere emesso. Nel caso di specie, il Gip di Palermo riteneva che proprio a causa dei molteplici procedimenti penali a carico dell'interessato, egli potesse avere cognizione che il provvedimento potesse essere emesso.

La Corte e.d.u. ritiene che tale circostanza non potesse costituire presupposto sufficiente a considerare l'istante come un soggetto che si sottraeva volontariamente alla misura: appare evidente come il contrasto tra i Giudici strasburghesi e l'ordinamento nostrano sia generato, quindi, dalla diversa valutazione delle circostanze che danno vita al provvedimento di latitanza.

MUTAMENTO DEL GIUDICE E VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI IMMEDIATEZZA

(Corte e.d.u., 25 luglio 2019, Svanidze v. Georgia)

Nella pronuncia in esame, la Corte di Strasburgo ravvisa una violazione del principio di immediatezza e, di conseguenza, una inosservanza dell'art. 6 § 1 Cedu. Il caso riguarda il ricorso di un medico georgiano, accusato di colpa professionale. A processo iniziato, una volta giunti alla conclusione della fase istruttoria, il giudice mutava per ragioni di salute. L'istante lamentava che il coinvolgimento di un magistrato supplente fosse contrario ai principi della Convenzione, ed in particolare a quello di immediatezza, considerato che il nuovo giudice lo aveva condannato, utilizzando esclusivamente le trascrizioni delle testimonianze senza avere assistito all'esame orale dei consulenti tecnici e dei testimoni.

Al momento degli eventi, il ricorrente era a capo del dipartimento ginecologico dell'Ospedale di Mtskheta. Nella mattinata del 22 settembre 2005, una paziente veniva portata al nosocomio a causa di un forte dolore addominale. Due medici in servizio le diagnosticavano, sin da subito, un'endometriosi acuta post-aborto e una peritonite pelvica. Subito dopo, il medico visitava la paziente e constatava che le sue condizioni di salute erano rapidamente peggiorate, decideva, così, di trasferirla nel reparto di terapia intensiva.

Successivamente, la degente subiva due ecografie agli ultrasuoni, le quali facevano intuire la necessità di una operazione estremamente urgente. Quella stessa notte, prima dell'inizio dell'operazione, la paziente moriva. Secondo l'autopsia, la causa della morte era da ricercarsi in una anemia acuta, sviluppatesi a seguito di una rottura della tuba di Falloppio causata da una gravidanza extrauterina.

La settimana seguente veniva avviata un'indagine preliminare per accertare le dinamiche del decesso, valutando, così, se la morte fosse da imputarsi al medico responsabile, ai sensi dell'art. 130 § 2 del codice penale della Georgia.

I risultati dell'autopsia venivano subito confermati dall'ufficio di medicina legale nazionale, concludendo, inoltre, che la paziente fosse morta a seguito della mancata sottoposizione ad un intervento chirurgico urgente e, quindi, a causa di un errore diagnostico dell'odierno ricorrente.

Il 6 marzo 2006 – a conclusione delle indagini preliminari – venne incardinato un processo innanzi al tribunale distrettuale di Mtskheta. Una volta iniziata la fase probatoria, il Giudice incaricato esaminava diciassette testimoni, tra i quali erano presenti anche dei consulenti tecnici.

Il medesimo Giudice veniva costretto, poco dopo, a causa del proprio cattivo stato di salute e della conseguente incapacità di partecipare al processo, a scrivere una lettera al presidente del tribunale di Mtskheta, chiedendo che un giudice supplente fosse assegnato al caso. Il 16 ottobre 2006 il presidente della Georgia nominava P.S. come giudice supplente nel caso in esame.

Durante l'udienza del 21 novembre 2006, il difensore del medico chiedeva al nuovo presidente la rinnovazione della fase istruttoria, proprio alla luce della nuova composizione del Tribunale, secondo la procedura prevista dall'art. 435 del codice di procedura penale georgiano. A seguito dell'opposizione del Pubblico Ministero, il nuovo giudice stabiliva di non dare seguito alla richiesta dell'imputato, sostenendo che una nuova serie di esami testimoniali avrebbe allungato, inutilmente, i tempi del processo. Il giudice nel dismettere l'istanza della difesa decideva, pertanto, di utilizzare esclusivamente le trascrizioni delle testimonianze già assunte.

Al termine del dibattimento, il 1° marzo 2007, il sanitario veniva condannato a tre anni di reclusione: si evinceva dalla motivazione della sentenza come l'istante non avesse fornito alla vittima le cure mediche di cui aveva necessariamente bisogno. Pertanto, un esame ecografico non era stato organizzato prontamente e, cosa più importante, nonostante il medico avesse notato liquido nella cavità addominale del paziente – qualcosa che, insieme ad altri sintomi, era indicativo di una condizione critica – il richiedente non era riuscito a disporre un intervento medico urgente.

L'interessato appellava, quindi, la decisione: egli lamentava che il giudice supplente fosse subentrato in una fase tardiva, ad istruttoria già terminata e che, quindi, non aveva partecipato direttamente all'esame dei testimoni né alle consulenze dei tecnici; tra le altre cose, l'appellante contestava la mancata valutazione di una prova decisiva, ovvero l'assenza di un anestesista al momento del decesso del paziente, essenziale all'intervento chirurgico da svolgersi.

La Corte d'appello respingeva tale argomento e, a tale proposito, sosteneva che il medico non avesse mai richiesto, ufficialmente, un anestesista. La corte dell'impugnazione affermava, poi, che al giudice supplente, in conformità all'art. 436 § 2 del codice di procedura penale della Georgia, non è richiesta una rinnovazione della fase istruttoria: le trascrizioni delle testimonianze venivano considerate sufficienti ai fini probatori.

Infine, nel gennaio 2008 la Corte Suprema modificava la sentenza del ricorrente, confermandone la responsabilità, ma concedendogli l'amnistia, facendo venire meno, di conseguenza, la pena della reclusione. Nella propria decisione, la Suprema Corte respingeva, inoltre, la questione circa il mutamento del giudice di primo grado e la conseguente possibilità di una rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

Il medico decideva, quindi, di rivolgersi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, basando la propria istanza sui medesimi motivi e, quindi, sulla violazione del principio d'immediatezza e, di conseguenza, dell'art. 6 § 1 della Convenzione. Il Governo ribatteva sostenendo che il procedimento era stato condotto in maniera equa, rimarcando come il fatto che il giudice supplente non avesse partecipato all'esame testimoniale non potesse, in alcun modo, inficiare l'equità del procedimento, dato che magistrato aveva fatto affidamento sulle trascrizioni giudiziarie di tutti gli esami testimoniali.

Passando al contenuto della sentenza in commento, a partire dalla presunta violazione del principio di immediatezza, la Corte di Strasburgo ritiene non sufficiente l'utilizzo – da parte del giudice supplente – delle trascrizioni delle prove orali per il raggiungimento della decisione finale.

La Corte e.d.u. specifica che l'impossibilità di effettuare una valutazione diretta delle dichiarazioni e del comportamento dei testimoni abbia privato il magistrato della possibilità di valutarne la credibilità, diminuendo, di conseguenza, la propria capacità di comprensione del *thema probandum*. In queste circostanze, le trascrizioni delle testimonianze non potevano compensare la mancanza di immediatezza, carenza non soddisfatta nemmeno dai Giudici di grado superiore.

I Giudici strasburghesi ritengono, quindi, che il diritto dell'interessato ad un equo processo sia stato violato, questo perché il giudice di prime cure ha ignorato il principio di immediatezza e perché nessuna misura successiva ha compensato tale lacuna. La Corte ribadisce, poi, che tale principio deve comportare, obbligatoriamente, un rapporto privo di intermediazioni tra l'acquisizione delle prove in dibattimento e la decisione finale. Nel caso di specie si doveva rendere necessaria una rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale e, di conseguenza, un nuovo esame di tutti i testimoni e dei consulenti, con la possibilità, se richiesto, di presentarne di nuovi. Il giudice supplente doveva obbligatoriamente avere un rapporto diretto con le prove acquisite durante il dibattimento per potere giungere a sentenza.

In mancanza del predetto rapporto e, alla luce delle considerazioni di cui sopra, la Corte conclude che c'è stata una violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione, sia per la violazione del principio di immediatezza sia, infine, per la mancata valutazione della prova decisiva.

ILLEGITTIMA LIMITAZIONE DEL DIRITTO ALLA DIFESA TECNICA

(Corte e.d.u., 30 luglio 2019, Harun Gürbüz v. Turkey)

Il caso riguarda il ricorso di un cittadino turco accusato, e poi condannato, di aver compiuto due omicidi ad Istanbul nel gennaio 2007. Le vittime erano due tassisti turchi accoltellati in servizio, all'interno del proprio veicolo. Poco dopo le uccisioni, la polizia turca arrestava e successivamente interrogava l'istante perché sospettato di essere responsabile dei reati appena descritti.

L'interessato lamentava che l'interrogatorio fosse stato condotto senza la presenza di un difensore e che le dichiarazioni gli fossero state estorte con la forza dagli agenti di polizia. La Corte di Strasburgo ritiene che nel caso di specie vi sia stata una violazione degli art. 6 §§ 1 e 3 Cedu (diritto ad un equo processo e diritto all'assistenza legale).

La Corte rileva che sono stati compiuti due interrogatori nei confronti dell'indagato: nel primo, egli confessava di essere coinvolto – assieme ad un complice – nell'omicidio del secondo tassista trovato ucciso; nel secondo ammetteva, invece, di avere preso parte all'uccisione del primo tassista, sempre con la complicità del medesimo soggetto.

Entrambi gli interrogatori venivano svolti senza la presenza di un legale. La polizia – come risulta dal verbale – aveva cercato di ottenere la nomina di un difensore d'ufficio, contattando l'Ordine degli avvocati di Istanbul. Lo stesso Ordine si rifiutava – a causa di uno sciopero in corso – di nominare un difensore. L'interessato rimaneva sprovvisto, quindi, di tutela legale per l'intera durata di entrambi gli interrogatori.

Pochi giorni dopo l'ultimo incontro con la Polizia, l'attuale ricorrente nominava un difensore di fiducia: quando quest'ultimo chiedeva agli agenti la possibilità di un nuovo interrogatorio, essi glielo negavano.

Su ennesima istanza dell'avvocato, l'indagato veniva sentito dal Procuratore Capo di Istanbul, al quale confermava il proprio coinvolgimento nel secondo omicidio, affermando, però, che fosse stato il complice a compiere materialmente il delitto.

Egli negava, inoltre, il contenuto delle dichiarazioni attinenti al primo reato: affermava, infatti, di non avere nulla che fare con l'omicidio e di avere tentato, solamente, una rapina.

Nonostante ciò, il ricorrente veniva processato innanzi alla Corte d'assise di Istanbul per entrambi gli omicidi. Per l'intera durata del processo egli continuava a sostenere di essere stato costretto a firmare i verbali di interrogatorio contenenti la propria confessione, affermando che gli agenti di polizia sfruttarono, a loro favore, l'assenza di un legale.

Durante la fase istruttoria venivano sentiti i poliziotti incaricati di svolgere l'interrogatorio: entrambi respingevano le accuse di coercizione, riferivano che l'Ordine degli Avvocati di Istanbul aveva negato la disponibilità di un qualsiasi difensore d'ufficio e che non ricordavano se il richiedente li avesse informati di avere un avvocato di fiducia.

Al termine del processo, la Corte d'assise di Istanbul condannava l'imputato e il proprio complice per tentata rapina e omicidio, punendo entrambi con l'ergastolo. Alla base della decisione della Corte d'assise c'erano proprio le dichiarazioni rese dagli accusati negli interrogatori.

I giudici dell'assise sostenevano che le affermazioni rilasciate dal ricorrente alla polizia, al pubblico ministero e al giudice istruttore erano molto simili fra loro e che le stesse erano state confermate dal complice. Veniva constatato, infine, che all'interno del fascicolo non c'erano prove sufficienti a dimostrare che l'imputato fosse stato costretto, con la forza, a rendere tali dichiarazioni.

L'odierno istante si rivolgeva, quindi, alla Corte e.d.u., lamentando una violazione del diritto ad un equo processo e all'obbligo di assistenza legale, garantito dall'art. 6 § 1 e 3 della Convenzione: tale diritto sarebbe stato offeso nel momento in cui egli è stato sentito dagli agenti di polizia, i quali lo avrebbero costretto a rilasciare una confessione senza che un avvocato fosse presente.

La Corte e.d.u. ricorda, nella decisione oggi in commento, l'importanza del diritto al silenzio, il diritto contro l'auto-incriminazione e l'obbligo dell'assistenza legale. Non solo, i giudici strasburghesi confermano che il diritto ad essere assistiti da un legale durante l'interrogatorio della polizia – inclusi nella lettura e nella sottoscrizione del verbale – è di vitale importanza e non può essere, in alcun modo, limitato.

Nel caso di specie, la Corte di Strasburgo rileva che l'odierno istante veniva assistito da un avvocato, per la prima volta, solamente dopo avere firmato un verbale contenente la propria confessione. Il Governo replicava mostrando come il richiedente avesse liberamente rinunciato al diritto all'assistenza legale e che tale rinuncia non era frutto di coercizione.

La Corte evidenzia, però, che il Governo non ha indicato dei motivi che potessero sollevare le autorità inquirenti dal loro obbligo di fornire assistenza legale all'accusato, in conformità ai requisiti del diritto interno. Allo stesso modo, il Governo non ha fatto luce sulla possibilità o meno di rinunciare alla rappresentanza legale obbligatoria, prevista dall'art. 150 del codice di procedura penale turco. Nulla indicava, inoltre, che il richiedente fosse stato efficacemente informato dell'obbligo all'assistenza legale.

Considerate le circostanze, la Corte conclude che l'interessato non potesse avere validamente rinunciato al proprio diritto di essere assistito da un difensore ai sensi dell'art. 6 § 3 (c) della Convenzione. Alla base di tale decisione vi è l'assunto che le restrizioni a tale diritto possono essere consentite solo in casi eccezionali, che devono essere di natura temporanea e devono basarsi su una valutazione individuale delle circostanze del caso. La Corte e.d.u. considera, quindi, che le restrizioni poste ai diritti dell'istante siano state compiute in pregiudizio sia del diritto interno che di quello convenzionale e rileva, di conseguenza, una violazione dell'art. 6 §§ 1 e 3 (c) Cedu.

A parere dei Giudici strasburghesi, lo sciopero dell'Ordine degli Avvocati di Istanbul non poteva costituire motivazione sufficiente a limitare il diritto di difesa del ricorrente, le autorità avrebbero dovuto attendere la nomina di un difensore – d'ufficio o di fiducia – prima di procedere ad interrogatorio.

CORTE DI GIUSTIZIA UE COURT OF JUSTICE EU

di Francesca Proia

RICOVERO PSICHIATRICO E DIRITTO ALL'INFORMAZIONE SUI PROPRI DIRITTI

(Corte di Giustizia UE, Terza Sezione, 19 settembre 2019, C-467/18)

Con la sentenza in commento la Corte di Giustizia ha affrontato il tema della tutela dell'indagato per il quale sia stato disposto un ricovero psichiatrico coatto per motivi terapeutici e di sicurezza, soffermandosi, in particolare, sui diritti di difesa, di assistenza e informazione allo stesso spettanti.

Nello specifico, la Corte si è pronunciata su una serie di questioni pregiudiziali, sollevate dal *Rayonen sad Lukovit* (Tribunale distrettuale di Lukovit, Bulgaria) attinenti l'interpretazione dell'art. 8 § 2, della direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; dell'art. 12 della direttiva 2013/48/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio in merito al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento del m.a.e., 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 le autorità consolari; dell'art. 3 della direttiva 2016/343/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, sulla presunzione di innocenza e sul diritto di presenziare al processo penale; nonché dell'art. 6, dell'art. 21 § 1 e dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

L'oggetto del giudizio trae origine da un procedimento penale a carico di un soggetto (E.P.) affetto da disturbi psichici, reo confesso di aver ucciso la madre. Trasferito all'atto dell'arresto presso un ospedale psichiatrico. Successivamente, il *Rayonen sad Lom* (Tribunale distrettuale di Lom, Bulgaria) ne disponeva, sulla base della legge sanitaria nazionale, il ricovero coatto per un periodo di sei mesi, poi prorogato fino alla decisione di rinvio. In un primo momento, ritenendo sussistente il vizio di mente, il pubblico ministero procedeva ad archiviare il procedimento senza però notificare ad E.P. la relativa ordinanza. A distanza di un anno, la Procura di Sofia (Bulgaria) disponeva la riapertura del procedimento, poi nuovamente archiviato, ordinando la continuazione del ricovero presso la struttura psichiatrica sulla base della legge nazionale sulla sanità. L'ordinanza di archiviazione era notificata alla figlia della vittima. Veniva, infine, adito il giudice del rinvio dalla *Rayonna prokuratura Lom* (Procura della Repubblica del distretto di Lom) in merito alla richiesta di ricovero psichiatrico coatto di E.P. sulla base degli artt. 427 e ss. del codice di procedura penale bulgaro.

Il giudice del rinvio, dubitando della compatibilità delle norme nazionali in questione con le direttive 2012/13, 2013/48 e 2016/343, adiva la Corte di Giustizia, sottoponendole le menzionate questioni pregiudiziali.

Preliminarmente la Corte ha affrontato le questioni relative all'ambito di applicazione delle citate fonti europee, ragionando nei seguenti termini.

Posto che le direttive 2012/13 e 2013/48 hanno l'obiettivo di creare un quadro di norme minime relative ad alcuni diritti degli indagati e degli imputati nell'ambito del procedimento penale, queste devono essere interpretate tenendo conto degli articoli 6, 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentale dell'UE.

Entrambe si applicano dal momento in cui le persone sono informate, dalle autorità competenti di uno Stato membro, di essere indagate o imputate fino alla conclusione del procedimento.

Sebbene il dato letterale delle disposizioni faccia esclusivo riferimento ai "procedimenti penali", la Corte sostiene che rientri nella disciplina delle direttive anche la procedura di ricovero psichiatrico coatto. A nulla rileva, infatti, che questa non conduca all'applicazione di una pena in senso stretto, comportando comunque una restrizione della libertà ove disposta non solo per motivi terapeutici, ma anche per ragioni di sicurezza. Al contrario, quando tale procedura sia instaurata solo a causa dello sta-

to di salute del soggetto e indipendentemente da qualsiasi procedimento penale, non si rientra nell'ambito di applicazione degli articoli 1 e 2 della direttiva 2016/343, limitati esclusivamente ai procedimenti penali.

Le misure di assistenza psichiatrica o mediche, in quanto misure privative della libertà, devono essere applicate tenendo anche conto dell'art. 5 della CEDU e, di conseguenza, dell'art. 6 della Carta, avendo la giurisprudenza riconosciuto loro il medesimo significato e la stessa portata.

In particolar modo, l'art. 5 § 1 lettera e) della CEDU stabilisce che ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza, per cui è imposto a ciascuno Stato l'obbligo di tutelare la libertà delle persone soggette alla sua giurisdizione. Pertanto, le direttive 2012/13 e 2013/48 non possono essere interpretate in modo da escludere dal loro ambito di applicazione una procedura giudiziaria all'esito della quale viene ordinato il ricovero psichiatrico coatto di un soggetto autore di un reato.

In merito al diritto a ricevere informazioni, la Corte sottolinea come lo stesso articolo 3 § 2 della direttiva 2012/13 impone agli Stati membri l'obbligo di informare gli indagati o gli imputati della propria posizione, in modo orale o scritto, in un linguaggio semplice e accessibile tenendo conto delle loro necessità e della loro vulnerabilità. Allo stesso modo, l'art. 13 della direttiva 2013/48 sancisce che, per l'applicazione delle norme ivi contenute, occorre tenere conto delle «*particolari esigenze di indagati e imputati vulnerabili*», ovvero della possibilità che questi possano trovarsi in una condizione in cui la loro capacità – di esercitare il diritto di avvalersi di un difensore e di informare un terzo della privazione della libertà – sia compromessa. Pertanto, considerate le finalità delle suddette direttive, i Giudici sostengono che la condizione di “vulnerabilità” può derivare anche da uno stato mentale alterato, sebbene la categoria degli “alienati” non sia espressamente menzionata dall'art. 13.

Poiché il diritto a ricevere informazioni in ordine ai propri diritti mira a salvaguardare l'equità del procedimento penale e a garantire l'effettività del diritto di difesa, è necessario che tali comunicazioni siano date già nella fase iniziale del procedimento o, al più tardi, successivamente al primo interrogatorio degli indagati o imputati da parte della polizia.

Infine, alla luce del tenore dell'art. 47 della Carta, dell'art. 8 § 2 della direttiva 2012/13 e dell'art. 12 della direttiva 2013/48, la Corte sottolinea l'importanza che ciascuno Stato membro sia dotato di istituti idonei ad assicurare il diritto ad un effettivo ricorso. In particolar modo, nell'ipotesi di ricovero psichiatrico coatto per ragioni di salute e di pericolosità sociale, il giudice competente deve essere in grado di valutare se siano stati rispettati o meno i diritti processuali spettanti ad indagati e imputati anche nel corso di procedimenti precedenti, che non prevedano un adeguato controllo giurisdizionale. Inoltre, in queste ipotesi, in ragione del principio di presunzione di innocenza, il pubblico ministero è tenuto a fornire la prova che la persona, di cui è richiesto il ricovero forzato, sia l'autore degli atti ritenuti socialmente pericolosi.

MODIFICA DEL COLLEGIO GIUDICANTE E RINNOVAZIONE DIBATTIMENTALE

(Corte di Giustizia UE, Prima Sezione, 29 luglio 2019, C-38/18)

La questione pregiudiziale affrontata nella decisione in esame verte sull'interpretazione degli articoli 16, 18 e 20, lettera b) della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, sostitutiva della decisione quadro 2001/220/GAI, che delinea un quadro di norme minime in materia di diritti di assistenza e protezione delle vittime del reato. In particolare, la Corte è stata chiamata, dal Tribunale di Bari, a valutare la compatibilità degli artt. 511 comma 2 e 525 comma 2 c.p.p. con la suddetta fonte europea.

L'oggetto del giudizio trae origine da un procedimento penale a carico di M.G. e S.H. per i reati di truffa e riciclaggio, durante il quale la persona offesa, costituitasi parte civile, era stata ascoltata come testimone. Successivamente, mutata la composizione del collegio giudicante, a causa del trasferimento in altra sede di uno dei tre magistrati, la difesa chiedeva la rinnovazione dell'escussione del teste, opponendosi alla lettura dei verbali.

La normativa nazionale, infatti, come interpretata dalla Corte di Cassazione, impone, in conformità con i principi di oralità e immediatezza, che, nel caso di rinnovazione dibattimentale dovuta a mutamento del collegio, sia ripetuta l'audizione del testimone, ove ancora possibile e richiesta da una delle parti, potendosi procedere, invece, all'acquisizione della testimonianza attraverso la lettura del relativo verbale solo se tutte le parti processuali siano consenzienti.

A parere del giudice del rinvio una tale interpretazione è in contrasto con le finalità della menzionata direttiva e conferisce alla difesa un potere troppo ampio – quello di pretendere una nuova audizione della persona offesa – che osta alla piena tutela delle vittime del reato e alla ragionevole durata del processo.

Al riguardo la Corte ha osservato quanto segue.

In primo luogo, rilevato che l'articolo 20 lettera b) della direttiva 2012/29 impone agli Stati membri di limitare il numero di audizioni della vittima al minimo durante la fase delle indagini penali, ha escluso l'applicazione di tale disposizione alla controversia del procedimento principale, perché già in fase dibattimentale. La volontà di restringere il campo di operatività di tale norma alla sola fase delle indagini emerge, d'altro canto, anche dai lavori preparatori.

In secondo luogo, il Giudice europeo ha rilevato come gli articoli 16 e 18 della direttiva *de qua* non possono essere interpretati senza tener conto dei diritti fondamentali conferiti all'imputato dagli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, nonché dall'art. 6, § 1 e 3, lett. d) della CEDU. Tali disposizioni riconoscono all'imputato il diritto ad essere giudicato equamente, pubblicamente ed entro un termine di durata ragionevole dinnanzi ad un giudice indipendente e imparziale precostituito per legge.

Pertanto, i diritti previsti dall'articolo 16 a tutela delle vittime del reato (tra cui il diritto ad ottenere una decisione in merito al risarcimento del danno), non possono pregiudicare il godimento dei diritti processuali dell'imputato e, in particolare, il diritto ad un confronto immediato con i testimoni dinnanzi all'organo giudicante, quale risvolto del fondamentale principio di immediatezza. Una nuova audizione della vittima, infatti, non appare lesiva del diritto della stessa, costituitasi parte civile, ad ottenere una decisione sul risarcimento del danno da parte dell'autore del reato entro un ragionevole lasso di tempo; al contrario, una mancata rinnovazione dibattimentale confligge con il principio di immediatezza.

Allo stesso modo, la previsione dell'articolo 18 della direttiva 2012/29, in materia di misure di protezione della vittima e dei suoi familiari da ulteriori e possibili sofferenze, non impone un'unica audizione nel corso del procedimento giudiziario in quanto spetta alla discrezionalità del giudice valutare, di volta in volta, la sussistenza o meno di esigenze specifiche di protezione e, di conseguenza, scegliere gli strumenti più idonei per garantire loro una tutela effettiva.

In conclusione, dunque, la Corte di giustizia – in linea con le conclusioni dell'Avvocato generale (per le quali si rinvia al fascicolo 3/2019 di questa rivista, p. 609) – ha stabilito che gli articoli 16 e 18 della direttiva 2012/29/UE, a tutela delle vittime del reato, non appaiono incompatibili con una normativa nazionale che preveda la possibilità di rinnovare l'esame della persona offesa a seguito del mutamento dell'organo collegiale, nel caso in cui le parti non abbiano prestato il consenso per la lettura del verbale di prima audizione della stessa.

CORTE COSTITUZIONALE

di *Andrea Marino*

RESTA SALDO IL POTERE DI IMPUGNAZIONE DELLA PARTE CIVILE NEL PROCESSO PENALE.

(*C. cost., sent. 12 luglio 2019, n. 176*)

La Corte d'appello di Venezia solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 576 c.p.p. «nella parte in cui prevede che la parte civile possa proporre al giudice penale anziché al giudice civile impugnazione ai soli effetti della responsabilità civile contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio», in violazione degli artt. 3 e 111 della Costituzione.

Il giudice *a quo* evidenzia il contrasto tra l'attuale apparato normativo e la funzione naturale del giudice penale dell'impugnazione, dal momento che lo stesso è chiamato ad un giudizio – quello sugli interessi civili – che è proprio di altra sede processuale, nello specifico del processo civile.

In sostanza, il giudice rimettente ritiene che la possibilità per la parte civile di impugnare una sentenza di proscioglimento ai soli effetti civili comporti l'irragionevole allungamento dei tempi del processo, incidendo sul carico giudiziario delle Corti d'appello ed intervenendo negativamente sull'efficacia e sull'efficienza della giurisdizione.

A sostegno della propria tesi, la Corte veneta argomenta sull'attuale previsione contenuta nell'art. 576 c.p.p., da considerarsi anacronistica poiché frutto di un retaggio del passato, ovvero di quel d.P.R. 22 settembre 1988, n. 447 che fu varato con l'obiettivo di deflazionare il numero dei processi pendenti dinanzi alle Corti d'appello «[I]n un contesto diverso da quello odierno e in una prospettiva di razionalizzazione del sistema che, alla prova dei fatti, non si è realizzata nei termini auspicati».

Ad abundantiam, la rimettente rammenta l'esistenza di una norma nel codice di rito penale, l'art. 622 c.p.p., che già disciplina il "passaggio di consegne" della causa penale al giudice civile, situazione che si verifica nel momento in cui la Corte di Cassazione, interpellata sulle questioni civili, accoglie il ricorso della parte privata, ovvero annulla solamente le disposizioni e i capi riguardanti l'azione civile.

La Consulta si pronuncia nel senso della non fondatezza delle questioni sollevate sulla base del rilievo che la *sedes materiae* del giudizio d'appello su impugnazione della parte civile non può che essere il processo penale.

Il Giudice delle Leggi approda a tale conclusione attraverso una lettura complessiva e sistematica delle norme sulla parte civile che ne definiscono il ruolo e i poteri esercitabili all'interno del processo penale.

In proposito vengono richiamati gli artt. 538, 578, 622, il censurato art. 576 c.p.p. – definita norma centrale nel settore delle impugnazioni –, disposizioni che sanciscono i casi e i limiti entro cui la parte privata è legittimata ad esercitare il proprio *ius impugnandi*.

In aggiunta viene riportata la giurisprudenza della Corte di Cassazione – talvolta a sezioni unite – che ha avuto il pregio di definire con precisione il perimetro di ammissibilità dell'appello della parte civile in determinati casi limite, legandolo a doppio filo con il necessario interesse ad impugnare (sull'ammissibilità dell'appello per carenza dell'interesse cfr. sez. un. 7 novembre 2016 n. 46688; sez. un. 17 settembre 2012, n. 35599).

Dall'analisi dell'impianto normativo giurisprudenziale di riferimento, la Consulta deduce che l'esercizio dello *ius impugnandi* della parte civile sia già dal canto suo limitato, dal momento che lo stesso viene ancorato al presupposto che vi sia stata una sentenza di proscioglimento dell'imputato nel giudizio – locuzione contenuta proprio nell'art. 576 c.p.p. – e alla presenza dell'interesse ad ottenere un risultato utile e diverso rispetto a quello conseguito in primo grado.

Sullo sfondo vi è la considerazione che l'esercizio dell'azione civile dinanzi al giudice penale abbia carattere accessorio e venga subordinato al rispetto delle regole che governano il processo penale (in questa prospettiva viene richiamata la sentenza Corte cost. 29 gennaio 2016, n. 12).

Per lo stesso motivo l'impugnazione della sentenza da parte della costituita parte civile non può che

instaurarsi sotto la cognizione del secondo giudice penale, il quale sarà chiamato a riesaminare i profili penalistici della vicenda e a ragionare indirettamente circa la responsabilità penale dell'imputato.

GLI AUTOMATISMI NELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO. ANCORA UNA PRONUNCIA DI INCOSTITUZIONALITÀ.

(C. cost., sent. 18 luglio 2019, n. 187)

La Corte di Cassazione, I sez. pen., solleva d'ufficio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, commi 1, 2 e 3, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), in relazione agli artt. 3 comma 1, 29 comma 1, 30 comma 1 e 31, comma 2 della Costituzione, «nella parte in cui, detti commi, nel loro combinato disposto, prevedono che non possa essere concessa, per la durata di tre anni, la detenzione domiciliare speciale, prevista dall'art. 47-*quinqes* della stessa legge n. 354 del 1975, al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa, ai sensi dell'art. 47, comma 11, dell'art. 47-*ter*, comma 6, o dell'art. 51, comma 1, della legge medesima».

Il caso di specie ha per oggetto un decreto del Tribunale di sorveglianza di Milano che si era pronunciato ritenendo inammissibile l'istanza di concessione di detenzione domiciliare speciale, ex art. 47-*quinqes*, commi 1 e 7 ord. pen., presentata da un detenuto, padre di un minore di età inferiore ai 10 anni, la cui madre versava nell'impossibilità di prendersi cura di quest'ultimo.

Il Tribunale ritiene di non potersi esprimere nel merito della vicenda poiché il richiedente aveva subito la revoca della semilibertà – in precedenza concessa – e non erano trascorsi i tre anni utili per essere ammesso ad un'altra e diversa misura alternativa alla detenzione, in virtù dell'art. 58-*quater*, comma 3, ord. pen.

La Corte di Cassazione, dunque, rimette al vaglio della Consulta tale meccanismo preclusivo, dubitando della sua compatibilità con le esigenze di tutela dei minori di età, costituzionalmente sancita, ed espressa più volte in altre pronunce costituzionali.

Si fa segnatamente riferimento alle sentenze del 22 ottobre 2014, n. 239 e del 12 aprile 2017, n. 76, con cui la Corte costituzionale, in casi speculari a quello di specie, ha dichiarato l'incostituzionalità dei meccanismi preclusivi derivanti dagli artt. 4-*bis* e 47-*quinqes*, comma 1-*bis* ord. pen., che impedivano l'accesso ai benefici penitenziari alle madri detenute con prole in tenera età, allorquando queste ultime venivano condannate per un "reato ostativo". Alle esigenze di politica criminale, ispiratrici delle disposizioni in esame, il Giudice delle Leggi ha preferito sottolineare l'esigenza di una tutela rafforzata del minore, estraneo alle vicende delittuose che riguardano i genitori.

Sulla scorta di tali argomenti, la Consulta propende per la fondatezza delle questioni sollevate, stabilendo l'illegittimità costituzionale della norma censurata, con specifico riferimento all'art. 31, comma 2, Cost.

In motivazione emerge con chiarezza la volontà di salvaguardare il minore e di ritenere preminente il suo interesse a mantenere un rapporto continuativo con ciascuno dei genitori.

Al fine di perseguire tale scopo, non appare giustificata la presenza di meccanismi preclusivi volti ad impedire, *ab origine*, l'accesso a forme di espiazione della pena diverse dalla detenzione, per quei condannati che siano al tempo stesso padre o madre di figli minori di età.

Rammenta sul punto la Corte che la stessa *ratio legis* sottesa all'istituto della detenzione domiciliare risiede proprio nel concedere ai soggetti summenzionati, la possibilità di accudire la prole nonostante il loro stato di detenzione; in questa prospettiva non vi sono differenze tra la misura ordinaria o speciale di detenzione domiciliare, accomunate dal perseguimento del medesimo obiettivo.

Appare evidente, a parere della Consulta, che precludere l'accesso a tali benefici nei tre anni successivi al provvedimento di revoca – come stabilito dall'art. 58-*quater* ord. pen. censurato – impedisce *ab initio* di coltivare col minore un rapporto continuativo nel tempo.

Del resto, è fatta salva la possibilità per il giudice di merito di valutare concretamente la pericolosità di tali soggetti e bilanciare l'interesse del minore con quello di salvaguardia della collettività dal fenomeno criminale. Ben potrebbe il Tribunale, a margine di questa comparazione, ritenere di non concedere la misura alternativa, prevedendo al contempo un programma educativo differente per il minore.

I REATI OSTATIVI ANCORA AL VAGLIO DELLA CONSULTA: LA *RATIO LEGIS* SOTTESA ALL'ART. 4-BIS ORD. PEN.

(C. cost., sent. 18 luglio 2019, n. 188)

Con la pronuncia in commento torna in auge il dibattito sulla legittimità costituzionale dell'art. 4-bis della legge sull'ordinamento penitenziario del 26 luglio 1975, n. 354.

Pur sancendo l'infondatezza della questione formulata, la sentenza si aggiunge alla già copiosa produzione di pronunce costituzionali in materia di "reati ostativi" e stimola nuovamente la riflessione circa la loro compatibilità con il principio di rieducazione della pena contenuto nell'art. 27, comma 3, della Costituzione.

La questione di legittimità costituzionale viene sollevata dalla Corte di Cassazione, I sez. pen., con riferimento al citato art. 4-bis della legge sull'ordinamento penitenziario in relazione agli artt. 3 e 27 della Costituzione, ritenendolo in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., «nella parte in cui non esclude dal novero dei reati ostativi, *ivi* indicati, il reato di cui all'art. 630 c.p., ove per lo stesso sia stata riconosciuta l'attenuante del fatto di lieve entità».

La vicenda fattuale sottesa alla pronuncia di legittimità riguardava un soggetto condannato per i reati di sequestro di persona a scopo di estorsione, rapina aggravata e cessione di stupefacenti aggravata per l'ingente quantità, che aveva presentato una richiesta di permesso premio dichiarata inammissibile dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze, alla luce della presenza del reato di cui all'art. 630 c.p. nel novero dei reati ostativi indicati dall'art. 4-bis della legge sull'ordinamento penitenziario.

Avverso tale decisione, il soggetto al quale non veniva concesso il beneficio ricorreva per cassazione, ponendo all'attenzione del giudice di legittimità, la circostanza che per il reato di sequestro di persona a scopo di estorsione – per cui era stato condannato – era stata riconosciuta la diminuzione del fatto di lieve entità ed un corposo sconto di pena nella fase esecutiva della stessa.

In particolare l'impugnante osservava che «il riconoscimento della attenuante della lieve entità del fatto al reato di cui all'art. 630 c.p. è incompatibile con una valutazione della condotta in termini di grave allarme sociale e dunque risulta in contrasto con la *ratio* che ispira la disciplina del divieto di concessione dei benefici penitenziari per certi reati, considerati ostativi».

La Corte di Cassazione, riprendendo gli argomenti del ricorrente, procede ad un breve *excursus* storico dell'art. 4-bis ord. pen. ed individua quale *ratio legis* posta a fondamento della previsione dei cc.dd. "reati ostativi", l'esigenza di precludere i benefici penitenziari a tutti quei soggetti condannati per delitti che in qualche misura siano stati commessi nel contesto di una compagine criminosa, ovvero prodotto di un'attività criminale organizzata; soltanto in caso di collaborazione effettiva con gli inquirenti, ovvero di prova circa l'assenza di connessioni con la criminalità organizzata il regime ostativo potrebbe subire delle deroghe e pertanto darsi luogo alla concessione del beneficio (Corte cost. 24 aprile 2003, 135; 20 luglio 2001, n. 273).

Diversamente, per i delitti contenuti nell'art. 4-bis ord. pen. – sostiene la rimettente – opera «una sorta di presunzione di non praticabilità di valide alternative rieducative in assenza di collaborazione in quanto essi costituirebbero di norma espressione di una organizzata (...) struttura criminale».

In questa prospettiva – osserva il giudice *a quo* – collide il riferimento al reato di cui all'art. 630 c.p. allorché lo stesso sia commesso nella ipotesi attenuata della lieve entità del fatto; non si terrebbe conto a riguardo, delle molteplici modalità di commissione del fatto di reato, che ben potrebbe ridursi ad una condotta estemporanea che nessun collegamento avrebbe con fenomeni strutturati di criminalità organizzata.

A corroborare tale interpretazione, la Corte di Cassazione richiama la sentenza del 23 marzo 2012, n. 68, con cui la Corte costituzionale ha sancito l'illegittimità costituzionale del reato di cui all'art. 630 c.p. nella parte in cui non era stata prevista una diminuzione della pena, quando dall'analisi delle modalità della condotta, dei mezzi usati e della particolare tenuità dei danni e pericoli cagionati, il fatto risultava essere di lieve entità. La stessa decisione ha poi parificato il trattamento sanzionatorio previsto nell'art. 630 c.p. a quello previsto per la speculare ipotesi delittuosa disciplinata dall'art. 289 bis c.p. (Sequestro di persona a scopo di terrorismo o di evasione), che già contemplava la speciale attenuante della lieve entità del fatto.

Proprio tale ultimo argomento è ripreso dapprima dall'Avvocatura generale dello Stato, costituitasi in giudizio, e successivamente dalla Consulta, al fine di dichiarare l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata.

Il fatto tipico del reato di cui all'art. 289 *bis* c.p. infatti, contiene, *ab origine*, la previsione della circostanza attenuante del fatto di lieve entità e non per questo è stato espunto dal novero dei reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* ord. pen.

Pertanto, il richiamato parallelismo nel trattamento sanzionatorio tra la fattispecie *de qua* e l'art. 630 c.p., a nulla rileva in materia di benefici penitenziari, ed anzi giustifica – *a fortiori* – la presenza di entrambe le fattispecie tra quelle ostative; così come il riferimento alla riconosciuta diminuzione della lieve entità nel reato estorsivo, non appare idoneo – a parere della Consulta – a provare il mancato collegamento del reo con una struttura criminale organizzata.

In aggiunta la Corte costituzionale offre una interpretazione diversa in materia di reati ostativi.

In linea con l'orientamento giurisprudenziale delineato nella pronuncia costituzionale del 22 ottobre 2014, n. 239, il Giudice delle Leggi si sofferma sulla natura di disposizione speciale dell'art. 4-*bis* ord. pen., norma che limita l'accesso ai benefici penitenziari non soltanto per i condannati per reati attinenti alla criminalità organizzata, ma per tutti quei soggetti che risultano socialmente pericolosi poiché condannati per delitti che destano allarme sociale per il solo titolo di reato.

Osserva la Consulta come il catalogo dei reati ostativi si sia man mano arricchito a seguito di vari interventi legislativi e sia oggi scomponibile per fasce di delitti, considerazione, questa, dalla quale sembra potersi concludere che l'art. 4-*bis* ord. pen., assolve oggi una funzione diversa rispetto al passato, evolutasi nel tempo e non più riconducibile ad un catalogo di delitti ben definito.

SEZIONI UNITE

di Teresa Alesci

L'ISCRIZIONE DEL PROVVEDIMENTO DI ARCHIVIAZIONE PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO NEL CASSELLARIO GIUDIZIALE

(Cass., sez. un., 24 settembre 2019, n. 38954)

Le Sezioni Unite sono state chiamate a dirimere la questione controversa relativa alla iscrivibilità nel casellario giudiziale del provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto *ex art. 131 bis c.p.*

Secondo l'orientamento maggioritario, il provvedimento di archiviazione *ex art. 131 bis c.p.* non rientra nella categoria dei provvedimenti giudiziari definitivi di cui all'art. 3, comma 1, lett. f), d.p.r. n. 313/2002, che non sono soggetti ad iscrizione nel casellario giudiziale (Cass., sez. V, 15 gennaio 2018, n. 3817; Cass., sez. III, 26 gennaio 2017, n. 30685; Cass., sez. I, 25 giugno 2018, n. 31600). In senso contrario, una pronuncia della Corte di Cassazione, seppur incidentalmente, sostiene l'iscrivibilità nel casellario giudiziale del decreto di archiviazione per particolare tenuità del fatto (Cass., sez. V, 15 giugno 2017, n. 40293, Serra). A tale opzione esegetica aderisce la Sezione rimettente, che evidenzia gli effetti negativi della mancata iscrizione del provvedimento di archiviazione nel casellario. In primo luogo, l'impossibilità di valutare con immediatezza la non abitudine del comportamento in caso di reiterazione di fatti della stessa indole, con evidente ricaduta sull'efficienza complessiva del sistema processuale. Il pubblico ministero, al fine di conservare traccia della declaratoria di non punibilità, infatti, potrebbe scegliere di non anticipare alla fase delle indagini la richiesta *ex art. 131 bis c.p.*, con inutile dispendio di attività processuali.

In via preliminare, le Sezioni Unite ricostruiscono il quadro normativo di riferimento. L'art. 3, comma 1, d.p.r. n. 313/2002 elenca i provvedimenti di cui è disposta l'iscrizione nel casellario giudiziale. La previsione è stata oggetto di diversi interventi normativi. Il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28 ha introdotto alla lett. f) del citato articolo 3, il riferimento ai provvedimenti con i quali viene dichiarata la non punibilità per particolare tenuità del fatto *ex art. 131 bis c.p.* Mentre, il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 122, in attuazione della delega contenuta nella l. 23 giugno 2017, n. 103, ha eliminato la tradizionale dicotomia tra certificato generale e certificato penale del casellario.

Già prima della pronuncia Serra, sulla questione oggetto del contrasto, si sono pronunciate le Sezioni Unite (Cass., sez. un., 25 febbraio 2016, n. 13681, Tushaj). Nel definire l'ambito applicativo dell'art. 131 *bis c.p.*, la sentenza Tushaj, seppur incidentalmente, sottolinea la necessità dell'iscrizione del provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto. Ai fini della valutazione della non abitudine del comportamento, quale presupposto per l'applicazione della causa di non punibilità, risulta indispensabile valutare la sussistenza di altri reati commessi dal medesimo autore e ritenuti non punibili ai sensi dell'art. 131 *bis c.p.* Solo attraverso la memorizzazione di tali pronunce nel casellario giudiziale, il giudice può compiere una concreta ed effettiva valutazione circa la sussistenza dei presupposti per la concessione della particolare tenuità. Secondo la sentenza Tushaj, dunque, l'annotazione nel casellario giudiziale del provvedimento proscioglitivo è *"l'antidoto indispensabile contro l'abuso dell'istituto"*.

In continuità con tale opzione esegetica, le Sezioni Unite, condividendo le conclusioni sostenute nella sentenza Serra, ritengono doverosa l'iscrizione dei provvedimenti di archiviazione per particolare tenuità del fatto nel casellario giudiziale. Il dato testuale di cui all'art. 3, comma 1, lett. f) d.p.r. n. 313/2002, infatti, nonostante presenti tratti di indubbia ambiguità, è suscettibile di una diversa interpretazione. La locuzione "nonché quelli" (che hanno dichiarato la non punibilità ai sensi dell'articolo 131 *bis c.p.*), che introduce l'ampliamento dell'originario catalogo dei provvedimenti da annotare nel casellario, è certamente riferita ai «provvedimenti giudiziari» menzionati nella prima parte della stessa disposizione normativa, ma non anche necessariamente alla loro qualificazione come definitivi. Inoltre, l'estensione dell'obbligo di iscrizione anche ai provvedimenti non "definitivi" relativi alla non punibili-

tà del fatto per particolare tenuità emerge anche dalla *voluntas legis*; infatti, la Relazione ministeriale allo schema del D.lgs. n. 28 del 2015 sottolinea l'irrinunciabile collegamento esistente tra la memorizzazione di tutti i provvedimenti che applicano il nuovo istituto e l'effettiva operatività della condizione di non abitudine del comportamento.

La conclusione delle Sezioni Unite, d'altro canto, supera le riserve di compatibilità costituzionale e convenzionale; sul primo versante, infatti, la garanzia di cui all'art. 24 Cost. è assicurata dalla previsione contenuta nel comma 1 *bis* dell'art. 411 c.p.p., che consente all'indagato di esercitare la propria difesa dinanzi al giudice investito della richiesta di archiviazione. La garanzia del doppio grado di giudizio, indicata dall'art. 2, Prot. 7, Cedu, invece, copre le dichiarazioni di colpevolezza e le condanne, e non anche i provvedimenti emessi in una fase anteriore al giudizio, come l'archiviazione. Del resto, l'iscrizione non può essere ritenuta un effettivo pregiudizio per l'indagato, poiché essa assolve esclusivamente ad una funzione di memorizzazione del provvedimento, destinata ad esplicitare gli effetti soltanto all'interno del circuito giudiziario.

In conclusione, le Sezioni Unite affermano il seguente principio di diritto: «*il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. deve essere iscritto nel casellario giudiziale, fermo restando che non ne deve essere fatta menzione nei certificati rilasciati a richiesta dell'interessato, del datore di lavoro e della pubblica amministrazione*».

DECISIONI IN CONTRASTO

di Paola Corvi

LA NATURA DELLA NULLITÀ CONSEGUENTE ALL'OMESSO AVVISO ALL'INDAGATO DELLA DATA D'UDIENZA DI RIESAME

(Cass., Sez. II, 11 settembre 2019, n. 37614)

L'omessa notifica all'indagato dell'avviso di fissazione dell'udienza camerale, a seguito della presentazione di una richiesta di riesame, comporta senza dubbio una nullità la cui natura, tuttavia, è discussa, essendo qualificata dalla giurisprudenza ora come assoluta e insanabile, ora come a regime intermedio.

Secondo un primo indirizzo giurisprudenziale l'omesso avviso della data fissata per l'udienza del riesame costituisce una palese violazione del diritto dell'indagato di partecipazione al procedimento e pertanto determina una nullità assoluta, insanabile e rilevabile in ogni stato e grado del procedimento, ai sensi degli artt. 178, comma 1, lett. c) e 179, comma 1, c.p.p., sebbene non comporti l'inefficacia della misura cautelare, che ha luogo nella sola ipotesi di decisione non intervenuta nel termine perentorio di dieci giorni dalla ricezione degli atti da parte del giudice del riesame (Cass., sez. I, 7 maggio 1996, n. 2020; Cass., sez. II, 15 dicembre 2003, n. 47841; Cass., sez. III, 7 marzo 2016, n. 9233; Cass., sez. V, 31 marzo 2017, n. 16224). Una diversa lettura svilirebbe l'assimilazione dell'avviso alla citazione, affermata dalle Sezioni Unite anche con specifico riferimento all'udienza davanti al tribunale del riesame (Cass., sez. un., 17 febbraio 2017, n. 7697), e si porrebbe in contrasto con i principi affermati nelle Sezioni Unite Palumbo che ricollega la nullità alla notificazione omessa o non idonea a determinare la conoscenza effettiva dell'atto (Cass., sez. un., 7 gennaio 2005, n. 119).

La sentenza in esame aderisce ad un contrapposto orientamento, secondo cui l'omessa notifica all'indagato della data fissata per l'udienza camerale di riesame determina una nullità di ordine generale a regime intermedio soggetta ai limiti di deducibilità di cui all'articolo 182 c.p.p. ed alla sanatoria di cui all'art. 184 c.p.p.

Nelle pronunce più risalenti la Corte di cassazione ha escluso la riconducibilità alla categoria delle nullità assolute del vizio conseguente all'omesso avviso della udienza del riesame in considerazione del fatto che la nullità derivante dall'omesso avviso all'indagato non è definita assoluta dall'art. 127 c.p.p., comma 5, c.p.p. e non attiene ad una ipotesi in cui è obbligatoria la presenza del difensore (Cass., sez. I, 8 giugno 1993, n. 1930; Cass., sez. III, 13 aprile 1993, n. 553).

Più convincente l'iter argomentativo seguito in altre pronunce, tra cui quella in esame, che parte dalla confutazione della tesi contraria e si fonda sulla distinzione, sul piano sistematico, tra avviso relativo all'udienza di riesame e avviso di udienza preliminare. Secondo questo orientamento, la tesi che afferma la natura assoluta della nullità derivante dall'omesso avviso all'indagato della data d'udienza del riesame si fonda su un'interpretazione estensiva del concetto di citazione dell'imputato che consente di attrarre nell'ambito delle nullità assolute anche la diversa ipotesi dell'omesso avviso dell'udienza di riesame. Tuttavia un'interpretazione estensiva o addirittura analogica dell'art. 179 c.p.p. è preclusa dalla natura tassativa e eccezionale della disciplina delle nullità assolute. A differenza dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, la cui omessa notifica configura una nullità assoluta e insanabile derivante da omessa citazione dell'imputato, l'avviso di fissazione dell'udienza del riesame non pare assimilabile alla citazione dell'imputato. Infatti mentre l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, in quanto notificato unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio, assume l'aspetto contenutistico e sostanziale di una "citazione", essendo finalizzato a consentire la partecipazione della parte personalmente all'udienza e quindi l'esercizio del diritto alla difesa, non altrettanto può dirsi con riferimento all'avviso della udienza del riesame, che non può essere equiparato alla citazione, poiché la citazione evoca una "chiamata in causa" che ha struttura e funzioni diverse dal semplice avviso. La non comparabilità tra i due istituti emerge inoltre da altri fattori, sottolineati da questo indirizzo giurisprudenziale: da un lato il

procedimento di riesame viene instaurato a seguito di una richiesta dell'indagato, il quale è ben consapevole delle scadenze assai accelerate del procedimento; dall'altro, soltanto per gli avvisi – e non anche per la citazione – è previsto, come ordinaria forma di notificazione, l'istituto dell'avviso *de praesenti* a norma dell'art. 148 c.p.p., comma 5 e, per il pubblico ministero, dell'art. 151 c.p.p., comma 3. Dalla impossibilità di assimilare gli istituti dell'avviso e della citazione discende dunque la inapplicabilità, al caso di specie, dell'ipotesi di nullità assoluta per "omessa citazione" dell'imputato (Cass., sez. II, 27 gennaio 2016, n. 3694; Cass., sez. II, 22 aprile 2015, n. 16781).

IL POTERE DEL GIUDICE DI DISPORRE CON LA SENTENZA DI PATTEGGIAMENTO L'ESPULSIONE DELLO STRANIERO A TITOLO DI SANZIONE SOSTITUTIVA DELLA PENA DETENTIVA

(Cass., sez. V, 4 luglio 2019, n. 29396)

Il testo unico sull'immigrazione prevede accanto alla espulsione amministrativa, tre tipologie di provvedimenti di espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, conseguente a procedimento penale: l'espulsione dello straniero clandestino o irregolare, disposta dal giudice come sanzione sostitutiva della pena detentiva da applicare entro i limiti dei due anni, senza che ricorrano i presupposti per concedere la sospensione della pena (art. 16, comma 1, d.lgs. n. 286 del 1998); l'espulsione dello straniero clandestino o irregolare detenuto, che deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni, disposta come misura alternativa alla detenzione (art. 16 comma 5, d.lgs. n. 286 del 1998); l'espulsione disposta dal giudice a titolo di misura di sicurezza, da eseguirsi a fine pena, in caso di pericolosità sociale del condannato (art. 15 d.lgs. n. 286 del 1998).

Con riguardo alla espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della pena detentiva, l'art. 16 comma 1, d.lgs. n. 286 del 1998 riconosce al giudice un potere discrezionale in ordine alla sostituzione della pena che ritiene di dover irrogare con la misura della espulsione. Si è dunque posto il problema se, in caso di sentenza di patteggiamento, il giudice possa esercitare tale potere discrezionale autonomamente, applicando la sanzione sostitutiva indipendentemente dal consenso delle parti sul punto, oppure al contrario non possa disporre l'espulsione in assenza di accordo tra le parti.

Secondo un orientamento giurisprudenziale, l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato prevista dall'art. 16 comma 1 d.lgs. n. 286 del 1998, essendo una misura sostitutiva della detenzione in carcere e non una misura di sicurezza, esula dall'accordo delle parti sull'applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. e può essere disposta direttamente dal giudice, all'esito di una valutazione discrezionale dei parametri normativi, con una statuizione che l'interessato, in assenza della domanda di applicazione del beneficio della sospensione condizionale della pena, non ha un interesse concreto ed attuale ad impugnare (Cass., sez. I, 30 luglio 2014, n. 33799).

Tuttavia nella giurisprudenza di legittimità è emerso un orientamento di segno contrario che nega al giudice, in sede di applicazione della pena su richiesta delle parti, il potere di sostituire di ufficio la pena detentiva con le sanzioni sostitutive, in assenza di una esplicita richiesta delle parti, perché diversamente la decisione del giudice sarebbe difforme dalla richiesta (Cass., sez. V, 13 aprile 2011, n. 15079). Anche con riguardo l'espulsione dello straniero il principio è stato direttamente affermato dalla Corte di cassazione, che ha escluso la sostituzione della pena della reclusione, richiesta dalla parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p., con la espulsione dal territorio dello Stato *ex* art. 16, comma 1, d.lgs. n. 286 del 1998 in un caso in cui, peraltro, la richiesta concordata prevedeva la concessione della sospensione condizionale della pena (Cass., sez. VI, 7 marzo 2006, n. 7906). Indirettamente il principio è stato ribadito di recente in una pronuncia in cui si configura la nullità della sentenza di patteggiamento che non disponga l'espulsione in sostituzione della pena detentiva, come concordato dalle parti, così confermando che l'espulsione come sanzione sostitutiva della pena detentiva rientra a pieno titolo nell'accordo tra le parti (Cass., sez. V, 29 maggio 2018, n. 40198). Anche la sentenza in esame sottolinea come la sostituzione della pena detentiva con l'espulsione del condannato sia decisa dal giudice nell'esercizio di un potere discrezionale, rispetto al quale è ragionevole che operi il limite dell'accordo delle parti, vista la struttura dell'istituto del patteggiamento.

Sembra dunque al momento prevalente l'interpretazione incentrata sulla rilevanza dell'accordo tra le parti, che valorizza l'interesse dell'imputato a non vedersi comminata una sanzione, estranea al patto concluso con il pubblico ministero, che potrebbe anche essere sentita come maggiormente afflittiva rispetto alla detenzione.

RASSEGNA BIBLIOGRAFICA

di Marilena Colamussi

H. BELLUTA, *IL PROCESSO PENALE AI TEMPI DELLA VITTIMA*, TORINO, GIAPPICHELLI, 2019, PP. 1-264.

Il volume è un'antologia di saggi editi in riviste nazionali e internazionali. Il *fil rouge* è il ruolo della vittima del reato in una dimensione diacronica, a partire dall'autonomia raggiunta nella grande riforma del codice di procedura penale. La tutela della persona offesa si articola nel riconoscimento di una serie di diritti e facoltà prima sconosciuti, frutto della crescente attenzione delle convenzioni internazionali prima, e della legislazione interna, poi.

Gli ambiti finora privilegiati sembrano quelli riguardanti le informazioni destinate alla vittima del reato: i) a garanzia dell'incolumità della persona (basta pensare alla materia cautelare e pre-cautelare); ii) a salvaguardia della genuinità delle fonti di prova (si pensi al ruolo della vittima vulnerabile e all'incidente probatorio); iii) a protezione delle potestà difensive (è il caso del diritto all'assistenza tecnica, alla traduzione degli atti, al rimborso delle spese e alla conoscenza delle procedure per formalizzare la notizia di reato); iiii) a realizzare la riparazione del danno (si pensi agli strumenti di giustizia ripartiva).

Le innovazioni si sono sempre concentrate sulla fase delle indagini preliminari, per proteggere la persona offesa e scongiurare il fenomeno della vittimizzazione secondaria; al contrario, appare sottostimato il contributo che questo soggetto processuale potrebbe fornire all'accertamento del fatto di reato.

In chiusura, la riflessione guarda al futuro, alla ricerca della "nuova" identità della vittima nel rito penale, seguendo le tracce segnate dalle linee guida europee (decisione quadro 2001/220/GAI; direttiva 2012/29/UE).

V. BOVE, *PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO*, MILANO, GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE, 2019, PP. XVIII-366.

L'istituto della "irrelevanza del fatto" ha debuttato nel rito minorile; più di recente, esso è stato introdotto nel sistema ordinario con una connotazione ancipite tra diritto e processo penale. Si tratta di uno strumento di *diversion*, ispirato al paradigma ripartivo, che incontra una crescente diffusione internazionale e si affianca al modello retributivo, ormai giunto al capolinea.

Il volume ripercorre anzitutto l'iter legislativo; traccia il quadro di riferimento normativo, in sede di diritto sostanziale e processuale, approda all'inquadramento sistematico della nuova causa di non punibilità. Egesi e applicazione delle norme sono scrutinate nella concretezza del diritto vivente; l'ampia rassegna giurisprudenziale permette di riempire di contenuto categorie come la "tenuità dell'offesa" e la "non abitudine del comportamento", presupposti applicativi della disciplina ancora oggi bisognosi di apporti definitivi.

In tema di tenuità del fatto si propone un'inedita chiave di lettura, plasmata a misura delle esigenze correnti nella realtà applicativa, in modo da evitare qualsiasi automatismo; in questa dimensione trova terreno fertile e profondo radicamento il modello della *restorative justice*.

Le linee guida per l'applicazione della causa di non punibilità emergono anche dal confronto con l'istituto affine adottato nel procedimento dinanzi al giudice di pace e nel rito minorile.

Chiude il testo una disamina dei modi e delle forme con i quali la particolare tenuità del fatto si innesca nei segmenti procedimentali e nelle fasi processuali del rito penale.

M. DEL TUFO (A CURA DI), *LA LEGGE ANTICORRUZIONE 9 GENNAIO 2019, N. 3. AGGIORNATA ALLA LEGGE 28 GIUGNO 2019, N. 58*, TORINO, GIAPPICHELLI, 2019, PP. 1-384.

Il volume coordinato da Marivaleria Del Tufo va oltre il commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3, intitolata «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», ed involge anche modifiche successive (introdotte con legge 28 giugno 2019, n. 58, di conversione del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34, recante misure urgenti di crescita economica e per la risoluzione di specifiche situazioni di crisi, c.d. “decreto-crescita”).

La sinergia tra esperti del mondo accademico, giudiziario e forense, consente di passare al setaccio l'intervento normativo, eterogeneo per gli ambiti coinvolti, complesso per i risvolti critici emergenti sul terreno teorico e su quello della prassi applicativa (in evidente consonanza con la necessaria implementazione delle singole innovazioni nel sistema penale).

Le scelte di politica criminale, di natura repressiva, hanno comportato, oltre all'introduzione di inedite fattispecie criminose a tutela della pubblica amministrazione, ingiustificati automatismi nell'applicazione delle pene accessorie, con ricadute inevitabili in chiave di possibile illegittimità costituzionale; nondimeno, l'altalenante disciplina della prescrizione sollecita letture critiche, necessitate dall'esigenza di definire gli effetti concreti della riforma.

Rilevanti le novità in materia di strategia cautelare per contrastare la corruzione (transitoria preclusione a stipulare contratti con la pubblica amministrazione), così come nell'ambito dei rimedi adottabili in sede processuale (patteggiamento per i reati contro la pubblica amministrazione), nonché nel settore investigativo dove si codificano le operazioni sotto copertura (cosiddetta “legge spazzacorrotti”) e l'utilizzo dei captatori informatici.

Si inaspriscono le regole del gioco nei molteplici e variegati ambiti di intervento, tra cui quello relativo alla responsabilità amministrativa degli enti, e in tema di trasparenza e controllo dei partiti e dei movimenti politici. Sbocco dell'indagine è la ricerca e definizione di soluzioni interpretative chiare e univoche, ispirate ai principi fondamentali, utili a risolvere le contraddizioni e i rischi di abusi, generati da un legislatore illusionista, che il più delle volte ignora le garanzie primarie.

F. FIORENTIN-C. FIORIO, LA RIFORMA DELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO, MILANO, GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE, 2019, PP. X-214.

I d.lgs. n. 121, 123 e 124 del 2 ottobre 2018 aggiornano il compendio delle forme e degli oggetti di tutela in materia di popolazione carceraria. L'obiettivo di riannodare le trame della materia passa per una seria traduzione dei principi in norme concrete ed efficaci. C'è del buono in una legislazione permeabile ai principi, ma l'osmosi non può essere lenta; è questa una criticità certa della nuova regolamentazione del sistema penitenziario.

Le premesse erano - e sono - le indicazioni provenienti dai trattati internazionali, dagli Stati generali sull'esecuzione penale e dalla legge delega n. 103/2017, alle quali indicazioni il legislatore della riforma ha attinto in modo molto marginale. Viceversa, l'impulso della Corte Costituzionale resta utile presidio dei principi e strumento di contrasto delle diversioni del legislatore così come di certa giurisprudenza.

Il volume illustra la recente riforma dell'ordinamento penitenziario proponendo una trattazione per aree tematiche oggetto dei singoli provvedimenti normativi.

La prima parte è dedicata all'introduzione del primo ordinamento penitenziario per i minorenni (d.lgs. n. 121 del 2018) che colma un vuoto normativo risalente al 1975 (art. 79 l. 26 luglio 1975, n. 354) e risponde alla necessità di differenziare il trattamento rispetto agli adulti (necessità colta e tutelata solo dalla Corte Costituzionale per molti anni).

La principale novità è costituita dalla disciplina delle misure penali di comunità, delineate anche sul piano delle dinamiche esecutive marcatamente tese a soddisfare la garanzia costituzionale della funzione rieducativa della pena (art. 27, comma 2, Cost.), luogo comune anche del progetto di intervento educativo e delle regole del trattamento penitenziario elaborate ad hoc per minorenni e giovani adulti.

Nella seconda parte, la trattazione si concentra sulla tutela del diritto alla salute, oggetto del d.lgs. n. 123 del 2018, costruita sul riordino della medicina penitenziaria (avviato con il d.lgs. n. 230 del 1999) e sull'attribuzione delle competenze al Servizio Sanitario Nazionale; con riguardo a cure e prestazioni sanitarie, si avverte e si esprime l'esigenza di assicurare effettiva parità di trattamento tra persone libere e detenute. In piena consonanza, la gestione della vita penitenziaria viene regolamentata (ancorché “a macchia di leopardo”) nel senso della semplificazione nei controlli (corrispondenza, permessi) e nelle procedure (reclamo, liberazione anticipata).

Da ultimo, con il d.lgs. n. 124 del 2018 si riscrivono le coordinate dell'architettura penitenziaria e

viene rinnovata completamente la disciplina del lavoro penitenziario, attraverso strumenti di riqualificazione professionale finalizzati al reinserimento sociale, nelle forme inedite del “lavoro di pubblica utilità”.

L’esordio applicativo delle innovazioni introdotte non può dire di più; tuttavia, salutare una riforma con l’attesa di un’altra riforma è poco incoraggiante, al meno per il contenuto implicito: il fallimento della prima.

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, PADOVA, WOLTERS KLUWER CEDAM, 2019, PP. 1-608.

La cooperazione giudiziaria penale è entrata a far parte a pieno titolo del tessuto normativo interno attraverso un graduale adeguamento alle indicazioni provenienti dai trattati internazionali, alle censure della Corte europea dei diritti dell’uomo, nonché alla giurisprudenza di legittimità.

Il percorso di modernizzazione - divenuto improcrastinabile - ha comportato da un lato l’introduzione di istituti inediti e dall’altro significativi interventi sulla normativa preesistente. Il volume, a cura di Maria Riccarda Marchetti ed Eugenio Selvaggi, affronta le problematiche emergenti sul terreno della compatibilità con le regole del rito penale e si interroga sulle prospettive future di efficacia ed efficienza del rinnovato sistema. Il processo di razionalizzazione e semplificazione dell’iter procedurale ha prodotto importanti cambiamenti di rotta che il volume passa in rassegna per delineare le nuove frontiere della cooperazione internazionale.

La trattazione è organizzata in tre Parti: «Le modifiche al codice di procedura penale»; «L’assistenza giudiziaria tra i paesi membri dell’UE»; «I nuovi strumenti dell’assistenza giudiziaria».

La prima parte ricostruisce la gerarchia delle fonti normative di riferimento, nonché i principi generali posti a fondamento dei “nuovi” canali di cooperazione giudiziaria internazionale. Muovendo dalla genesi della riforma, il volume delinea la rimodulazione delle garanzie processuali relative agli istituti dell’extradizione, delle rogatorie dall’estero (procedimento passivo) e per l’estero, e in materia di effetti delle sentenze penali straniere in Italia, nonché, inevitabilmente, in materia di esecuzione all’estero delle sentenze penali italiane. Particolare attenzione è rivolta anche al tema del trasferimento dei procedimenti penali, inteso come “cessione di giurisdizione”, all’indomani della Convezione in materia del Consiglio d’Europa e degli sviluppi successivi, fino all’introduzione del d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 29, recante «Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all’esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali».

La seconda parte è dedicata alle alterne vicende della Convezione UE di assistenza giudiziaria in materia penale del 2000, alla ricerca di soluzioni sensibili alle problematiche operative dell’Ordine Europeo di Indagine (OEI), con attenzione, segnatamente, alla codificazione del principio del mutuo riconoscimento.

Il costante riferimento a diritti e garanzie della difesa illumina la disamina del procedimento passivo di riconoscimento ed esecuzione dell’OEI (artt. 4-6, 8, 12-14 d.lgs. n. 108 del 2017), e della procedura attiva.

In chiusura, il volume coniuga al futuro il verbo della cooperazione giudiziaria, passando attraverso un’accurata riflessione sugli strumenti in auge, tra i quali: le squadre investigative comuni; le operazioni di infiltrazione; le indagini bancarie; le intercettazioni telefoniche; le videoconferenze e le conferenze telefoniche transnazionali.



Processo penale e giustizia n. 6 | 2019

Avanguardie in giurisprudenza

Cutting Edge Case Law

Sentenza di patteggiamento ed omessa pronuncia sull'applicabilità della misura di sicurezza prevista per legge

CASS., SEZ. III, SENT. 17 DICEMBRE 2018, N. 20781 – PRES. ROSI; REL. SOCCI

La sentenza di applicazione della pena che abbia omesso di disporre, o di valutare, l'espulsione dal territorio dello Stato dello straniero per uno dei reati indicati nell'art. 86 del d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 può essere impugnata dal p.m. con ricorso per cassazione, non ostandovi la previsione dell'art. 448 comma 2-*bis*, c.p.p., introdotta dall'art. 1, comma 50, della l. 23 giugno 2017, n. 103, che individua ipotesi tassative per la proponibilità di detta impugnazione, tra le quali l'illegalità della misura di sicurezza, che deve ritenersi sussistente quando nessuna analisi del giudice del patteggiamento è stata effettuata sulla sussistenza o no delle condizioni di applicabilità della misura di sicurezza; l'interpretazione diversa dell'art. 448, comma 2-*bis*, c.p.p. sarebbe palesemente incostituzionale, in quanto non consentirebbe il ricorso in Cassazione come previsto dall'art. 111 Cost. per le decisioni sulla libertà personale.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1. Il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Bergamo con sentenza di patteggiamento del 4 luglio 2018 applicava a [*Omissis*] la pena di anni 3 e mesi 9 di reclusione ed € 14.000,00 di multa, relativamente ai reati di cui all'art. 73, comma 1, T.U. stup. unificati con la continuazione; disponendo altresì confisca, con distruzione della droga in sequestro.

2. La Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Brescia, ha proposto ricorso per cassazione, per i motivi di seguito enunciati, nei limiti strettamente necessari per la motivazione, come disposto dall'art. 173, comma 1, disp. att., cod. proc. pen.

2.1. Violazione di legge (art. 86, T.U. stup.) per l'omessa applicazione della misura di sicurezza dell'espulsione. Il giudice non ha ordinato l'espulsione dell'imputato dal territorio dello Stato a pena espiata, come espressamente previsto dalla norma (art. 86, T.U. stup.), né ha motivato sull'assenza di pericolosità che legittimerebbe l'omessa applicazione della misura di sicurezza pur con una condanna a pena superiore ai tre anni; l'imputato si trova illegalmente sul territorio dello Stato, senza occupazione, e pienamente inserito nel circuito dello spaccio di diversi stupefacenti.

3. Ha proposto ricorso in Cassazione anche l'imputato, tramite difensore con due distinti motivi di ricorso.

3.1. Violazione di legge, relativamente all'art. 73, quinto comma, T.U. stup. per omessa valutazione della qualificazione del fatto nell'ipotesi autonoma di lieve entità. Solo uno degli involucri contenenti lo stupefacente è stato sottoposto ad analisi qualitative, per gli altri si è solo presunto fosse della stessa natura e purezza di quello analizzato. In mancanza di una certezza sulla qualità della sostanza stupefacente, e del suo principio attivo, doveva qualificarsi il fatto *ex* art. 73, quinto comma, T.U. stup.

3.2. Mancanza della motivazione relativamente alla sussistenza di cause di non punibilità *ex* art. 129, cod. proc. pen.

Hanno chiesto, pertanto, l'annullamento del provvedimento impugnato.

4. La Procura Generale della Suprema Corte di Cassazione [*Omissis*] ha chiesto di annullare senza rinvio la sentenza impugnata, limitatamente all'omessa applicazione della misura di sicurezza dell'espulsione del condannato dal territorio dello Stato e di dichiarare inammissibile il ricorso dell'imputato.

CONSIDERATO IN DIRITTO

5. Il ricorso dell'imputato risulta inammissibile, in quanto proposto nei casi non previsti dalla legge.

Ai sensi dell'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. «Il Pubblico Ministero e l'imputato possono proporre ricorso per cassazione contro la sentenza di patteggiamento solo per motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza».

Non risulta proponibile, quindi, un ricorso per il vizio di motivazione, relativamente alla omessa valutazione delle ipotesi di cui all'art. 129, cod. proc. pen.

Inoltre, per l'erronea qualificazione del fatto, deve ribadirsi la giurisprudenza di questa Corte che richiede la presenza di un errore manifesto o palesemente rilevabile: «In tema di patteggiamento, l'erronea qualificazione giuridica del fatto ritenuto in sentenza può costituire motivo di ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., come modificato dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, solo quando detta qualificazione risulti, con indiscussa immediatezza, palesemente eccentrica rispetto al contenuto del capo di imputazione o sia frutto di un errore manifesto» (Sez. 6, n. 2721 del 08/01/2018 – dep. 22/01/2018, Bouaroua, Rv. 27202601). Il ricorso sul punto è generico, in quanto si limita a prospettare una errata qualificazione del fatto senza nulla aggiungere, se non genericamente l'assenza di analisi chimiche di tutta la sostanza.

5. Ai fini dell'applicazione della misura di sicurezza dell'espulsione dello straniero *ex art.* 86 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 per la avvenuta commissione di reati in materia di stupefacenti, è necessario non solo il previo accertamento della sussistenza in concreto della pericolosità sociale del condannato, in conformità all'art. 8 CEDU in relazione all'art. 117 Cost., ma anche l'esame comparativo della condizione familiare dell'imputato, ove ritualmente prospettata, con gli altri criteri di valutazione indicati dall'art. 133 cod. pen., in una prospettiva di bilanciamento tra interesse generale alla sicurezza sociale ed interesse del singolo alla vita familiare. (Fattispecie in cui la S.C. ha ritenuto immune da vizi la decisione di merito che aveva valutato preminente l'esigenza di tutelare la popolazione dal pericolo derivante dalla presenza di un soggetto dedito a gravi attività criminose sul diritto al mantenimento del rapporto coniugale e genitoriale con la moglie italiana ed il figlio minore, suscettibile di proseguire anche all'estero). (Sez. 4, n. 52137 del 17/10/2017 – dep. 15/11/2017, Taibi, Rv. 27125701).

La discrezionalità della misura di sicurezza, conseguente alla considerazione in concreto della pericolosità sociale del reo, non significa, però, assenza assoluta di valutazione del caso concreto da parte del giudice del patteggiamento.

Sul punto si deve segnalare una diversità di pronunciamenti della Suprema Corte dopo la riforma della norma con la legge 103 del 2017 che ha introdotto il citato art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen.

Un primo orientamento è stato espresso da Sez. 3, n. 45559 del 07/03/2018 – dep. 10/10/2018, P, Rv. 27395001: «La sentenza di applicazione della pena che abbia omesso di disporre l'espulsione dal territorio dello Stato dello straniero per uno dei reati indicati nell'art. 86 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 non può essere impugnata dal p.m. con ricorso per cassazione, ostandovi la previsione dell'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., introdotta dall'art.1, comma 50, della legge 23 giugno 2017, n. 103, che individua ipotesi tassative per la proponibilità di detta impugnazione, tra le quali l'adozione di una misura di sicurezza» (nello stesso senso, S. 6 del 7 febbraio 2019, n. 6136, non massimata). Per questa giurisprudenza la misura di sicurezza dell'espulsione dello straniero anche se non disposta nella sentenza *ex art.* 444, cod. proc. pen. e in assenza assoluta di motivazione, sulla pericolosità sociale non rientra nell'ipotesi di possibile ricorso in Cassazione, come previsto dalla norma (art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen.: «all'illegalità della pena o della misura di sicurezza»).

Il quesito al quale bisogna rispondere è quello della considerazione, o no, di una misura di sicurezza illegale nelle ipotesi di assoluta mancanza di motivazione sulla sussistenza dei presupposti della misura di sicurezza dell'espulsione dello straniero prevista dalla citata disposizione del T. U. stup.

È pur vero, però, che la Cassazione ha ritenuto la misura di sicurezza diversa dalla pena: «È “convenzionalmente” legittima l'applicazione retroattiva delle misure di prevenzione patrimoniale, con riferimento a fatti anteriori all'entrata in vigore delle norme che le disciplinano, poiché le stesse, in quanto connotate da natura preventiva e non sanzionatoria, non sono riconducibili alla nozione di “pena” di cui all'art. 7 CEDU» (Sez. 2, n. 30938 del 10/06/2015 – dep. 16/07/2015, Annunziata e altro, Rv. 26417301). Ciò non esclude che, anche, la misura di sicurezza deve ritenersi sottoposta alla legalità della sua irrogazione *ex art.* 25 della Costituzione e 199, cod. proc. pen., al pari della pena.

Per pena illegale comunque deve intendersi quella che si risolve in una pena diversa, per specie, da quella stabilita dalla legge, ovvero quantificata in misura inferiore o superiore ai relativi limiti edittali: «Non configura un'ipotesi di pena illegale "ab origine" la sanzione che sia complessivamente legittima ma determinata secondo un percorso argomentativo viziato (nella specie: erroneo aumento della pena per le circostanze aggravanti, pur muovendo da una pena base corretta), sicché, in tal caso, la relativa questione non è rilevabile d'ufficio dalla Corte di cassazione in presenza di ricorso inammissibile. (In motivazione la S.C. ha precisato che rientra nella nozione di pena illegale "ab origine" quella che si risolve in una pena diversa, per specie, da quella stabilita dalla legge, ovvero quantificata in misura inferiore o superiore ai relativi limiti edittali)» (Sez. 5, n. 8639 del 20/01/2016 – dep. 02/03/2016, De Paola e altri, Rv. 26608001).

Nel concetto di misura di sicurezza illegale, così come per la pena illegale, quindi, deve rientrare anche l'omessa applicazione (e l'omessa motivazione in assoluto sulla pericolosità) della misura di sicurezza dell'espulsione dello straniero prevista dalla legge (art. 86, T.U. stup.). Il trattamento sanzionatorio per il caso concreto sarebbe diverso da quello stabilito dalla legge, relativamente all'importante misura di sicurezza, espressamente prevista per la condanna dall'art. 86, T.U. stup.

L'omessa valutazione della pericolosità e l'omessa applicazione della misura di sicurezza (conseguente alla valutazione di pericolosità) risulta certamente una violazione "della pena legalmente prevista" dalla norma (anche la misura di sicurezza rientra nella previsione "sanzionatoria" prevista dalla norma). La pena irrogata senza la misura di sicurezza risulterebbe illegale, non conforme alla previsione normativa per i fatti giudicati.

Nel procedimento di applicazione di pena su richiesta, le parti, infatti, non possono vincolare il giudice con un accordo avente ad oggetto anche le pene accessorie, le misure di sicurezza o la confisca, essendo dette misure fuori dalla loro disponibilità; ne consegue che, nel caso in cui il consenso si riferisca anche ad esse, il giudice non è obbligato a recepire o non recepire per intero l'accordo, rimanendo vincolato soltanto ai punti concordati riguardanti elementi nella disponibilità delle parti (vedi Sez. 2, n. 1934 del 18/12/2015, dep. 2016, Spagnuolo, Rv. 265823/01; Sez. 5, n. 1154 del 22/03/2013, dep. 2014, Defina, Rv. 258819/01; Sez. 2, n. 19945 del 19/04/2012, Toseroni, Rv. 252825/01). Comunque «Il fatto che il legislatore abbia sottratto all'accordo delle parti le suddette misure – confisca e misure di sicurezza –, non significa che le parti, nell'ambito della loro discrezionalità ed autonomia, non possano inserire, nell'accordo sul trattamento sanzionatorio, anche un accordo sulle suddette misure. Tuttavia, proprio perché la legge è categorica nello stabilire che le suddette misure non rientrano nella disponibilità delle parti, essendone riservata l'applicazione al giudice, è ovvio che un eventuale accordo potrebbe avere solo una semplice funzione di orientamento nella decisione del giudice il quale, quindi, può tenerne conto o no, avendo solo l'obbligo di motivare sulla decisione adottata.» (Sez. 2, n. 19945 del 2012 e, Sez. 5, n. 1154 del 2014).

Bisogna esaminare approfonditamente quale debba essere il significato da attribuire alla nozione di *illegalità della misura di sicurezza*. La nozione di *misura di sicurezza illegale* non risulta analizzata efficacemente in dottrina e giurisprudenza. La nozione di *pena illegale*, come visto e anche ritenuto dalle Sezioni Unite (Sez. U, n. 40986 del 19/07/2018, Pittalà, Rv. 273934/01-273934/02, e Sez. U, n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli, Rv. 264205/01-264207/01), attiene a quella pena che, per specie ovvero per quantità, non corrisponde a quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice in questione, così collocandosi al di fuori del sistema sanzionatorio come delineato dal codice penale, o che, comunque, è stata determinata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione basato su una cornice edittale inapplicabile, perché dichiarata costituzionalmente illegittima o perché individuata in violazione del principio di irretroattività della legge pena più sfavorevole.

Ad avviso del Collegio, la nozione di *misura di sicurezza illegale* non sembra determinabile, almeno in linea generale, utilizzando i parametri cui si fa riferimento per individuare il significato della nozione di pena illegale. In particolare, nei casi di confisca a norma dell'art. 240 cod. pen. e di confisca in casi particolari *ex art. 240-bis* cod. pen., ma anche, ad esempio, di espulsione od allontanamento dello straniero dallo Stato, sembra davvero difficile ipotizzare una misura che, per specie ovvero per quantità, non corrisponda a quella astrattamente prevista, o che è stata determinata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione basato su parametri edittali inapplicabili. Piuttosto, la nozione di *misura di sicurezza illegale* sembra far riferimento alle misure di sicurezza applicate in violazione dei presupposti e dei limiti stabiliti dalla legge, cioè dagli artt. 25, secondo comma, Cost., e 199 cod. pen.

Invero, l'art. 25 della Costituzione prevede: «Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge»; l'art. 199 cod. pen. prevede che: «Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti». Del resto, che il controllo sulla legalità della misura di sicurezza abbia una proiezione diversa rispetto a quello sulla legalità della pena è coerente anche con la diversità dei presupposti normativamente previsti per l'applicazione della prima rispetto alla seconda. Infatti, mentre la pena segue all'accertamento del reato, la misura di sicurezza presuppone sempre una valutazione ulteriore rispetto a quella relativa alla sussistenza della fattispecie di reato presupposta. Ad esempio, ai fini dell'applicabilità delle misure di sicurezza personale non è mai sufficiente la verifica della commissione di un fatto di reato attribuibile al soggetto, ma occorre anche l'accertamento della pericolosità sociale del medesimo. Così anche per l'applicazione della misura di sicurezza in oggetto, prevista dall'art. 86, T.U. stup.

La nozione di *misura di sicurezza illegale* quale categoria concernente le misure di sicurezza applicate in violazione dei presupposti e dei limiti stabiliti dalla legge consente anche di assicurare il rispetto del principio costituzionale della necessità del ricorso in Cassazione «per violazione di legge» contro le sentenze ed i provvedimenti sulla libertà personale, fissato dall'art. 111, settimo comma, Costituzione.

La natura del giudizio di Cassazione come «rimedio costituzionalmente imposto» nei confronti di tutte le sentenze ed i provvedimenti che riguardano la libertà personale previsto dall'art. 111, comma settimo, Costituzione, impone di verificare se l'interpretazione della non ricorribilità in Cassazione nelle ipotesi di sentenza di patteggiamento che abbia omesso di motivare sulla sussistenza dei presupposti di una misura di sicurezza (o anche della confisca) o al contrario abbia applicato una misura di sicurezza fuori dai casi previsti dalla legge (due facce della stessa medaglia) sia costituzionalmente corretta. Incidendo la misura di sicurezza in modo concreto e diretto sulla libertà personale un sacrificio del ricorso per cassazione (ritenuto non ammissibile *ex art. 448, comma 2-bis, cod. proc. pen.*) in ragione e in contropartita della celerità e del premio (sconto di pena) per il rito del patteggiamento risulterebbe certamente incostituzionale. L'unica soluzione costituzionalmente orientata, quindi, risulta quella di ritenere possibile il ricorso in Cassazione *ex art. 111, comma 7, Costituzione* nelle ipotesi di omessa applicazione (identicamente di omessa valutazione per l'applicazione) o di illegittima applicazione con una sentenza di patteggiamento della misura di sicurezza.

L'altra interpretazione dell'art. 448, comma 2-bis, cod. proc. pen. risulterebbe palesemente incostituzionale in quanto nessun controllo sarebbe possibile in sede di legittimità su una misura di sicurezza certamente non concordata dalle parti, ma applicata dal Giudice (o non applicata o anche non valutata nella sussistenza dei presupposti legittimanti la possibile applicazione).

Del resto, l'applicazione (anche provvisoria) di una misura di sicurezza incide sulla libertà personale, al pari di una misura cautelare personale, come espressamente ritenuto da questa Corte di Cassazione: «Ai fini dell'applicazione provvisoria di una misura di sicurezza, una volta accertata la persistente pericolosità del soggetto, non è necessaria la prova piena del fatto, essendo sufficienti i gravi indizi della sua sussistenza, atteso l'indubbio parallelismo tra applicazione provvisoria di una misura di sicurezza e applicazione di misura cautelare personale, come evincibile dal diretto riferimento dell'art. 313 cod. proc. pen. all'art. 292 cod. proc. pen., in relazione alle modalità di valutazione ed applicazione della misura, e dal fatto che il citato art. 313, al terzo comma, equipara, ai fini dell'impugnazione, la misura prevista all'art. 312 cod. proc. pen. alla custodia cautelare» (Sez. 5, n. 4144 del 03/10/2000 – dep. 24/11/2000, Mazzanti, Rv. 21739001).

Conseguentemente l'omessa applicazione della misura di sicurezza (o anche l'omessa valutazione sulla sussistenza delle situazioni concrete per la sua applicazione) dell'espulsione dello straniero *ex art. 86 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309*, per la avvenuta commissione di reati in materia di stupefacenti, anche se non risulta automatica deve ritenersi illegale (vedi nello stesso senso Sez. 3, n. 4252 depositata il 29 gennaio 2019, Caruso, non massimata).

Il Procuratore Generale ricorrente, del resto, ha evidenziato, in concreto nel ricorso in Cassazione, alcuni dati significativi del caso in giudizio, ovvero la condizione dell'imputato quale straniero irregolarmente presente in Italia, senza occupazione e pienamente inserito nel traffico di stupefacenti di varia qualità.

L'applicazione della specifica misura di sicurezza dell'espulsione dell'imputato dal territorio dello Stato a pena espiata, di cui all'art. 86, T.U. stup., quale misura efficace per la prevenzione specifica e generale dei reati deve essere adeguatamente valutata dal giudice del patteggiamento; in assenza di valutazione e di motivazione sul punto è possibile il ricorso in Cassazione.

Può conseguentemente esprimersi il seguente principio di diritto: «La sentenza di applicazione della pena che abbia omesso di disporre, o di valutare, l'espulsione dal territorio dello Stato dello straniero per uno dei reati indicati nell'art. 86 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 può essere impugnata dal p.m. con ricorso per cassazione, non ostandovi la previsione dell'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., introdotta dall'art. 1, comma 50, della legge 23 giugno 2017, n. 103, che individua ipotesi tassative per la proponibilità di detta impugnazione, tra le quali l'illegalità della misura di sicurezza che deve ritenersi sussistente quando nessuna analisi del giudice del patteggiamento è stata effettuata sulla sussistenza o no delle condizioni di applicabilità della misura di sicurezza, l'interpretazione diversa dell'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. sarebbe palesemente incostituzionale in quanto non consentirebbe il ricorso in Cassazione come previsto dall'art. 111, Cost. per le decisioni sulla libertà personale».

La sentenza deve pertanto annullarsi senza rinvio, limitatamente alla omessa valutazione dell'applicabilità della misura di sicurezza. Atti al Tribunale di Bergamo per il prosieguo.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata, limitatamente alla valutazione dell'applicabilità della misura di sicurezza dell'espulsione dal territorio dello Stato *ex art. 86 d.P.R. 309/1990*, e dispone trasmettersi gli atti al Tribunale di Bergamo per il prosieguo.

[*Omissis*]

FRANCESCO CALLARI

Professore a contratto di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Pisa

Il ricorso per cassazione avverso una sentenza di patteggiamento e l'illegalità della misura di sicurezza

The Appeal to the Court of Cassation against the Italian 'Patteggiamento' and the Illegality of the Safety Measure

Con una pronuncia destinata ad alimentare un significativo contrasto giurisprudenziale, i giudici di legittimità hanno sostenuto come la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, che non dispone e/o non valuta l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato prevista dal Testo unico delle leggi in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope, possa essere impugnata dal pubblico ministero con ricorso in Cassazione. Si osserva, infatti, come a tale posizione interpretativa non sia di ostacolo la norma del codice di rito, introdotta dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, che individua le ipotesi tassative per proporre siffatta impugnazione avverso la sentenza di patteggiamento (art. 448, comma 2-bis, c.p.p.). Dunque, prendendo le mosse proprio dalla questione delineata e analizzandone la possibile soluzione, l'Autore mira a formulare alcune riflessioni sulle tematiche concernenti la riforma dell'impugnabilità oggettiva della sentenza di patteggiamento e, correlativamente, la garanzia costituzionale del ricorso in Cassazione contro i provvedimenti sulla libertà personale.

The essay deals with a judicial decision able to feed a significant contrast in case law. According to the Supreme Court, the application of penalty upon request of the parties, which does not decide and/or evaluate the expulsion of the foreigner for a drug crime from the territory of the State, can be challenged by the public prosecutor with appeal to the Court of Cassation. In fact, the Supreme Court believes that this interpretative position is not in contrast with the rule of the Code of Criminal Procedure, introduced by the Law N. 103, June 23, 2017, which identifies the specific hypotheses to appeal in Cassation against the Italian 'patteggiamento' (art. 448, par. 2-bis, c.c.p.). Therefore, starting from the question outlined above and analysing the achievable solution, the Author aims to formulate some reflections on the issues related both to the possibility of appeal before the Supreme Court against the 'patteggiamento' and to the constitutional guarantee of the appeal in Cassation against personal freedom measures.

LA GENESI E IL PERCORSO DI FORMAZIONE DELLA PRONUNCIA

La rilevante questione sottoposta alla Suprema Corte scaturisce da un processo in cui il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Bergamo, con sentenza di patteggiamento del 4 luglio 2018, ha applicato all'imputato la pena di anni 3 e mesi 9 di reclusione, insieme alla multa di € 14.000,00, con riguardo ai reati di cui all'art. 73, comma 1, T.U. stup., unificati con la continuazione, disponendo altresì confisca, con distruzione della droga in sequestro. Il giudice di merito, tuttavia, non ha ordinato l'espulsione dell'imputato dal territorio dello Stato a pena espiata, come espressamente previsto dalla norma di cui all'art. 86, T.U. stup., né ha motivato sull'assenza di pericolosità che avrebbe potuto legittimare l'omessa applicazione della misura di sicurezza pur con una simile condanna a pena superiore ai due anni. L'imputato, peraltro, si trovava illegalmente sul territorio dello Stato, senza occupazione, nonché pienamente inserito nel circuito dello spaccio di diverse sostanze stupefacenti.

A tal riguardo, dunque, la Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Brescia ha proposto ricorso per cassazione per violazione di legge (art. 86, T.U. stup.), proprio per l'omessa applicazione della misura di sicurezza dell'espulsione.

Sono stati, quindi, chiamati a pronunciarsi sulla questione i giudici di legittimità, i quali hanno, anzitutto, evidenziato la presenza di un contrasto giurisprudenziale in ordine alla ricorribilità per cassazione della sentenza di applicazione della pena che abbia omesso di disporre una misura di sicurezza e segnatamente l'espulsione dal territorio dello Stato dello straniero per uno dei reati previsti dall'art. 86 d.p.r. n. 309 del 1990.

Invero, secondo il diverso orientamento richiamato nella pronuncia *de qua*, tale sentenza "negoziata" non è impugnabile dal p.m. con il ricorso per cassazione, ostandovi il comma 2-bis dell'art. 448 c.p.p.,

introdotto dalla l. n. 103 del 2017, la quale individua delle ipotesi tassative per la proponibilità di tale impugnazione, tra cui l'illegalità della misura di sicurezza, che richiederebbe, però, l'effettiva adozione della stessa.

La decisione in esame, di contro, non rinviene nell'art. 448, comma 2-bis, c.p.p. alcun ostacolo alla ricorribilità per cassazione della sentenza ex art. 444 e ss. c.p.p. che abbia ommesso di disporre e/o di valutare l'espulsione dal territorio dello Stato dello straniero per uno dei reati previsti dall'art. 86 d.p.r. n. 309 del 1990, in quanto l'illegalità della misura di sicurezza deve ritenersi sussistente anche quando nessuna analisi è stata effettuata dal giudice del patteggiamento sulla sussistenza o meno delle condizioni di applicabilità della stessa.

Dunque, secondo tale impostazione, l'applicazione della specifica misura di sicurezza dell'espulsione dell'imputato dal territorio dello Stato a pena espiata, di cui all'art. 86, T.U. stup., deve essere adeguatamente considerata dal giudice del patteggiamento e, in assenza di valutazione e (correlativamente) di motivazione sul punto, è consentito il ricorso in Cassazione.

Peraltro, i giudici di legittimità hanno anche sostenuto che una diversa interpretazione dell'art. 448, comma 2-bis, c.p.p. sarebbe palesemente incostituzionale, in quanto non consentirebbe il ricorso in Cassazione come previsto dall'art. 111, comma 7, Cost. per le decisioni sulla libertà personale.

Non è revocabile in dubbio, pertanto, come la pronuncia in esame riguarda tematiche e argomenti di significativo rilievo, che meritano la dovuta attenzione e che suscitano riflessioni degne di nota.

LA RIFORMA DELL'IMPUGNABILITÀ OGGETTIVA DELLA SENTENZA DI PATTEGGIAMENTO E L'ILLEGALITÀ DELLA MISURA DI SICUREZZA: PROFILI DI CRITICITÀ

La l. 23 giugno 2017, n. 103 – nota comunemente come “Riforma Orlando” – ha introdotto alcune rilevanti modifiche alla disciplina del patteggiamento, focalizzando l'attenzione sui motivi di ricorso per cassazione e sulla correzione degli errori materiali, al chiaro scopo di garantire una più celere definizione del procedimento penale, nonché di scoraggiare iniziative meramente dilatorie.

In realtà, l'originario progetto di riforma (contenuto nel disegno di legge n. 2798, presentato alla Camera dei deputati il 23 dicembre 2014) era animato dal ben più ambizioso intento di ridisegnare l'intera fisionomia del rito speciale *de quo*, mirando fondamentalmente – come si legge nella relazione di accompagnamento – ad «eliminare l'incongruenza, evidente soprattutto nei casi di cosiddetto patteggiamento allargato, [...] dell'irrogazione di una pena senza accertamento pieno di responsabilità». Tuttavia, nel corso dei lavori parlamentari, è stata abbandonata l'idea di approvare una riforma organica dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, mentre i *conditores* hanno preferito focalizzarsi ad affrontare e risolvere la delicata questione della troppo ampia impugnabilità per cassazione della sentenza di patteggiamento¹.

Invero, per circa trent'anni il codice di rito penale non ha dettato alcuna disposizione specifica in tema di ricorribilità per cassazione delle sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti. La mancata creazione di una serie di motivi di ricorso *ad hoc*, parametrati sulle indubbie peculiarità del rito “contrattato”, ha fatto sì che alle pronunce “negoziate” si potesse applicare la sola disciplina “comune” in materia di giudizio di legittimità, prevista nel libro IX del codice di procedura penale, e che, di conseguenza, competesse direttamente agli interpreti ed operatori del diritto l'arduo compito di individuare in quale delle eterogenee ipotesi stabilite dall'art. 606 c.p.p. le sentenze di patteggiamento fossero concretamente impugnabili².

¹ Sulla portata della riforma cfr., segnatamente, R. Belfiore, *Gli interventi sull'applicazione della pena su richiesta delle parti e sul procedimento per decreto*, in G.M. Baccari-C. Bonzano-K. La Regina-E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge “Orlando” (l. n. 103/2017)*, Padova, Cedam, 2017, p. 307 ss.; V. Maffeo, *I procedimenti speciali*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 160 ss.; A. Sanna, *Rimedi agli errori della sentenza negoziata: l'arretramento del controllo giudiziale*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2273 ss.; I. Ciarniello, *Impugnazione delle sentenze di patteggiamento: i tradizionali arrêts divengono nuove regole*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 22 dicembre 2017; G.M. Baccari, *La disciplina del ricorso per cassazione avverso la sentenza di “patteggiamento” dopo la riforma “Orlando”*, in *Proc. pen. e giust.*, 2018, p. 1187 ss.; A. Bassi, *Il giudizio per cassazione ad un anno dall'entrata in vigore della riforma Orlando*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 4043 ss.; G. Della Monica, *I limiti al controllo sulla sentenza di patteggiamento introdotti dalla riforma Orlando*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 543 ss.

² In ordine a tale profilo cfr., segnatamente, R.M. Geraci, *Sentenza di patteggiamento e limiti alle impugnazioni*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1448 ss.; M. Gialuz, *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. I, Milano, 2008, p. 21 ss.; S. Marcolini,

Molto probabilmente, tale scelta di politica criminale fu dovuta alla volontà del legislatore del codice di optare per una lettura particolarmente rigida della disposizione contenuta nell'art. 111 Cost., secondo cui «contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale [...] è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge». Proprio l'esistenza di tale limite costituzionale pare, infatti, avere indotto l'opera codificatoria del 1988 a ricostruire il giudizio di cassazione come uno «strumento unitario per la verifica del rispetto della legge con riguardo alla generalità delle sentenze»³, anche indipendentemente dal fatto che le stesse fossero il frutto di procedimenti alternativi consensuali.

A ben vedere, in un'ottica puramente negoziale, garantire un'ampia possibilità di impugnare per cassazione le sentenze di applicazione della pena “concordata” rischia di apparire poco razionale, perché risulta piuttosto contraddittorio assicurare alle parti dei rimedi nei confronti di una pronuncia che corrisponde esattamente «all'interesse che le parti stesse hanno ritenuto di soddisfare con la richiesta di patteggiamento»⁴. Il “pericolo” concreto è, infatti, che l'atto di promozione del sindacato di legittimità si traduca in una «revoca postuma del consenso» dato alla soluzione “contrattata”⁵. È proprio per questa ragione, del resto, che la sentenza di patteggiamento è resa dal codice, salvo casi davvero residuali (in ordine alla pena applicata a fronte di dissenso del pubblico ministero *ex art. 448, comma 2, c.p.p.*), inappellabile⁶.

Il nodo gordiano *in subiecta materia* è, però, che al principio generale di irrefragabilità dell'accordo non può non contrapporsi l'esigenza di introdurre un meccanismo giurisdizionale di controllo nei confronti delle decisioni “negoziate” con cui assicurare quantomeno la possibilità di censurare le intese *contra legem*. È, infatti, quasi ineluttabile il rischio che l'assetto degli interessi stabilito mediante un patto su una pena possa essere fonte di violazioni di tutta una serie di disposizioni imperative. Si comprende bene, allora, come la ricorribilità delle sentenze “negoziate” non rappresenti solo un atto di “sacrale” osservanza del dettato costituzionale richiamato, bensì un tassello fondamentale dello schema di quella disponibilità “controllata” del processo penale, che è accolta da tempo nel nostro ordinamento giuridico⁷.

Ebbene, per alcuni decenni, in assenza di precise indicazioni normative tese ad operare un “equilibrato” adeguamento dei parametri del giudizio di cassazione rispetto al rito negoziale *ex art. 444 c.p.p.* (fondato, cioè, su un vero e proprio accordo tra le parti in merito ad una sorta di “progetto di sentenza”), la ricerca di un corretto bilanciamento tra «esigenze di garanzia e legalità e l'intento di evitare strumentali impugnazioni per fini dilatori e demolitivi dell'accordo»⁸ non è potuta che spettare *in primis* alla giurisprudenza⁹.

Peraltro, nonostante gli auspici di chi confidava che il giudizio di legittimità nei confronti delle sentenze di patteggiamento sarebbe servito a porre rimedio a patologie rare e assai contenute, il contenzioso in siffatto ambito si è sviluppato in modo quasi ipertrofico. Basti, infatti, solo pensare che, nel corso

Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata. L'accertamento della responsabilità nell'applicazione della pena su richiesta delle parti tra ricerca di efficienza ed esigenze di garanzia, Giuffrè, Milano, 2005, p. 245 ss.; D. Vigoni, *Applicazione della pena richiesta dalle parti*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 383 ss.

³F. Viggiano, *Patologie nel giudizio abbreviato e nell'applicazione della pena su richiesta: il controllo della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 509.

⁴Cass., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 4419, in *CED Cass.* n. 229981.

⁵F. Peroni, *La sentenza di patteggiamento*, Padova, Cedam, 1999, p. 195.

⁶Sul punto v., in particolare, R.M. Geraci, *L'appello contro la sentenza che applica la pena su richiesta*, Padova, Cedam, 2011, *passim*; E.M. Mancuso, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in G. Spangher-A. Marandola-G. Garuti-L. Kalb (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, vol. III, *Procedimenti speciali*, a cura di G. Garuti, Torino, Utet, 2015, p. 201 ss.

⁷Sul tema v., segnatamente, M.L. Di Bitonto, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 3 ss.; E. Marzaduri, *La prova negoziata e l'art. 111 Cost.: tra deroga al contraddittorio e valorizzazione dei profili dispositivi dell'accertamento penale*, in G. Di Chiara (a cura di), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 189 ss.; F. Peroni, *Nozioni fondamentali*, in F. Peroni-M. Gialuz, *La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione e conciliazione*, Torino, Utet, 2004, p. 3 ss.

⁸D. Vigoni, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in M. Pisani (a cura di), *I procedimenti speciali in materia penale*, II ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 203.

⁹Sul punto v., in particolare, R.M. Geraci, *sub art. 448 c.p.p.*, in G. Lattanzi-E. Lupo *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. VI, *Procedimenti speciali*, coordinato da P. Bronzo, Milano, Giuffrè, 2017, p. 511 ss.; F. Rigo, *sub art. 448 c.p.p.*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, V ed., t. II, Milano, Wolters Kluwer, 2017, p. 1941 ss.

degli ultimi quindici anni, la percentuale di ricorsi avverso tali peculiari tipologie di decisioni si è attestata stabilmente – secondo i rapporti statistici elaborati e diffusi dalla stessa Cassazione – attorno ad una cifra sempre superiore al 10% di tutti i procedimenti iscritti nella cancelleria centrale penale della Suprema Corte.

A fronte di questa situazione davvero complessa, la Corte di cassazione ha tentato di circoscrivere quanto più possibile, in via pretoria, i confini del sindacato di legittimità sulla sentenza di patteggiamento, soprattutto per contrastare quelli che ha spesso considerato ricorsi meramente pretestuosi, ossia presentati al solo fine di procrastinare il passaggio in giudicato – con correlativa esecuzione della pena – di una decisione pienamente voluta dalle stesse parti.

Per quanto i giudici di legittimità non si siano mai spinti tanto in là da impedire di ricorrere nei confronti di pene illegali¹⁰, molteplici e incisivi sono stati gli espedienti interpretativi – fondati, sovente, su nette forzature del dettato codicistico – che sono stati utilizzati per porre un argine ai ricorsi per cassazione avverso le sentenze di patteggiamento, proprio sulla base della considerazione per cui il diritto ad impugnare non si sarebbe mai dovuto trasfigurare in una sorta di “messa in discussione” postuma dell’accordo¹¹.

Alcune decisioni, in particolare, hanno sostenuto una peculiare resistenza delle sentenze “patteggiate” rispetto ai ricorsi per cassazione, facendo leva ora sul requisito della specificità dei motivi¹², ora sulla legittimazione all’impugnazione¹³, ora ancora sul concetto di interesse ad impugnare¹⁴.

Se, poi, un diverso orientamento ha affermato che avverso tali pronunce si sarebbe potuto adire la Suprema Corte esclusivamente in applicazione dell’art. 111, comma 7, Cost., ossia quindi solo per violazione di legge¹⁵, altri indirizzi giurisprudenziali hanno, invece, propugnato tesi ancora più estreme, sostenendo che l’accordo concluso dalle parti avrebbe, tra i suoi contenuti impliciti, una sorta di manifestazione di «volontà abdicativa»¹⁶ a far valere in Cassazione una nutrita serie di violazioni della legge penale sostanziale e processuale.

Invero, proprio con riguardo agli *errores in procedendo*, molte pronunce di legittimità hanno affermato che il raggiungimento dell’intesa tra le parti determinerebbe un’implicita e generalizzata rinuncia a far valere «qualsivoglia eccezione di natura processuale»¹⁷, fatte salve magari solo quelle relative alla richiesta di patteggiamento e al consenso ad esso prestato¹⁸. In tal modo, non solo si è potuta diffondere l’idea per cui l’accordo impedirebbe di rilevare persino le nullità assolute, ma si è, più in generale, stabilito che «il giudizio di applicazione della pena deve [...] ritenersi svincolato dalla specificità delle forme processuali nel corso delle quali esso si è innestato»¹⁹. Per quel che attiene, infine, al sindacato sul vizio di motivazione i giudici di legittimità hanno assunto un orientamento altrettanto restrittivo, ammettendolo soltanto in ipotesi realmente limitate²⁰.

In sostanza, al fine di ridurre quanto più possibile l’area dello *ius poenitendi* delle parti rispetto al

¹⁰ In tal senso v., in particolare, Cass., sez. III, 22 settembre 2011, n. 1883, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1994; Cass., sez. V, 22 settembre 2006, n. 1411, *ivi*, 2008, p. 2006; Cass., sez. V, 25 ottobre 2005, n. 46790, in *www.dejure.it*. Sul punto cfr. Cass., sez. VI, 14 maggio 2013, n. 42837, in *CED Cass.* n. 257146, la quale richiede, ai fini della impugnabilità, che l’illegalità sia palese.

¹¹ Così S. Carnevale, *L’interesse ad impugnare nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 272.

¹² Così Cass., sez. un., 24 giugno 1998, n. 11493, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, p. 827.

¹³ Così Cass., sez. II, 30 gennaio 2015, n. 1006, in *www.dejure.it*; Cass., sez. II, 30 maggio 2014, n. 23565, *ivi*; Cass., sez. II, 6 dicembre 2013, n. 3272, *ivi*; Cass., sez. II, 12 dicembre 2012, n. 48748, *ivi*.

¹⁴ Così Cass., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 4419, *cit.*

¹⁵ Cass., sez. VI, 4 giugno 2010, n. 32566, in *www.dejure.it*; Cass., sez. VI, 3 febbraio 2006, n. 11663, *ivi*; Cass., sez. I, 30 novembre 1993, Laurenzana, in *CED Cass.* n. 198268.

¹⁶ A. Sanna, *L’eclissi della legalità nel rito negoziale: limiti al ricorso per cassazione nel disegno di riforma all’esame del Parlamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 929.

¹⁷ Cass., sez. II, 8 ottobre 2015, n. 4395, in *www.dejure.it*; Cass., sez. II, 16 gennaio 2008, n. 15436, *ivi*; Cass., sez. VI, 25 giugno 2003, n. 32391, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3726.

¹⁸ Cass., sez. II, 11 dicembre 2012, n. 3187, in *www.dejure.it*.

¹⁹ Cass., sez. III, 14 giugno 2016, n. 35041, in *www.dejure.it*; Cass., sez. V, 29 dicembre 1998, n. 7262, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2346.

²⁰ Secondo una posizione giurisprudenziale, l’obbligo di motivazione può ritenersi assolto semplicemente dando atto della richiesta delle parti e dell’adesione dell’organo giudicante allo schema negoziale delineato dalle stesse (Cass., sez. IV, 17 ottobre 1997, Cocollet, in *Cass. pen.*, 1999, p. 627; Cass., sez. III, 4 dicembre 1996, Durak, *ivi*, 1998, p. 898).

patto, la Corte di cassazione – attraverso un dedalo intricato di pronunce e indirizzi differenti – ha intenzionalmente riformulato in via pretoria l'intera disciplina delle impugnazioni nei confronti delle sentenze di patteggiamento, configurando una serie articolata di preclusioni in fase di giudizio di legittimità e perseguendo «una vera e propria esasperazione dei profili negoziali del rito portata avanti a prescindere dal dettato normativo»²¹.

Del resto, sul piano pragmatico, non si può dubitare che tale approccio restrittivo della Corte di cassazione abbia prodotto gli effetti voluti: essa, infatti, è riuscita – sempre secondo i rapporti statistici elaborati e diffusi dalla stessa Suprema Corte – a dichiarare inammissibili i ricorsi proposti nei confronti delle sentenze di patteggiamento in una percentuale altissima di casi, per molti anni superiore finanche all'80%.

Peraltro, anche sul versante dell'elaborazione dottrinale e delle iniziative *de iure condendo*, non si è mancato di affrontare in via diretta la questione dell'area di ricorribilità oggettiva in Cassazione delle pronunce di patteggiamento. In particolare, al fine di rimediare appunto all'annoso problema dell'eccessivo numero di impugnazioni concernenti le pronunce "negoziate", tenuto conto delle difficoltà di una modifica dell'art. 111, comma 7, Cost. (così come auspicato, invece, nella c.d. Carta di Napoli del 2012, elaborata dall'Associazione tra gli studiosi del processo penale *per una riforma urgente del giudizio penale di cassazione*, la quale, negli artt. 2.1 e 2.2, aveva suggerito di riformare il suddetto dato costituzionale proprio al fine di consentire, tra l'altro, di eliminare del tutto la possibilità di ricorrere per cassazione avverso le sentenze di patteggiamento), si è affermata l'idea di trasformare alcuni dei predetti filoni giurisprudenziali restrittivi della Corte di cassazione in un *numerus clausus* di ragioni di ricorso *ex lege*, che fossero sostitutive, per tali peculiari decisioni, di quelle più ampie previste per i giudizi ordinari. Segnatamente, nel corso della XV legislatura, all'interno della c.d. Bozza Riccio, *per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale*, si è suggerita l'idea di restringere nettamente i motivi di ricorso contro simili pronunce alle sole «ipotesi di illegittima acquisizione della volontà dell'imputato, di mancata corrispondenza fra la richiesta di pena dell'imputato ed il contenuto della decisione, di illegalità della pena e della misura di sicurezza, anche se conseguente all'errata qualificazione giuridica del fatto» (art. 2, direttiva n. 67.15).

Ebbene, sempre nella prospettiva di introdurre, sulla base della giurisprudenza pregressa, un ristretto elenco di ipotesi tipicizzate in cui le sentenze *ex art. 444 c.p.p.* sarebbero state legittimamente ricorribili, si è mossa nel 2013 la "Commissione Canzio" (istituita con decreto del 10 giugno 2013 presso l'Ufficio Legislativo del Ministero della giustizia *per elaborare una proposta di interventi in tema di processo penale*), la quale, ha proposto di introdurre due specifiche disposizioni, che, dopo quasi quattro anni, sono state approvate – senza subire alcuna modifica testuale – proprio con la predetta legge n. 103 del 2017.

Più specificamente, il nuovo comma 1-bis, inserito nell'art. 130 c.p.p., prevede che, «quando nella sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti si devono rettificare solo la specie e la quantità della pena per errore di denominazione o di computo, la correzione è disposta, anche d'ufficio, dal giudice che ha emesso il provvedimento»; mentre, se vi è stata impugnazione, «alla rettificazione provvede la Corte di cassazione a norma dell'articolo 619, comma 2»²². Ancora più pregnante in termini di compressione dello spazio di manovra concesso alle parti per sottoporre ad un controllo di grado superiore la sentenza di patteggiamento è, però, la modifica con cui viene stabilito che il ricorso per cassazione da parte del pubblico ministero e dell'imputato possa essere proposto soltanto per motivi attinenti rispettivamente: all'espressione della volontà dell'imputato; al difetto di correlazione tra richiesta e sentenza; all'erronea qualificazione giuridica del fatto; nonché all'illegalità della pena o della misura di sicurezza. Non più tutti i motivi di cui all'art. 606 c.p.p. sono, quindi, a disposizione delle parti, ma solo quelli a cui possa essere ricondotto uno di questi vizi espressamente previsti dal nuovo comma 2-bis dell'art. 448 c.p.p., a pena di inammissibilità. Il legislatore, inoltre, ha previsto nell'art. 610, comma 5-bis, c.p.p. la possibilità di dichiarare inammissibile il ricorso proposto avverso la pronuncia di patteggiamento «senza formalità di procedura», al chiaro fine di incidere sulla celerità del rito²³. Di conse-

²¹ A. Sanna, *L'eclissi della legalità nel rito negoziale: limiti al ricorso per cassazione nel disegno di riforma all'esame del Parlamento*, loc. ult. cit.

²² Al riguardo v., in particolare, G. Colaiacovo, *L'impugnazione della sentenza di patteggiamento*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al codice penale, codice di procedura penale e ordinamento penitenziario*, Pisa, Pacini, 2017, p. 204 ss.; G. Della Monica, *I limiti al controllo sulla sentenza di patteggiamento introdotti dalla riforma Orlando*, cit., p. 561 ss.

²³ Sul punto v., segnatamente, A. Bassi, *Il giudizio per cassazione ad un anno dall'entrata in vigore della riforma Orlando*, cit., p. 4049; A. Sanna, *L'eclissi della legalità nel rito negoziale: limiti al ricorso per cassazione nel disegno di riforma all'esame del Parlamento*, cit., p. 935.

guenza, residuano spazi di contraddittorio sull'ammissibilità del ricorso solo *ex post*, laddove è consentito contro il provvedimento stesso di inammissibilità il ricorso straordinario *ex art. 625-bis c.p.p.*

In sostanza, il legislatore – non potendo spingersi tanto in là da eliminare del tutto la possibilità di ricorrere nei confronti delle sentenze *ex art. 444 c.p.p.* senza un previo intervento sull'art. 111, comma 7, Cost. – ha offerto, con la novella *de qua*, una sponda normativa alla linea interpretativa restrittiva già affermata nella giurisprudenza di legittimità in tema di ricorso avverso le sentenze di patteggiamento ed ha previsto la deducibilità dinanzi alla Cassazione soltanto di alcuni dei vizi più macroscopici di tale peculiare provvedimento giurisdizionale.

In particolare, le parti possono impugnare per cassazione la sentenza di patteggiamento in ordine a motivi che attengono alla determinazione del trattamento sanzionatorio, denunciando la «illegalità della pena o della misura di sicurezza». Anche questo motivo va «collocato su un tracciato ben definito»²⁴ dalla Corte di cassazione, la quale, in passato, pur avendo più volte affermato che in tema di patteggiamento non sarebbe stato consentito alle parti prospettare questioni con riferimento all'entità della pena, aveva, invece, generalmente ammesso che le stesse avrebbero potuto dolersi dell'applicazione di una sanzione illegale²⁵.

Secondo un orientamento piuttosto consolidato, quindi, l'illegalità del trattamento sanzionatorio applicato con la sentenza di patteggiamento rende invalido l'accordo concluso dalle parti e ratificato dal giudice, comportando la censurabilità – per violazione della legge penale *ex art. 606, comma 1, lett. b), c.p.p.* – della pronuncia che l'abbia recepito. Invero, in base a questa impostazione, a seguito dell'annullamento della sentenza di patteggiamento, da pronunciarsi senza rinvio, le parti sono rimesse dinanzi al giudice nelle medesime condizioni in cui si trovavano prima dell'accordo, con possibilità di riproporlo anche in termini diversi²⁶. Nondimeno, anche la Corte di cassazione può provvedere direttamente alla rideterminazione della pena, se ciò implica solo un'operazione di mero calcolo matematico, che non incide sulla volontà espressa dalle parti²⁷.

In ordine, poi, all'identificazione concreta del concetto di "illegalità" della singola sanzione penale, se risulta piuttosto facile affermare che per la "pena" il principio di legalità è rispettato allorché *specie, contenuto e quantità* della stessa trovano la loro fonte nella legge²⁸, per la "misura di sicurezza" tale categoria appare dai contorni non ben definiti, essendo stata raramente considerata dalla giurisprudenza di legittimità.

Dunque, anche ammettendo che con riferimento alle questioni concernenti la legalità del trattamento sanzionatorio il legislatore abbia inteso conferire veste normativa ai precedenti approdi giurisprudenziali, non sono poche le problematiche sollevate dall'introduzione dell'art. 448, comma 2-bis, c.p.p., così proprio come quella affrontata dalla sentenza in esame e relativa alla ricorribilità o meno della sentenza di patteggiamento in cui il giudice abbia ommesso di pronunciarsi sull'applicabilità della misura di sicurezza prevista per legge. In sostanza, difatti, nella decisione *de qua*, i giudici di legittimità sono stati chiamati a risolvere il quesito concernente la ricorrenza o meno di una situazione di "illegalità" della misura di sicurezza nell'ipotesi di mancata applicazione della stessa e/o di assoluta assenza di motivazione sull'eventuale sussistenza dei relativi presupposti di legge (nel caso di specie, in ordine all'espulsione dello straniero prevista dal T.U. stup.).

In particolare, nella pronuncia in esame, la Suprema Corte è giunta ad affermare la ricorribilità per cassazione avverso la sentenza di patteggiamento nell'ipotesi in cui il giudice abbia ommesso di pronunciarsi in ordine all'applicabilità della misura di sicurezza prevista *ex lege*, argomentando che tali situazioni rientrerebbero a pieno titolo nella nozione di "illegalità" della stessa, inclusa tra i motivi tassativi

²⁴ G. Colaiacovo, *L'impugnazione della sentenza di patteggiamento*, cit., p. 198 ss.

²⁵ Sul punto cfr. Cass., sez. IV, 3 ottobre 2012, n. 42491, in *Dir. giust.*, 6 novembre 2012; Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2094.

²⁶ Cass., sez. III, 1 giugno 2016, n. 53911, in *Dir. giust.*, 30 dicembre 2017; Cass., sez. V, 19 febbraio 2015, n. 13589, in *CED Cass.* n. 262943; Cass., sez. III, 3 giugno 2014, n. 29985, *ivi*, n. 260263; Cass., sez. V, 23 maggio 2014, n. 24054, *ivi*, n. 259894; Cass., sez. III, 22 settembre 2011, n. 1883, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1994; Cass., sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, in *Riv. pen.*, 2010, p. 1239.

²⁷ Sul punto v., in particolare, Cass., sez. III, 3 giugno 2014, n. 30590, in *CED Cass.* n. 260262; Cass., sez., III, 22 ottobre 2014, n. 2011, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2354.

²⁸ Sul tema v., segnatamente, Cass., sez. un., 19 luglio 2018, n. 40986, in *CED Cass.* n. 273934; Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040, *ivi*, n. 264205; Cass., sez. V, 16 aprile 2019, n. 19757, *ivi*, n. 276509. Al riguardo, in dottrina, v. R. Bricchetti, *L'intento della riforma è scoraggiare i ricorsi solo defatigatori*, in *Guida dir.*, 2017 (32), p. 60; F. Rigo, sub art. 448 c.p.p., cit., p. 1964 ss.

di ricorso di legittimità. Invero, si è sostenuto che nel concetto di misura di sicurezza “illegale” deve rientrare anche l’omessa applicazione (e/o l’omessa motivazione in assoluto sulla correlativa pericolosità) dell’espulsione dello straniero prevista dal Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, in quanto «il trattamento sanzionatorio per il caso concreto sarebbe diverso da quello stabilito dalla legge, relativamente all’importante misura di sicurezza, espressamente prevista per la condanna dall’art. 86, T.U. stup.». Di conseguenza, deve ritenersi “illegale”, ai sensi e secondo gli effetti dell’art. 448, comma 2-*bis*, c.p.p., l’omessa applicazione della misura di sicurezza (e/o anche l’omessa valutazione sulla sussistenza delle situazioni concrete per la sua applicazione) dell’espulsione dello straniero *ex art. 86 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309*, per la avvenuta commissione di reati in materia di stupefacenti *ivi* indicati.

In sostanza, secondo l’impostazione ermeneutica accolta nella decisione in esame²⁹, l’omessa valutazione della pericolosità e la conseguente omessa applicazione della misura di sicurezza determinano una violazione del trattamento sanzionatorio legalmente previsto dall’ordinamento, posto che anche tale misura rientra nella «previsione “sanzionatoria” prevista dalla norma»; di conseguenza, il trattamento irrogato senza la misura di sicurezza risulterebbe “illegale”, ossia non conforme alla previsione normativa per i fatti giudicati³⁰. Insomma, è possibile censurare con ricorso per cassazione la “illegalità” della misura di sicurezza, non solo nella ipotesi “positiva” in cui il giudice abbia applicato una simile misura in violazione delle condizioni e dei limiti stabiliti dalla legge, ma anche nell’ipotesi “negativa” in cui il giudice abbia ommesso di disporre e/o di motivare sull’eventuale sussistenza dei presupposti di applicabilità della misura stessa, prevista *ex lege*.

Come si è già osservato, contro tale posizione interpretativa si è schierato un diverso indirizzo giurisprudenziale, secondo cui la sentenza di applicazione della pena, che abbia ommesso di disporre l’espulsione dal territorio dello Stato dello straniero per uno dei reati indicati nell’art. 86 del d.p.r. n. 309 del 1990, non può essere impugnata dal p.m. con ricorso per cassazione, ostandovi la previsione dell’art. 448, comma 2-*bis*, c.p.p., «che individua ipotesi tassative per la proponibilità di detta impugnazione, tra le quali l’adozione di una misura di sicurezza»³¹. In altri termini, tale mancata applicazione dell’espulsione dello straniero non può essere oggetto di ricorso in Cassazione ai sensi dell’art. 448, comma 2-*bis*, c.p.p., non potendosi equiparare, ai fini dell’ammissibilità dell’impugnazione di legittimità, «la illegalità della misura di sicurezza alla violazione dell’obbligo di statuire riguardo ad essa»; e ciò in quanto «l’obbligatorietà della misura non coincide con la automaticità della sua applicazione a seguito della condanna per il reato per il quale si è proceduto, necessitando – invece – il positivo accertamento della pericolosità sociale del condannato»³².

A sostegno di tale impostazione, negatoria della possibilità di ricorrere in Cassazione nell’ipotesi delineata, sono stati adottati degli argomenti specifici, ma di debole consistenza.

Anzitutto, si è sostenuto che il mero dato testuale della disposizione *de qua* non comprende, sotto il profilo strettamente letterale, la fattispecie della misura di sicurezza di cui si lamenta l’omessa applicazione. In realtà, però, il vero problema non è tanto se accogliere o meno un’interpretazione meramente letterale della disposizione in esame, quanto individuare correttamente il concetto di «illegalità» del trattamento sanzionatorio, oggetto di ricorribilità in Cassazione. Peraltro, ai sensi del profilo della “illegalità” della misura di sicurezza, non è prevalente il connotato della non automaticità della sua applicazione, quanto quello della sua obbligatorietà e, nel caso di specie, è indubbio che la misura di sicurezza dell’espulsione sia obbligatoria *ex artt. 86 d.p.r. n. 309 del 1990 e 235 c.p.*, trattandosi di condanna di cittadino extracomunitario a pena superiore ai due anni e per uno dei reati espressamente indicati dalla norma richiamata del testo unico.

²⁹ In senso sostanzialmente conforme v., più di recente, Cass., sez. IV, 26 febbraio 2019, n. 13599, in *CED Cass.* n. 276255, in cui si è, però, precisato che la mancata valutazione da parte del giudice, nella sentenza di patteggiamento, della pericolosità in concreto del condannato straniero ai fini dell’espulsione dal territorio dello Stato, prevista dall’art. 86 T.U. stup., traducendosi nella violazione dell’obbligo delineato da tale disposizione, comporta l’annullamento con rinvio della sentenza limitatamente a tale punto, onde consentire al giudice di merito di operare detta valutazione.

³⁰ In senso analogo v. Cass., sez. III, 8 maggio 2019, n. 29428, in *CED Cass.* n. 275896.

³¹ Cass., sez. III, 7 marzo 2018, n. 45559, in *CED Cass.* n. 273950. In tal senso v., inoltre, Cass., sez. VI, 29 gennaio 2019, n. 9434, in *CED Cass.* n. 275679; Cass., sez. III, 17 gennaio 2019, n. 10954, *ivi*, n. 275840.

³² Cass., sez. VI, 19 dicembre 2018, n. 6136, in *CED Cass.* n. 275034.

In secondo luogo, sotto l'aspetto di una pretesa collocazione coerente all'interno del sistema delle impugnazioni, si afferma che il comma 2-bis dell'art. 448 c.p.p., nel dare, per la prima volta, specifica disciplina al ricorso per cassazione della sentenza di patteggiamento, definisce per tale tipo peculiare di sentenza un regime *ad hoc*, nel quale i casi di ricorso sono individuati in modo tassativo e derogatorio rispetto a quelli generali, anche in riferimento a punti della decisione, come quello relativo all'applicazione di misure di sicurezza, certamente estranei all'accordo delle parti. Si tratterebbe, quindi, di una disciplina, che, proprio in ragione del suo carattere speciale, giustificato dall'origine concordata del provvedimento impugnato, esclude ogni applicazione estensiva. A ben vedere, però, nella questione in esame l'aspetto cruciale non è tanto la tassatività dei motivi di ricorso per cassazione avverso la sentenza di patteggiamento, quanto la corretta interpretazione della condizione codicistica di «illegalità [...] della misura di sicurezza».

Infine, sempre a favore della non ricorribilità in Cassazione della sentenza di patteggiamento che abbia omesso di pronunciarsi sulla sussistenza dei presupposti di una misura di sicurezza prevista per legge, il predetto indirizzo ermeneutico restrittivo ha invocato i lavori preparatori dell'iniziativa legislativa che ha condotto all'introduzione del comma 2-bis dell'art. 448 c.p.p., sostenendo che se – come si nota nella Relazione governativa di accompagnamento del citato disegno di legge n. 2798 – la riforma è stata animata dall'esplicito giudizio di non «meritevolezza» della «attuale troppo ampia ricorribilità per cassazione» della sentenza di patteggiamento e dal verificato largo esito di inammissibilità dei relativi ricorsi, con il conseguente apprezzamento dell'«inutile dispendio di tempo e di costi organizzativi», sarebbe illogico sostenere un'interpretazione che conduca ad estendere i margini dell'impugnazione di legittimità. Di contro, comunque, l'argomento relativo alla *intentio* del legislatore non è affatto concludente nella direzione auspicata, perché se è vero che la proposta di riforma era dichiaratamente «diretta, per un verso, a scoraggiare i ricorsi meramente defatigatori e, per altro verso, ad accelerare la formazione del giudicato», ciò non significa affatto che essa mirasse a contrarre del tutto le ragionevoli aspettative di un controllo di legittimità sulla sentenza di patteggiamento, prima del passaggio *in iudicatum*.

Pertanto, in considerazione delle osservazioni svolte, appare piuttosto evidente la fondatezza della posizione ermeneutica tesa a sostenere l'ammissibilità del ricorso in Cassazione nei confronti della sentenza di patteggiamento in cui il giudice abbia omesso di pronunciarsi sull'applicabilità della misura di sicurezza prevista *ex lege*.

(SEGUE): L'INDEFETTIBILITÀ DELLA GARANZIA COSTITUZIONALE DEL RICORSO IN CASSAZIONE CONTRO I PROVVEDIMENTI SULLA LIBERTÀ PERSONALE

Secondo quanto già osservato, con riferimento alla pronuncia in esame la Suprema Corte, nell'individuare la ricorribilità per cassazione della sentenza di patteggiamento nel caso in cui il giudice abbia omesso di disporre e/o di valutare l'applicabilità della misura di sicurezza prevista per legge, ha opportunamente sottolineato come tale interpretazione sia l'unica soluzione in grado di assicurare la costituzionalità dell'art. 448, comma 2-bis, c.p.p., in considerazione del dato testuale dell'art. 111, comma 7, Cost., per cui contro le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge.

Un diverso orientamento sostiene, invece, che sia perfettamente conforme ai parametri costituzionali la ricostruzione interpretativa opposta, ossia tesa a configurare l'art. 448, comma 2-bis, c.p.p. come una norma preclusiva del ricorso in Cassazione avverso la sentenza di applicazione della pena che abbia omesso di pronunciarsi sull'espulsione dal territorio dello Stato dello straniero per uno dei reati indicati nell'art. 86 del d.p.r. n. 309 del 1990³³. Proprio a tal riguardo, si ritiene, infatti, che la scelta del rito alternativo, sempreché sia immune da vizi per quanto concerne l'espressione della volontà dell'imputato (vizi che legittimano pubblico ministero e imputato al ricorso per cassazione ai sensi dello stesso comma 2-bis dell'art. 448 c.p.p.), comporta ragionevolmente una consapevole accettazione delle parti – compresa, per quanto riguarda il caso di specie, la parte pubblica – del ristretto regime di impugnazione definito dalle nuove norme; e ciò finanche per quanto attiene ai punti della sentenza di patteggiamento che, pur non ricompresi nel perimetro dell'accordo sulla pena, rientrano tuttavia in un'area di ragione-

³³ Così, segnatamente, Cass., sez. VI, 19 dicembre 2018, n. 6136, cit.

vole prevedibilità. In altri termini, anche in ordine all'osservanza del predetto profilo costituzionale, rientra nel libero esercizio delle facoltà di ciascuna parte il diritto di affrontare il giudizio ordinario e di avvalersi così dei mezzi di impugnazione ad esso propri, ovvero di accordarsi sulla richiesta di patteggiamento, con i benefici ma anche con i limiti che la legge ricollega all'accordo delle parti sulla pena, segnatamente in materia di ricorribilità per cassazione.

A ben vedere, però, il vero problema di fondo non è questo. Il fatto è che, nel caso in esame, il punto focale della questione è la valenza dell'indefettibilità del ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, un principio indisponibile dalle parti del processo penale (comma 7).

Se l'art. 111 Cost. costituisce, in via generale, la chiave di volta di tutta la costruzione della funzione giurisdizionale, tale sua disposizione particolare dà vita alla massima garanzia processuale riconosciuta all'imputato, a livello costituzionale, onde far valere il proprio diritto di libertà di fronte ai provvedimenti restrittivi dell'autorità giudiziaria che egli assuma adottati *contra legem*. Invero, «il suo più rilevante significato [...] consiste proprio nel sancire la necessità che in ordine a tutti i provvedimenti restrittivi della libertà personale dell'imputato venga quanto meno assicurata, accanto alle garanzie della riserva di legge e della riserva di giurisdizione fissate dall'art. 13 Cost., la garanzia del successivo controllo di legittimità in Cassazione»³⁴. Per tali provvedimenti, dunque, il legislatore ordinario, nella sua opera nomopoietica, «non è libero di impedire il ricorso per cassazione», semmai ha il potere di «modularne l'accesso, ovviamente senza vanificare il precetto costituzionale»³⁵.

Ebbene, per quanto in forza dell'art. 111, comma 7, Cost. si possa ritenere soltanto in parte realizzata l'esigenza reale di un adeguato controllo, da parte di un organo giurisdizionale superiore, sui provvedimenti in tema di libertà personale dell'imputato, e che (forse) tale formulazione meriterebbe un'attenta ricalibratura al fine di contenere il carico di lavoro della Suprema Corte e di preservarne al meglio la funzione di nomofilachia, bisogna nondimeno riconoscere che il principio della generale ricorribilità in Cassazione contro i suddetti provvedimenti dell'autorità giudiziaria funge ancora da imprescindibile punto di riferimento nella trama delle garanzie *pro libertate*.

Invero, uno degli aspetti più importanti delle garanzie processuali rivolte a tutelare la libertà dell'imputato concerne il sistema dei controlli giurisdizionali sui relativi provvedimenti dell'autorità giudiziaria, perché corollario della solenne affermazione *ex art. 13, comma 2, Cost.* è il diritto di chiunque sia stato sottoposto a restrizione di libertà di potersi attivare onde ottenere presso un organo superiore un controllo quanto meno sulla legittimità del provvedimento restrittivo³⁶. Peraltro, se nell'ambito dei gravami in materia di libertà personale dell'imputato la garanzia costituzionale del ricorso per cassazione tende principalmente a realizzare «una sorta di versione continentale dell'*habeas corpus* come garanzia individuale», quasi una «norma di chiusura» del sistema delle impugnazioni *de libertate*, è bene sottolineare che il ricorso alla Suprema Corte è concesso dalla Costituzione «contro i provvedimenti *sulla* libertà personale, e, quindi, non soltanto contro i provvedimenti restrittivi, ma anche contro quelli liberatori, rispetto ai quali il potenziale ricorrente non è l'imputato, ma il pubblico ministero»³⁷.

Dunque, dato il carattere *sistematicamente* indefettibile del ricorso per cassazione *ex art. 111, comma 7, Cost.* in materia di libertà personale, in ossequio ad una «fondamentale istanza di legalità delle macchine giudiziarie»³⁸, è possibile farne discendere che l'unica interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 448, comma 2-*bis*, c.p.p. è quella tesa ad affermare la piena ricorribilità per cassazione della pronuncia sia nel caso di illegittima applicazione della misura di sicurezza con una sentenza di patteg-

³⁴ V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, p. 392.

³⁵ D. Battista, *Le regole di giudizio e le strategie difensive*, in L. Zilletti-E. Rosso (a cura di), *Il giudizio di cassazione nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 194.

³⁶ Così, in particolare, E. Amodio, *Il ricorso contro l'ordine di cattura dell'extradando alla luce della Costituzione e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 320; A. De Caro, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, ESI, 2000, p. 224 ss.; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, XIX ed., Milano, Giuffrè, 2018, p. 71.

³⁷ V. Denti, *sub art. 111 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, t. IV, *La magistratura*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. del «Foro italiano», 1987, pp. 13, 25 e 31.

³⁸ M. Bargis-H. Belluta, *Rimedi per i "mali" della Corte di cassazione: ovvero "Carta di Napoli" e dintorni*, in *Impugnazioni penali: assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 318.

giamento, sia nelle ipotesi di omessa applicazione della stessa e/o di omessa valutazione dei presupposti legali per la sua sussistenza.

Non vale nemmeno invocare il fatto che i giudici di legittimità avrebbero in passato riconosciuto espressamente il principio per cui al rito del patteggiamento corrisponde ragionevolmente, rispetto a quello ordinario, una diversa conformazione dei mezzi di impugnazione esperibili³⁹, dichiarando così manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 448, comma 2, c.p.p. per contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui prevede una limitatissima impugnabilità della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti. In verità, infatti, tale pronuncia si è focalizzata ad affermare che la preclusione all'appello nei confronti della sentenza di patteggiamento da parte dell'imputato non è irragionevole, ai fini del vaglio di costituzionalità, conseguendo alla specifica fisionomia del rito, che esita in una statuizione sollecitata dalla parte stessa e che, pertanto, tollera più ampi limiti alla revisione in appello rispetto alle comuni sentenze. Dunque, i giudici di legittimità, nella predetta pronuncia, si sono limitati a sostenere la costituzionalità solo della "quasi-inappellabilità" della sentenza di patteggiamento, data l'assenza – secondo l'orientamento dottrinario prevalente e in base ai consolidati indirizzi espressi dalla Consulta – di un principio costituzionale del doppio grado di giudizio nell'ordinamento processuale penale italiano⁴⁰, mentre non hanno preso alcuna specifica posizione sulla questione della ricorribilità per cassazione, rispetto alla quale sussiste, di contro, l'esplicita garanzia fondamentale di cui all'art. 111, comma 7, Cost.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Alla luce delle considerazioni svolte, emerge la piena legittimità dell'interpretazione giurisprudenziale volta a sostenere l'ammissibilità del ricorso per cassazione nei confronti della sentenza di patteggiamento in cui il giudice abbia omesso di pronunciarsi sull'applicabilità della misura di sicurezza prevista per legge. Sono molte altre e assai articolate, però, le problematiche ermeneutiche che sorgono dalla nuova disciplina della ricorribilità per cassazione della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti. Non a caso è stata rimessa alle Sezioni Unite la questione se, in caso di sentenza di patteggiamento, a seguito della introduzione della previsione di cui all'art. 448, comma 2-bis, c.p.p., sia ammissibile o meno, e, nel primo caso, in quali limiti, il ricorso per cassazione che abbia ad oggetto l'applicazione o l'omessa applicazione di sanzioni amministrative accessorie⁴¹.

Tuttavia, ciò che è più importante, anche per le possibili ripercussioni sulla questione affrontata nella pronuncia in esame, è che al massimo collegio è stata rimessa anche la questione se, a seguito dell'introduzione della previsione di cui all'art. 448, comma 2-bis, c.p.p., sia ammissibile o meno, nei confronti della sentenza di patteggiamento, il ricorso per cassazione con cui si deduca il vizio di motivazione in ordine all'applicazione di misura di sicurezza, personale o patrimoniale⁴².

Si tratta di due questioni, peraltro, cui le Sezioni Unite hanno risposto affermativamente (nel secondo caso, solo con riferimento alle misure di sicurezza, personali o patrimoniali, che non abbiano formato oggetto dell'accordo delle parti) in esito alla camera di consiglio del 26 settembre 2019, secondo quanto indicato nell'informazione provvisoria diffusa dalla stessa Suprema Corte di Cassazione, in attesa del deposito delle decisioni con le relative motivazioni.

Ad ogni modo, per quanto gli interpreti potranno, se del caso, in alcune ipotesi ben determinate re-

³⁹ Cass., sez. VI, 20 dicembre 1991, n. 2400, in *CED Cass.* n. 189290; in senso analogo Cass., sez. VI, 5 aprile 1995, n. 1350, in *CED Cass.* n. 201947; Cass., sez. I, 26 settembre 1991, n. 3397, *ivi*, n. 188285.

⁴⁰ Così, *ex multis*, Corte cost., sent. 6 febbraio 2007, n. 26, in *Giur. cost.*, 2007, p. 221; Corte cost., sent. 30 luglio 1997, n. 288, *ivi*, 1997, p. 2630; Corte cost., sent. 23 dicembre 1994, n. 438, *ivi*, 1994, p. 3843; in tal senso, in dottrina, v., in particolare, A. Pizzorusso, *Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 36 ss.; P. Ferrua, *Appello, II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, 1988, p. 1 ss. Sul tema cfr. M. Ceresa-Gastaldo, *I limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento: discutibili giustificazioni e gravi problemi di costituzionalità*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 827 ss.; G. Serges, *Il principio del "doppio grado di giurisdizione" nel sistema costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 3 ss.; G.L. Verrina, *Doppio grado di giurisdizione, convenzioni internazionali e Costituzione*, in A. Gaito (a cura di), *Le impugnazioni penali*, vol. I, Torino, Utet, 1998, p. 143 ss.

⁴¹ Cass., sez. IV, 16 maggio 2019, n. 22113, in *www.penalcontemporaneo.it*, 11 giugno 2019, con nota di P. Corvi, *Patteggiamento e ricorso per cassazione in relazione alle sanzioni amministrative accessorie: la parola alle Sezioni unite*.

⁴² Cass., sez. VI, 16 gennaio 2019, n. 17770, in *www.dejure.it*.

cuperare un ambito di ammissibilità del ricorso per cassazione nei confronti della sentenza di patteggiamento attraverso la migliore applicazione dei canonici strumenti dell'ermeneutica, è palese che non sempre un'interpretazione estensiva, o meglio costituzionalmente orientata, dell'art. 448, comma 2-bis, c.p.p. potrà consentire di rimediare al mancato inserimento testuale, tra i motivi di ricorso, di alcune ipotesi di violazione di legge, che, essendo palesemente assenti nel *numerus clausus* coniato dal legislatore del 2017, sembrano, quindi, essere state del tutto private di una qualsivoglia forma di tutela giurisdizionale.

Si tratta, in particolare, di vizi insanabili, quali le nullità assolute, l'inutilizzabilità e l'incompetenza funzionale o per materia del giudice, i quali, non essendo stati ricompresi tra le ragioni testualmente indicate nell'art. 448, comma 2-bis, c.p.p., non sembrano potere più essere censurati in Cassazione, a meno che possano essere fatti rientrare nel motivo concernente l'espressione di volontà dell'imputato⁴³.

Così facendo, però, pare inconfutabile che il legislatore abbia troppo enfatizzato l'aspetto negoziale del rito in oggetto, sino a superare esigenze fondamentali di legalità processuale. Sembra, infatti, che in tal modo, il legislatore abbia portato alle estreme conseguenze quanto sostenuto da quell'orientamento della giurisprudenza di legittimità che configurava l'accordo tra le parti come una sorta di "rinuncia" a far valere qualsivoglia eccezione processuale. Tuttavia, così è facile notare come l'impossibilità di denunciare tali *errores in procedendo* tramite ricorso per cassazione sembri porre il nuovo art. 448, comma 2-bis, c.p.p. oltre il confine della legalità costituzionale; e ciò non solo in ragione di un suo palese contrasto con l'art. 111, comma 7, Cost., giacché le invalidità insanabili – le quali vengono a subire un'indebita compressione ove le parti del patteggiamento non possano più farle in nessun modo valere davanti al giudice nomofilattico – sono rilevabili anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento proprio perché finalizzate a presidiare diritti indisponibili di rilevanza costituzionale, che discendono, ad esempio, dagli artt. 2, 13 e 25 Cost. Insomma, «la scelta di restringere sino quasi a cancellare la possibilità di far valere tramite ricorso le più gravi violazioni della legge processuale rischia di trasformare il patteggiamento in una sorta di zona franca ove le norme indisponibili del codice di rito possono non trovare applicazione per il solo effetto del consenso»⁴⁴.

Inoltre, i problemi suscitati dalla formulazione di cui all'art. 448, comma 2-bis, c.p.p. non terminano qui. Sono, infatti, numerose le altre ipotesi non ricomprese nel ristretto elenco testuale utilizzato dal legislatore. Un caso emblematico è certamente quello del vizio di motivazione del patteggiamento, che – proprio in quanto non espressamente contenuto nella norma speciale *de qua* – non sembra che potrà più essere fatto valere, a meno di non adottare una "coraggiosa" ricostruzione interpretativa, capace di colmare la palese lacuna. Altrimenti, persino la sentenza "negoziata" del tutto priva di motivazione non sarebbe impugnabile in Cassazione, se frutto del consenso delle parti⁴⁵.

Sul punto, nondimeno, la riforma sembra proprio cadere «al di fuori del perimetro costituzionale»⁴⁶, data la palese violazione del combinato disposto dell'art. 111, commi 6 e 7, Cost. Del resto, nel momento in cui si impedisce in ogni caso di eccepire il vizio di motivazione delle decisioni "contrattate", il legislatore finisce per depotenziare indirettamente gli stessi controlli che il giudice è chiamato a effettuare prima di accettare il progetto di sentenza "negoziata", rompendo così l'equilibrio – sia pure "dinamico" – tra la componente negoziale e quella giurisdizionale su cui il rito si fondava stabilmente⁴⁷.

⁴³ Sul punto v., segnatamente, G.M. Baccari, *La disciplina del ricorso per cassazione avverso la sentenza di "patteggiamento" dopo la riforma "Orlando"*, cit., p. 1189; E. Lorenzetto, *Processo penale e legge n. 103 del 2017: la riforma che non c'è*, in *Proc. pen. e giust.*, 2017, p. 1079; F. Peroni, *La peripezia del patteggiamento in un trentennio di sperimentazione*, in *www.archiviopenale.it*, 6 agosto 2019; G. Spangher, *La riforma Orlando della giustizia penale. Prime riflessioni*, in Id. (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al codice penale, codice di procedura penale e ordinamento penitenziario*, cit., p. 19.

⁴⁴ M. Gialuz-J. Della Torre, *La rimodulazione dei rimedi avverso le sentenze di patteggiamento tra soiste del legislatore e frizioni con i principi costituzionali*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 201.

⁴⁵ Sul tema cfr. F. Caprioli, *I nuovi presupposti di ammissibilità dei ricorsi per cassazione*, in *www.la legislazione penale.eu*, 2 gennaio 2018; M. Gialuz-J. Della Torre, *La rimodulazione dei rimedi avverso le sentenze di patteggiamento tra soiste del legislatore e frizioni con i principi costituzionali*, cit., p. 218 ss.; E. Pilla, *I procedimenti speciali (commi 41-51-53 l. n. 103/2017)*, in A. Marandola-T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L. 103/2017)*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 182 ss.

⁴⁶ A. Sanna, *Rimedi agli errori della sentenza negoziata: l'arretramento del controllo giudiziale*, cit., p. 2275.

⁴⁷ Sul punto, in senso contrario, v. R. Belfiore, *Gli interventi sull'applicazione della pena su richiesta delle parti e sul procedimento per decreto*, cit., p. 313 e l'autorevole riflessione di P. Ferrua, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il cortocircuito della "Riforma Orlando"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1265.

Si può osservare, peraltro, che in tale ambito la Riforma Orlando sia andata ben al di là rispetto a quanto stabilito in passato dalla stessa giurisprudenza. Invero, pur avendo teorizzato per le sentenze “negoziate” una motivazione semplificata, la Corte di cassazione ha sempre ribadito che le stesse debbano contenere un accertamento positivo (sulla sussistenza dell’accordo, sulla correttezza della qualificazione giuridica del fatto, sulla comparazione delle circostanze, sulla congruità della pena patteggiata e, eventualmente, sulla concedibilità della sospensione condizionale della pena) e uno negativo (sull’esclusione della sussistenza di cause di non punibilità o di non procedibilità o di estinzione del reato)⁴⁸.

Si può notare, infine, come sia stata esclusa – nel dato testuale della disposizione *de qua* – anche la possibilità di ricorrere per cassazione quando il giudice omette di applicare o applica erroneamente l’art. 129 c.p.p., il quale dovrebbe rappresentare l’unico modo attraverso cui respingere gli accordi collegati a fattispecie concrete ove è indimostrata la responsabilità penale⁴⁹. In tal caso, però, non sembra affatto giustificabile, sul piano della tenuta del sistema, che un accordo *ex art. 444 c.p.p.* su un fatto palesemente insussistente non possa trovare rimedio avanti al giudice di legittimità. A bene vedere, l’esclusione di questo aspetto dalle dinamiche del controllo nel patteggiamento ne «determinerà, ancor di più, la emarginazione e ne scanderà la eccentricità rispetto alle dinamiche tipiche della giurisdizione, dove la premessa logica per l’applicazione della sanzione penale (comunque irrogata) deve essere la prova della responsabilità penale oltre ogni ragionevole dubbio»⁵⁰.

In conclusione, certamente è possibile individuare un efficace strumento di responsabilizzazione delle parti nella ridisegnata disciplina delle impugnazioni nel patteggiamento ad opera della legge n. 103 del 2017. Nondimeno, se, per certi versi, appare giusto rimodulare i casi di ricorso per cassazione avverso la sentenza che applica la pena su richiesta delle parti, posta la tipica natura negoziale che la caratterizza, sembra difficile – ad art. 111, comma 7, Cost. invariato – non cogliere, nella selezione operata dalla suddetta riforma, determinati profili di illegittimità costituzionale, che si annidano proprio nella (quasi) arbitraria e schiacciante delimitazione dei segmenti sui quali effettuare il controllo di legittimità. Invero, soprattutto l’inoppugnabilità della sentenza di patteggiamento in ordine ai profili che esulano dal patto tra le parti, ossia con riferimento a quelle statuizioni rispetto alle quali non vi è stato alcun accordo o alcuna espressa rinuncia, finisce col tradursi in un ingiustificato ed inaccettabile vuoto di tutela.

Inoltre, più in generale, anche mettendo da parte ogni doverosa notazione sulla compatibilità della nuova normativa con i principi costituzionali, occorre comunque convenire che fondate ragioni di opportunità, nonché significativi profili di tenuta sistemica dell’ordinamento processuale penale, sconsigliano di accogliere *tout court* una visione eccessivamente restrittiva della ricorribilità per cassazione della sentenza di patteggiamento, soprattutto nella prospettiva di una giusta ed effettiva considerazione della valenza dell’accordo negoziale sotteso alla sentenza di applicazione della pena “concordata”.

⁴⁸ Così, per tutte, Cass., sez. un., 27 marzo 1992, n. 5777, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2060.

⁴⁹ Sul punto cfr., in particolare, A. Bassi, *Il giudizio per cassazione ad un anno dall’entrata in vigore della riforma Orlando*, cit., p. 4048; J. Della Torre, *Patteggiamento e ricorribilità per violazione dell’art. 129 c.p.p. dopo la riforma Orlando*, in *Giur. it.*, 2018, p. 746 ss.; V. Maffeo, *I procedimenti speciali*, cit., p. 235; A. Sanna, *Il “patteggiamento” tra prassi e novelle legislative*, Milano, Wolters Kluwer, 2018, p. 213 ss.

⁵⁰ A. De Caro, *Il ricorso per cassazione*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, cit., p. 235.

La mancata applicazione della sospensione condizionale non chiesta in appello, non può essere dedotta in Cassazione

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UN., 22 MAGGIO 2019, N. 22533 – PRES. CARCANO, EST. MAZZEI

Fermo il dovere del giudice di appello di motivare il mancato esercizio del suo potere di ufficio di applicare il beneficio della sospensione condizionale della pena, in presenza delle condizioni che ne consentono il riconoscimento, specialmente se sopravvenute al giudizio di primo grado, l'imputato non può dolersi, con ricorso per cassazione, della mancata applicazione del medesimo beneficio se non lo ha richiesto nel corso del giudizio di appello.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1. (*omissis*), con sentenza del 7 marzo 2013 emessa dal Tribunale monocratico di Castrovillari all'esito di giudizio abbreviato condizionato, fu dichiarato responsabile del delitto previsto dall'art. 73, commi 1 e 1-bis, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, commesso in Castrovillari il 15 gennaio 2013, per avere illecitamente detenuto sostanza stupefacente del tipo marijuana del peso complessivo di grammi 166, non destinata all'uso esclusivamente personale, e, con le attenuanti generiche e la riduzione per il rito, fu condannato alla pena di tre anni di reclusione ed Euro dodicimila di multa, con interdizione temporanea dai pubblici uffici, confisca e distruzione della sostanza stupefacente in sequestro.

Tale decisione, impugnata dall'imputato, fu parzialmente riformata dalla Corte di appello di Catanzaro, giusta sentenza dell'8 maggio 2017, ferma la dichiarata responsabilità di (*omissis*) per il delitto, così come contestato, con riduzione del trattamento sanzionatorio ad anni uno e giorni venti di reclusione ed Euro quattromila di multa e revoca della pena accessoria, in considerazione della sopravvenuta sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, determinante la reviviscenza dell'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, nel testo antecedente le modifiche introdotte dall'art. 4-bis d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, articolo 4 bis, convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, che poneva limiti edittali di pena più miti per le droghe cosiddette leggere, come quella sequestrata all'imputato.

2. Avverso quest'ultima sentenza ha proposto ricorso per cassazione l'imputato tramite il difensore, avvocato (*omissis*), il quale ha dedotto quattro motivi di ricorso.

2.1. Con il primo motivo il ricorrente ha denunciato, ai sensi dell'articolo 606, lett. b), c) ed e), cod. proc. pen., l'inosservanza o l'erronea applicazione degli artt. 125, comma 3, e 438 cod. proc. pen., 24 e 111 Cost., 73, commi 1 e 1-bis, d.P.R. n. 309 del 1990, e il vizio di motivazione.

Illegittimamente il Tribunale aveva utilizzato, nella decisione di condanna, gli esiti delle analisi chimiche, attestanti il numero di dosi singole (738) ricavabili dalla sostanza stupefacente (marijuana) sequestrata, benché il referto degli esami, eseguiti a cura di esperti della polizia scientifica di Reggio Calabria, non fosse stato presente nel fascicolo processuale al momento della richiesta del giudizio abbreviato.

Ad avviso del ricorrente, la Corte di appello aveva respinto tale eccezione con motivazione del tutto inadeguata, limitandosi a richiamare la generica disponibilità del Tribunale e del Pubblico Ministero a fornire i chiarimenti richiesti dall'imputato circa il documento di analisi denunciato come assente in atti.

Tali chiarimenti non erano stati mai forniti dalle Autorità adite, con la conseguente vanificazione della prova generica in punto di natura stupefacente ed entità delle pretese dosi ricavabili dalla sostanza sequestrata, non surrogabile dagli altri atti richiamati dalla Corte territoriale, inclusi nel fascicolo processuale, quali il verbale di sequestro e gli esiti delle immediate analisi eseguite dall'operatore di polizia scientifica presso il Commissariato di Castrovillari.

2.2. Con il secondo motivo il ricorrente ha dedotto, ai sensi dell'art. 606, lett. b), c) ed e), cod. proc. pen., l'inosservanza o l'erronea applicazione degli artt. 125, comma 3, e 438 cod. proc. pen, 24 e 111 Cost., 73, commi 1 e 1-bis, d.P.R. n. 309 del 1990, e il vizio di motivazione.

La propria condanna sarebbe stata fondata sul mero dato ponderale della sostanza detenuta e su una motivazione insufficiente ed errata.

Inidonee a sostenere la finalità di cessione a terzi della marijuana sequestrata sarebbero i seguenti elementi, valorizzati, invece, nella sentenza impugnata: il trasporto della sostanza nell'autovettura guidata dall'imputato, controllato mentre era diretto a Roma, avendo lo stesso dichiarato di aver acquistato la marijuana a (*omissis*), da dove proveniva, per la maggiore convenienza del prezzo ivi praticato; l'impossibilità di consumare personalmente tutta la sostanza sequestrata, fondata sull'errato presupposto del suo deterioramento mentre il decorso del tempo ne avrebbe accresciuto, secondo il ricorrente, l'effetto drogante.

Al contrario, non era stata apprezzata l'assenza di elementi rivelatori della finalità di cessione a terzi, in ragione del mancato rinvenimento di elenchi di potenziali clienti, di strumenti di misurazione e confezionamento di dosi da destinare al commercio, di denaro illegittimamente acquisito.

2.3. Con il terzo motivo il ricorrente ha lamentato, ai sensi dell'articolo 606, lett. b), c) ed e), cod. proc. pen., l'inosservanza o l'erronea applicazione degli artt. 125, comma 3, e articolo 438 cod. proc. pen., 24 e 111 Cost., 73, commi 1, 1-bis e 5, d.P.R. n. 309 del 1990, 133, 133-bis, 62-bis e 69 cod. pen., e il vizio di motivazione.

La Corte avrebbe erroneamente escluso la qualificazione del fatto in termini di lieve entità, omettendo la valutazione della modesta rilevanza oggettiva della violazione e della positiva personalità e condotta dell'imputato, unitariamente deponenti a favore della fattispecie meno grave.

2.4. Con il quarto motivo il ricorrente ha denunciato, sempre ai sensi dell'articolo 606, lett. b), c) ed e), cod. proc. pen., l'inosservanza o l'erronea applicazione degli artt. 125, comma 3, 438 cod. proc. pen., 24 e 111 Cost., 73, commi 1, 1-bis e 5, d.P.R. n. 309 del 1990, 133, 133-bis, 62-bis e 69 c.p., e il vizio di motivazione.

Nonostante la sussistenza di tutte le condizioni per l'applicazione del beneficio della sospensione condizionale della pena, come ridotta in appello per la ripristinata disciplina sanzionatoria più favorevole, nessuna motivazione era stata resa con riguardo al riconoscimento del detto beneficio, affatto ignorato nella sentenza impugnata.

3. La Terza Sezione della Corte, investita del ricorso, dopo aver incidentalmente scrutinato i primi tre motivi, ritenendoli inammissibili, ha rimesso gli atti alle Sezioni Unite ai sensi dell'articolo 618, comma 1, cod. proc. pen., rilevando l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sull'obbligo del giudice di appello di motivare, comunque, la mancata applicazione di ufficio della sospensione condizionale della pena.

3.1. La Sezione rimettente ha rilevato che un primo indirizzo interpretativo assume che il giudice di appello non è tenuto a concedere di ufficio la sospensione condizionale della pena né a motivare specificamente sul punto, quando l'interessato si limiti, nell'atto di impugnazione e in sede di discussione, ad un generico e assertivo richiamo dei benefici di legge, senza indicare alcun elemento di fatto potenzialmente idoneo a fondare l'accoglimento della richiesta (Sez. 7, n. 16746 del 13/01/2015, Ciaccia, Rv. 263361; Sez. 4, n. 1513 del 03/12/2013, Shehi, Rv. 258487; Sez. 4, n. 43113 del 18/09/2012, Siekierska, Rv. 253641; Sez. 6, n. 30201 del 27/06/2011, Ferrante, Rv. 256560; Sez. 6, n. 7960 del 26/01/2004, Calluso, Rv. 228468; Sez. 5, n. 41126 del 24/09/2001, Casamassima, Rv. 220254, in tema di circostanze attenuanti generiche).

3.2. Secondo un altro orientamento, invece, il giudice di appello deve, sia pure sinteticamente, dare ragione del concreto esercizio, positivo o negativo, del potere-dovere attribuitogli dall'articolo 597, comma 5, cod. proc. pen., qualora ricorrano le condizioni previste dalla legge per l'applicazione della sospensione condizionale della pena e della non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, tanto più quando una delle parti (anche il pubblico ministero nell'interesse dell'imputato) ne abbia fatto esplicita richiesta, con riferimento a dati di fatto astrattamente idonei al suo accoglimento. Ne consegue la legittimazione e l'interesse dell'imputato a dolersi, in sede di legittimità, del mancato esercizio di tale potere-dovere da parte del giudice di appello, purché siano indicati dal ricorrente gli elementi di fatto in base ai quali il giudice avrebbe potuto ragionevolmente e fondatamente esercitarlo (Sez. 3, n. 47828 del 12/10/2017, Esposito, Rv. 271815; Sez. 3, n. 3856 del 4/11/2015, Gamboni, Rv.

266138; Sez. 5, n. 2094 del 23/10/2009, Coluccio, Rv. 245924; Sez. 5, n. 37461 del 20/09/2005, Zoffoli, Rv. 232323; Sez. 6, n. 32966 del 13/07/2001, Colbertardo, Rv. 220729).

3.3. Le due letture giurisprudenziali convergono sulla necessità della astratta ricorrenza delle condizioni di applicazione della sospensione condizionale della pena e, dunque, sulla sussistenza del concreto interesse dell'imputato a lamentarsi dell'omessa motivazione; ove tali condizioni non sussistano (e, comunque, non siano nemmeno dedotte in sede di legittimità), il giudice di appello non è tenuto a giustificare l'omesso esercizio delle prerogative che l'articolo 597, comma 5, cod. proc. pen., gli assegna di ufficio.

Al contrario, se le condizioni per l'applicazione del beneficio sussistono, è comunque necessario, secondo alcune pronunce, l'impulso proveniente dall'imputato ai fini dell'esercizio del potere di applicare d'ufficio la sospensione condizionale della pena, con conseguente obbligo di motivare la decisione solo in presenza di pertinente richiesta; secondo altre, invece, tale impulso non è richiesto sicché il giudice di appello è obbligato a motivare comunque le ragioni della propria decisione, qualunque essa sia, e l'omessa motivazione sul punto è censurabile con ricorso per cassazione.

Nel caso in esame, osserva la Sezione rimettente, il beneficio era astrattamente concedibile, pur in assenza di richiesta o sollecitazione da parte dell'imputato, e l'assenza di motivazione del giudice di appello, circa il mancato esercizio del suo potere di ufficio, rende rilevante la soluzione del contrasto rappresentato.

4. Con decreto dell'11 settembre 2018 il Primo Presidente Aggiunto ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite penali e ne ha fissato la trattazione per la odierna pubblica udienza, all'esito della quale le parti hanno rassegnato le conclusioni in epigrafe riportate.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione di diritto rimessa alle Sezioni unite è stata così formulata: "se il giudice dell'appello deve rendere conto del concreto esercizio, positivo o negativo, del dovere attribuitogli dall'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., di applicare il beneficio della sospensione condizionale della pena in assenza di specifica richiesta".

2. Secondo una prevalente e consolidata lettura, il potere riconosciuto al giudice di appello dall'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., di applicare, anche di ufficio, i benefici di cui agli artt. 163 e 175 cod. pen., e una o più circostanze attenuanti si pone come eccezionale e discrezionale rispetto al principio generale, dettato dal primo comma dello stesso art. 597, comma 1, secondo il quale l'appello attribuisce al giudice di secondo grado la cognizione del procedimento limitatamente ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti.

Conseguentemente, il mancato esercizio di tale potere – limitato alle sole ipotesi di rilevanza dagli atti delle condizioni e degli elementi che consentono l'applicazione dei benefici o di una o più attenuanti, senza che siano necessarie ulteriori indagini (Sez. 2, n. 6458 del 21/01/1991, La Marca, Rv. 187618) – non è censurabile in cassazione, né è configurabile un obbligo di motivazione, in assenza di una specifica richiesta, oltre che nei motivi di appello, nel corso del giudizio di secondo grado (così, Sez. 1, n. 8558 del 02/05/1997, Chiavaroli, Rv. 208572); e ciò anche nel caso di condanna dell'imputato, già assolto in primo grado, su impugnazione del pubblico ministero (Sez. 3, n. 7911 del 12/08/1993, Todisco, Rv. 194662).

Tanto perché "l'obbligo di motivazione da parte del giudice di appello sussiste soltanto in relazione a quanto dedotto con l'atto di impugnazione o, se si tratta del mancato esercizio di un potere esercitabile di ufficio – come quello relativo alla concessione di benefici ai sensi dell'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., – anche in relazione a quanto dedotto e richiesto in sede di discussione. Peraltro, perché sussista l'obbligo della motivazione, è necessario che la richiesta non sia generica (come nella dizione: applicazione di tutti i benefici di legge), ma in qualche modo giustificata con riferimento a dati di fatto astrattamente idonei all'accoglimento della richiesta stessa" (Sez. 5, n. 1099 del 26/11/1997, dep. 1998, Pirri, Rv. 209683).

Specularmente è stato ritenuto fondato il ricorso per cassazione in riferimento alla mancata applicazione dell'art. 62-bis cod. pen., a norma dell'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., riconoscendo "la legittimazione e l'interesse dell'imputato a dolersi, in sede di legittimità, del mancato esercizio del poterdovere" del giudice, poiché il ricorrente, nel corso del giudizio di appello, pur non avendo proposto

motivo sul punto, aveva tuttavia specificatamente indicato gli elementi a fondamento della richiesta, ossia l'assenza di precedenti penali e la modesta entità del fatto criminoso (così, Sez. 2, n. 8418 del 02/06/1998, Maodo, Rv. 211189).

Le ragioni di tale orientamento della giurisprudenza sul tema di interesse, con riferimento proprio ad un caso di mancato esercizio del potere di applicare di ufficio la sospensione condizionale della pena a favore di imputato, tra l'altro infraventunenne, sono più diffusamente esposte nella sentenza della Sezione Seconda, n. 15930 del 19/02/2016, Moundi, Rv. 266563, che ritiene infondato il motivo di ricorso inerente alla omessa applicazione del beneficio, poiché, come si legge in motivazione "è pur vero che il giudice di appello è titolare del potere di applicare d'ufficio il beneficio della sospensione condizionale della pena ex art. 597, comma 5, cod. proc. pen., ma si tratta di un potere eccezionale e discrezionale (...) per cui la parte che ha un autonomo potere di chiedere l'applicazione del beneficio, non è legittimata ad impugnare la sentenza d'appello a motivo del mancato esercizio di tale potere, se non abbia formulato (...) la corrispondente richiesta; ne' può costituire motivo di ricorso per cassazione, ex art. 606, lett. e), cod. proc. pen. l'omessa motivazione circa il mancato esercizio, ex officio, di tale potere. Infatti l'obbligo di motivazione del giudice di appello sussiste soltanto in relazione a quanto dedotto con l'atto di impugnazione o, se si tratta del mancato esercizio di un potere d'ufficio (...), anche a quanto dedotto e richiesto in sede di discussione dovendo la parte manifestare un interesse concreto all'applicazione del beneficio. Peraltro, – precisa la sentenza a chiusura della motivazione – perché sussista l'obbligo di motivazione è necessario che la richiesta non sia generica ma in qualche modo giustificata con riferimento a dati di fatto astrattamente idonei all'accoglimento della richiesta stessa". (In senso sostanzialmente conforme alla interpretazione prevalente v., Sez. 3, n. 23228 del 12/04/2012, Giovanrosa, Rv. 253057; Sez. 6, n. 6880 del 27/01/2010, Mezzini, Rv. 246139; Sez. 6, n. 22120 del 29/04/2009, Tatone, Rv. 243946; Sez. 6, n. 7960 del 26/01/2004, Calluso, Rv. 228468; Sez. 3, n. 21273 del 18/03/2003, Gueli, Rv. 224850; Sez. 5, n. 41126 del 24/09/2001, Casamassima, Rv. 220254).

Inesplicito risulta, invece, il principio di diritto affermato nella sentenza delle Sezioni Unite, n. 10495 del 09/10/1996, Nastasi, Rv. 206175, "in tema di non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale", là dove si sostiene lapidariamente che "il giudice di secondo grado, in assenza di richiesta dell'impugnante, non ha alcun dovere di motivare il mancato esercizio del potere discrezionale, conferitogli dall'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., di applicare d'ufficio il beneficio, né tale mancato esercizio può costituire motivo di ricorso per cassazione".

Un accento particolare sull'interesse del ricorrente all'applicazione del beneficio della sospensione condizionale della pena che potrebbe anche non sussistere nel caso concreto, rendendo paradossalmente impugnabile il positivo esercizio da parte del giudice di appello, senza alcuna richiesta di parte, del potere ufficioso di applicazione, si coglie nelle sentenze della Sez. 6, n. 30201 del 27/06/2011, Ferrante, Rv. 256560, e della Sez. 3, n. 28690 del 09/02/2017, Rochira, Rv. 270587, quest'ultima richiamante anche la giurisprudenza delle Sezioni Unite (n. 6563 del 16/03/1994, Rusconi, Rv. 197535), che ha riconosciuto l'interesse dell'imputato ad impugnare l'applicazione (non richiesta) della sospensione condizionale della pena "tutte le volte in cui il provvedimento di concessione del beneficio sia idoneo a produrre in concreto la lesione della sfera giuridica dell'impugnante e la sua eliminazione consenta il conseguimento di una situazione giuridica più vantaggiosa".

3. Una diversa lettura dell'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., prende avvio dalla sentenza della Sez. 6, n. 32966 del 13/07/2001, Colbertardo, Rv. 220729, relativa ad un caso di riforma di pronuncia assoluta con condanna degli imputati in appello, senza applicazione dei benefici, sebbene il pubblico ministero appellante, nella discussione orale, ritenendo sussistenti le condizioni previste dalla legge, avesse richiesto l'applicazione dei benefici di legge.

La suddetta decisione prende esplicita posizione dissenziente dalla precedente giurisprudenza circa l'assenza di obbligo di motivazione, in capo al giudice di appello, che, pur ricorrendone le condizioni, in mancanza di espressa richiesta dell'imputato, non eserciti il suo potere ufficioso di applicazione dei benefici, confutando sia l'automatico nesso –affermato o presupposto dalla giurisprudenza prevalente– tra discrezionalità e assenza di obbligo di motivazione, sulla base della considerazione che un potere discrezionale non è un dovere; sia la funzione esclusivamente endoprocessuale attribuita alla motivazione, correlata alle richieste rivolte al giudice dalla parte potenzialmente interessata all'esercizio del potere ufficioso.

Secondo la sentenza in esame, che ha aperto un varco nella giurisprudenza già consolidata in senso

contrario, “solo in presenza della motivazione è possibile il controllo di legalità sull’esercizio del potere del giudice sia all’interno del processo (funzione e valore endoprocedurale della motivazione come garanzia interna), sia all’esterno di esso (valore e funzione extraprocedurale della motivazione come condizione di controllo democratico e come fattore di pubblicità e di responsabilità)”. Si è così sostenuto che in mancanza della richiesta dei benefici da parte dei difensori degli imputati – nella specie erano entrambi incensurati, di età avanzata e condannati a pene lievi – ritenere che non sussista l’obbligo di motivare sul mancato esercizio del potere-dovere di concedere i benefici di cui agli artt. 163 e 175 cod. pen., “implica l’adesione ad una concezione della giurisdizione fortemente potestativa e riduttivamente formale, anziché garantistica e conforme al principio costituzionalizzato dall’art. 111, sesto comma, Cost., che nella motivazione della decisione giudiziaria individua il valore e il connotato specifico del potere giurisdizionale”.

La conclusione è nel senso che il giudice di appello deve, sia pure sinteticamente, dare ragione del concreto esercizio, positivo o negativo, del potere-dovere, attribuitogli dell’art. 597, comma 5, cod. proc. pen., tanto più quando una delle parti (anche il pubblico ministero nell’interesse dell’imputato) ne abbia fatto esplicita richiesta; pertanto sussiste la legittimazione e l’interesse dell’imputato di dolersi, in sede di legittimità, del mancato esercizio di tale potere-dovere del giudice di appello, purché egli indichi gli elementi di fatto in base a cui il giudice avrebbe potuto ragionevolmente e fondatamente esercitare il suo potere-dovere.

Altre sentenze successive si iscrivono nello stesso filone interpretativo: in particolare, Sez. 6, n. 12839 del 10/02/2005, De Martino, Rv. 231431 (di annullamento con rinvio di sentenza di condanna, in riforma di giudizio assolutorio di primo grado, senza esercizio del potere del giudice di appello di applicare la sospensione condizionale della pena, “in assenza di specifiche deduzioni” di entrambe le parti, privata e pubblica); Sez. 5, n. 37461 del 20/09/2005, Zoffoli, Rv. 232323 (nella quale si afferma il medesimo principio, dandosi atto peraltro che il beneficio era stato espressamente richiesto dalla difesa in sede di conclusioni rassegnate in udienza); Sez. 5, n. 40865 del 25/09/2007, Catalano, Rv. 238187 (in un caso di condanna in primo grado a pena pecuniaria per reato erroneamente ritenuto di competenza del giudice di pace, riformata in appello, su impugnazione del pubblico ministero, con condanna a pena detentiva non sospesa, pur ricorrendone in astratto le condizioni, in assenza di specifiche deduzioni delle parti); Sez. 6, n. 3917 del 08/01/2009, Chiacchierini, Rv. 242527 (fattispecie di condanna in appello su impugnazione del pubblico ministero senza esercizio del potere officioso di applicare i doppi benefici di legge, in mancanza di qualsiasi subordinata – deduzione di parte a fronte di una richiesta difensiva di mera conferma della decisione assolutoria del primo giudice); Sez. 5, n. 2094 del 23/10/2009, dep. 2010, Coluccio, Rv. 245924 (caso di pena ridotta in appello in misura compatibile con il beneficio della sospensione, non preso in considerazione dal giudice, a fronte dell’appello dell’imputato che aveva genericamente chiesto, insieme ad una diversa qualificazione dei reati, la riduzione della pena al minimo “con i doppi benefici di legge”); Sez. 6, n. 14758 del 27/03/2013, V.G., Rv. 254690 e Sez. 5, n. 5581 del 08/10/2014, dep. 2015, Ciodaro, Rv. 264215 (entrambe in fattispecie di riforma della pronuncia assolutoria, su appello del pubblico ministero, senza esercizio del potere officioso di applicazione della sospensione condizionale della pena, astrattamente concedibile, in assenza di specifica deduzione dell’imputato che non aveva avuto ragione di dolersi della pronuncia di primo grado).

È importante sottolineare che le sentenze valorizzanti il potere-dovere del giudice di appello di motivare l’esercizio positivo o negativo del potere officioso di applicare benefici o attenuanti, indipendentemente da specifica richiesta di parte, riguardano specialmente i casi di *reformatio in peius* della sentenza di primo grado, in accoglimento di impugnazione del pubblico ministero, poiché in tale ipotesi il giudice di secondo grado, “trovandosi di fronte a una richiesta di radicale riforma di una pronuncia ampiamente favorevole al prevenuto, nel momento in cui addiuviene alla decisione di accoglierla, non può non dare specifico conto del grado di estensione di tale accoglimento e, quindi, sotto tale profilo, spiegare perché esso non sia contenuto, ove ne sussistano i presupposti legali, nei limiti di una condanna condizionalmente sospesa” (così, Sez. 6, n. 12839 del 2005, De Martino, cit.).

4. Ritiene la Corte di dover dare al quesito proposto una risposta articolata che necessariamente comprende tutti i casi previsti dell’art. 597, comma 5, cod. proc. pen., dall’applicazione della sospensione condizionale della pena (art. 163 cod. pen.) e della non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale (art. 175 cod. pen.), al riconoscimento di una o più attenuanti (artt. 62, 62-bis cod. pen.), con effettuazione del giudizio di comparazione a norma dell’articolo 69 cod. pen., “quando oc-

corre", ossia subordinatamente all'applicazione di ufficio da parte del giudice di appello di nuove circostanze attenuanti, tali da imporre, nuovamente o per la prima volta (se in precedenza erano state applicate solo circostanze aggravanti), il giudizio di comparazione (Sez. U, n. 7346 del 16/03/1994, Maggotti, Rv. 197700).

4.1. Preliminarmente, è opportuno delimitare l'ambito della questione dibattuta.

Ad essa sono ovviamente estranei i casi in cui il giudice di primo o di secondo grado, anche di ufficio, abbia vagliato l'applicazione dei benefici e, segnatamente, della sospensione condizionale della pena, riconoscendola o escludendola, con conseguente facoltà della parte interessata di impugnare specificamente il corrispondente punto della decisione nel rispetto delle disposizioni generali in materia di impugnazioni e, quanto al ricorso per cassazione, negli stretti limiti in cui tale mezzo è ammesso.

Il quesito proposto investe, dunque, esclusivamente il mancato esercizio del detto potere officioso nel giudizio di appello e le conseguenze da esso discendenti in termini di tutela dell'interesse delle parti al suo effettivo esercizio, essendo pacifico che il difetto di esercizio di esso in primo grado è denunciabile con specifico motivo di appello e, ove ciò non avvenga, non preclude il potere del secondo giudice di esercitarlo, appunto, di ufficio a norma dell'art. 597, comma 5, cod. proc. pen.

Tale potere, come detto, costituisce una deroga al principio devolutivo che conosce altre, non poche, eccezioni (tra cui il difetto di giurisdizione, rilevabile in ogni stato e grado del procedimento; l'incompetenza per materia, anch'essa rilevabile in ogni stato e grado del processo, salvo quanto previsto dagli artt. 21, comma 3, e 23, comma 2, cod. proc. pen.; la dichiarazione immediata di cause di non punibilità, indipendentemente dall'oggetto dell'impugnazione e, dunque, anche quando, per addivenire al proscioglimento, sia necessario l'esame di punti della sentenza non appellati; l'errore di persona relativo all'imputato; la morte del reo; la declaratoria di nullità assolute e di quelle di tipo intermedio rilevabili di ufficio nei limiti dell'art. 180 cod. proc. pen.; l'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge; la sentenza di proscioglimento nel caso di procedimento iniziato in violazione del divieto di *bis in idem*; la questione di legittimità costituzionale che "può essere sollevata di ufficio dall'autorità giurisdizionale davanti alla quale verte il giudizio"; la violazione del principio di legalità della pena; l'applicazione della legge più favorevole).

La peculiarità della deroga prevista dell'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., al principio devolutivo enunciato dal comma 1, dello stesso articolo, secondo il quale l'ambito della cognizione del giudice di appello è limitato ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti, risiede proprio nella sua eccezionalità che si coniuga con la discrezionalità del giudice nell'ordinare i benefici previsti dagli artt. 163, 164 e 175 cod. pen., avuto riguardo, in entrambi i casi, alle circostanze indicate nell'art. 133 cod. pen., e con lo scrutinio di merito postulato dal riconoscimento di nuove circostanze attenuanti – comuni, generiche, ad effetto speciale (artt. 62, 62-bis e 63, terzo comma cod. pen.) – con eventuale giudizio di comparazione; e ciò diversamente dalle altre eccezioni al medesimo principio devolutivo, già sopra compendiate, che sono invece imposte dal rilievo ordinamentale e inderogabile delle norme da osservare.

Tale discrezionalità che rimanda ad un "potere" non vincolato al suo esercizio diventa un "dovere" del giudice di appello, da esercitare indipendentemente da specifiche deduzioni di parte, secondo una parte della giurisprudenza citata, in presenza di particolari condizioni, ravvisate nella sopravvenuta attualità dei presupposti di applicazione dei benefici di legge, non sussistenti nel primo giudizio, o perché definito con sentenza di proscioglimento (non doversi procedere, assoluzione), riformata in appello, su impugnazione del pubblico ministero, con pronuncia di condanna; oppure per la qualità di pena irrogata incompatibile con la sospensione condizionale della pena (art. 60 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274), con ritenuta competenza del tribunale, nel giudizio di appello, e conseguente irrogazione di pena per cui è, invece, ammesso il beneficio; o ancora per la misura edittale della sanzione al tempo della prima decisione, eccedente i limiti di ammissibilità della sospensione condizionale della pena, con sopravvenuto mutamento *in melius* della norma sanzionatoria, tale da consentire, in appello, l'applicazione del beneficio (cfr., tra le altre, Sez. 6, n. 32966 del 2001, Colbertardo, cit.).

4.2. La Corte ritiene che sia corretto riconoscere l'esercizio del potere del giudice di appello, in tema di applicazione dei benefici di legge (o di una o più attenuanti), come un "dovere", in presenza di elementi di fatto che ne consentano ragionevolmente l'esercizio, tanto più se divenuti attuali proprio nel giudizio di appello.

Tale potere-dovere, essendo espressamente attribuito al giudice, "di ufficio", dall'art. 597, comma 5,

cod. proc. pen., non postula, per definizione, la necessaria iniziativa o sollecitazione di parte, espressa in una richiesta specifica anche solo in sede di conclusioni nel giudizio di appello. E, tuttavia, l'esercizio di esso va correlato sia al suo fondamento normativo, che lo pone come "eccezione" al generale principio devolutivo che governa il giudizio di appello, sia al contenuto "discrezionale" del suo oggetto, che postula, ai fini dell'applicazione dei benefici come del riconoscimento di attenuanti, valutazioni di puro merito.

Lo stretto nesso tra ufficiosità, eccezionalità e discrezionalità del potere-dovere attribuito al giudice di appello esclude che il suo mancato esercizio possa configurare un vizio deducibile in cassazione. In particolare, la non decisione sul punto non costituisce violazione di norma penale sostanziale (art. 606, comma 1, lett. b, cod. proc. pen., e, neppure, violazione di norma processuale stabilita a pena di nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o decadenza (art. 606, comma 1, lettera c, cod. proc. pen.), tale non essendo l'articolo 597, comma 5 cod. proc. pen.; soprattutto la "non decisione", in appello, sui benefici di legge non è denunciabile come vizio di motivazione per mancanza (art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen., laddove la parte – che avrebbe potuto sollecitarne l'esercizio, in relazione ai possibili sviluppi del processo di secondo grado ancorché preceduto da giudizio assolutorio o incompatibile con il riconoscimento della sospensione condizionale della pena – non abbia richiesto, senza averne fatto (o potuto fare) motivo di impugnazione, l'applicazione del beneficio nel corso del medesimo giudizio di appello.

Il vizio di motivazione denunciabile con ricorso per cassazione – diverso dal caso, estraneo a quello in esame, di assenza grafica o mera apparenza di motivazione integrante violazione di legge processuale espressamente sanzionata a pena di nullità dall'art. 606, comma 1, lett. c), in relazione all'art. 125, comma 3, cod. proc. pen. – rimanda al contenuto della motivazione come delineato dall'art. 546, comma 1, lett. e), cod. proc. pen., norma che, sia nel testo vigente al tempo dell'emissione della sentenza impugnata – prima dell'entrata in vigore della legge 23 giugno 2017, n. 103, che ha ampliato il contenuto della suddetta lettera e) –, sia nel testo attuale, non prevede che "la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata" debba aver riguardo anche alla possibile applicazione dei benefici di legge, strutturando piuttosto la motivazione in chiave dialettica con l'esplicito richiamo all'indicazione delle prove poste a base della decisione e all'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice non abbia ritenuto attendibili le prove contrarie (così il testo dell'art. 546, comma 1, lettera e), nel testo vigente al tempo della sentenza impugnata).

In breve, il mancato esercizio (con esito positivo o negativo) del potere-dovere del giudice di appello di applicare di ufficio i benefici di legge, non accompagnato da alcuna motivazione che renda ragione di tale "non decisione", non può costituire motivo di ricorso per cassazione per violazione di legge o difetto di motivazione, se l'effettivo espletamento del medesimo potere-dovere non sia stato sollecitato da una delle parti, almeno in sede di conclusioni nel giudizio di appello, ovvero, nei casi in cui intervenga condanna la prima volta in appello, neppure con le conclusioni subordinate proposte dall'imputato nel giudizio di primo grado.

In caso di *reformatio in peius*, invero, è stato già correttamente affermato che il giudice di appello "ha l'obbligo di confutare in modo specifico e completo le argomentazioni della decisione di assoluzione e di valutare le ulteriori argomentazioni non sviluppate in tale decisione ma comunque dedotte dall'imputato dopo la stessa e prima della sentenza di appello, pronunciandosi altresì su violazioni di legge intervenute nel giudizio di primo grado in danno dell'imputato e da questi non dedotte per carenza di interesse in appello, nonché sulle richieste subordinate avanzate dall'imputato stesso in sede di discussione nel giudizio di primo grado" (così, Sez. 6, n. 22120 del 29/04/2009, Tatone, Rv. 243946), ivi inclusa l'istanza di applicazione dei benefici di legge e, segnatamente, della sospensione condizionale della pena.

Va aggiunto che la soluzione indicata appare coerente con il sistema di processo di parti del codice di rito e rispettosa, in particolare, della struttura del beneficio in esame che postula un interesse del potenziale destinatario non sempre favorevole alla sua applicazione.

E, in proposito, giova richiamare le sentenze delle Sezioni Unite della Corte che, già nel vigore del precedente codice di rito come di quello attuale, hanno riconosciuto "il diritto dell'imputato di impugnare il provvedimento con cui gli sia stata concessa la sospensione condizionale della pena e di ottenere la revoca di tale beneficio qualora da esso possa derivargli anziché un vantaggio la lesione di un diritto o di un interesse giuridico" (Sez. U, n. 12234 del 23/11/1985, Di Trapani, Rv. 171394); "la sospensione condizionale, infatti, non può risolversi in un pregiudizio per l'imputato in termini di compro-

missione del carattere personalistico e rieducativo della pena”, fermo restando che “il pregiudizio addotto dall’interessato in tanto è rilevante in quanto non attenga a valutazioni meramente soggettive di opportunità e di ordine pratico, ma concerne interessi giuridicamente apprezzabili in quanto correlati alla funzione stessa della sospensione condizionale, consistente nella “individualizzazione” della pena e nella sua finalizzazione alla reintegrazione sociale del condannato” (così Sez. U, n. 6563 del 16/03/1994, Rusconi, Rv. 197535).

Un perspicuo approfondimento di tale “interesse” dell’imputato in tema di sospensione condizionale della pena, che, anche in funzione della disponibilità del beneficio, rafforza la non censurabilità, nel giudizio di cassazione, del mancato esercizio del potere del giudice di appello di ordinarne l’applicazione di ufficio, in assenza di sollecitazione di parte, si legge nella già citata sentenza della Sez. 3 n. 28690 del 09/02/2017, Rochira, in un caso di annullamento senza rinvio della sentenza impugnata limitatamente alla disposta applicazione, di ufficio, del beneficio della sospensione condizionale della modesta ammenda di Euro 1.600, inflitta all’imputato per violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, là dove correttamente si riconosce uno spazio significativo all’interesse dell’imputato, conformemente ad una evoluzione del sistema dell’esecuzione penale che “attribuisce un ruolo attivo e determinante al condannato nella concreta individuazione del percorso esecutivo”, con richiamo della disposizione dell’art. 656, comma 5, cod. proc. pen., sulla facoltà dell’interessato, entro trenta giorni dalla notificazione del decreto di sospensione dell’ordine di esecuzione, di presentare richiesta di misure alternative alla detenzione; e, su altro versante, si sottolinea la possibilità dell’imputato “di scegliere la modalità esecutiva della pena attraverso la richiesta di ammissione al lavoro di pubblica utilità, alla quale, viene riconosciuto il valore di tacita rinuncia proprio al beneficio della sospensione condizionale della pena” (così la sentenza citata, che richiama Sez. 3, n. 20726 del 07/11/2012, dep. 2013, Cinciripini, Rv. 254996, a proposito della pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità di cui all’articolo 186, 9-bis, cod. strada).

5. Al termine della disamina fin qui condotta va, quindi, enunciato il seguente principio di diritto:

“Fermo il dovere del giudice di appello di motivare il mancato esercizio del suo potere di ufficio di applicare il beneficio della sospensione condizionale della pena, in presenza delle condizioni che ne consentono il riconoscimento, specialmente se sopravvenute al giudizio di primo grado, l’imputato non può dolersi, con ricorso per cassazione, della mancata applicazione del medesimo beneficio se non lo ha richiesto nel corso del giudizio di appello”.

6. Segue l’esame dei motivi di ricorso.

6.1. Dal principio sopra affermato deriva l’infondatezza del quarto motivo, con cui il ricorrente ha lamentato l’assenza di ogni motivazione sulla mancata applicazione del beneficio della sospensione condizionale della pena: infatti, deve escludersi ogni ipotesi di violazione di legge o di difetto di motivazione, sia per il mancato esercizio del potere del giudice di appello di applicare di ufficio la sospensione, sia per la omessa giustificazione al riguardo, in quanto l’imputato, nel corso del giudizio di secondo grado, non ha fatto alcuna richiesta in ordine al beneficio previsto dall’art. 163 cod. pen.

6.2. Gli altri motivi sono inammissibili.

Il primo motivo è generico e manifestamente infondato.

L’imputato era stato arrestato il 15 gennaio 2013 nella flagranza del reato a lui ascritto e condotto davanti al tribunale per la convalida ed il contestuale giudizio direttissimo. Convalidato l’arresto, il difensore aveva chiesto un termine a difesa e, alla successiva udienza del 7 marzo 2013, aveva richiesto il giudizio abbreviato.

La Corte di appello respinse l’eccezione di nullità della sentenza di primo grado dando atto che i risultati delle analisi della sostanza erano stati trasmessi e inseriti nel fascicolo del pubblico ministero in data 28 febbraio 2013 (come da timbro di pervenuto apposto sul documento di trasmissione), prima che all’udienza del successivo 7 marzo l’imputato chiedesse il giudizio abbreviato.

In ogni caso, annotò la Corte, risultavano presenti in atti altri verbali di accertamento, relativi alla natura e al peso della sostanza, la cui mancanza l’imputato non aveva mai eccepito e dai quali potevano trarsi gli stessi elementi di giudizio desumibili dal referto di analisi denunciato come assente nel fascicolo processuale al momento della richiesta del giudizio di abbreviato.

Il ricorrente non si confronta affatto con tale *ratio decidendi* della sentenza impugnata, proponendo al contrario argomenti marginalmente affrontati dalla Corte territoriale al solo fine di dare atto dell’esistenza (peraltro irrituale) di carteggio extraprocessuale dell’imputato con il Pubblico Ministero e il pri-

mo Giudice, in ordine alla eccepita inesistenza agli atti del referto di analisi, e della mancanza di ulteriori seguiti. Ma tali argomenti non hanno alcuna attinenza con il motivo del rigetto dell'eccezione di nullità che è fondato su elementi (l'infondatezza e la sostanziale irrilevanza dell'eccezione) totalmente ignorati in questa sede.

Il secondo motivo è parimenti manifestamente infondato e proposto al di fuori dei casi consentiti dalla legge.

Lo stesso ricorrente aveva ammesso, nel corso del suo esame cui aveva subordinato la richiesta (accolta) di giudizio abbreviato, che avrebbe potuto consumare la sostanza sequestratagli, una volta rientrato nella propria residenza romana, in compagnia di altri, implicitamente ammettendo la non destinazione della marijuana ad uso esclusivamente personale, peraltro incompatibile con la non modesta quantità detenuta, come rilevato nella sentenza impugnata con motivazione esente da vizi logici e giuridici e, come tale, insindacabile in questa sede.

Anche il terzo motivo è manifestamente infondato, poiché osta alla qualificazione del fatto in termini di lieve entità il dato ponderale della sostanza sequestrata ed il numero elevato di dosi (738) da essa ricavabili.

7. In conclusione, il ricorso deve essere rigettato, con la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

[*Omissis*]

FRANCESCO PERONI

Professore ordinario di Procedura penale – Università degli Studi di Trieste

Sospensione condizionale della pena in appello: quale rimedio all'inerzia del giudice?

Suspended sentence in appeal trial: what remedy to the inaction of the court of appeal?

Il saggio affronta il tema del potere del giudice d'appello di applicare d'ufficio la sospensione condizionale della pena. In dissenso dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione – secondo le quali il giudice d'appello, qualora non ritenga di applicare il beneficio, è tenuto a motivare al riguardo, senza però che l'interessato possa dolersene in cassazione – l'Autore qualifica la fattispecie come ipotesi di erronea applicazione della legge penale, deducibile in cassazione ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b), c.p.p.

The essay deals with the power of the court of appeal to apply the suspended sentence of her own motion. In disagreement with the Joint Chambers of the Court of Cassation – according to which the court of appeal, if does not consider to apply the benefit, is obliged to motivate in this regard, without however the interested party can be appeal by cassation – the Author qualifies the case as incorrect application of the criminal law, deductible in cassation pursuant to art. 606, paragraph 1, lett. b), c.p.p.

PREMESSA

Apparentemente confinata in un ambito normativo topograficamente angusto, la questione affrontata e risolta dalle Sezioni Unite mostra, a ben vedere, addentellati concettuali di ben maggiore respiro.

Da un lato, infatti, viene in rilievo la fisionomia devolutiva del procedimento di appello, solo in parte riprodotta dal codificatore del 1988 sulla falsariga del precedente impianto normativo; dall'altro, si tratta di motivazione del giudizio, in relazione al dispositivo sanzionatorio, con quanto ciò comporta in termini di vincoli sovraordinati.

In siffatta cornice, perno del percorso argomentativo del Supremo Collegio è il dettato dell'art. 597, comma 5, c.p.p., nella parte in cui attribuisce al giudice di seconde cure la potestà di provvedere d'ufficio, in deroga ai limiti devolutivi dell'appello, su distinti profili, tra i quali l'eventuale applicazione della sospensione condizionale della pena. In particolare, ci s'interroga sull'obbligo di motivare in ordine al non esercizio dell'anzidetta potestà: aspetto, questo, non regolato dalla disposizione in esame, silente sul punto.

Converrà ricordare, invero, come il corrispondente art. 515 c.p.p. 1930, nel definire i limiti devolutivi dell'appello, nulla prevedesse circa l'autonomia del secondo giudice nell'applicare benefici. Ne era derivata una contrapposizione di schieramenti in giurisprudenza¹, cui aveva fatto da contraltare una simmetrica divaricazione di opinioni in dottrina². Ebbene, proprio a superare siffatte divisioni si era mosso

¹ Nel senso di escludere l'iniziativa ufficiosa del giudice d'appello, Cass., sez. V, 4 ottobre 1985, Langella, in *Giust. pen.*, 1986, III, c. 411; Cass., sez. V, 16 febbraio 1984, Romagnoli, in *Riv. pen.*, 1985, p. 295; Cass., sez. III, 12 giugno 1984, Duò, *ivi*, 1985, p. 572; Cass., sez. I, 5 luglio 1983, Sebastiani, *ivi*, 1984, p. 382; Cass., sez. V, 27 ottobre 1983, Cortesiano, in *Giust. pen.*, 1984, III, c. 616; Cass., sez. VI, 1° luglio 1981, p.m. in c. Spinelli, *ivi*, 1982, III, c. 475; Cass., sez. IV, 20 febbraio 1979, Pezzani, *ivi*, 1981, III, c. 12; Cass., sez. III, 3 marzo 1975, Catapano, in *Giur. it.*, 1976, II, c. 367. *Contra*, Cass., sez. II, 16 maggio 1966, Celano, in *Cass. pen.*, 1967, p. 413; Cass., sez. III, 16 febbraio 1965, La Russa, *ivi*, 1965, p. 815.

² A favore dell'applicabilità, in via ufficiosa, del beneficio, purché riconducibile al perimetro dei motivi, A. Buzzelli, *La sospensione condizionale della pena sotto il profilo processuale*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 131. Nello stesso senso, con specifico riguardo al caso in cui il giudice d'appello avesse qualificato il reato in termini di minore gravità rispetto al giudice di prime cure, F. Leone, *Può il giudice di appello disporre ex officio la sospensione condizionale della pena?*, in *Arch. pen.*, 1965, I, p. 392; A. Santoro, *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, Utet, 1954, p. 645. Analogamente, ma nella sola ipotesi di devoluzione integrale, seguita all'appello del pubblico ministero, M. Balacco, *Principio devolutivo nell'appello e favor libertatis*, in *Riv. pen.*, 1984, p. 383 e G. Long,

il legislatore del nuovo codice, inserendo, nella direttiva n. 91 della legge-delega (l. 16 febbraio 1987, n. 81), il seguente indirizzo: «previsione che il giudice d'appello possa concedere d'ufficio i benefici di legge e le circostanze attenuanti»³. Donde l'attuale tenore dell'art. 597, comma 5, c.p.p., che tale direttiva riproduce fedelmente.

Ora, la contrapposizione tra indirizzi giurisprudenziali, germinata sul dettato di nuovo conio – e qui oggetto dell'intervento delle Sezioni Unite – sancisce la parabola, in certo qual modo paradossale, di quell'istanza riformatrice, ispirata per parte sua ad apprezzabili intenti di chiarificazione e, nondimeno, smentita dal risorgere di nuove divisioni sul terreno applicativo.

IL CONTRASTO

Giova anzitutto ricostruire i termini precisi del contrasto giurisprudenziale, sottoposto alla sintesi delle Sezioni Unite.

Secondo un primo e prevalente indirizzo, il potere di applicare *ex officio* i benefici, attribuito al giudice d'appello dall'art. 597, comma 5, c.p.p., costituirebbe deroga eccezionale alla fisionomia devolutiva del gravame, con la duplice conseguenza che: da un lato, l'omesso esercizio della prerogativa non sia censurabile in cassazione; dall'altro, non sussista alcun obbligo di motivazione al riguardo, salvo che l'interessato abbia avanzato specifica richiesta nei motivi d'impugnazione o nel corso del giudizio di secondo grado⁴. S'insiste, in questa prospettiva, sulla natura discrezionale del potere in parola: connotato dal quale discenderebbero, per l'appunto, tanto la facoltà di non esercitarlo, quanto il simmetrico “non obbligo” di motivazione sul relativo mancato esercizio. Presupposto dell'itinerario argomentativo in parola è l'assunto in base al quale il giudice d'appello è tenuto a motivare solamente in rapporto a quanto dedotto con il gravame, ovvero, quando si tratti di applicazione ufficiosa di benefici, pure in sede di discussione⁵: e si puntualizza, peraltro, che l'iniziativa dell'interessato non può limitarsi a formulazioni generiche, dovendo invece poggiare su «dati di fatto astrattamente idonei all'accoglimento della richiesta stessa»⁶.

Sull'opposto versante, si afferma invece che il potere discrezionale, attribuito al giudice di seconda istanza in punto di applicazione ufficiosa dei benefici, implica il dovere di motivare in ordine al relativo, omesso esercizio⁷. A sostegno di tale posizione si adducono due principali argomenti: quanto alla

In tema di concedibilità della non menzione della condanna e della sospensione condizionale della pena da parte del giudice d'appello, in *Giur. it.*, 1976, II, c. 367. In senso contrario al riconoscimento di qualsivoglia potere d'iniziativa ufficiosa del giudice di seconde cure, invece, G. Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, III, Napoli, Jovene, 1961, p. 172; G. Petrella, *Le impugnazioni nel processo penale*, II, Milano, Giuffrè, 1965, p. 161; O. Vannini-G. Cociardi, *Manuale di diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 593, nota 27.

³Merita peraltro notare come una direttiva d'identico tenore figurasse già nella precedente legge-delega (cfr. art. 2, comma 1, n. 75, l. 3 aprile 1974, n. 108).

⁴S'inscrivono nell'indirizzo secondo cui il giudice non è tenuto a concedere la sospensione condizionale, in assenza di richiesta specifica del beneficio, avanzata in sede d'appello o nel corso della discussione, né a motivare sul punto: Cass., sez. II, 19 febbraio 2016, n. 15930, in *CED Cass.*, n. 266563; Cass., sez. VII, 13 gennaio 2015, n. 16746, in *CED Cass.*, n. 263361; Cass., sez. IV, 3 dicembre 2013, n. 1513, in *CED Cass.*, n. 258487; Cass., sez. III, 12 aprile 2012, n. 23228, in *CED Cass.*, n. 253057; Cass., sez. IV, 18 settembre 2012, n. 43113, in *CED Cass.*, n. 253641; Cass., sez. VI, 27 giugno 2011, n. 30201, in *CED Cass.*, n. 256560; Cass., sez. VI, 27 gennaio 2010, n. 6880, in *CED Cass.*, n. 246139; Cass., sez. VI, 29 aprile 2009, n. 22120, in *CED Cass.*, n. 243946; Cass., sez. VI, 26 gennaio 2004, n. 7960, in *CED Cass.*, n. 228468; Cass., sez. III, 18 marzo 2003, n. 21273, in *CED Cass.*, n. 224850; Cass., sez. V, 17 novembre 1998, n. 496, in *CED Cass.*, n. 212152; Cass., sez. V, 26 novembre 1997, n. 1099, in *CED Cass.*, n. 209683.

Analogamente, Cass., sez. V, 24 settembre 2001, n. 41126, in *CED Cass.*, n. 220254 e Cass., sez. un., 9 ottobre 1996, n. 10495, in *CED Cass.*, n. 206175, rispettivamente, in materia di applicazione delle circostanze attenuanti *ex art. 62-bis c.p.* e della non menzione della condanna nel certificato di casellario giudiziale.

⁵Detto in altre parole, «ancorché l'applicazione di ufficio del beneficio della sospensione condizionale della pena sia compatibile, per effetto dell'art. 597, comma 5, c.p.p., con i limiti attribuiti alla cognizione del giudice di appello, la mancata applicazione del beneficio non necessita di motivazione perché, in presenza di una norma che attribuisce al giudice un potere di ufficio, non è configurabile la figura di un soggetto cui debbono essere fornite le ragioni del mancato esercizio di quel potere che abbia legittimazione per contrastare giuridicamente l'omissione che il giudice nella insindacabile discrezionalità attribuitagli dalla legge abbia ritenuto di adottare» (così Cass., sez. I, 8 aprile 1992, n. 6908, in *CED Cass.*, n. 190548).

⁶Testualmente, Cass., sez. II, 19 febbraio 2016, n. 15930, cit.

⁷Nel senso che il giudice deve dar conto dell'esercizio o meno del potere ufficioso di cui all'art. 597, comma 5, c.p.p., tanto più quando ne sia stata fatta istanza dall'interessato o dallo stesso p.m.: Cass., sez. VI, 17 luglio 2018, n. 40262, in *italgiure.giustizia.it*; Cass., sez. III, 12 ottobre 2017, n. 47828, in *CED Cass.*, n. 271815; Cass., sez. III, 4 novembre 2015, n. 3856, in *CED*

natura del potere conferito al giudice, si osserva come la discrezionalità che lo connota non possa mai – al pari di ogni altra espressione della giurisdizione – comportarne l’insindacabilità dell’esercizio; quanto all’obbligo di motivare al proposito, se ne valorizza il nesso con la funzione eminentemente cognitiva del giudizio, in relazione alla quale la garanzia del “rendere ragione” si pone a presidio di quel controllo di legalità sulla decisione giudiziale che la Costituzione stessa orienta, non solo in senso interno, bensì anche esterno al processo⁸.

LA SOLUZIONE DELLE SEZIONI UNITE

La soluzione fatta propria dalle Sezioni Unite mostra di non ignorare l’intimo nesso tra obbligo di motivazione e controllo sulla decisione⁹: e, tuttavia, con riferimento specifico alle prerogative di cui all’art. 597, comma 5, c.p.p., giunge a disarticolare ogni connessione. All’esordio del proprio percorso argomentativo, il Supremo Collegio riconosce – correttamente – che l’esercizio, in positivo o in negativo, del potere di cui si tratta è tipica espressione di discrezionalità vincolata¹⁰: libero dunque il giudice di apprezzarne i presupposti, ma tenuto ad accordare il beneficio ove gli stessi risultino accertati all’esito della sua delibazione. E poiché, d’altro canto, la potestà in parola è configurata come ufficiosa, si precisa altresì che la connessa iniziativa, presenti i requisiti di legge, s’impone al giudice, a prescindere da un impulso di parte. Ancora: corollario della concettualizzazione così elaborata è, nel tenore del principio di diritto enunciato, «il dovere del giudice di appello di motivare il mancato esercizio del suo potere di ufficio di applicare il beneficio della sospensione condizionale della pena, in presenza delle condizioni che ne consentono il riconoscimento». Ed è a questo snodo del proprio itinerario argomentativo che la Cassazione affronta il quesito cruciale della controversa giustiziabilità dell’eventuale, mancato esercizio, da parte del giudice di seconde cure, del potere di applicazione ufficiosa dei benefici. Al proposito, l’orientamento negativo – espresso, in termini perentori, a chiusura del principio di diritto: «l’imputato non può dolersi, con ricorso per cassazione, della mancata applicazione del medesimo beneficio se non lo ha richiesto nel corso del giudizio di appello» – poggia su di un duplice ordine di passaggi ermeneutici.

Sotto un primo profilo, viene data, dell’art. 606 c.p.p., una lettura in conformità alla quale la norma non coprirebbe la fattispecie di omessa applicazione dei benefici: siffatta evenienza, infatti, non integrerebbe – secondo i giudici di legittimità – né la violazione di una norma penale sostanziale (art. 606, comma 1, lett. b), c.p.p.), né una patologia processuale sanzionata ai sensi della lett. c), né, infine, un vizio di motivazione, come definito nella lett. e) dello stesso articolo. A quest’ultimo proposito, merita notare come, secondo la Suprema Corte, quest’ultima disposizione non prescriva «che “la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata” debba aver riguardo anche alla possibile applicazione dei benefici di legge, strutturando piuttosto la motivazione in chiave dialettica con l’espresso richiamo all’indicazione delle prove poste a base della decisione e all’enunciazione delle ragioni per le quali il giudice non abbia ritenuto attendibili le prove contrarie». Donde, l’affermazione per la quale il mancato esercizio, da parte del giudice d’appello, delle prerogative di cui all’art. 597, comma

Cass., n. 266138; Cass., sez. V, 8 ottobre 2014, n. 5581, in *CED Cass.*, n. 264215; Cass., sez. VI, 8 gennaio 2009, n. 3917, in *Cass. pen.*, 2011, p. 650; Cass., sez. V, 23 ottobre 2009, n. 2094, in *CED Cass.*, n. 245924; Cass., sez. V, 25 settembre 2007, n. 40865, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4746; Cass., sez. VI, 10 febbraio 2005, n. 12839, in *CED Cass.*, n. 231431; Cass., sez. V, 20 settembre 2005, n. 37461, in *CED Cass.*, n. 232323; Cass., sez. VI, 13 luglio 2001, n. 32966, in *CED Cass.*, n. 220729.

⁸ Degno di nota il corredo argomentativo di Cass., sez. VI, 13 luglio 2001, n. 32966, cit., per la quale «ritenere che in siffatta situazione non sussista l’obbligo di motivare sul mancato esercizio del potere-dovere di concedere i benefici di cui agli artt. 163 e 175 c.p. soltanto perché i difensori degli imputati omisero di formulare conclusioni subordinate all’affermazione di colpevolezza degli imputati, implica l’adesione ad una concezione della giurisdizione fortemente potestativa e riduttivamente formale, anziché garantistica e conforme al principio costituzionalizzato dall’art. 111, comma 6, Cost., che nella motivazione della decisione giudiziaria individua il valore e il connotato specifico del potere giurisdizionale».

⁹ Con le parole di M. Iacoviello, *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in *Enc. dir.*, IV Agg., Milano, Giuffrè, 2000, p. 781: «Un sistema a verdetto motivato implica la necessità di un controllo processuale sulla motivazione [...]. Infatti, non ha senso obbligare a motivare, se poi non c’è nessun controllo processuale sulla motivazione».

¹⁰ È questa, del resto, l’unica morfologia compatibile con l’esercizio della giurisdizione, in un ordinamento ispirato ai principi dello stato di diritto: per un ampio scorcio interdisciplinare in argomento, C. Valentini, *I poteri del giudice dibattimentale nell’ammissione della prova*, Padova, Cedam, 2004, p. 3 s.

5, c.p.p. e finanche l'omessa motivazione al proposito – adempimento, si badi, qualificato nondimeno come doveroso – non costituirebbero motivo di ricorso per cassazione, a meno che, in concreto, l'applicazione dei benefici sia stata espressamente sollecitata da una delle parti. Sotto un ulteriore e distinto profilo, attinente in modo specifico alla sospensione condizionale della pena, a suffragare l'orientamento negativo *de quo* concorrerebbe altresì l'asserita natura dispositiva dello strumento, connessa con un interesse dell'imputato, non necessariamente diretto a conseguirla. Orbene, proprio la disponibilità del beneficio – qui intesa come corollario di quel principio personalistico e rieducativo della pena che responsabilizza l'interessato nel percorso della propria risocializzazione – rafforzerebbe, nelle parole del Supremo Collegio, «la non censurabilità, nel giudizio di cassazione, del mancato esercizio del potere del giudice di ordinarne l'applicazione di ufficio, in assenza di sollecitazione di parte».

L'INERZIA DEL GIUDICE D'APPELLO: MOTIVAZIONE MANCANTE O DECISIONE ASSENTE?

Ora, proprio dall'affermata “non censurabilità” dell'omesso esercizio del potere *ex art.* 597, comma 5, c.p.p. occorre, a nostro avviso, muovere, nella direzione di un ulteriore scandaglio concettuale.

A tal fine, giova nuovamente ricostruire gli esatti confini della fattispecie controversa: si tratta, in particolare, del caso in cui il giudice di seconda istanza, in assenza di qualsiasi sollecitazione in proposito, si astenga, *sic et simpliciter*, dall'esprimersi in punto di benefici applicabili *ex officio*. Esula per contro da ogni incertezza la diversa ipotesi in cui la condotta omissiva del giudice segua alla richiesta variamente avanzata da una delle parti.

E invero, mentre in quest'ultima evenienza, è pacifica la legittimazione dell'interessato a dolersi in cassazione dell'inerzia del giudice d'appello, controversa è la casistica nella quale il *deficit* d'iniziativa ufficiosa non risulti preceduto da un impulso di parte. Ed è in quest'ultimo scenario, come si è constatato, che la giurisprudenza si divide: con posizioni che, peraltro, si sviluppano entro il comune perimetro della patologia della motivazione.

Ebbene, proprio l'individuazione di quest'area concettuale come quella pertinente alla questione ci pare non priva di punti di debolezza.

A ben vedere, infatti, la contrapposizione giurisprudenziale, polarizzandosi sull'omessa motivazione, lascia in ombra il dato fattuale più significativo e, nel caso di specie, qualificante: vale a dire, la mancanza di qualsivoglia decisione, in assenza – si ripete – di qualsiasi sollecitazione di parte. Si tratta di un elemento tutt'altro che secondario, quando si convenga che «ove c'è omessa decisione, non è configurabile il vizio di mancanza di motivazione»¹¹. In altre parole, viene da domandarsi se non sia semplicemente fuorviante discutere di patologia della motivazione, a fronte di una “non decisione” del giudice di secondo grado.

Non sfugge, beninteso, come l'estromettere il tema dall'orbita dei vizi della motivazione ne comporti l'allontanamento dalle più rassicuranti opportunità di tutela offerte dall'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p.¹²; e come, specularmente, la sussunzione della fattispecie alla fenomenologia del mancato esercizio di attribuzioni funzionali¹³, proprie del giudice di seconde cure, renda assai più arduo rinvenire presidi equivalenti.

Giova, al proposito, concentrare ulteriormente l'attenzione sul fenomeno della mancata decisione, nei termini propri della casistica qui in esame. Ribadito che non si versa in alcun *deficit* di motivazione, conviene semmai notare come, nella fattispecie di cui si tratta, la condotta omissiva del giudice si tra-

¹¹ In questi termini, M. Iacoviello, *Giudizio di cassazione*, in G. Spangher (a cura di), *Impugnazioni*, V (Trattato di procedura penale, diretto da G. Spangher), Torino, Utet, 2009, p. 692. Preme sottolineare come il fenomeno della decisione omessa, qui all'attenzione, non vada confuso con quello della decisione implicita, passibile invece di scrutinio in sede di legittimità: per analogia puntualizzazione, M. Iacoviello, *Giudizio di cassazione*, *loc. cit.*, nonché, Eiusdem, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 352 s.

Sul tema dell'omessa pronuncia si legga pure A. Nappi, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 151 s.

¹² Almeno idealmente, vorremmo poter aderire all'esegesi di M. Menna, *Il giudizio d'appello*, Napoli, Esi, 1995, p. 170.

¹³ Sulle molteplici sfaccettature della nozione di competenza funzionale, a nostro avviso suscettibile di annoverare nel proprio catalogo pure le prerogative di cui all'art. 597, comma 5, c.p.p., per tutti, G.M. Baccari, *La cognizione e la competenza del giudice*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 129.

duca più esattamente nella non applicazione, in dispregio di un corrispondente potere-dovere, della sospensione condizionale della pena: misura i cui presupposti, in concreto, si appalesano al giudice d'appello dagli atti. Sviluppando ulteriormente il ragionamento, ci pare che l'ipotesi in parola confluisca nell'area di copertura dell'art. 606, comma 1, lett. b), c.p.p., *sub specie* di «inosservanza [...] della legge penale»: e invero, che d'inosservanza si tratti è implicazione logica della doverosità della decisione sul punto; del pari evidente, ancora, come la condotta eterodossa del giudice d'appello, rimasto inerte, vada a infrangere una norma penale sostanziale. Tale è, senz'altro, quella preposta all'istituto della sospensione condizionale: non bastasse la collocazione nel codice penale (artt. 163 s. c.p.), suffragherebbe definitivamente l'assunto la fisionomia funzionale della sospensione condizionale, quale «strumento sanzionatorio dotato di una sua peculiare efficacia specialpreventiva»¹⁴. Quest'ultima constatazione offre un supporto argomentativo supplementare ai nostri fini: se di determinazione della pena si tratta e se – in prospettiva opportunamente orientata ai valori costituzionali – di funzione risocializzatrice si discute¹⁵, non si vede davvero come una *défaillance* del giudice d'appello in questo delicato e cogente adempimento possa andare esente da scrutinio di legittimità, mediante ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b), c.p.p.

Considerazioni, queste, che, come s'intuirà, concorrono a confutare anche quell'ulteriore argomento, utilizzato dalle Sezioni Unite, secondo il quale la natura disponibile della sospensione condizionale fonderebbe l'incensurabilità dell'inerzia del giudice d'appello, ogniqualvolta questi non sia stato richiesto, da una delle parti, di sospendere la pena. In quest'ottica, in particolare, dato atto di come non sempre l'imputato abbia interesse a vedersi sospendere la pena, si teorizza la soggezione dell'istituto a logiche dispositive, proprie del processo di parti e, correlativamente, incompatibili con la giustiziabilità di una condotta passiva del giudice, non precedentemente sollecitato a provvedere.

Senonché, è facile obiettare come il piano dell'interesse di parte all'applicazione o meno del beneficio non possa confondersi con quello dell'esercizio del magistrato giurisdizionale nella determinazione della pena: il quale ultimo soggiace a canoni di legalità, incompatibili con logiche dispositive. Va da sé che l'interessato, in ipotesi raggiunto da un'applicazione «sfavorevole» della misura, potrà dolersene in sede superiore, chiedendone la revoca¹⁶; ma non si vede davvero come, specularmente, una mancata sua iniziativa si possa tradurre nella preclusione a denunciare al giudice di legittimità l'inerzia del giudice d'appello, il quale avesse accertato i presupposti di legge per l'applicazione del beneficio. In altre parole, un conto è rinvenire, nell'intelaiatura dell'istituto, tracce di quel principio personalistico che legittimano l'interessato, in una certa misura, a concorrere, con il proprio consenso, all'epilogo sospensivo della pena: si pensi, a titolo d'esempio, alle ipotesi nelle quali la misura risulta condizionata a prestazioni obbligatorie – di ordine vuoi riparatorio, vuoi lavorativo – come tali subordinate all'adesione del destinatario. Altro invece sarebbe misconoscere addirittura che la sospensione condizionale assolve istanze di tutela collettiva, come «si desume, tra l'altro, al livello della disciplina positiva, dalla sua operatività *ex officio*: il giudice di cognizione la concede cioè al singolo condannato nell'interesse generale e a prescindere dall'eventuale istanza dell'interessato»¹⁷.

Del resto, a smentita ulteriore dell'asserita natura disponibile della sospensione condizionale basterebbe il rilievo che tale carattere è escluso persino nelle dinamiche di definizione negoziata della pena. E invero, si ricorderà come, in sede di applicazione concordata della pena, l'imputato possa bensì condizionare la propria proposta o adesione all'epilogo sospensivo (art. 444, comma 3, c.p.p.): fermo re-

¹⁴ Testualmente, F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 586.

¹⁵ Non si vuole, con ciò, sottovalutare la problematicità del finalismo dell'istituto, notoriamente diviso, nell'evolversi del dato normativo, tra funzioni di mera non desocializzazione – tipiche della matrice originaria della misura – e più ambiziose finalità di prevenzione speciale, affidate ora agli effetti intimidatori di una possibile revoca della sospensione, ora a prescrizioni obbligatorie di corredo alla sospensione: per non dire poi, dei fenomeni degenerativi, propiziati da una diffusa prassi, orientata a fare dello strumento un semplice beneficio. Sul tema, per tutti, A.L. Vergine, *Sospensione condizionale della pena*, in *Dig. Pen.*, XIII, Torino, Utet, 1997, p. 466 s.

¹⁶ È quanto puntualizzato anche da Cass., sez. un., 16 marzo 1994, Rusconi, in *Foro it.*, 1995, II, c. 1661, con una massima dalla quale, non senza forzature, viene argomentata, nella pronuncia in commento, la natura dispositiva del beneficio.

¹⁷ Con queste parole F. Giunta, *Sospensione condizionale della pena*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 94.

stando, tuttavia, che il giudice, cui la proposta di concordato sia sottoposta, rimane sovrano nel sindacato circa la congruità dell'esito sanzionatorio condiviso dalle parti. Con la conseguenza che, laddove egli ritenesse incongruo il concordato anche solo per la clausola relativa all'applicazione della sospensione, il rito semplificato non si perfezionerebbe.

Sequestro probatorio e principio di proporzionalità

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. V, SENTENZA 2 MAGGIO 2019, N. 18316 – PRES. CATENA; REL. TUDINO

La necessità di evitare limitazioni alla proprietà privata che non siano strettamente conseguenti alla finalità istituzionalmente perseguita dalla misura deve valere indipendentemente dai fini cui il sequestro è diretto. Da ciò, dunque, deriva la particolare connotazione della motivazione del provvedimento che dovrà essere funzionale a garantire che le esigenze di accertamento del fatto non possano essere perseguite in altro modo, non limitativo del diritto di disporre del bene ed eventualmente idoneo financo ad esonerare dalla necessità di procedere al sequestro.

[*Omissis*]

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con ordinanza del 16 gennaio 2019, il Tribunale della libertà di Venezia ha rigettato la richiesta di riesame proposta da S.M. avverso il decreto di perquisizione e sequestro emesso dal Pubblico Ministero in data 13 novembre 2018, con il quale era stato sottoposto a vincolo all'esito di perquisizioni eseguite presso i luoghi di pertinenza dell'indagato un disco fisso ed un pc portatile in riferimento ai reati di accesso abusivo ad un sistema informatico, rivelazione di segreto industriale e corruzione tra privati, oggetto di provvisoria incolpazione nei confronti dell'indagato, nella qualità di ex dipendente di MIB Italia s.p.a.

Il Tribunale ha rigettato l'istanza, ritenendo – alla stregua del tenore testuale del decreto, secondo cui la perquisizione era finalizzata a rinvenire “dispositivi informatici e telefonici attualmente in uso al medesimo ed utilizzati per commettere il reato, nonché supporti (informatici e non) atti a conservare cose costituenti corpo di reato e/o pertinenti ai reati per cui si procede” evidenti le ragioni probatorie sottese alla perquisizione ed al sequestro, ben potendosi ritenere che dall'analisi dei supporti informatici in uso al S. possano emergere elementi dai quali potrà essere confermata o sconfessata l'ipotesi accusatoria.

La deduzione di illegittimità del sequestro per essere stato emesso oltre il termine di durata delle indagini preliminari è stata, inoltre, ritenuta irrilevante “essendo di chiara evidenza la sussistenza di esigenze probatorie connesse all'apprensione del materiale informatico sequestrato”.

2. Avverso l'ordinanza, ha proposto ricorso l'indagato, per mezzo del difensore, Avv. Luca Ponzoni, affidando le censure a due motivi.

2.1. Con il primo motivo, deduce violazione falsa applicazione della legge processuale sub specie di difetto assoluto di motivazione, non risultando esplicitata la finalità probatoria del disposto sequestro, contenendo il decreto del pubblico ministero il mero richiamo alle norme violate, senza alcuna descrizione dei fatti, avendo al riguardo il Tribunale respinto la relativa eccezione senza alcuna argomentazione, in violazione dei principi enunciati dalle Sezioni Unite di questa Corte.

2.2. Con il secondo motivo, deduce nullità della misura, essendo stata disposta ed eseguita oltre il termine di scadenza delle indagini preliminari.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il ricorso è fondato.

2. Coglie nel segno l'assorbente censura articolata nel primo motivo di ricorso.

2.1. Secondo l'autorevole insegnamento di legittimità, espresso da Sez. U, n. 36072 del 19/04/2018, PM in proc. Botticelli, Rv. 273548, il decreto di sequestro probatorio – così come il decreto di convalida

– anche qualora abbia ad oggetto cose costituenti corpo di reato, deve contenere una motivazione che, per quanto concisa, dia conto specificatamente della finalità perseguita per l'accertamento dei fatti.

Muovendosi nel solco ermeneutico tracciato dalle pronunce che, con diverse accentuazioni (Sez. U, n. 10 del 18/06/1991, Raccah, Rv. 187861, Sez. U, n. 2 del 11/02/1994, Carella, Rv. 196261, Sez. U., n. 5876 del 28/01/2004, Bevilacqua), avevano già declinato l'obbligo di motivazione del provvedimento di sequestro, anche ove ricadente sul corpo del reato, ripudiando inammissibili meccanismi di auto evidenza giustificativa, questa Corte ha ribadito come, ai fini dell'onere motivazionale riguardo la finalità probatoria, non siano ammissibili differenziazioni di sorta tra corpo del reato da una parte e cose pertinenti al reato dall'altra, secondo una corretta lettura dell'art. 253 c.p.p., comma 1.

È infatti il dato normativo ad indicare che il decreto di sequestro debba essere "motivato", essendo tale connotato, la cui necessità si collega alla previsione generale di cui all'art. 125 c.p.p., comma 1, espresso in termini assoluti nell'incipit della disposizione e, dunque, indipendentemente dalla natura delle cose da apprendere a fini di prova, solo successivamente indicate dalla stessa disposizione.

2.2. Un secondo criterio di ragione è stato, poi, significativamente rinvenuto nella ineludibile necessità di un'interpretazione della norma che tenga conto del requisito della proporzionalità della misura adottata rispetto all'esigenza perseguita, in un corretto bilanciamento dei diversi interessi coinvolti.

In tal senso, già Sez. U, n. 5876 del 28/01/2004, Bevilacqua, cit., avevano sottolineato come la soluzione nel senso dell'onere motivazionale del sequestro del corpo di reato sarebbe "l'unica compatibile con i limiti dettati all'intervento penale sul terreno delle libertà fondamentali e dei diritti costituzionalmente garantiti dell'individuo", tra cui certamente il diritto alla "protezione della proprietà" riconosciuto dall'art. 42 Cost. e dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, aggiungendo che il giusto equilibrio tra i motivi di interesse generale e il sacrificio del diritto del singolo al rispetto e dei suoi beni, richiesto dal canone costituzionale e da quello convenzionale, sarebbe altrimenti messo in crisi dall'opposta regola, di legittimità tout court del sequestro probatorio del corpo di reato indipendentemente da ogni riferimento alla concreta finalità probatoria perseguita. Si autorizzerebbe così un vincolo di temporanea indisponibilità della cosa che, al di fuori dell'indicazione dei motivi di interesse pubblico collegati all'accertamento dei fatti di reato, sarebbe arbitrariamente e irragionevolmente ancorato alla circostanza, del tutto accidentale, di essere questa cosa oggetto sul quale o mediante il quale il reato è stato commesso o prodotto profitto o prezzo dello stesso.

Siffatte ragioni, limpidamente tratte dai parametri normativi specificamente evocati, sono stati ribaditi nel senso che la portata precettiva dell'art. 42 Cost. e art. 1 del primo Protocollo addizionale della Convenzione Edu richiede che le ragioni probatorie del vincolo di temporanea indisponibilità della cosa, anche quando la stessa si identifichi nel corpo del reato, siano esplicitate nel provvedimento giudiziario con adeguata motivazione, allo scopo di garantire che la misura, a fronte delle contestazioni difensive, sia soggetta al permanente controllo di legalità – anche sotto il profilo procedimentale – e di concreta idoneità in ordine all'an e alla sua durata, in particolare per l'aspetto del giusto equilibrio o del ragionevole rapporto di proporzionalità tra il mezzo impiegato, ovvero lo spossessamento del bene, e il fine endoprocessuale perseguito, ovvero l'accertamento del fatto di reato (Corte Edu, 24 ottobre 1986, Agosi c. U.K.). Ed ogni misura, per dirsi proporzionata all'obiettivo da perseguire, dovrebbe richiedere che ogni interferenza con il pacifico godimento dei beni trovi un giusto equilibrio tra i divergenti interessi in gioco (Corte Edu 13 ottobre 2015, Unsped Paket Servizi SaN. Ve TIC. A. S. c. Bulgaria).

Di guisa che è stato sottolineato come "solo valorizzando l'onere motivazionale sia possibile tenere "sotto controllo" l'intervento penale quanto al rapporto con le libertà fondamentali ed i beni costituzionalmente protetti quali la proprietà e la libera iniziativa economica privata, riconosciuti dall'art. 42 Cost. e dall'art. 1 del Primo protocollo addizionale alla Convenzione Edu, come interpretato dalla Corte Edu; in tale ottica, la motivazione in ordine alla strumentalità della res rispetto all'accertamento penale diventa, allora, requisito indispensabile affinché il decreto di sequestro, per sua vocazione inteso a comprimere il diritto della persona a disporre liberamente dei propri beni, si mantenga appunto nei limiti costituzionalmente e convenzionalmente prefissati e resti assoggettato al controllo di legalità" (Sez. U. Botticelli, *ibidem*).

Nella delineata prospettiva, è stato ribadito come il requisito della proporzionalità della misura, che, nell'ambito dei valori costituzionali, è espressione del principio di ragionevolezza, contiene in sé, inoltre, quello della "residualità"; principi applicabili anche alle misure cautelari reali, oggetto di valuta-

zione preventiva e non eludibile da parte del giudice nell'applicazione delle cautele reali, al fine di evitare un'esasperata compressione del diritto di proprietà e di libera iniziativa economica privata (Sez. 5, n. 8152 del 21/10/2010, Magnano, Rv. 246103; Sez. 5, n. 8382 del 16/01/2013, Caruso, 254712; Sez. 3, n. 21271 del 07/05/2014, Konovalov, Rv. 261509); e, su tale linea, si è dunque affermata la necessità di evitare che il sequestro preventivo assuma le caratteristiche di misura inutilmente vessatoria.

Ed anche nella giurisprudenza Europea si è affermato che il bilanciamento tra i diversi interessi in gioco non potrebbe dirsi soddisfatto se la persona interessata abbia subito un sacrificio "eccessivo" nel suo diritto di proprietà (Corte Edu, 13 ottobre 2015, Unsped Paket Servisi, cit.; Corte Edu 13 dicembre 2016, S.C. Fiercolect Impex S.R.L. c. Romania).

Donde non vi è ragione per cui analoga affermazione, formulata con riferimento alle "misure" cautelari reali "non possa valere anche con riguardo al sequestro probatorio quale mezzo, invece, di ricerca della prova: infatti, la ragione posta a fondamento di un tale principio (essenzialmente rapportabile alla necessità di evitare limitazioni alla proprietà privata che non siano strettamente conseguenti alla finalità istituzionalmente perseguita dalla misura) deve valere indipendentemente dai fini cui il sequestro è diretto (se cioè impeditivi, come da tali pronunce o, invece, come nella specie, probatori) essendo strettamente collegato all'elemento, comune a tutte tali ipotesi, della componente invasiva nell'altrui sfera personale attinente al diritto di disporre liberamente dei propri beni. Da ciò, dunque, deriva la particolare connotazione della motivazione del provvedimento che dovrà essere funzionale a garantire che le esigenze di accertamento del fatto non possano essere perseguite in altro modo, non limitativo del diritto di disporre del bene ed eventualmente idoneo financo ad esonerare dalla necessità di procedere al sequestro" (Sez. U. Botticelli, *ibidem*).

3. Nel caso in esame, dove il sequestro non ha peraltro investito il corpo del reato (informazioni riservate), bensì cose al medesimo pertinenti (supporti informatici di cui si ipotizza l'impiego per l'acquisizione dei dati), non solo non risulta descritto, con la necessaria specificità il fatto contestato, affidato ad una generica ed indeterminata elencazione di norme incriminatrici, ma difetta qualsivoglia esplicitazione tanto delle finalità probatorie sottese all'apprensione dei reperti, che riguardo all'impossibilità di pervenire alla dimostrazione del fatto attraverso altri e diversi strumenti, tanto da giustificare la misura.

Il Tribunale distrettuale ha, invece, esplicitamente invocato – a fronte della carenza assoluta di motivazione del decreto di perquisizione e sequestro – un'autoevidenza probatoria che, per le ragioni richiamate, si risolve a sua volta in un insuperabile difetto di giustificazione della misura.

4. Sono, pertanto, fondate le censure fondate sul deficit motivazionale dell'ordinanza impugnata che deve essere, pertanto, annullata senza rinvio, unitamente al decreto di sequestro.

Invero, in caso di radicale mancanza della motivazione, in ordine alla necessaria sussistenza della concreta finalità probatoria perseguita in funzione dell'accertamento dei fatti, del decreto di sequestro di cose qualificate come corpo di reato o ad esso pertinenti, che, sebbene non integrato sul punto dal p.m. neppure all'udienza di riesame, sia stato confermato dall'ordinanza emessa all'esito di questa procedura, la Corte di cassazione deve pronunciare sentenza di annullamento senza rinvio di entrambi i provvedimenti (Sez. U, n. 5876 del 28/01/2004, P.C. Ferazzi in proc. Bevilacqua, cit., Rv. 226713).

[*Omissis*]

MARCO TORRE

Dottore di ricerca in Diritto e procedura penale – Università degli Studi di Firenze

Indagini informatiche e principio di proporzionalità

Digital investigations and proportionality rule

Con la sentenza in commento la Suprema Corte conferma la natura trasversale del principio di proporzionalità in materia di diritto delle prove, affermandone la vigenza anche con riferimento al sequestro di tipo probatorio. Per tale ragione, la motivazione del provvedimento deve dimostrare che le esigenze di accertamento del fatto non possano essere perseguite se non attraverso il sequestro, da evitare nel caso in cui, per raggiungere il medesimo fine, sia possibile ricorrere a strumenti processuali meno invasivi e, in particolare, non limitativi del diritto di disporre del bene.

With the sentence in question, the Supreme Court confirms the transversal nature of the proportionality rule in evidence law, affirming its validity to secure evidence. So, the measure motivation needs to prove that the fact cannot be pursued except by seizure, to be avoided in the event that, to achieve the same purpose, it is possible to use instruments less invasive and, in particular, non-limiting procedures for the right to dispose of the asset.

LA QUESTIONE

La vicenda ha origine da una perquisizione locale eseguita in data 13 novembre 2018 nei confronti di un ex dipendente di MIB Italia s.p.a. (S.M.) –indagato per accesso abusivo ad un sistema informatico, rivelazione di segreto industriale e corruzione tra privati– all’esito della quale gli inquirenti hanno sottoposto a sequestro probatorio un disco fisso ed un pc portatile.

Con ordinanza del 16 gennaio 2019, il Tribunale della libertà di Venezia ha rigettato la richiesta di riesame proposta dall’indagato, ritenendo evidenti le ragioni probatorie sottese alla perquisizione ed al sequestro, ben potendosi ritenere, sostiene il Tribunale, che dall’analisi dei supporti informatici in uso al S.M. possano emergere elementi dai quali potrà essere confermata o sconfessata l’ipotesi accusatoria.

Avverso tale ordinanza, l’indagato ha proposto ricorso per Cassazione, lamentando, per quanto più di specifico interesse in questa sede, il difetto assoluto di motivazione. In particolare, il ricorrente ha rilevato l’omissione, nel decreto di perquisizione e contestuale sequestro, della indicazione della finalità probatoria del provvedimento.

La Suprema corte ha accolto il ricorso, ritenendo che nel caso di specie fosse stato violato il principio di proporzionalità: secondo i giudici di legittimità, nel decreto del pubblico ministero non solo non risulta descritto con la necessaria specificità il fatto contestato, ma difetta qualsivoglia esplicitazione delle finalità probatorie sottese all’apprensione dei reperti e dell’impossibilità di pervenire alla dimostrazione del fatto attraverso altri e diversi strumenti.

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NEL DIRITTO PROCESSUALE PENALE

Secondo consolidata giurisprudenza di legittimità, «il decreto di sequestro probatorio –così come il decreto di convalida– anche qualora abbia ad oggetto cose costituenti corpo di reato, deve contenere una motivazione che, per quanto concisa, dia conto specificatamente della finalità perseguita per l’accertamento dei fatti»¹. Il nostro sistema processuale, infatti, non consente «automatismi di auto evidenza giustificativa»: a prescindere dal fatto che l’apprensione riguardi il corpo del reato o la cosa pertinente al reato, l’onere motivazionale calibrato sulle finalità probatorie è indefettibile, pena la illegittimità della misura ablatoria².

¹ Cass., sez. un., 19 aprile 2018, n. 36072, Botticelli, in CED 273548.

² Cass., sez. un., 18 giugno 1991, Raccah, in CED 187861; Cass., sez. un., 11 febbraio 1994, Carella, in CED 196261; Cass., sez. un., 28 gennaio 2004, Bevilacqua, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 428.

L'indefettibilità della motivazione deriva dal principio di proporzionalità: solo motivando il provvedimento è possibile dare conto dell'avvenuto bilanciamento tra la misura adottata e l'esigenza perseguita.

Il principio di proporzionalità, da misurarsi alla luce del parametro tripartito della idoneità, necessità e giustificabilità³, nasce in ambito continentale e, in particolare, nella tradizione giuridica tedesca, e si può tradurre, in via di prima approssimazione, nel divieto per i pubblici poteri di utilizzare strumenti restrittivi dei diritti individuali del cittadino oltre quanto sia strettamente necessario per la realizzazione dell'interesse perseguito dalla restrizione medesima⁴. Comparso originariamente nell'ambito del diritto amministrativo prussiano, il giudizio di proporzionalità ha interessato ben presto anche gli altri rami del diritto tedesco ed ha ottenuto un particolare successo nel diritto pubblico, quale canone interpretativo nei giudizi di legittimità costituzionale relativi alla tutela dei diritti fondamentali e al loro bilanciamento⁵.

La diffusione di tale principio in molti Stati dell'Europa occidentale, compreso il nostro, si deve all'opera ermeneutica delle Corti europee di Strasburgo e di Lussemburgo, le quali, seppur con i dovuti accorgimenti, hanno fatto ampia applicazione di tale criterio.

Nonostante le sue antiche origini, il principio di proporzionalità si presta a fungere da "metavalore" nell'ermeneutica che caratterizza l'evoluzione giuridica moderna, contraddistinta sempre di più da un vero e proprio ripensamento della legalità formale⁶. In concreto, proporzionalità significa bilanciamento di diritti antagonisti. In questo senso, nella giurisprudenza costituzionale italiana il principio di proporzionalità – spesso usato come sinonimo, o meglio, «diretta espressione», del principio di ragionevolezza⁷ – è conosciuto e praticato da molto tempo come strumento indispensabile per l'attuazione di una Costituzione pluralista, che accoglie una concezione "dignitaria" e non "libertaria" dei diritti, «in cui le istanze fondamentali non sono mai affermate in termini assoluti, ma fanno parte di un tessuto costituzionale complesso in cui altri diritti e altri interessi e beni costituzionalmente protetti possono legittimamente limitarne la portata. Nella Costituzione italiana, ogni diritto è sempre predicato assieme al suo limite e, in questo ambito, il bilanciamento è una tecnica interpretativa e argomentativa che consente il necessario ragionevole contemperamento di una pluralità di interessi costituzionali concorrenti»⁸.

³ Così, A. SANNA, *L'irriducibile atipicità delle intercettazioni tramite virus informatico*, in *Le indagini atipiche*, (a cura di) A. SCALFATI, II ed., in corso di pubblicazione, ove l'a. sottolinea come «i tre parametri, elaborati dalla dottrina tedesca, definiscono uno standard formalizzato della proporzionalità, diretto ad assicurarne l'applicazione corretta ad opera di legislatore, giudici Corte costituzionale». Sul punto, cfr. R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1157 e F. ZACCHE', *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, Milano, 2018, p. 63.

⁴ In altre e più semplici parole, in base al principio di proporzionalità il fine giustifica soltanto i mezzi indispensabili per il suo raggiungimento, con la conseguenza che, al di là della legalità formale, l'eccesso di restrizione rispetto allo scopo perseguito non è mai consentito. V. E. FORTHOFF, *Die Rechtsprechung*, in *Der Staat der Industriegesellschaft*, München, 1971.

⁵ In quest'ultimo ambito, la proporzionalità postula una verifica delle scelte operate dal legislatore che si articola in quattro fasi: verifica della legittimità delle scelte operate del legislatore (che deve aver agito per uno scopo legittimo, non in contrasto con i principi costituzionali); verifica del rapporto tra i mezzi predisposti dal legislatore e i fini che questi intende perseguire; verifica della necessità dello strumento impiegato, che deve consentire sì di perseguire l'obiettivo prefissato, ma con il minor sacrificio possibile di altri diritti o interessi costituzionalmente protetti; controllo della proporzionalità in senso stretto (ossia verifica in concreto degli effetti dell'atto legislativo, mettendo a raffronto e soppesando i benefici che derivano dal perseguimento dell'obiettivo cui il legislatore mira e i costi, cioè i sacrifici che esso impone ad altri diritti e interessi in gioco). Per un approfondimento, cfr. A. BARAK, *Proportionality*, Cambridge University Press, 2012, 175-210; A. STONE SWEET and J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, (2008) 47 *Columbia Journal of Transnational Law*, 73.

⁶ Così, M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2014.

⁷ Corte cost., 1 giugno 1995, n. 220, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 8, 972.

⁸ Così, M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Atti della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, consultabili al seguente url: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf. Cfr. Corte cost. n. 85 del 2013, secondo la quale «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri». La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. [...]», nonché Corte cost. n. 143 del 2013, dove si legge che «nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interes-

Com'è facilmente intuibile, uno dei terreni in cui maggiormente si percepisce la necessità di un effettivo bilanciamento è rappresentato dal diritto penale, sia sostanziale che processuale. Il primo, per l'evidente ragione che la proporzionalità costituisce parametro essenziale ed indefettibile di qualsiasi teoria razionale e moderna sulla funzione della pena⁹. Il secondo, in quanto la presunzione di innocenza impone proporzionalità «nell'incedere del procedimento penale»¹⁰. In quest'ultimo ambito, il bilanciamento insito nel giudizio di proporzionalità è indispensabile per contemperare le esigenze – magari provvisorie – dell'accertamento processuale con il diritto, costituzionalmente garantito, dell'indagato/imputato a non essere considerato colpevole sino a sentenza definitiva¹¹.

Da questo privilegiato angolo di osservazione, è facile notare come il principio di proporzionalità sia in grado di conferire legittimità agli strumenti codificati dal legislatore per comprimere *ante iudicium* la sfera di libertà personale del singolo coinvolto nell'accertamento processuale. In questo senso, esso serve innanzitutto ad escludere la "carcerazione preventiva" e ad ammettere, invece, la custodia cautelare in carcere: proporzionalità significa che le restrizioni della libertà personale devono trovare giustificazione in esigenze diverse da quelle tipiche della pena; esigenze, appunto, processuali (art. 274 c.p.p.). Ciò si deve alla presunzione di innocenza, cui si ricollega necessariamente il principio di proporzionalità, inteso come strumento di attuazione in concreto, «in chiave dinamica», del principio della natura personale della responsabilità penale (art. 27, co. 1, Cost)¹².

La messa al bando, nel nostro sistema processuale, di misure di anticipazione della pena *ante iudicium* rappresenta senza dubbio l'applicazione più rilevante e conosciuta del principio di proporzionalità, non fosse per altro che per il fatto che proprio in tema di misure cautelari personali tale principio viene sancito espressamente (art. 275 c.p.p.). Cionondimeno, il principio di proporzionalità ha trovato applicazione anche con riferimento alle misure cautelari reali, rispetto alle quali tale canone di giudizio consente di evitare un'exasperata compressione del diritto di proprietà e di libera iniziativa economica privata¹³.

Ebbene, sulla base di un'identica *ratio*, il principio deve guidare il legislatore e l'interprete anche in altri campi, dove sia comunque possibile ravvisare una compressione della posizione giuridica soggettiva dell'individuo, come ad esempio in sede di perquisizione personale o domiciliare, in ipotesi di sequestro o nell'ambito di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni. In tutti questi casi, peraltro, eventuali provvedimenti restrittivi della libertà personale, domiciliare o della comunicazione possono coinvolgere anche soggetti terzi, solo occasionalmente coinvolti nell'accertamento penale, rispetto ai quali la garanzia di un corretto bilanciamento tra le opposte esigenze dovrebbe essere maggiormente avvertita.

In un terreno "minato" come quello del procedimento penale, caratterizzato fisiologicamente da una incessante – perché fisiologica – antitesi tra autorità e individuo, la proporzionalità rappresenta la sintesi perfetta fra le opposte esigenze, pubbliche e private, ed è in grado di armonizzare sia le scelte del legislatore, «obbligandolo a selezionare i valori idonei a interferire nella sfera individuale in maniera ragionevole», sia l'operato del giudice, tenuto a scegliere «la soluzione più adeguata e meno afflittiva» nel caso concreto posto alla sua attenzione¹⁴. Proprio per questo motivo, la sua portata applicativa è necessariamente trasversale all'interno del procedimento penale, dovendo trovare impiego sia nell'ambito delle misure cautelari (personali e reali), sia sul terreno probatorio, dove lo sviluppo esponenziale delle

se di pari rango. Nel caso in esame, per converso, alla compressione – indiscutibile – del diritto di difesa indotta dalla norma censurata non corrisponde, *prima facie*, un paragonabile incremento della tutela del contrapposto interesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini».

⁹ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., 2007, p. 692.

¹⁰ M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit.

¹¹ Come noto, infatti, la presunzione di innocenza di cui all'art. 27, co. 2, Cost. impone al processualista sia una regola di trattamento, sia una regola probatoria: «la regola di trattamento vuole che l'imputato non sia assimilato al colpevole sino al momento della condanna definitiva [...]. La regola probatoria vuole che l'imputato sia presunto innocente; e cioè tende ad ottenere l'effetto che è enunciato dall'art. 2728, comma 1, c.c.] con la conseguenza che l'onere della prova ricade sulla parte che sostiene la reità dell'imputato». Così, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XIII ed., Milano, 2017, p. 253.

¹² M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit.

¹³ Cass. pen., sez. V, 21 ottobre 2010, n. 8152, Magnano, in CED 246103; Cass. pen., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 8382, Caruso, in CED 254712; Cass. pen., sez. III, 7 maggio 2014, n. 21271, Konovalov, in CED 261509.

¹⁴ D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, p. 8.

nuove tecnologie finalizzate alla ricerca della prova comporta spesso, come “effetto collaterale”, una tensione inusitata tra esigenze pubblicistiche di accertamento del fatto e tutela dei diritti individuali. Con riferimento ai mezzi di ricerca della prova, garantire proporzionalità significa evitare che la persona (fonte di prova) subisca un sacrificio eccessivo rispetto al fine accertativo perseguito dagli inquirenti.

IL SEQUESTRO PROBATORIO DI NATURA INFORMATICA

Il principio di proporzionalità trova applicazione anche in materia di sequestro probatorio, soprattutto qualora tale strumento abbia ad oggetto documenti informatici. In quest’ultimo caso, infatti, la ragionevolezza del provvedimento è imposta dalla enorme ed eterogenea quantità di dati ed informazioni che possono essere oggetto di copia forense. Mentre con riferimento al sequestro di una *res* materiale è facile rispettare i canoni della ragionevolezza, poiché la riconducibilità della cosa al fatto oggetto di accertamento appare *ictu oculi*, relativamente alla prova informatica il discorso si complica notevolmente.

Le indagini informatiche, infatti, si differenziano nettamente dalle indagini tradizionali per almeno tre caratteristiche fondamentali che, da un lato (quello investigativo), consentono alle prime di realizzare un vero e proprio salto di qualità rispetto alle seconde e, dall’altro (quello della difesa), sono la causa del difficile bilanciamento tra esigenze pubblicistiche di accertamento del reato e tutela individuale dei diritti fondamentali coinvolti in tale pur doveroso accertamento. Tali peculiarità distintive possono essere così riassunte: promiscuità dei dati; impossibilità di un accesso selettivo al sistema informatico; refrattarietà dell’oggetto materiale dell’indagine, ossia uno spazio (informatico) globale, a qualsiasi tipo di limitazione.

Quanto alla prima caratteristica, i sistemi informatici sono strutture complesse che contengono una pluralità eterogenea di dati, consistenti in informazioni di diversa natura, in grado di circolare con estrema rapidità e facilità, prive di una dimensione fisica e duplicabili su più supporti. In particolare, insieme ai dati rilevanti ai fini delle investigazioni, mediante le indagini informatiche spesso ci si imbatte non solo in dati irrilevanti, ma anche in dati e informazioni qualificabili come “sensibili” ai sensi della normativa in tema di *privacy*¹⁵, ossia «dati personali idonei a rivelare l’origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l’adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale». Ciò comporta la necessità di un alto livello di preparazione tecnico-professionale da parte di chi gestisce tale patrimonio informativo, oltre all’opportunità di un auspicabile, chiaro ed inequivocabile intervento legislativo che punisca in modo rigoroso la illegittima divulgazione di atti coperti dal segreto istruttorio.

La seconda caratteristica consiste nel fatto che, al contrario di ciò che avviene normalmente nel corso di indagini tradizionali, allo stato la tecnica non consiglia di limitare il sequestro informatico a specifici dati o a specifiche informazioni. In ambito di *digital evidence*, infatti, onde evitare l’alterazione degli elementi da acquisire, la perquisizione deve necessariamente seguire l’apprensione (sequestro) del bene e non, viceversa, costituire attività prodromica al successivo eventuale sequestro¹⁶. Si tratta dell’unico caso in cui la perquisizione segue il sequestro (o meglio, la copia) anziché precederlo, ed il motivo è presto detto: la ricerca si traduce inevitabilmente in un’attività in grado di alterare il dato originale, sicché il suo espletamento, «ove possibile», deve avere ad oggetto la copia forense e mai l’originale, pena la violazione degli art. 247 e 352 c.p.p., così come modificati dalla legge n. 48 del 2008¹⁷. Questo modo di procedere, evidentemente, espone a maggior rischio la riservatezza dei soggetti interessati dal provve-

¹⁵ A decorrere dal 25 maggio 2018, le espressioni “dati sensibili” e “dati giudiziari” utilizzate ai sensi dell’art. 4, comma 1, lett. d) ed e), del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al D.Lgs. n. 196 del 2003, ovunque ricorrano, si intendono riferite, rispettivamente, alle categorie particolari di dati di cui all’art. 9 del Reg. (UE) 2016/679 e all’art. 10 del medesimo Regolamento.

¹⁶ Di questa opinione, tra gli altri, L. LUPARIA, *La ratifica della Convenzione cybercrime del Consiglio d’Europa. Legge 18 marzo 2008, n. 48. I profili processuali*, cit., p. 720, nota 19 ed E. LORENZETTO, *Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica*, cit., p. 154.

¹⁷ Volendo, M. TORRE, *Le indagini di digital forensics di iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Cybercrime – Trattato di diritto e procedura penale dell’informatica* (diretto da), A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, Torino, 2018, pp. 1489-1489.

dimento: oggi, clonare i dati di uno *smartphone* significa accedere ai segreti più intimi di una persona¹⁸. Se a ciò si aggiunge la tendenza di una certa giurisprudenza a considerare il sequestro probatorio di documenti informatici diverso concettualmente dalla propedeutica attività di estrazione di copia dei dati medesimi, con conseguente non “riesaminabilità” del provvedimento in ragione del principio di tassatività delle impugnazioni di cui all’art. 568 c.p.p.¹⁹, il giudizio da esprimere sul rispetto del principio di proporzionalità non può che essere negativo.

Le conseguenze di queste prime due caratteristiche sono evidenti: le indagini informatiche sono sempre lesive della riservatezza delle persone coinvolte e della sicurezza dei dati contenuti nei sistemi informatici; inoltre, alto è il rischio che tali attività si trasformino in attività esplorative volte alla ricerca delle notizie di reato (c.d. indagini pro-attive: indagini ad alto contenuto tecnologico che si pongono a metà strada tra la prevenzione e la repressione).

La terza caratteristica fondamentale delle indagini informatiche attiene al loro oggetto: i dati digitali sono spesso salvati su *server* dislocati in Paesi diversi rispetto a quello ove si svolgono le indagini (spesso si tratta di dati memorizzati in sistemi *cloud*), con la conseguenza che l’attività degli inquirenti richiede non solo un aggiornamento degli strumenti di cooperazione giudiziaria a livello internazionale, ma anche, nei limiti in cui ciò sia possibile, uno sforzo di armonizzazione delle definizioni normative degli strumenti investigativi, in modo da evitare una sorta di *far west* tecnologico in cui ogni Stato conduce indagini oltre la propria sovranità fino a dove la tecnologia lo consente.

Il principio di proporzionalità consente di recuperare in concreto il *vulnus* determinato dalle indagini informatiche sul diritto di difesa del soggetto coinvolto dall’accertamento processuale. La sua necessaria applicazione anche durante la fase delle indagini preliminari, in sede di ricerca della prova, deriva dalla circostanza che con riferimento alle perquisizioni ed al sequestro informatici il bene giuridico in gioco non è più solo il diritto di natura economica di “disporre del bene”, ma la pretesa ad una “esclusiva disponibilità del patrimonio informativo”²⁰ da parte del legittimo titolare dei dati. Rispetto a tale bene giuridico, un’adeguata motivazione si impone in maniera indefettibile: il provvedimento di sequestro deve essere assistito da idonea motivazione, in grado di spiegare la necessità di procedere alla copia dei dati personali del soggetto; qualora, infatti, le medesime esigenze probatorie possano essere soddisfatte senza ricorrere alla copia-clone, quest’ultima opzione investigative dovrebbe essere ragionevolmente scartata.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Nelle indagini informatiche, la tradizionale tensione tra esigenze di garanzia individuali ed esigenze di difesa sociale appare in tutta la sua intensità: la promiscuità dei dati, l’impossibilità tecnica di un accesso selettivo al sistema informatico, il rischio sempre presente che queste indagini si trasformino in attività esplorative, lo spazio informatico ontologicamente globale e refrattario a qualsiasi limitazione nazionale fanno delle investigazioni informatiche la forma di indagine più insidiosa che esista.

Seguendo l’esempio della Corte costituzionale tedesca²¹, la soluzione deve passare attraverso un necessario bilanciamento tra i beni giuridici in gioco, realizzato attraverso una rigorosa applicazione del principio di proporzionalità.

¹⁸ Gli apporti tecnologici e la possibilità di combinare ed elaborare tra loro i dati rendono ormai possibile una sorta di “mappatura” di abitudini, gusti, orientamenti politici, religiosi di una persona, sino a poterne determinare una sorta di controllo orwelliano su scala globale». 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.*, 11, 2018, p. 159.

¹⁹ Cassazione penale, Sez. III, 8 aprile 2019 (ud. 18 ottobre 2018), n. 15133; Cass., sez. un., 24 aprile 2008, n. 18523, Tchmil, in CED 239397.

²⁰ Volendo, M. TORRE, *Il riesame del sequestro probatorio di documenti informatici*, in *Giur. It.*, 2019, 6.

²¹ ABEL, W., *La decisione della corte costituzionale tedesca sul diritto alla riservatezza ed integrità dei sistemi tecnologici d’informazione – un rapporto sul caso BVerfGE*, NJW 2008, 822, disponibile su <http://www.jei.it>; Bundersverfassungsgericht, I Senato, 20 aprile 2016, 1 BVR 966/09, 1 BVR 1140/09, con nota di A. VENEGONI e L. GIORDANO, *La corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici*, consultabile al seguente url: <http://www.penalecontemporaneo.it>.

Sanzioni amministrative di natura “punitiva” e diritto al silenzio

CORTE COSTITUZIONALE, ORD. 10 MAGGIO 2019, N. 117 – PRES. LATTANZI; REL. VIGANÒ

Sono sottoposte alla Corte di giustizia dell’Unione europea, in via pregiudiziale ai sensi e per gli effetti dall’art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 e ratificato dalla l. 2 agosto 2008, n. 130, le seguenti questioni pregiudiziali:

a) se l’art. 14, par. 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l’art. 30, par. 1, lett. b), del regolamento (UE) n. 596/2014 debbano essere interpretati nel senso di consentire agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell’autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura “punitiva”;

b) se, in caso di risposta negativa a tale prima questione, l’art. 14, par. 3, della direttiva 2003/6/CE, e l’art. 30, par. 1, lett. b), del Regolamento (UE) n. 596/2014 siano compatibili con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di art. 6 Cedu e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nella misura in cui impongono di sanzionare anche chi si rifiuti di rispondere a domande dell’autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura “punitiva”.

[omissis]

RITENUTO IN FATTO

1. – Questa Corte è chiamata a decidere su plurime questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di cassazione, sezione seconda civile, con ordinanza del 16 febbraio 2018 (r. o. n. 54 del 2018).

Per ciò che in questa sede rileva, la Corte di cassazione chiede se l’art. 187-quinquiesdecies del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52), sia costituzionalmente legittimo nella parte in cui sanziona la mancata ottemperanza nei termini alle richieste della Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), ovvero la causazione di un ritardo nell’esercizio delle sue funzioni, «anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell’esercizio delle proprie funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate».

La Corte di cassazione dubita che tale disposizione, in parte qua, contrasti con gli artt. 24, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest’ultimo in relazione all’art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), e all’art. 14, comma 3, lettera g), del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, nonché con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDFUE).

2. – Il procedimento pendente avanti alla Corte di cassazione trae a sua volta origine da un procedimento sanzionatorio avviato dalla CONSOB nei confronti del sig. D. B.

2.1. – Dagli atti di causa risulta che, all’esito di tale procedimento, con delibera del 2 maggio 2012, la CONSOB aveva irrogato al sig. D. B. le seguenti sanzioni amministrative:

a) una sanzione pecuniaria di 200.000 euro in relazione all’illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate previsto dall’art. 187-bis, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 58 del 1998, nella versione vigente all’epoca dei fatti, con riguardo all’acquisto, effettuato dal sig. D. B. nel febbraio 2009, di 30.000 azioni di una società quotata della quale era socio e consigliere di amministrazione, sulla base del possesso dell’informazione privilegiata relativa all’imminente lancio di un’offerta pubblica di acquisto di tale società, da lui promossa assieme ad altri due soci della medesima società;

b) una sanzione pecuniaria di 100.000 euro in relazione al medesimo illecito amministrativo nell'ipotesi di cui all'art. 187-bis, comma 1, lettera c), sempre nella versione vigente all'epoca dei fatti, per avere il sig. D. B. indotto una terza persona ad acquistare azioni della società in questione, essendo in possesso della menzionata informazione privilegiata;

c) una sanzione pecuniaria di 50.000 euro in relazione all'illecito amministrativo di cui all'art. 187-quinquiesdecies (Tutela dell'attività di vigilanza della Banca d'Italia e della Consob) del d.lgs. n. 58 del 1998, nella versione vigente all'epoca dei fatti, per avere rinviato più volte la data dell'audizione alla quale era stato convocato e, una volta presentatosi alla stessa CONSOB, per essersi rifiutato di rispondere alle domande che gli erano state rivolte;

d) la sanzione accessoria della perdita temporanea dei requisiti di onorabilità per la durata di diciotto mesi;

e) la confisca di denaro o beni fino a concorrenza dell'importo di 149.760 euro, pari all'intero valore delle azioni acquistate mediante la condotta descritta sub a).

Per le stesse condotte di cui ai punti a) e b) dell'esposizione che precede, al sig. D. B. era stato altresì contestato, in un separato procedimento penale, il delitto di abuso di informazioni privilegiate previsto dall'art. 184 del d.lgs. n. 58 del 1998. Per tale delitto, il sig. D. B. ha concordato con il pubblico ministero la pena, condizionalmente sospesa, di undici mesi di reclusione e 300.000 euro di multa, applicata dal giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Milano il 18 dicembre 2013.

2.2. – Il sig. D. B. aveva proposto opposizione avanti alla Corte d'appello di Roma avverso il provvedimento sanzionatorio della CONSOB, allegando tra l'altro l'illegittimità della sanzione irrogatagli ai sensi dell'art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998.

La Corte d'appello di Roma aveva tuttavia rigettato l'opposizione, confermando così il provvedimento sanzionatorio adottato dalla CONSOB, con sentenza depositata il 20 novembre 2013.

2.3. – Contro tale sentenza il sig. D. B. aveva quindi proposto il ricorso per cassazione che ha dato origine al presente procedimento incidentale di legittimità costituzionale.

3. – Come anticipato, la Corte di cassazione dubita della legittimità costituzionale dell'art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998, «nella parte in cui detto articolo sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate», in ragione del possibile contrasto di tale previsione con varie norme della Costituzione italiana e, mediamente, con gli artt. 6 CEDU e 47 CDFUE, nonché con l'art. 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici.

3.1. – Secondo la Corte di cassazione, la disposizione censurata contrasterebbe anzitutto con l'art. 24 Cost., il cui secondo comma recita: «La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento».

Rileva la Corte di cassazione che l'accertamento di un illecito amministrativo come quello di cui è causa è, nell'ordinamento italiano, prodromico alla possibile irrogazione, nei confronti di chi ne sia riconosciuto autore, sia di sanzioni propriamente penali, sia di sanzioni amministrative di natura sostanzialmente "punitiva"; ciò che si era appunto verificato nel caso di specie. Per tale ragione, il soggetto al quale la CONSOB intenda addebitare la commissione di un tale illecito amministrativo dovrebbe godere di tutte le garanzie inerenti al diritto di difesa nei procedimenti penali, così come riconosciute dalla giurisprudenza costituzionale sulla base dell'art. 24 Cost. Tra tali garanzie si iscriverebbe, in particolare, il «diritto di non collaborare alla propria incolpazione».

3.2. – In secondo luogo, la disposizione censurata contrasterebbe con il «principio della parità delle parti» nel processo, sancito dall'art. 111, secondo comma, Cost.

Rileva in proposito la Corte di cassazione che «[i]l dovere di collaborare con la CONSOB in capo a colui che dalla stessa CONSOB venga sanzionato per l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-bis [del d.lgs. n. 58 del 1998] non sembra [...] compatibile con la posizione di parità che tale soggetto e la CONSOB debbono rivestire nella fase giurisdizionale di impugnativa del provvedimento sanzionatorio».

3.3. – In terzo luogo, la Corte di cassazione dubita della compatibilità della disciplina censurata con l'art. 117, primo comma, Cost., il quale stabilisce che «[l]a potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali», in ragione dell'incompatibilità di tale disciplina con gli artt. 6 CEDU e 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

Quanto all'art. 6 CEDU, la Corte di cassazione osserva che, secondo la costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il diritto di non cooperare alla propria incolpazione e il diritto al silenzio – anche nell'ambito di procedimenti amministrativi funzionali all'irrogazione di sanzioni aventi natura sostanzialmente "punitiva" – debbano considerarsi come implicitamente riconosciuti da tale norma convenzionale, situandosi anzi «al cuore della nozione di processo equo».

Quanto poi al Patto internazionale sui diritti civili e politici, la Corte di cassazione osserva che l'art. 14, paragrafo 3, lettera g), di tale strumento riconosce esplicitamente il diritto di ogni individuo accusato di un reato a «non essere costretto a deporre contro se stesso o a confessarsi colpevole». Tale diritto dovrebbe necessariamente essere riconosciuto anche a colui che sia sottoposto a un'indagine condotta da un'autorità amministrativa, ma potenzialmente funzionale all'irrogazione nei suoi confronti di sanzioni di carattere "punitivo".

3.4. – Infine, la Corte di cassazione sospetta che la disciplina in esame violi il combinato disposto dello stesso art. 117, primo comma, Cost. e dell'art. 11 Cost. (che autorizza le «limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni»), in ragione dell'incompatibilità di tale disciplina con l'art. 47, paragrafo 2, CDFUE.

Rilevato che l'art. 187-quinquiesdecies, e più in generale l'intera disciplina del d.lgs. n. 58 del 1998, ricadono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea ai sensi dell'art. 51 CDFUE, il giudice a quo osserva che la formulazione dell'art. 47, paragrafo 2, CDFUE è sostanzialmente sovrapponibile a quella dell'art. 6, paragrafo 1, CEDU, e deve pertanto essere interpretata – secondo quanto previsto dall'art. 52, paragrafo 3, CDFUE – in conformità all'interpretazione della corrispondente previsione convenzionale, sopra menzionata, fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

La Corte di cassazione rileva, inoltre, che dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia UE in materia di tutela della concorrenza si evince il principio secondo cui la Commissione non può imporre all'impresa l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione, che deve invece essere provata dalla Commissione.

La Corte di cassazione sottolinea, tuttavia, come dalla direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato) – direttiva in attuazione della quale l'art. 187-quinquiesdecies è stato introdotto nel d.lgs. n. 58 del 1998 – si evinca un generale obbligo di collaborazione con l'autorità di vigilanza, la cui violazione deve essere sanzionata dallo Stato membro ai sensi dell'art. 14, paragrafo 3, della direttiva medesima; ed evidenzia come tale obbligo sia sancito anche dal recente Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione.

Tale considerazione induce il giudice a quo a domandarsi se detto obbligo, ove ritenuto applicabile anche nei confronti dello stesso soggetto nei cui confronti si stia svolgendo l'indagine, sia compatibile con l'art. 47 CDFUE; e, conseguentemente, se quest'ultimo osti a una disposizione nazionale che, come l'art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998, presupponga un dovere di prestare collaborazione alle indagini (e conseguentemente di sanzionare l'omessa collaborazione) anche da parte del soggetto nei cui confronti la CONSOB stia svolgendo indagini relative alla possibile commissione di un illecito punito con sanzioni di carattere sostanzialmente penale.

3.5. – Rilevato, dunque, che l'art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998 si espone a dubbi di illegittimità costituzionale sotto il profilo della sua possibile contrarietà a parametri costituzionali nazionali (artt. 24, secondo comma, e 111, secondo comma, Cost.), nonché sotto il profilo della sua possibile incompatibilità con la CEDU e con la stessa CDFUE – incompatibilità dalla quale deriverebbe pure, in via mediata, la sua illegittimità costituzionale in forza degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. –, la Corte di cassazione ritiene di dover anzitutto sottoporre tali questioni all'esame di questa Corte.

Nell'ipotesi in cui i dubbi di illegittimità costituzionale fossero dichiarati infondati, la Corte di cassazione si riserva peraltro espressamente di misurarsi «con il dovere, sulla stessa gravante ai sensi del terzo comma dell'articolo 267 TFUE, di attivare il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE (ove non già attivato dalla stessa Corte costituzionale nel giudizio incidentale) e di dare al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione conseguentemente adottata dalla Corte di giustizia».

4. – Si è costituito in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che le questioni sollevate siano dichiarate inammissibili o, comunque, infondate.

5. – Si è altresì costituito in giudizio il sig. D. B., il quale ha invece sostenuto la fondatezza delle questioni, in relazione a tutti i parametri sollevati.
6. – Non si è costituita in giudizio la CONSOB, che pure era parte nel giudizio a quo.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. – Questa Corte deve pronunciarsi sulla questione, formulata dalla Corte di cassazione, se l'art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998 sia costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui sanziona la mancata ottemperanza nei termini alle richieste della Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), ovvero la causazione di un ritardo nell'esercizio delle sue funzioni, «anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate».

Come risulta dall'esposizione che precede, la questione è proposta in riferimento a una pluralità di parametri, taluni dei quali di matrice nazionale (il diritto di difesa e il principio della parità tra le parti nel processo, di cui rispettivamente agli artt. 24, secondo comma, e 111, secondo comma, della Costituzione), altri di matrice internazionale ed europea (il diritto a un processo equo, di cui agli artt. 6 CEDU, 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), questi ultimi pure suscettibili di determinare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata in forza degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.

2. – Con riferimento in particolare alle norme della CDFUE, questa Corte ha recentemente affermato la propria competenza a vagliare gli eventuali profili di contrarietà delle disposizioni di legge nazionali alle norme della Carta che il giudice rimettente ritenga di sottoporle.

Ciò in quanto «[i] principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri). Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione» (sentenza n. 269 del 2017, punto 5.2. del Considerato in diritto).

In tali ipotesi, questa Corte – che è essa stessa «organo giurisdizionale» nazionale ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) – potrà dunque valutare se la disposizione censurata violi le garanzie riconosciute, al tempo stesso, dalla Costituzione e dalla Carta, attivando rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ogniqualvolta ciò sia necessario per chiarire il significato e gli effetti delle norme della Carta; e potrà, all'esito di tale valutazione, dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, rimuovendo così la stessa dall'ordinamento nazionale con effetti erga omnes. Ciò fermo restando «che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria» (sentenza n. 20 del 2019, punto 2.3. del Considerato in diritto), anche al termine del procedimento incidentale di legittimità costituzionale; e fermo restando, altresì, il loro dovere – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al loro esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta (sentenza n. 63 del 2019, punto 4.3. del Considerato in diritto).

La sentenza n. 20 del 2019 ha ulteriormente chiarito, in proposito, che «[i]n generale, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera [...] un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione». Tale concorso di rimedi consente in effetti alla Corte costituzionale «di contribuire, per la propria parte, a rendere effettiva la possibilità, di cui ragiona l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE) [...] che i corrispondenti diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo, e in particolare dalla CDFUE, siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, richiamate anche dall'art. 52, paragrafo 4, della stessa CDFUE come fonti rilevanti» (punto 2.3. del Considerato in diritto).

Il tutto, come già evidenziato dalla sentenza n. 269 del 2017, «in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia (da ultimo, ordinanza n. 24 del 2017), affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE)» (punto 5.2. del Considerato in diritto).

3. – Tutte le norme della Costituzione, della CEDU, del Patto internazionale sui diritti civili e politici e della CDFUE invocate dalla Corte di cassazione convergono nel riconoscimento – esplicito, nel caso dell’art. 14 del Patto internazionale; implicito, in tutti gli altri casi – del diritto della persona a non contribuire alla propria incolpazione e a non essere costretta a rendere dichiarazioni di natura confessoria (*nemo tenetur se ipsum accusare*).

Secondo la Corte di cassazione, tale “diritto al silenzio” non potrebbe non estendersi anche ai procedimenti di carattere formalmente amministrativo, ma funzionali all’irrogazione di sanzioni di carattere sostanzialmente “punitivo”, come quello previsto dall’art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998 (Abuso di informazioni privilegiate), della cui violazione il sig. D. B. è stato ritenuto responsabile dalla CONSOB in esito a un procedimento conclusosi con l’irrogazione delle sanzioni già menzionate al punto 2.1. del Ritenuto in fatto.

4. – Questa Corte ritiene che il dubbio di legittimità costituzionale prospettato si risolva essenzialmente nell’interrogativo se sia costituzionalmente legittimo sanzionare, ai sensi dell’art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998, chi si sia rifiutato di rispondere a domande dalle quali sarebbe potuta emergere la propria responsabilità, nell’ambito di un’audizione disposta dalla CONSOB nell’esercizio delle sue funzioni di vigilanza.

Non pare infatti a questa Corte che il “diritto al silenzio”, fondato sulle norme costituzionali, europee e internazionali invocate, possa di per sé legittimare il rifiuto del soggetto di presentarsi all’audizione disposta dalla CONSOB, né il suo indebito ritardo nel presentarsi alla stessa audizione, purché sia garantito – diversamente da quanto avvenuto nel caso di specie – il suo diritto a non rispondere alle domande che gli vengano rivolte durante l’audizione stessa. Di quest’ultima garanzia, peraltro, nel caso di specie il sig. D. B. non disponeva: ciò che potrebbe essere valorizzato dal giudice del procedimento principale per concludere che egli non possa essere sanzionato né per il silenzio serbato nell’audizione, né per il ritardo nel presentarsi all’audizione stessa.

5. – Nella versione applicabile *ratione temporis* ai fatti di cui è causa nel procedimento a quo, l’art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998 prevedeva: «[f]uori dai casi previsti dall’articolo 2638 del codice civile, chiunque non ottempera nei termini alle richieste della CONSOB ovvero ritarda l’esercizio delle sue funzioni è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro cinquantamila ad euro un milione».

Tra le funzioni attribuite alla CONSOB si annovera in particolare, ai sensi dell’art. 187-octies, comma 3, lettera c), del d.lgs. n. 58 del 1998, il potere di «procedere ad audizione personale» nei confronti di «chiunque possa essere informato sui fatti».

Il tenore letterale dell’art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998, nella versione vigente all’epoca dei fatti, si estende anche all’ipotesi in cui l’audizione personale sia disposta nei confronti di colui che la CONSOB abbia già individuato, sulla base delle informazioni in proprio possesso, come il possibile autore di un illecito il cui accertamento ricade entro la sua competenza. In particolare, la norma consente che costui venga punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da cinquantamila euro a un milione per il fatto di essersi rifiutato di rispondere in sede di audizione personale disposta dalla CONSOB.

6. – A identica conclusione si deve pervenire oggi, sulla base dell’attuale formulazione dell’art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998, come modificata dal d.lgs. n. 129 del 2017, che al comma 1 prevede: «[f]uori dai casi previsti dall’art. 2638 del codice civile, è punito ai sensi del presente articolo chiunque non ottempera nei termini alle richieste della Banca d’Italia e della CONSOB, ovvero non coopera con le medesime autorità al fine dell’espletamento delle relative funzioni di vigilanza, ovvero ritarda l’esercizio delle stesse».

La novellata formulazione dell’art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998, infatti, si limita a esplicitare che l’illecito può essere commesso non solo da chi non ottempera nei termini alle richieste delle autorità ovvero ne ritarda l’esercizio delle funzioni, ma anche – più in generale – da chi non coopera con le autorità medesime al fine dell’espletamento delle relative funzioni di vigilanza. Anche sulla base della nuova disposizione, tuttavia, nessuna facoltà di non rispondere è prevista per colui che sia già stato individuato dalla CONSOB come il possibile autore di un illecito, il cui accertamento rientri entro le competenze dell’autorità stessa.

7. – Occorre pertanto stabilire se il “diritto al silenzio” evocato dalla Corte di cassazione si applichi, oltre che nei procedimenti penali, anche nelle audizioni personali disposte dalla CONSOB nell’ambito

della propria attività di vigilanza, che può preludere all'instaurazione di procedimenti sanzionatori di natura "punitiva" nei confronti di chi sia individuato come autore di un illecito.

Come osserva la Corte di cassazione, nel senso di una risposta affermativa a tale quesito depongono argomenti fondati sia sull'art. 24 della Costituzione italiana, sia sull'art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

7.1. – La costante giurisprudenza di questa Corte ritiene che il "diritto al silenzio" dell'imputato – pur non godendo di espresso riconoscimento costituzionale – costituisca un «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa», riconosciuto dall'art. 24 Cost. (ordinanze n. 202 del 2004, n. 485 e n. 291 del 2002). Tale diritto garantisce all'imputato la possibilità di rifiutare di sottoporsi all'esame testimoniale e, più in generale, di avvalersi della facoltà di non rispondere alle domande del giudice o dell'autorità competente per le indagini.

Questa Corte non è stata, sino ad oggi, chiamata a valutare se e in che misura tale diritto – appartenente al novero dei diritti inalienabili della persona umana (sentenze n. 238 del 2014, n. 323 del 1989 e n. 18 del 1982), che caratterizzano l'identità costituzionale italiana – sia applicabile anche nell'ambito di procedimenti amministrativi funzionali all'irrogazione di sanzioni di natura "punitiva" secondo i criteri Engel.

Tuttavia, in molteplici occasioni essa ha ritenuto che singole garanzie riconosciute nella materia penale dalla CEDU e dalla stessa Costituzione italiana si estendano anche a tale tipologia di sanzioni. Ciò è avvenuto, in particolare, in relazione alle garanzie del divieto di retroattività delle modifiche sanzionatorie in peius (sentenze n. 223 del 2018, n. 68 del 2017, n. 276 del 2016, n. 104 del 2014 e n. 196 del 2010), della sufficiente precisione del precetto sanzionato (sentenze n. 121 del 2018 e n. 78 del 1967), nonché della retroattività delle modifiche sanzionatorie in mitius (sentenza n. 63 del 2019).

Inoltre, questa Corte ha già più volte affermato che le sanzioni amministrative previste nell'ordinamento italiano in materia di abuso di informazioni privilegiate costituiscono, in ragione della loro particolare afflittività, misure di natura "punitiva" (sentenze n. 63 del 2019, n. 223 del 2018 e n. 68 del 2017), così come – peraltro – ritenuto dalla stessa Corte di giustizia UE (Grande sezione, sentenza 20 marzo 2018, in cause riunite C-596/16 e C-597/16, Di Puma e Consob, paragrafo 38).

A tale conclusione questa Corte è giunta valorizzando, in particolare, l'ammontare assai elevato delle sanzioni previste in materia di abuso di informazioni privilegiate, punibili oggi con una sanzione pecuniaria che può giungere, a carico di una persona fisica, sino all'importo di cinque milioni di euro, aumentabili in presenza di particolari circostanze fino al triplo, ovvero fino al maggiore importo di dieci volte il profitto conseguito ovvero le perdite evitate per effetto dell'illecito. Tali sanzioni pecuniarie sono, inoltre, affiancate dalle sanzioni di carattere interdittivo previste dall'art. 187-quater del d.lgs. n. 58 del 1998, che limitano fortemente le opzioni professionali dei soggetti colpiti dalla sanzione, e sono applicate congiuntamente alla confisca, diretta e per equivalente, del profitto dell'illecito.

A fronte di simili scenari sanzionatori, secondo la Corte di cassazione parrebbe plausibile il riconoscimento, in favore di chi sia incolpato di un tale illecito, dei medesimi diritti di difesa che la Costituzione italiana riconosce alla persona sospettata di avere commesso un reato, e in particolare del diritto a non essere costretto – sotto minaccia di una pesante sanzione pecuniaria, come quella applicata al ricorrente nel giudizio a quo – a rendere dichiarazioni suscettibili di essere utilizzate successivamente come elementi di prova a proprio carico.

E ciò anche in relazione al rischio che, per effetto dell'obbligo di cooperazione con l'autorità di vigilanza attualmente sancito dal diritto derivato dell'Unione europea, il sospetto autore di un illecito amministrativo avente natura "punitiva" possa altresì contribuire, di fatto, alla formulazione di un'accusa in sede penale nei propri confronti. Nell'ordinamento italiano, l'abuso di informazioni privilegiate è, infatti, previsto al tempo stesso come illecito amministrativo (art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998) e come illecito penale (art. 184 del d.lgs. n. 58 del 1998); e i relativi procedimenti possono essere attivati e proseguiti parallelamente (come è in effetti accaduto nei confronti del sig. D. B.), nei limiti in cui ciò sia compatibile con il diritto al ne bis in idem (Corte di giustizia, Grande sezione, sentenza 20 maggio 2018, in causa C-537/16, Garlsson Real Estate SA e altri, paragrafi 42-63).

Infatti, per quanto nell'ordinamento italiano non sia consentito utilizzare nel processo penale le dichiarazioni rese all'autorità amministrativa senza le garanzie del diritto di difesa, tra cui segnatamente l'avvertimento circa la facoltà di non rispondere, è ben possibile che tali dichiarazioni – ottenute dall'autorità amministrativa mediante la minaccia di sanzione per il caso di mancata cooperazione – possano in concreto fornire all'autorità stessa informazioni essenziali in vista dell'acquisizione di ulteriori

elementi di prova della condotta illecita, destinati a essere utilizzati anche nel successivo processo penale contro l'autore della condotta.

7.2. – I dubbi sollevati dalla Corte di cassazione sono confortati anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo concernente l'art. 6 CEDU.

Nonostante l'assenza di un riconoscimento esplicito del diritto in questione nel testo della Convenzione (a differenza di quanto accade nell'art. 14, paragrafo 3, lettera g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici), la Corte di Strasburgo ha in plurime occasioni affermato che il «diritto a restare in silenzio e a non contribuire in alcun modo alla propria incriminazione» (Corte EDU, sentenza 25 febbraio 1993, *Funke contro Francia*, paragrafo 44) si colloca al cuore della nozione di “equo processo” proclamata dall'art. 6, paragrafo 1, CEDU (ex multis, Corte EDU, sentenza 5 aprile 2012, *Chambaz contro Svizzera*, paragrafo 52). Tale diritto è, infatti, finalizzato a proteggere l'accusato da indebite pressioni dell'autorità volte a provocarne la confessione (sentenza 8 febbraio 1996, *John Murray contro Regno Unito*, paragrafo 45). Nella valutazione della Corte EDU, inoltre, il diritto in questione è strettamente connesso alla presunzione di innocenza di cui all'art. 6, paragrafo 2, CEDU (sentenze 21 dicembre 2000, *Heaney e McGuinness contro Irlanda*, paragrafo 40; 17 dicembre 1996, *Saunders contro Regno Unito*, paragrafo 68).

Il diritto in esame è stato, d'altra parte, più volte ritenuto violato in relazione a soggetti sanzionati dall'ordinamento nazionale per non avere fornito risposte ad autorità amministrative nell'ambito di procedimenti di accertamento di violazioni di natura amministrativa (Corte EDU, 4 ottobre 2005, *Shannon contro Regno Unito*, paragrafi 38-41; sentenza 5 aprile 2012, *Chambaz contro Svizzera*, paragrafi 50-58).

In particolare, è stata riscontrata la violazione dell'art. 6 CEDU in un caso in cui un soggetto, nei cui confronti era pendente un'indagine amministrativa relativa a illeciti tributari, aveva reiteratamente omesso di rispondere alle richieste di chiarimenti formulate dall'autorità che stava conducendo l'indagine, ed era stato punito per questa sua condotta con sanzioni pecuniarie (Corte EDU, sentenza 3 maggio 2001, *J. B. contro Svizzera*, paragrafi 63-71). In quest'ultimo caso, decisiva è stata la considerazione della natura “punitiva”, secondo i criteri Engel, delle sanzioni applicabili dall'autorità amministrativa alle violazioni tributarie oggetto dell'indagine. Secondo l'apprezzamento della Corte, tale natura “punitiva” chiamava infatti in causa l'intero spettro delle garanzie assicurate dalla CEDU per la materia penale, compresa quella del “diritto al silenzio” da parte di chi sia incolpato di avere commesso un illecito.

Pare pertanto che, anche secondo la Corte EDU, il diritto a non cooperare alla propria incolpazione e a non essere costretto a rendere dichiarazioni di natura confessoria, riconducibile all'art. 6 CEDU, comprenda il diritto di chiunque sia sottoposto a un procedimento amministrativo, che potrebbe sfociare nella irrogazione di sanzioni di carattere “punitivo” nei propri confronti, a non essere obbligato a fornire all'autorità risposte dalle quali potrebbe emergere la propria responsabilità, sotto minaccia di una sanzione in caso di inottemperanza.

8. – Ai fini della decisione dell'incidente di legittimità costituzionale sottoposto all'esame di questa Corte, occorre peraltro considerare – come correttamente messo in evidenza dalla Corte di cassazione – che l'art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998, in questa sede censurato, è stato introdotto nell'ordinamento italiano in esecuzione di uno specifico obbligo posto dalla direttiva 2003/6/CE; e che tale disposizione costituisce, oggi, la puntuale attuazione di un'analogo disposizione del regolamento (UE) n. 596/2014, che ha abrogato la direttiva medesima.

8.1. – Più in particolare, l'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE prevedeva: «[g]li Stati membri fissano le sanzioni da applicare per l'omessa collaborazione alle indagini di cui all'articolo 12».

A sua volta, l'art. 12, paragrafo 2, lettera b), della medesima direttiva prevedeva che alle autorità competenti dei singoli Stati membri fosse conferito quantomeno il potere, nell'esercizio della loro attività di vigilanza e di indagine, di «richiedere informazioni a qualsiasi persona, incluse quelle che intervengono successivamente nella trasmissione degli ordini o nell'esecuzione delle operazioni in questione, e ai loro mandanti e, se necessario, convocare e procedere all'audizione di una persona».

Il combinato disposto degli artt. 12 e 14 della direttiva sembrava, dunque, imporre agli Stati il dovere di sanzionare in via amministrativa – e fatto salvo il possibile ricorso a sanzioni penali per la medesima condotta (art. 14, paragrafo 1, della direttiva in esame) – anche chi, avendo materialmente compiuto operazioni qualificabili come illecite, o avendo dato l'ordine di compierle, si rifiutasse di rispondere alle domande postegli dall'autorità di vigilanza in sede di audizione, dalle quali potesse emergere la

propria responsabilità per un illecito il cui accertamento rientra nella sua competenza.

8.2. – Oggi, l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014 stabilisce analogamente che, fatti salvi le sanzioni penali e i poteri di controllo delle autorità competenti a norma dell'art. 23, gli Stati membri provvedono affinché le autorità competenti abbiano il potere di adottare le sanzioni amministrative e altre misure amministrative adeguate per l'«omessa collaborazione o il mancato seguito dato nell'ambito di un'indagine, un'ispezione o una richiesta di cui all'articolo 23, paragrafo 2».

A sua volta, l'art. 23, paragrafo 2, lettera b), del medesimo regolamento stabilisce che le autorità competenti debbano disporre dei poteri «di richiedere o esigere informazioni da chiunque, inclusi coloro che, successivamente, partecipano alla trasmissione di ordini o all'esecuzione delle operazioni di cui trattasi, nonché i loro superiori e, laddove opportuno, convocarli allo scopo di ottenere delle informazioni».

Anche sulla base delle normative dell'Unione attualmente vigenti, dunque, parrebbe sussistere a carico dello Stato membro un dovere di sanzionare il silenzio serbato in sede di audizione da parte di chi abbia posto in essere operazioni che integrano illeciti sanzionabili dalla medesima autorità, ovvero da parte di chi abbia dato l'ordine di compiere tali operazioni.

9. – Da tutto ciò consegue che una eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale in parte qua dell'art. 187-quinquiesdecies del d. lgs. n. 58 del 1998 rischierebbe di porsi in contrasto con il diritto dell'Unione, e in particolare con l'obbligo che discende oggi dall'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014, obbligo di cui il menzionato art. 187-quinquiesdecies costituisce attuazione.

Peraltro, tale obbligo – così come quello che discendeva in passato dall'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE – potrebbe risultare di dubbia compatibilità con gli artt. 47 e 48 CDFUE, i quali pure sembrano riconoscere un diritto fondamentale dell'individuo a non contribuire alla propria incolpazione e a non essere costretto a rendere dichiarazioni di natura confessoria, nei medesimi limiti desumibili dall'art. 6 CEDU e dall'art. 24 della Costituzione italiana.

9.1. – A questa Corte è nota la copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia UE formatasi in materia di diritto al silenzio e illeciti anticoncorrenziali. Tale giurisprudenza riconosce, in linea di principio, la necessità di tutelare i diritti della difesa dei soggetti che potrebbero essere incolpati di un illecito, ma al tempo stesso afferma la sussistenza di un «obbligo di attiva collaborazione» incombente su tali soggetti. Questi ultimi, secondo quanto affermato dalla Corte di giustizia, non solo devono «tenere a disposizione della Commissione tutte le informazioni riguardanti l'oggetto dell'indagine» (sentenza 18 ottobre 1989, in causa C-374/87, *Orkem*, paragrafo 27; nello stesso senso, sentenza 29 giugno 2006, in causa C-301/04 P, *SGL Carbon AG*, paragrafo 40) e «soddisfare le richieste della stessa di produzione di documenti preesistenti», ma sono altresì obbligati a «rispondere ai quesiti di mero fatto posti dalla Commissione» (Tribunale di primo grado, sentenza 20 febbraio 2001, in causa I-112/98, *Mannesmannröhren-Werke AG*, paragrafi 77-78; nello stesso senso, sentenza *SGL Carbon AG*, cit., paragrafi 44-49). Secondo tale giurisprudenza, l'obbligo di risposta ai quesiti posti dalla Commissione non sarebbe contrario al diritto di difesa, né al diritto a un processo equo, in quanto «nulla impedisce al destinatario di dimostrare, in un momento successivo nell'ambito del procedimento amministrativo o nel corso di un procedimento dinanzi al giudice comunitario, nell'esercizio dei suoi diritti di difesa, che i fatti esposti nelle risposte [...] hanno un significato diverso da quello considerato dalla Commissione» (Tribunale di primo grado, sentenza 20 febbraio 2001, in causa I-112/98, *Mannesmannröhren-Werke AG*, paragrafi 77-78; nello stesso senso, Corte di giustizia, 29 giugno 2006, in causa C-301/04 P, *SGL Carbon AG*, paragrafi 44-49). L'unico limite al dovere di rispondere che incombe sulle imprese interessate è rappresentato dal divieto per la Commissione di «imporre all'impresa l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione, che deve invece essere provata dalla Commissione» (Corte di giustizia, sentenza 18 ottobre 1989, in causa C-374/87, *Orkem*, paragrafo 35; nello stesso senso, sentenza 24 settembre 2009, nelle cause riunite C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, *Erste Group Bank AG*, paragrafo 271; sentenza 25 gennaio 2007, in causa C-407/04 P, *Dalmine*, paragrafo 34; sentenza 29 giugno 2006, in causa C-301/04 P, *SGL Carbon AG*, paragrafo 42).

In tal modo, la Corte di giustizia UE esclude che i diritti della difesa nell'ambito dei procedimenti sanzionatori in materia di concorrenza possano considerarsi lesi dall'obbligo a carico di un'impresa, che potrebbe successivamente essere incolpata dell'illecito, di fornire informazioni inerenti a circostanze di fatto suscettibili di essere utilizzate a fondamento di un'accusa formulabile nei suoi confronti. Secondo tale giurisprudenza, una violazione dei diritti della difesa parrebbe dunque sussistere soltanto

laddove all'impresa vengano poste domande miranti, in sostanza, a ottenerne la confessione relativa alla commissione dell'illecito; fermo restando, però, il dovere dell'impresa, in linea di principio, di rispondere alle domande della Commissione.

9.2. – Tuttavia, tale giurisprudenza – formatasi con riguardo a persone giuridiche e non fisiche, e in larga misura in epoca antecedente all'adozione della CDFUE e all'attribuzione alla stessa del medesimo valore giuridico dei trattati – appare a questa Corte difficilmente conciliabile con il carattere “punitivo” – riconosciuto dalla stessa Corte di giustizia nella già ricordata sentenza Di Puma – delle sanzioni amministrative previste nell'ordinamento italiano in materia di abuso di informazioni privilegiate, che parrebbe suggerire la necessità di riconoscere all'autore dell'illecito una garanzia analoga a quella che gli viene riconosciuta in materia penale. È evidente, infatti, che ritenere sussistente – al pari di quanto avviene nel diverso ambito degli illeciti concorrenziali – un obbligo del trasgressore di rispondere a quesiti di mero fatto, salva la possibilità di dimostrare successivamente che i fatti esposti «hanno un significato diverso» da quello considerato dall'autorità competente, si risolve in una limitazione significativa della portata del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, il quale implica normalmente, in materia penale, il diritto dell'interessato a non fornire alcun contributo dichiarativo – nemmeno indiretto – alla propria incolpazione.

Tale giurisprudenza, inoltre, non appare a questa Corte compiutamente in linea con la poc'anzi analizzata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che pare invece riconoscere un'estensione ben maggiore al diritto al silenzio dell'incolpato, anche nell'ambito di procedimenti amministrativi funzionali all'irrogazione di sanzioni di natura “punitiva”.

9.3. – D'altra parte, la questione se gli artt. 47 e 48 CDFUE, alla luce della rammentata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo concernente l'art. 6 CEDU, impongano di riferire tale diritto anche a procedimenti amministrativi suscettibili di sfociare nell'irrogazione di sanzioni di natura “punitiva”, non risulta essere stata mai affrontata dalla Corte di giustizia UE.

Né il diritto derivato dell'Unione europea ha offerto sinora una risposta a tale questione, che è anzi stata lasciata intenzionalmente (considerando n. 11) aperta dalla direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento 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.

10. – Nel già ricordato spirito di leale cooperazione tra corti nazionali ed europee nella definizione di livelli comuni di tutela dei diritti fondamentali – obiettivo questo di primaria importanza in materie oggetto di armonizzazione normativa, come quella all'esame – questa Corte, prima di decidere sulla questione di legittimità costituzionale ad essa sottoposta, ritiene necessario sollecitare un chiarimento, da parte della Corte di giustizia UE, sull'esatta interpretazione ed eventualmente sulla validità, alla luce degli artt. 47 e 48 CDFUE, dell'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, nonché dall'art. 30 paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014.

10.1. – Anzitutto, occorre chiarire se le disposizioni menzionate della direttiva 2003/76/CE e del regolamento (UE) n. 596/2014 debbano essere interpretate nel senso che consentono allo Stato membro di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la sua responsabilità per un illecito punito con sanzioni penali o con sanzioni amministrative di natura “punitiva”. Ciò anche in relazione all'inciso «conformemente all'[l']ordinamento nazionale» degli Stati membri di cui all'art. 14, paragrafo 1, della direttiva, e all'inciso «conformemente al diritto nazionale» di cui all'art. 30, paragrafo 1, del regolamento, incisi che parrebbero far salva in ogni caso la necessità di rispettare gli standard di tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dagli ordinamenti degli Stati membri, nell'ipotesi in cui essi fossero più elevati di quelli riconosciuti a livello del diritto dell'Unione.

Nel caso di una risposta affermativa a tale quesito, infatti, la dichiarazione di illegittimità costituzionale in parte qua dell'art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998 sollecitata dalla Corte di cassazione – fondata sul diritto fondamentale della persona a non essere costretto a rendere dichiarazioni di natura confessoria – non si porrebbe in contrasto con il diritto dell'Unione.

10.2. – Nell'ipotesi, invece, di una risposta negativa da parte della Corte di giustizia a tale primo quesito, si chiede alla stessa Corte stessa se le disposizioni menzionate della direttiva 2003/6/CE e del regolamento (UE) n. 596/2014 siano compatibili con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nella misura in cui impongono di sanzionare anche chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle

quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni penali e/o con sanzioni amministrative di natura “punitiva”.

P.Q.M.

LA CORTE COSTITUZIONALE

1) *dispone* di sottoporre alla Corte di giustizia dell’Unione europea, in via pregiudiziale ai sensi e per gli effetti dell’art. 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), come modificato dall’art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 e ratificato dalla legge 2 agosto 2008, n. 130, le seguenti questioni pregiudiziali:

a) se l’art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l’art. 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014 debbano essere interpretati nel senso che consentono agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell’autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura “punitiva”;

b) se, in caso di risposta negativa a tale prima questione, l’art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l’art. 30, paragrafo 1, lettera b), del Regolamento (UE) n. 596/2014 siano compatibili con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nella misura in cui impongono di sanzionare anche chi si rifiuti di rispondere a domande dell’autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura “punitiva”;

2) *sospende* il presente giudizio sino alla definizione della suddetta questione pregiudiziale;

3) *ordina* la trasmissione di copia della presente ordinanza, unitamente agli atti del giudizio, alla cancelleria della Corte di giustizia dell’Unione europea.

[omissis]

CARLO BONZANO

Professore associato di Procedura penale – Università degli Studi di Roma Tor Vergata

*Nemo tenetur se detegere e procedimento amministrativo: per la Consulta, la sanzione “punitiva” impone il *due process of law**

Nemo tenetur se detegere and administrative procedure: for the Constitutional Court, the ‘punitive’ sanction requires due process of law

La Corte costituzionale ha affermato che il diritto al silenzio opera anche nei procedimenti amministrativi idonei a determinare l'applicazione di una sanzione “punitiva”. La questione risente delle difficoltà legate alla individuazione della *matière pénale* ed induce a riflettere sul delicato tema della determinazione delle garanzie sostanziali e processuali che debbono ritenersi operative. Si aprono nuovi scenari: l'interprete è chiamato ad individuare criteri che consentano di decifrare la complessa interazione di piani originata dal sistema multilivello delle fonti.

*The Constitutional Court has stated that the right to silence operates even in administrative proceedings apt to bring about the application of a ‘punitive’ sanction. The issue reflects the difficulties linked to identifying the *matière pénale* and induces to ponder upon the delicate subject of determining which substantive and procedural guarantees must be regarded as operative. New scenarios open up: the interpreter is called to identify criteria which allow to decipher the complex interaction of planes arising from the multilevel system of sources.*

LA VICENDA

Con l'ordinanza in commento, la Corte costituzionale è stata chiamata ad affrontare una questione di straordinaria rilevanza, sia per i molteplici profili ad essa sottesi, sia per le ricadute che potrebbero derivarne sul piano sistematico.

Nell'ambito di un procedimento amministrativo per abuso di informazioni privilegiate, che vedeva svolgersi in parallelo anche un procedimento penale relativo alle medesime condotte, l'interessato, convocato dalla CONSOB per essere sottoposto ad audizione, dopo aver negato ripetutamente la propria disponibilità a presentarsi, una volta comparso, aveva rifiutato di rilasciare dichiarazioni¹. Tale condotta, quale mancata ottemperanza nei termini alle richieste della CONSOB, aveva determinato l'irrogazione di una sanzione pecuniaria pari a 50.000 euro (art. 187-*quienquiesdecies* TUF).

Investita del ricorso proposto dall'interessato, la Cassazione civile aveva sollevato un giudizio incidentale di fronte alla Consulta, ritenendo la disciplina impugnata lesiva del diritto al silenzio così come recepito dall'art. 24, comma 2 Cost., dall'art. 6 par. 1 della Convenzione europea (secondo l'esegesi che ne è stata prospettata dalla giurisprudenza sovranazionale), dal Patto internazionale sui diritti civili e politici e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Ebbene, il Giudice delle leggi, pur ravvisando un contrasto della disciplina con tutti i predetti parametri, ha tuttavia constatato che la normativa denunciata era stata adottata per dare attuazione alla direttiva 2003/6/CE ed al Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, entrambi recanti l'espressa previsione di un obbligo di collaborazione gravante anche sulla persona sottoposta a procedimenti relativi agli abusi di mercato. Sulla base di tale rilievo, si è dunque optato per un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: si è chiesto, in buona sostanza, di valutare se le predette di-

¹ In pendenza della questione di costituzionalità, è intervenuto il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107, che - nell'apportare modifiche al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 - ha fra l'altro sostituito integralmente (*ex art. 4, commi 9 e 10, d.lgs. n. 107 del 2018*) il testo degli artt. 187-*bis* e 187-*ter*, che descrivevano le figure dell'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato. La modifica, peraltro, non sposta in alcun modo i termini della questione di legittimità costituzionale.

sposizioni possano essere interpretate nel senso di consentire agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito per il quale siano previste sanzioni amministrative di natura "punitiva". In caso di impraticabilità di una simile esegesi, la Consulta ha "sollecitato" la Corte adita a valutare la compatibilità delle predette norme con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo formatasi in relazione all'art. 6 della Convenzione.

Tra i vari profili di interesse che la questione solleva – si pensi, in particolare, all'utilizzo della doppia pregiudizialità quale metodo di soluzione dei conflitti tra norme nell'ambito del sistema multilivello delle fonti – si privilegerà, nella presente sede, l'analisi delle ricadute dell'approccio adottato dalla Consulta sulle garanzie processuali che debbono ritenersi operanti nel procedimento volto all'applicazione di sanzioni amministrative di natura "penale"².

LA VIS ESPANSIVA DEL DIRITTO AL SILENZIO NEI PROCEDIMENTI VOLTI AD IRROGARE SANZIONI PUNITIVE

Procedendo con ordine, occorre innanzitutto sottolineare come l'annotata ordinanza abbia tracciato direttrici di straordinaria rilevanza in tema di diritto al silenzio: da un lato, collocandosi in un filone ormai consolidato, la Corte costituzionale ha affermato che lo *ius tacendi*, pur non espressamente riconosciuto nella Carta fondamentale, costituisce un valore costituzionale in quanto corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa ex art. 24, comma 2 Cost.³; da un altro lato, ha precisato che tale diritto deve ritenersi operante in tutti i procedimenti cui possa fare seguito l'applicazione di una sanzione sostanzialmente "punitiva".

È proprio quest'ultima affermazione a destare estremo interesse, giacché la Consulta ha preso una posizione netta sull'applicabilità al procedimento amministrativo quanto meno di una tra le principali garanzie tipiche del rito penale. Più precisamente, è dalla natura del procedimento che dipende l'ampiezza dello spettro dei diritti da riconoscere a chi vi è sottoposto; l'inquadramento ontologico, a sua volta, non è il frutto della qualificazione formale della procedura, bensì di un apprezzamento sostanziale che muove dal diritto inciso. Quest'ultimo si individua valutando il tipo di sanzione irrogata: ove essa abbia carattere "punitivo", il procedimento deve essere informato al rispetto del canone *nemo tenetur se detegere*.

Com'è evidente, un simile percorso logico costituisce senz'altro applicazione del principio di adeguatezza ed appare destinato a sortire effetti anche al di là della specifica questione affrontata: a venire in gioco, infatti, potrebbe (*rectius*, dovrebbe) essere non soltanto il diritto al silenzio, ma l'intero compendio di garanzie del giusto processo.

D'altronde, l'ordinanza in esame – con tutto il suo carattere innovativo – si colloca a valle di una riflessione inaugurata dalla Corte europea dei diritti umani e ripresa in più occasioni dalla Consulta con riguardo all'ambito applicativo dei capisaldi del diritto penale riconosciuti dalla Convenzione e dalla Carta costituzionale. Ebbene, lo spostamento dell'attenzione sulle garanzie processuali da applicare nei procedimenti *lato sensu* "punitivi" sembra portare a compimento, sul volano delle pronunce sovranazionali, un vero e proprio cambio di orizzonti. Il Giudice delle leggi, infatti, si è soffermato con estrema chiarezza non sul profilo (già noto alla letteratura processualpenalista) relativo alla trasmigrazione di atti dal procedimento amministrativo a quello penale ad esso eventualmente "collegato", bensì sulla operatività diretta delle garanzie nel procedimento "sostanzialmente penale", con affermazioni senz'altro dotate di caratura sistematica.

² Per un esame approfondito dell'utilizzo della doppia pregiudizialità nella pronuncia in commento e per un quadro sistematico dei differenti orientamenti rinvenibili della giurisprudenza costituzionale, S. Catalano, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 2019, 4; G. Marra-M. Viola, *La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 7-8, p. 143 ss.; S. Ruggeri, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta online*, Studi 2019/II, p. 242.

³ C. cost., ord. 24 giugno 2004, n. 202, in *www.cortecostituzionale.it*; C. cost., ord. 19 giugno 2002, n. 291, in *www.cortecostituzionale.it*.

“MATIÈRE PÉNALE” E GARANZIE NELLA GIURISPRUDENZA CEDU

Come si è dianzi accennato, la decisione in esame costituisce il punto di arrivo di un percorso già intrapreso dalla stessa Consulta – nel dialogo con la Corte di Strasburgo – allorché, con precedenti pronunce, aveva affermato che singole garanzie riconosciute nella materia penale dalla CEDU e dalla stessa Costituzione italiana si estendono anche alle sanzioni di natura punitiva.

È noto che il presupposto di un simile approccio deve individuarsi nella consolidata giurisprudenza europea sulla nozione sostanziale di sanzione penale, basata sui parametri enucleati dalla sentenza Engel (c.d. *Engel criteria*)⁴: si è avvertita la necessità di scongiurare la c.d. truffa delle etichette, evitando che i vasti processi di decriminalizzazione, avviati dagli Stati aderenti fin dagli anni Sessanta del secolo scorso, potessero avere l'effetto di sottrarre gli illeciti, così depenalizzati, alle garanzie sostanziali assicurate dagli artt. 6 e 7 CEDU⁵.

Ai fini dell'applicazione delle garanzie previste dalla Convenzione, sono infatti riconducibili alla materia penale tutte quelle sanzioni che, pur se non qualificate come penali dagli ordinamenti nazionali, sono rivolte alla generalità dei consociati; perseguono uno scopo non meramente risarcitorio, ma repressivo e preventivo; hanno una connotazione afflittiva, potendo raggiungere un rilevante grado di severità (da valutare prendendo in considerazione il massimo previsto per legge e non la sanzione effettivamente comminata). Tali criteri non trovano applicazione in via cumulativa, ma alternativa, sicché è sufficiente l'integrazione anche di uno solo di essi per giungere a considerare come *lato sensu* “penale” un illecito⁶; al contempo, è stato chiarito che la lieve entità della sanzione non costituisce di per sé un elemento atto a privare la misura della natura penale, qualora sia evidente il carattere deterrente e repressivo della stessa⁷. Movendo dall'apprezzamento della “natura della pena irrogata”, integrato anche da considerazioni di ordine teleologico, la Corte europea ha così prospettato un'interpretazione autonoma della nozione di “accusa penale”⁸; approccio, come noto, fatto proprio anche dalla Corte di Giustizia⁹.

Sulla base di tali premesse concettuali, i Giudici di Strasburgo sono stati più volte chiamati a pronunciarsi sulla compatibilità con la Convenzione di procedimenti amministrativi non rispettosi delle garanzie riconosciute dall'art. 6 CEDU o di sanzioni applicate senza il rispetto dei corollari dell'art. 7 CEDU. Nel tempo, quindi, è andata consolidandosi una certa propensione anche all'estensione delle garanzie del “giusto processo” ai procedimenti amministrativi punitivi: per quanto si tratti di un consolidato indirizzo esegetico formatosi per lo più in relazione a procedimenti tributari o per abusi di mercato, esso appare chiaramente dotato di portata generale.

Ebbene, la Corte ha esteso il diritto di accesso al tribunale¹⁰; la durata ragionevole del processo¹¹; il diritto di difesa e di accesso agli atti¹²; il diritto ad una udienza pubblica¹³; la presunzione di innocenza come divieto di esecuzione anticipata della sanzione¹⁴.

⁴Corte e.d.u., Grande Camera, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, par. 82.

⁵Così Corte e.d.u., 21 febbraio 1983, Öztürk c. Germania.

⁶Nel senso della possibilità di un approccio cumulativo, qualora i singoli criteri di per sé considerati non siano sufficienti (Corte e.d.u., 24 febbraio 1994, Bendenoun c. Francia). In dottrina, si veda V. Zagrebelsky, *La definizione della materia penale ai fini della Convenzione europea dei diritti umani*, in M. Donini-L. Foffani (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 21 ss.

⁷V. Manes, sub *Art. 7 Cedu*, §1, in Bartole-De Sena-Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 2012, p. 259 ss.

⁸Per una brillante analisi ragionata della giurisprudenza CEDU, F. Buffa, *Le principali questioni in materia tributaria*, in *Quest. giust.*, 2019, 1, p. 527 ss.; Id., *Il rapporto tra sistema tributario domestico e CEDU*, Relazione del 18 maggio 2017 alla Corte Costituzionale in Roma, all'incontro di studio per magistrati tributari, organizzato dal Consiglio di presidenza della giustizia tributaria, p. 9 ss.

⁹Da ultimo, CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, Menci, (C-524/15), § 26, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 marzo 2018, con ampiezza di richiami giurisprudenziali.

¹⁰Corte e.d.u., 21 febbraio 2008, Ravon e altri c. Francia.

¹¹Corte e.d.u., 23 luglio 2002, Janosevic c. Svezia; Corte e.d.u., 23 luglio 2002, Västberga Taxi Aktiebolag e Vulic c. Svezia.

¹²Corte e.d.u., 22 aprile 1992, Vidal c. Belgio; Corte e.d.u., 24 febbraio 1994, Bendenoun c. Francia, par. 51.

¹³Corte e.d.u., 21 febbraio 1990, Hakansson c. Svezia; Corte e.d.u., 23 novembre 2006, Jussila c. Finlandia.

¹⁴Corte e.d.u., 23 luglio 2002, Janosevic c. Svezia; Corte e.d.u., 23 luglio 2002, Västberga Taxi Aktiebolag e Vulic c. Svezia. Si veda, in particolare, la giurisprudenza secondo cui la confisca urbanistica (art. 44 TU edilizia) disposta a seguito di un'accerta-

Sul fronte delle garanzie sostanziali, viene in rilievo l'affermata operatività nel procedimento amministrativo punitivo del principio di accessibilità e prevedibilità della base legale (ossia della fattispecie che definisce l'illecito e la conseguente sanzione), valutata non solo alla luce delle disposizioni normative, ma anche della giurisprudenza, fondamentale corollario dell'art. 7 CEDU¹⁵; altrettanto dicasi per l'irretroattività della legge penale sfavorevole (anche con riguardo al mutamento di giurisprudenza *in malam partem*)¹⁶; nonché per la retroattività della legge (anche intermedia) più favorevole¹⁷.

IL PRINCIPIO DI GRADUABILITÀ DELLE GARANZIE PROCESSUALI

Giova rilevare, peraltro, che proprio in tema di tutele processuali, la Grande Camera ha fatto applicazione di un principio di equità alla luce del quale occorre di volta in volta modulare la garanzia in ragione della tipologia del procedimento e della fase dello stesso¹⁸. La dottrina ha colto in tale assunto la prospettazione di un *duplice livello* di garanzie: l'uno riservato al "nucleo duro" del diritto penale, l'altro a tutto ciò che deve essere considerato come "*matière pénale*" ai fini delle garanzie convenzionali, ma che sta fuori dal suddetto nucleo, sì da tollerare un certo grado di affievolimento di quelle stesse garanzie¹⁹.

(SEGUE): LA GIURISPRUDENZA EUROPEA SUL DIRITTO AL SILENZIO

Sta di fatto che, come sottolineato dall'ordinanza in commento, nella giurisprudenza europea esistono diversi precedenti specifici proprio sulla operatività della garanzia contro l'autoincriminatione nei procedimenti amministrativi²⁰.

La Consulta, in particolare, ha richiamato la sentenza J.B. c. Svizzera che aveva accertato la violazione dell'art. 6 CEDU in un caso in cui un soggetto, nei cui confronti era pendente un'indagine amministrativa relativa ad illeciti tributari, aveva reiteratamente omesso di rispondere alle richieste di chiarimenti formulate dall'autorità che stava conducendo l'indagine ed era stato punito per questa sua condotta con sanzioni pecuniarie²¹. Al riguardo era stata decisiva la rilevata natura "punitiva" delle sanzioni applicabili dall'autorità amministrativa alle violazioni tributarie oggetto dell'indagine: secondo la Corte europea, il diritto a non cooperare alla propria incolpazione e a non essere costretto a rendere di-

mento che, pur non avendo le caratteristiche formali della condanna, ne presenti i requisiti sostanziali (verifica circa la sussistenza di tutti i requisiti, oggettivi e soggettivi, del reato di lottizzazione abusiva) è compatibile con l'art. 7 CEDU (Corte e.d.u., Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 luglio 2018; in senso parzialmente difforme, Corte e.d.u., 20 gennaio 2009, Sud Fondi; Corte e.d.u., 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia). Per una sintesi delle evoluzioni giurisprudenziali, A. Galluccio, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 7, p. 221 ss.

¹⁵ Corte e.d.u., 20 settembre 2011, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia.

¹⁶ Corte e.d.u., 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna.

¹⁷ Corte e.d.u., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia.

¹⁸ Corte e.d.u., Grande Camera, 23 novembre 2006, Jussila c. Finlandia.

¹⁹ La portata sistematica della decisione in esame è valorizzata da L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, Giappichelli, 2018. Ad avviso dell'Autore «almeno per quanto riguarda l'applicazione delle garanzie procedurali, la possibilità di graduazione» è «imprescindibile nel consentire che l'estensione di tali garanzie all'illecito amministrativo» non si risolva «in una bocciatura *tout court* del processo di depenalizzazione» (*ibidem*, p. 231).

²⁰ Corte e.d.u., 17 dicembre 1993, Funke c. Francia; Corte e.d.u., 4 ottobre 2005, Shannon contro Regno Unito, parr. 38-41; Corte e.d.u., 21 aprile 2009, Marttinen c. Finlandia. In dottrina, per una sintesi, L. Bachmaier Winter, *The shift from criminal to administrative sanctions: the quest for fair trial rights in new crime control scenarios in the ECHR case law*, in M. Donini-L. Foffani (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, cit., p. 52 ss. Significativa anche la decisione secondo cui è illegittima l'imposizione d'una sanzione a carico del contribuente che, volendosi avvalere del proprio diritto al silenzio, si sottragga dal produrre i documenti, richiesti di fronte all'autorità fiscale durante una procedura d'accertamento, che potrebbero portare alla propria incriminazione (Corte e.d.u., 5 aprile 2012, Chambaz c. Svizzera, parr. 50-58). Su quest'ultima decisione, A. Faberi, *Sui confini delle garanzie autodifensive dell'accusato (accertamenti fiscali, richiesta di documenti, rischio di autoincriminazione)*, in *Arch. pen.*, 2013, 2 (l'Autore si interroga sulla estensibilità della garanzia contro l'autoincriminatione alla produzione coatta di documenti). V. anche P. Piantavigna, *Il diritto del contribuente a non collaborare all'attività accertativa*, in *Riv. dir. fin. e scienza fin.*, 2013, p. 90 ss.

²¹ Corte e.d.u., 3 maggio 2001, J. B. contro Svizzera, parr. 63-71.

chiarazioni di natura confessoria, riconducibile all'art. 6 CEDU, comprende il diritto di chiunque sia sottoposto a un procedimento amministrativo, che potrebbe sfociare nella irrogazione di sanzioni di carattere "punitivo" nei propri confronti, a non essere obbligato a fornire risposte dalle quali potrebbe emergere la propria responsabilità, sotto minaccia di una sanzione in caso di inottemperanza.

Dal canto suo, la Corte costituzionale ha rilevato – con un importante passaggio, che rende agevole preconizzare sviluppi futuri dell'orientamento inaugurato dall'annotata ordinanza – come nell'esegesi dei Giudici di Strasburgo la natura punitiva dell'illecito chiamasse in causa «l'intero spettro delle garanzie assicurate dalla CEDU per la materia penale», tra le quali deve ritenersi senz'altro compreso il diritto al silenzio.

IL CONSOLIDAMENTO DI NUOVI PARADIGMI NEL DIRITTO PENALE INTERNO: L'ESTENSIONE DI GARANZIE RICONOSCIUTE DALLA CEDU E DALLA COSTITUZIONE

Così delineato il quadro giurisprudenziale di riferimento, occorre sottolineare come la Consulta si sia finora confrontata esclusivamente con l'applicabilità delle garanzie di tipo penale sostanziale alle sanzioni amministrative "punitive", assumendo – a partire dal 2009 – una posizione volta ad estendere il presidio costituzionale e convenzionale²².

Pur nel rispetto delle esigenze di sintesi che si impongono in questa sede, una rapida ricognizione delle principali pronunce sul tema, da un lato, appare funzionale a cogliere lo spunto logico-concettuale al quale la decisione è dichiaratamente ispirata, dall'altro lato, finisce per agevolare l'individuazione del punto di approdo verso il quale potrebbero orientarsi eventuali ulteriori arresti in materia processuale.

In tal senso, viene innanzitutto in rilievo la giurisprudenza costituzionale che ha ritenuto applicabile al diritto sanzionatorio amministrativo il principio di irretroattività delle modifiche *in peius* (art. 25, comma 2, Cost.), interpretato anche alla luce delle statuizioni della Corte europea relative all'art. 7 CEDU²³: se è vero che la sanzione penale si caratterizza sempre per la sua incidenza, attuale o potenziale, sul bene della libertà personale e che la pena possiede un connotato speciale di stigmatizzazione dell'illecito sul piano etico-sociale, è altrettanto vero che «l'impatto della sanzione amministrativa sui diritti fondamentali della persona non può essere sottovalutato: ed è, anzi, andato crescendo nella legislazione più recente»²⁴.

Non a caso, è risultata emblematica proprio l'elevatissima carica afflittiva che connota l'apparato sanzionatorio relativo agli abusi di mercato: oltre ad essere previste sanzioni pecuniarie elevatissime,

²² Sull'argomento, N. Zanon, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in M. Donini-L. Foffani (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, cit., p. 27 ss.

²³ Invero, come rilevato in dottrina, la posizione della Consulta rispetto al tema *de quo* ha subito significative evoluzioni. Secondo una più risalente pronuncia, «il principio della legalità della pena [sarebbe stato] ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, comma 2, Cost., in base al quale è necessario che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire» (C. cost., sent. 15 giugno 1967, n. 78). Successivamente, tuttavia, si era consolidato un diverso orientamento, volto ad estendere l'applicabilità della predetta garanzia costituzionale a sanzioni non penali (cfr. C. cost., sent. 8 marzo 1984, n. 68; C. cost., sent. 15 luglio 1976, n. 194; C. cost., sent. 4 gennaio 1977, n. 13; C. cost., ord. 11 novembre 1987, n. 421; C. cost., sent. 25 marzo 1988, n. 447). Soltanto nel 2009 la Consulta ha ripreso la precedente posizione ed ha iniziato ad estendere al procedimento amministrativo le garanzie dell'art. 25 Cost., interpretato alla luce degli artt. 117 Cost e 7 CEDU (cfr. C. cost., ord. 1° aprile 2009, n. 97, in tema di confisca per equivalente per reati tributari; ancor più nettamente, C. cost., sent. 26 maggio 2010, n. 196, in materia di confisca di veicoli introdotta nel codice della strada. In quest'ultima occasione, per quanto la declaratoria di illegittimità si basasse sugli artt. 117 Cost. e 7 CEDU, la Corte ha affermato che il divieto di irretroattività si desume dall'art. 25 comma 2 Cost.: tale norma «data l'ampiezza della sua formulazione» si riferisce a ogni intervento sanzionatorio). Da ultimo, lo stesso indirizzo pare ormai essersi definitivamente consolidato (C. cost., sent. 14 aprile 2014, n. 104, in tema di sanzioni amministrative previste da una legge regionale; C. cost., sent. 5 ottobre 2016, n. 276, in tema di sospensione dalle cariche elettive regionali; C. cost., sent. 7 febbraio 2017, n. 68; C. cost., sent. 25 ottobre 2018, n. 223). In dottrina, sulla sentenza n. 196 del 2010, V. Manes, *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 534; F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 106; A. Travi, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2323. Per un'analisi critica dell'evoluzione giurisprudenziale, L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 7; F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., p. 108 ss.

²⁴ Testualmente, C. cost., sent. 5 dicembre 2018, n. 223, in *www.cortecostituzionale.it*.

operano sanzioni di carattere interdittivo, che limitano fortemente le opzioni professionali (e, dunque, il diritto al lavoro) dei soggetti colpiti e sono destinate a essere applicate congiuntamente alla confisca, diretta e per equivalente, del prodotto e del profitto dell'illecito; al contempo, tutte queste sanzioni sono oggi, almeno di regola, pubblicate – «senza ritardo e per estratto» – sui siti internet della Banca d'Italia o della CONSOB (art. 195-bis d.lgs. n. 58 del 1998), con conseguente, e tutt'altro che trascurabile, effetto stigmatizzante a carico dei soggetti che ne sono colpiti. D'altronde, come rilevato dalla Consulta, nessuna di queste sanzioni può essere condizionalmente sospesa, a differenza di quanto accade per le pene²⁵.

Né può negarsi che si debba tenere in debito conto il canone della determinatezza del precetto e di prevedibilità delle conseguenze della condotta²⁶: il principio di legalità si riferisce anche all'illecito di tipo amministrativo ed alle sanzioni a carattere punitivo-afflittivo, qualunque sia il *nomen iuris* ad esse attribuito dall'ordinamento²⁷.

(SEGUE): L'ESTENSIONE DI GARANZIE RICONOSCIUTE DALLA COSTITUZIONE IN ASSENZA DI SPECIFICHE PRONUNCE DELLA CEDU

Altre decisioni della Corte hanno avuto ad oggetto la retroattività delle modifiche sanzionatorie *in mitius*, terreno reso più impervio dall'assenza di decisioni della Corte europea che abbiano ritenuto estensibile tale principio alle sanzioni amministrative.

Sul punto sono due le pronunce costituzionali di rilievo.

La prima, più risalente, ha avuto ad oggetto una questione di legittimità dell'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689, del quale il giudice *a quo* sospettava il contrasto con gli artt. 3 e 117, comma 1, Cost. (quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU) nella parte in cui non era prevista una regola generale di applicazione della legge successiva più favorevole agli autori degli illeciti amministrativi. Proprio l'ampiezza degli effetti di una eventuale declaratoria hanno indotto la Consulta ad affermare che l'accoglimento di una questione così generale avrebbe finito «per disattendere la necessità della preventiva valutazione della singola sanzione (qualificata “amministrativa” dal diritto interno) come “convenzionalmente penale”, alla luce dei cosiddetti criteri Engel»²⁸.

Senza contraddire tale *dictum*, la recente sentenza n. 63 del 2019 (pronunciata in relazione alle sanzioni per abuso di informazioni privilegiate) ha segnato un punto di svolta: la Consulta, dopo aver richiamato la propria “sofferta” giurisprudenza sui fondamenti e sull'essenza della retroattività *in mitius*, ha affermato che, rispetto a singole sanzioni amministrative di natura e finalità “punitiva”, il complesso dei principi enucleati dalla Corte di Strasburgo a proposito della “materia penale” – ivi compreso, dunque, il principio della *lex mitior* – non potrà che estendersi. Per il Giudice delle leggi, da un lato, l'assenza di precedenti specifici della Corte di Strasburgo con riguardo all'applicabilità di tale canone alle sanzioni punitive non impedisce di far discendere tale conclusione direttamente dalla Convenzione; da un altro lato, l'estensione del predetto canone è conforme alla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi sulla base dell'art. 3 Cost. in relazione alle sanzioni penali²⁹.

²⁵ In particolare, secondo la Consulta, in caso di depenalizzazione, non è ammissibile una presunzione di maggior favore dell'illecito amministrativo e, dunque, in caso di concreta maggiore afflittività, opera il divieto di applicazione retroattiva ai sensi dell'art. 25, comma 2 Cost. (C. cost., sent. 5 dicembre 2018, n. 223).

²⁶ Nella giurisprudenza europea, C.e.d.u., 10 novembre 2004, Achour c. Francia; C.e.d.u., 20 settembre 2011, Oad Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia.

²⁷ Si ricordi che la risalente ed isolata decisione con cui si era ritenuta l'applicabilità dell'art. 25, comma 2, Cost. alle sanzioni amministrative riguardava proprio il principio di determinatezza (C. cost., sent. 15 giugno 1967, n. 78). Successivamente, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1, legge reg. Campania n. 2 del 2017 che non descrive adeguatamente le condotte che, in assenza dell'autorizzazione di cui al successivo comma 2, sono oggetto di sanzione amministrativa mercé il rinvio al codice della strada (C. cost., sent. 11 aprile 2018, n. 121). Merita ricordare anche la sentenza con la quale la Corte costituzionale ha escluso il contrasto di una sanzione prevista dal codice della strada con l'art. 27 Cost., rilevando che l'impugnata disciplina non prevede una fattispecie di responsabilità oggettiva (C. cost., sent. 4 aprile 2011, n. 118. Per attenti richiami in ordine alla rilevanza di tale pronuncia, F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., p. 111).

²⁸ Così, C. cost., sent. 6 luglio 2016, n. 193, in *www.cortecostituzionale.it*.

²⁹ C. Cost., sent. 21 marzo 2019, n. 63, in *www.giurcost.org*. Sulla sentenza M. Scoletta, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 aprile 2019; G. Vitale, *I recenti ap-*

(SEGUE): LA NEGAZIONE DI GARANZIE RICONOSCIUTE DALLA COSTITUZIONE ED ESCLUSIVE DELLA SANZIONE PENALE

La questione si complica ove ci si cimenti con quella giurisprudenza costituzionale che si è posta il problema di specifiche garanzie riconosciute esclusivamente dalla Carta fondamentale – vale a dire non anche dalla Convenzione europea – valutandone l'applicabilità alle sanzioni punitive.

Un simile approccio emerge per la prima volta nella sentenza n. 49 del 2015, relativa alla confisca urbanistica. Per il rimettente – che prospettava una lettura ampia della sentenza Corte e.d.u., Varvara c. Italia – una volta che la sanzione fosse stata considerata “penale” ai sensi degli *Engel criteria*, essa avrebbe subito l'attrazione del diritto penale dello Stato aderente. Così, alle tutele sostanziali assicurate dall'art. 7 CEDU, si sarebbero aggiunte quelle previste dal diritto interno (nella specie, la riserva di competenza del giudice penale in ordine all'applicazione della misura a titolo di “pena”, e perciò solo unitamente alla pronuncia di condanna). Si sarebbe così operata una saldatura tra il concetto di sanzione penale a livello nazionale e quello a livello europeo.

Si tratta, come noto, di un'impostazione che la Consulta ha fermamente disatteso: l'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale tocca il più ampio grado di discrezionalità del legislatore nel configurare gli strumenti più efficaci per perseguire la «effettività dell'imposizione di obblighi o di doveri» e corrisponde, sul piano delle garanzie costituzionali, al «principio di sussidiarietà, per il quale la criminalizzazione, costituendo l'*ultima ratio*, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire»³⁰. D'altronde, secondo la Corte, la giurisprudenza europea sugli *Engel criteria* non ha posto in discussione «la discrezionalità dei legislatori nazionali di arginare l'ipertrofia del diritto penale attraverso il ricorso a strumenti sanzionatori reputati più adeguati, e per la natura della sanzione comminata, e per i profili procedurali semplificati connessi alla prima sede amministrativa di inflizione della sanzione»³¹. Piuttosto, «si è inteso evitare che per tale via andasse disperso il fascio delle tutele che aveva storicamente accompagnato lo sviluppo del diritto penale, e alla cui difesa la CEDU è preposta. [...] In questo doppio binario, ove da un lato scorrono senza opposizione le scelte di politica criminale dello Stato, ma dall'altro ne sono frenati gli effetti di detrimento delle garanzie individuali, si manifesta in modo vivido la natura della CEDU, quale strumento preposto, pur nel rispetto della discrezionalità legislativa degli Stati, a superare i profili di inquadramento formale di una fattispecie, per valorizzare piuttosto la sostanza dei diritti umani che vi sono coinvolti, e salvaguardarne l'effettività».

Tale orientamento ha trovato conferma allorché il Giudice delle leggi è stato chiamato a pronunciarsi sull'art. 30, comma 4, legge n. 87 del 1953, nella parte in cui, così come interpretato dal diritto vivente, prevede la cessazione dell'esecuzione in caso di *abolitio criminis* o comunque di dichiarata incostituzionalità delle norme che incidono sul trattamento sanzionatorio: nella giurisprudenza europea non si rinviene alcuna affermazione che possa avvalorare l'interpretazione dell'art. 7 CEDU nel senso che gli Stati aderenti sacrificino il principio dell'intangibilità del giudicato nel caso di sanzioni amministrative inflitte sulla base di norme successivamente dichiarate costituzionalmente illegittime³². Al contempo, nel valutare la questione con riferimento all'art. 25, comma 2, Cost., la Consulta ha affermato l'erroneità del presupposto che la ritenuta natura sostanzialmente penale di una violazione imponga *sic et simpliciter* l'applicazione di tutte le garanzie interne anche ulteriori rispetto a quelle del sistema convenzionale. In particolare, secondo la Corte, l'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale trascina con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo; rimane, invece, nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato aderente la definizione dell'ambito di applicazione delle ulteriori

prodi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale, in *Federalismi.it*; S. Catalano, *Doppia pregiudizialità una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, *ibidem*.

³⁰ Testualmente, C. cost., sent. 14 gennaio 2015, n. 49, in *www.cortecostituzionale.it*.

³¹ Da notare l'interessante accenno alla semplificazione delle garanzie processuali che pare richiamare il principio di graduabilità delle garanzie processuali già affermato dalla Grande Camera in *Jussila c. Finlandia*.

³² C. cost., sent. 24 febbraio 2017, n. 43, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 marzo 2017 (con nota di M.C. Ubiali, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*; e di A. Chibelli, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale*).

tutele predisposte dal diritto nazionale, in sé e per sé vevoli per i soli precetti e le sole sanzioni che l'ordinamento interno considera espressione della potestà punitiva dello Stato, secondo i propri criteri. Ciò, del resto, corrisponde alla natura della Convenzione europea e del sistema di garanzie da essa approntato, volto ad assicurare una soglia minima di tutela comune, in funzione sussidiaria rispetto alle garanzie offerte dalle Costituzioni nazionali: «ciò che per la giurisprudenza europea ha natura "penale" deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la "materia penale"; mentre solo ciò che è penale per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna [...] In sintesi, l'ordinamento nazionale può apprestare garanzie ulteriori rispetto a quelle convenzionali, riservandole alle sanzioni penali, così come qualificate dall'ordinamento interno [...]», di modo che si viene a creare un contesto di coesistenza e non di assimilazione tra le garanzie interne e quelle convenzionali.

Collocandosi ancora una volta nel medesimo solco ermeneutico, la sentenza 109 del 2017 ha lasciato intendere che gli *Engel criteria* non valgono per estendere le garanzie costituzionali previste per le pene alle sanzioni amministrative punitive, bensì per estendere a tali sanzioni le garanzie convenzionali. Inoltre, ha temperato alcune precedenti affermazioni della Corte costituzionale sostenendo che l'art. 25, comma 2, Cost. sia stato applicato non in quanto ogni presidio penalistico costituzionale copra le sanzioni amministrative, ma «in virtù della sua ampia formulazione "nessuno può essere punito" [...] fungendo in tal caso i criteri Engel da mero supporto argomentativo per integrare il significato del parametro costituzionale interno, in vista dell'allargamento della sua sfera di operatività»³³.

Con i dovuti adeguamenti, si è dinanzi ad un approccio che richiama quello fatto proprio dalla Grande Camera nella sentenza Jussila c. Finlandia in materia di garanzie processuali: anche nell'ambito della giurisprudenza convenzionale, la natura penale della sanzione non comporta l'automatica estensione di ogni garanzia, ma deve essere di volta in volta interpretata in ragione dell'afflittività della sanzione e della tipologia del procedimento. Entrambe le Corti hanno così affermato la teoria del "nucleo duro" – o, detta altrimenti, della "tutela a cerchi concentrici" o della nozione di materia penale "a geometria variabile" in ragione della garanzia invocata – esaltata da autorevoli voci dottrinali³⁴.

(SEGUE): NE BIS IN IDEM E DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO: L'ESIGENZA DI UN INTERVENTO DEL LEGISLATORE

Un esame a parte merita la giurisprudenza costituzionale sul *ne bis in idem*: anche sul punto, al fine di valutare l'applicabilità di tale criterio – e, ancor prima, onde giungere ad individuare i parametri rilevanti per ritenere rispettato o violato il principio *de quo* – la Consulta aveva di nuovo preso le mosse dalla natura della sanzione irrogabile all'esito del procedimento amministrativo sull'*idem factum*. È interessante, infatti, precisare che la materia del *ne bis in idem* ha costituito nell'ordinamento interno, per così dire, il terreno di transizione per ricavare dall'ontologia della sanzione amministrativa l'applicabilità di effetti processuali. Si trattava, come è noto, di individuare correttamente l'ambito applicativo della preclusione nelle ipotesi di c.d. doppio binario sanzionatorio.

In sintesi estrema, e come è noto, la questione trae origine dalla nota sentenza Grande Stevens con-

³³ C. cost., sent. 5 aprile 2017, n. 109, in www.cortecostituzionale.it.

³⁴ Con varietà di sfumature, F. Viganò, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 aprile 2017 (l'Autore analizza in particolare i due profili di novità derivanti dall'elaborazione giurisprudenziale sull'art. 7 CEDU rappresentati, da un lato, dall'enucleazione di una nozione di "materia penale" affidata a criteri sostanziali piuttosto che formali, e – dall'altro – dall'irruzione del criterio della prevedibilità dell'applicazione della norma penale per il suo destinatario quale architrave dello stesso giudizio di legalità convenzionale, dimostrando come entrambi questi profili, lungi dal porsi come antinomici rispetto al patrimonio di tutele consegnatoci dalla tradizione interpretativa nazionale sulla legalità penale, ne arricchiscano invece il contenuto, in un'ottica di potenziamento del contenuto delle garanzie dell'individuo di fronte alla potestà punitiva statale); F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., p. 111 ss. Si veda anche F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018; V. Manes, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in M. Donini-L. Foffani (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, cit., p. 165. In passato, in senso contrario alla graduazione di garanzie penalistiche, Bricola, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. De Acutis-G. Palombarini (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, Cedam, 1984, p. 76 ss. In senso favorevole, M.A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, Jovene, 1983 e S. Vinciguerra, *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981, n. 689*, Padova, Cedam, 1983.

tro Italia, che aveva affermato in maniera intransigente l'applicabilità del principio del *ne bis in idem*³⁵. Successivamente, la sentenza A.B. contro Norvegia ha accolto una diversa impostazione, optando per una valutazione elastica improntata sul criterio della "stretta connessione" (*sufficiently close connection in substance and time*) e della proporzionalità della sanzione complessivamente irrogata³⁶.

Chiamata a confrontare la disciplina dell'art. 649 c.p.p. con l'assetto convenzionale, la Corte costituzionale ha assunto un approccio estremamente cauto³⁷. Il Giudice delle leggi ha affermato che, in ambito europeo, si è passati dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati ad un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena (in senso convenzionale) complessivamente irrogata³⁸. Per la Consulta, una regola simile rende meno probabile l'applicazione del *ne bis in idem* alle ipotesi di doppio binario sanzionatorio, ma non è affatto da escludere che tale applicazione si imponga di nuovo, sia nell'ambito degli illeciti tributari, sia in altri settori dell'ordinamento, ogni qual volta sia venuto a mancare l'adeguato legame temporale e materiale, a causa di un ostacolo normativo o del modo in cui si sono svolte le vicende procedurali. Pertanto, richiamando *in parte qua* la sentenza n. 102 del 2016 (con la quale aveva dichiarato l'inammissibilità di alcune questioni di legittimità costituzionale dell'art. 649 con riferimento all'art. 117 Cost. ed al prot. 4 par. 7 CEDU così come letto dalla sentenza Grande Stevens, proprio in relazione ad una vicenda di manipolazione di mercato), la Corte ha invitato il legislatore a «stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni» che il sistema del cosiddetto doppio binario «genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU»³⁹.

La prudente "timidezza" con la quale il Giudice delle leggi ha inteso calcare il delicato terreno del *ne bis in idem* è resa palese dalla scelta della "sentenza monito", volta a rimettere al legislatore la regolamentazione di una materia che mal si presta a quelle rime obbligate cui è vincolato l'intervento additivo della Consulta.

Tuttavia, il monito non è stato raccolto e, come sempre più di frequente accade, alla prolungata stasi del Parlamento (ininterrotta anche dopo la riforma apportata con il d.lgs. n. 107 del 2018), non ha tardato a contrapporsi l'attivismo del diritto vivente nel farsi carico di integrare il quadro ermeneutico, orientandosi verso una valutazione casistica in cui i parametri declinati dalla sentenza A.B. contro Norvegia vengono riempiti di contenuto, volta per volta, alla luce della specifica vicenda⁴⁰. A ben vedere,

³⁵ Corte e.d.u., 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 611.

³⁶ Corte e.d.u., Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, in *ech.coe.int*. Sulla violazione del *ne bis in idem*, cfr. Corte e.d.u., 18 maggio 2017, Jóhannesson e altri c. Islanda, in *www.echr.coe.int*; Corte e.d.u., 6 giugno 2019, Nodet c. Francia (che ha accertato una violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 allegato alla Convenzione, stante l'insufficiente connessione sostanziale e temporale tra i procedimenti di competenza dell'AMF e del giudice penale).

³⁷ C. cost., sent. 2 marzo 2018, n. 43, in *www.cortecostituzionale.it*.

³⁸ Anche la Corte europea ha considerato una simile esegesi conforme ai principi di cui agli artt. 49, 50 e 52 CDFUE, nonché 4 Prot. n. 7 CEDU (C-524/15, Menci; C-537/16, Garlsson Real Estate).

³⁹ C. cost., sent. 2 marzo 2018, n. 43, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁴⁰ Nel senso dell'applicazione del principio di proporzionalità si è orientata anche la Corte di Cassazione, elencando i parametri di cui occorre tenere conto. Si tratta, in particolare, «a) del perseguimento, da parte dei procedimenti sanzionatori, di scopi differenti e del loro tenere conto di profili diversi della medesima condotta antisociale; b) della "prevedibilità" del doppio giudizio; c) della conduzione dei procedimenti in modo da evitare, per quanto possibile, la duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova; d) della "proporzione complessiva" della pena; e) dell'appartenenza delle fattispecie in oggetto al "nucleo duro" del diritto penale e, dunque, caratterizzate da forme accentuate di stigma sociale; f) della presenza di un collegamento di natura cronologica fra i procedimenti, che devono essere sufficientemente vicini nel senso di non protrarsi eccessivamente nel tempo, affinché la persona sottoposta alla giustizia non lo sia per un periodo irragionevolmente prolungato» (Cass., sez. V, 10 ottobre 2018, n. 45829, in *CED Cass.*, n. 274179). V. anche, Cass., sez. V, 5 febbraio 2019, n. 5679, in *CED Cass.*, n. 275314, secondo cui la Corte di cassazione può censurare il mancato proscioglimento dell'imputato per *bis in idem* soltanto nell'ipotesi eccezionale in cui la sanzione amministrativa già inflitta sia commisurata in maniera tale da assorbire il disvalore della condotta, sia negli aspetti rilevanti a fini penali, sia in quelli posti a fondamento della complementare sanzione amministrativa, sicché il cumulo delle sanzioni risulti radicalmente sproporzionato. Per una nitida riproposizione dei principi affermati dalla Corte europea, Cass., sez. III, 20 maggio 2019, n. 22033, in *CED Cass.*, n. 276023: «il divieto di *bis in idem*, alla luce della giurisprudenza costituzionale e convenzionale, non opera allorché i diversi procedimenti sono avvinti da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto, in particolare consistendo il primo nel perseguimento di finalità complementari, nella prevedibilità della duplicazione dei procedimenti, nel grado di coordinamento probatorio tra essi e nella circostanza che, nel commisurare la se-

la persistenza del doppio binario sanzionatorio e l'inerzia nel prevedere *ex lege* un coordinamento hanno determinato la preminenza del criterio della proporzione della risposta sanzionatoria complessivamente considerata, con ciò spostando dal piano processuale a quello sostanziale l'operatività del divieto di *bis in idem*: il principio non si atteggia come divieto di doppio processo, ma come canone di proporzionalità della reazione punitiva alla gravità del fatto⁴¹.

LE "PREGIUDIZIALI" APERTURE DELLA CONSULTA SULLA TUTELA DEL DIRITTO AL SILENZIO.

Ebbene, l'ordinanza in epigrafe porta avanti la riflessione sul fronte delle garanzie processuali, con la piena consapevolezza della sofferta elaborazione concettuale cui si è dianzi fatto cenno⁴².

Quanto ai parametri per l'esame preliminare sulla natura della sanzione, la Corte richiama la propria precedente giurisprudenza in materia di abuso di informazioni privilegiate, peraltro conforme a quanto ritenuto dalla stessa Corte di Giustizia⁴³: da un lato, considerato l'elevato ammontare delle sanzioni previste in materia di abuso di informazioni privilegiate, vengono in rilievo le sentenze n. 63 del 2019 e n. 223 del 2018; dall'altro lato, manca un richiamo *ex professo* a quelle argomentazioni della stessa sentenza n. 63 del 2019 volte a valorizzare la finalità della misura in esame, non potendosi la sanzione pecuniaria *de qua* considerare come una misura meramente ripristinatoria dello *status quo ante*, né semplicemente votata alla prevenzione di nuovi illeciti. A tal proposito, è appena il caso di precisare che una valutazione teleologica della misura repressiva anche in ragione della tipologia di infrazione cui essa risulta correlata appare senz'altro illuminante nel sindacato sulla natura della sanzione (non a caso, essendo valorizzata, come si è accennato, anche dalla giurisprudenza europea).

In effetti, la decisione in commento conclude nel senso che, a fronte di simili scenari punitivi, parrebbe plausibile il riconoscimento, in favore di chi sia incolpato di un tale illecito, «dei medesimi diritti di difesa che la Costituzione italiana riconosce alla persona sospettata di avere commesso un reato», e in particolare del diritto a non essere costretto – sotto minaccia di una pesante sanzione pecuniaria, come quella applicata al ricorrente nel giudizio *a quo* – a rendere dichiarazioni suscettibili di essere utilizzate successivamente come elementi di prova a proprio carico.

La Corte evidenzia altresì il rischio che la "collaborazione coatta" della persona sottoposta al procedimento amministrativo possa contribuire, di fatto, alla formulazione di un'accusa in sede penale, giacché l'abuso di informazioni privilegiate è previsto al tempo stesso come illecito amministrativo (art. 187-bis d.lgs. n. 58 del 1998) e come illecito penale (art. 184 d.lgs. n. 58 del 1998) ed i relativi procedimenti possono essere attivati e proseguiti parallelamente, nei limiti in cui ciò sia compatibile con il principio del *ne bis in idem*⁴⁴.

Avendo esclusivo riguardo all'ordinamento interno, le uniche garanzie procedurali espressamente fruibili dovevano dirsi fino ad oggi dettate da quelle disposizioni che regolano la trasmigrazione nel processo penale delle prove raccolte nel procedimento amministrativo (artt. 220 e 223 disp.

conda sanzione, possa tenersi conto della sanzione irrogata per prima, in modo da evitare un eccessivo carico sanzionatorio per il medesimo fatto». In dottrina, F. Mucciarelli, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 ottobre 2018; F. Boncompagni, *Ne bis in idem: anche la Cassazione può valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 397.

⁴¹ «Anche il tema della "materia penale" che sembrava concernere esclusivamente il piano legislativo, poiché la *political question* non può appunto che essere questione di scelte legislative d'incriminazione, alla fine anche questo tema chiama in causa il giudice: in effetti il giudice, soprattutto attraverso il principio del *ne bis in idem*, è impegnato in qualche modo a correggere i risultati di un cattivo governo legislativo della materia penale. Ancora una volta troviamo uno sbilanciamento dalla legislazione alla giurisdizione, ormai un fenomeno che sembra essere diventato una costante dell'esperienza giuridica attuale» (così, F. Palazzo, *Il limite della political question tra Corte costituzionale e Corti europee*, in M. Donini-L. Foffani (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, cit., p. 17).

⁴² In merito alle potenzialità applicative del principio del contraddittorio, G. Caneschi, *I confini di applicazione del principio del contraddittorio in sede extrapenale*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 2.

⁴³ Del resto, proprio in considerazione della «finalità repressiva» di questa sanzione amministrativa e del suo «elevato carico di severità», la Corte di giustizia UE ha recentemente affermato la sua natura «penale» ai sensi dell'art. 50 CDFUE (Corte di giustizia dell'Unione europea, 20 marzo 2018, Di Puma e altri, in cause C-596/16 e C-596/16, paragrafo 38)

⁴⁴ Corte di giustizia, Grande sezione, sentenza 20 maggio 2018, in causa C-537/16, Garlsson Real Estate SA e altri, paragrafi 42-63.

att. c.p.p.)⁴⁵; ad esse potevano al più affiancarsi quei percorsi esegetici tracciati da alcune pronunce di legittimità sul tema specifico del diritto al silenzio e volte ad affermare l'applicabilità dell'art. 63 c.p.p. alle dichiarazioni autoindizianti rese nel procedimento amministrativo⁴⁶. Dando per scontata l'operatività di quest'ultima garanzia, la Consulta opportunamente rileva come, in ogni caso, sia «ben possibile che tali dichiarazioni – ottenute dall'autorità amministrativa mediante la minaccia di sanzione per il caso di mancata cooperazione – possano in concreto fornire all'autorità stessa informazioni essenziali in vista dell'acquisizione di ulteriori elementi di prova della condotta illecita, destinati a essere utilizzati anche nel successivo processo penale contro l'autore della condotta», di modo che il riconoscimento *ex ante* del diritto al silenzio non può essere utilmente surrogato da limiti probatori operanti *ex post*.

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E *DUE PROCESS OF LAW*: UNO SCENARIO APERTO E SUGGESTIVO

Avendo valutato che, ove interpretata nel senso prospettato dal rimettente, la disciplina risulterebbe incompatibile con i parametri interni ed europei, la Consulta ha richiesto alla Corte di Giustizia un supporto esegetico volto ad adeguare alle garanzie stabilite dalla Carta di Nizza la norma sottoposta al vaglio di legittimità (con sospensione del relativo giudizio sino alla definizione di tale questione).

Pare lecito immaginare che il Giudice adito possa condividere il prospettato orientamento garantista, avvalorando la portata espansiva del diritto al silenzio anche nell'ambito di procedure che non comportano l'applicazione di sanzioni penali in senso stretto.

Anche al verificarsi di tale ipotesi, tuttavia, le problematiche relative all'essenza del rito amministrativo non potrebbero *tout-court* dirsi risolte.

Da un primo e più immediato angolo di osservazione, merita considerare come il sindacato sulla natura punitiva della sanzione e la valutazione dell'*an* e del *quomodo* di operatività delle garanzie di rito postulino un apprezzamento sostanziale, informato al principio di adeguatezza, anche in ragione della compatibilità della singola norma processuale di favore con le peculiarità del procedimento⁴⁷.

A ciò si aggiunga che, da un'ulteriore ed ancor più problematica prospettiva, il ragionamento, ove portato alle logiche conseguenze, finisce per lambire anche il tema dei fondamenti epistemologici sottesi alle regole probatorie e di giudizio, nonché quello del catalogo degli strumenti accertativi e della rela-

⁴⁵ Sono note, peraltro, le incertezze giurisprudenziali nella individuazione del concetto di "attività ispettiva e di vigilanza". Nel senso della utilità di una interpretazione il più ampia possibile, Cass., sez. un., 28 novembre 2001, n. 45477, in *CED Cass.*, n. 220291. Per l'esclusione di una serie di ipotesi, Cass., sez. VI, 18 settembre 2018, n. 51766, in *Cass. pen.*, 2019, p. 2669; Cass., sez. V, 25 settembre 2013, n. 46422, in *CED Cass.*, n. 257584; Cass., sez. II, 7 dicembre 2012, n. 11888, in *CED Cass.*, n. 255532; Cass., sez. IV, 21 dicembre 2011, n. 11197, in *CED Cass.*, n. 252152.

⁴⁶ Sull'estensione dell'operatività dell'art. 63 c.p.p. alle dichiarazioni rese nel corso di indagini amministrative relative a fatti idonei ad assumere rilevanza penale, Cass., sez. un., 20 dicembre 2001, n. 45477, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1304 ss. (in senso analogo, successivamente, Cass., sez. III, 23 gennaio 2015, n. 3207, in *CED Cass.*, n. 262010). Si veda, tuttavia, Cass. civ., sez. trib., 24 novembre 2017, n. 28060, in *CED Cass.*, n. 646225 (secondo cui, gli elementi raccolti a carico del contribuente senza rispetto delle formalità di garanzia del codice di rito penale sono comunque utilizzabili nel procedimento tributario); nonché Cass., sez. V, 28 aprile 2016, n. 27898 (secondo cui le dichiarazioni rese dal fallito al giudice delegato ed al curatore fallimentare sono acquisibili al fascicolo del dibattimento come prova documentale ai sensi dell'art. 234 c.p.p. e non risulta applicabile l'art. 63 c.p.p.).

In dottrina, con varietà di argomentazioni, C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, Cedam, 2007, p. 284; A. Laronga, *La prova documentale nel processo penale*, Torino, Utet, 2004, p. 269; R. Orlandi, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Milano, Giuffrè, 1992; F. Zacché, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro l'autoincriminatione e diritto al silenzio*, in A. Balsamo-R.E. Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2008, 179 ss.

⁴⁷ Per alcuni accenni ai principi del diritto processuale, F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., p. 135 (l'Autore ricorda, oltre al principio *nemo tenetur se detegere*, la presunzione di innocenza). Si veda ad esempio, C. cost., ord. 14 febbraio 2002, n. 33 (nell'occasione, la Consulta, valutando l'art. 51, comma 2 n. 2 d.P.R. n. 633 del 1972 in riferimento all'art. 24, comma 2 Cost. aveva affermato che «l'alternativa in cui si trova il contribuente [...] fra l'avvalersi pienamente del "diritto al silenzio" di cui egli usufruisce in sede penale e il fornire elementi che potrebbero giovargli in sede tributaria ma, in ipotesi, nuocergli in altra sede, non realizza alcuna situazione di contrasto con il diritto di difesa, che si esplica in ogni procedimento secondo le regole proprie di questo: bensì attiene alle personali scelte che, di fatto, il contribuente-indagato può compiere circa le modalità e le strategie con le quali difendersi in ciascuno dei distinti procedimenti, fermo restando, in ciascuno di essi, il rispettivo regime probatorio stabilito dalla legge»).

tiva regolamentazione, con ciò aprendo scenari tanto articolati ed indefiniti da imporre una profonda riflessione da parte del legislatore⁴⁸.

Quanto è già accaduto nella materia del *ne bis in idem*, infatti, rende evidente come, quando si ha a che fare con le garanzie processuali, non sia sempre possibile per la Consulta dar vita a letture additive (*rectius*, suppletive di una cronica stasi nomopoietica) autenticamente risolutive. In tal senso, basti considerare l'ampiezza e la varietà di prospettive che potrebbero profilarsi anche nell'ipotesi in cui – come appare lecito prevedere – la Corte costituzionale dovesse essere portata ad accogliere un'esegesi analoga a quella prospettata in relazione alle garanzie sostanziali: la *matière pénale* finirà col portare con sé le regole convenzionali (esse pure considerate alla luce dell'approccio flessibile prospettato dalla ricordata decisione della Grande Camera nel caso Jussila c. Finlandia), ma non necessariamente anche quelle riconosciute esclusivamente nell'ordinamento interno (e comunque non sempre in tutta la loro ampiezza). Per l'effetto, dovrà ritenersi operante anche in materia processuale un principio di graduabilità delle garanzie, ovviamente esposto alla fisiologica fluidità valutativa del diritto vivente⁴⁹.

⁴⁸ Per l'analisi di un caso in cui la Corte di Giustizia ha applicato il principio di proporzionalità per valutare l'utilizzabilità ai fini dell'accertamento tributario dell'intercettazione telefonica e del sequestro del computer disposti nel procedimento penale, M. Caianiello, *Principio di proporzionalità e mezzi di indagine*, in M. Donini-L. Foffani (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, cit., p. 70. V. anche, A. Venegoni, *La prova tra procedimento amministrativo e procedimento penale*, *ibidem*, p. 269. Con i relativi adeguamenti, si vedano le riflessioni svolte in dottrina in ordine all'applicabilità delle norme sulle prove ai procedimenti incidentali e complementari (E.M. Catalano, *Regole ordinarie sulla prova ed accertamenti complementari*, in M. Montagna (coordinato da), *La giustizia penale differenziata. Gli accertamenti complementari*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 45 ss.; P. Tonini-C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, 2ª ed., ristampa aggiornata, Milano, Giuffrè, 2014, p. 121 ss.). Si vedano altresì, le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale in merito alla estensione dei principi di pubblicità delle udienze e del contraddittorio al di fuori del procedimento penale *stricto sensu* inteso (si pensi alle declaratorie relative al procedimento di esecuzione e di sorveglianza): cfr. C. cost., sent. 22 aprile 2009, n. 173; C. cost., sent. 8 marzo 2010, n. 93; C. cost., sent. 7 marzo 2011, n. 80; C. cost., sent. 3 luglio 2013, n. 214; C. cost., sent. 19 maggio 2014, n. 135; C. cost., sent. 15 aprile 2015, n. 97; C. cost., sent. 15 aprile 2015, n. 109; C. cost., sent. 24 ottobre 2017, n. 263. Su tali decisioni, G. Valentini Grigioni, *La pubblicità dell'udienza*, in *Quest. giust.*, Speciale *La Corte di Strasburgo*, a cura di F. Buffa e M.G. Civinini, aprile 2019; P. Tonini-P. Ferrua-C. Conti, sub *art. 111 Cost.*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, V ed., Milano, Wolters Kluwer, 2017, pp. 101-103.

⁴⁹ In tal senso, L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 232. Un approccio simile a quello accolto dalla Corte europea e dalla Corte costituzionale è stato fatto proprio dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, dapprima collegando l'ampiezza delle garanzie della *due process clause* alla gravità della sanzione («*the extent to which procedural due process must be afforded the recipient is influenced by the extent to which he may be condemned to suffer grievous loss*»: Corte suprema degli Stati Uniti, 23 marzo 1970, *Goldberg v. Kelley*, 397 US 254, 263) e, successivamente, affermando che l'identificazione dei contenuti del "giusto processo" richiede la considerazione di tre diversi fattori: anzitutto, l'interesse privato inciso dall'agire statale; in secondo luogo il rischio di erronea penalizzazione di tale interesse attraverso la procedura utilizzata e, dunque, l'utilità di garanzie ulteriori o sostitutive; infine, l'interesse dello Stato, comprese le funzioni fiscali o amministrative che le garanzie ulteriori potrebbero compromettere (Corte suprema degli Stati Uniti, 24 febbraio 1976, *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319, 335).



Processo penale e giustizia n. 6 | 2019

Dibattiti tra norme e prassi

Debates: Law and Praxis

FRANCESCA TRIBISONNA

Professore a contratto in Diritto minorile – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Quanta umanità in tre metri quadrati? Indirizzi interpretativi circa i criteri di calcolo dello spazio vitale intramurario e problematica del bagno “a vista”

How much humanity is there in three square meters? Interpretative addresses about the criteria for calculating the intramural living space and the problem of the bathroom “on sight”

Il contributo riflette sugli approdi raggiunti da dottrina e giurisprudenza circa i criteri di valutazione del carattere inumano o degradante riservato al trattamento carcerario, in violazione dell'art. 3 Cedu. Dopo avere indagato i profili più problematici, quali quelli connessi al calcolo dello spazio vitale intramurario riconosciuto al detenuto e alla presenza del cd. bagno “a vista”, l'Autore svolge alcune osservazioni critiche circa la mancanza di sicuri “indici indicativi di disumanità” cui fare riferimento, capaci di guidare l'opera dell'interprete.

The essay reflects on the results achieved by doctrine and jurisprudence about the criteria for evaluating the inhuman or degrading character reserved for the prison treatment, in violation of Article 3 ECHR. The Author also investigates the most problematic profiles, such as those related to the calculation of the intramural living space for each prisoner and the presence of the bathroom so-called “on sight”, and, at the end, she also makes some critical remarks about the lack of some fixed “indicative indices of inhumanity”, which could represent a guide for the judge's work.

LA COSTRUZIONE MEDIATICA DELL'INSICUREZZA E L'IMPORTANZA DEL LINGUAGGIO NEL SENTIRE COMUNE

Ormai da non pochi anni si assiste ad un fenomeno che si ripete inesorabile, lasciando sul tecnico del diritto l'amara constatazione di una produzione normativa di tipo sensazionalistico, votata all'esigenza di placare l'allarme sociale rispetto a fenomeni percepiti come particolarmente temibili. È la costruzione mediatica dell'insicurezza il nuovo motore che, per il tramite della creazione di norme manifesto che la alimentano, porta ad una legiferazione sempre più deficitaria, più “de-legificata”.

Grazie al puntello mediatico, anche il tema della condizione carceraria è diventato un *tòpos* dei nostri tempi dopo che l'Europa ha acceso i riflettori sul sistema penitenziario italiano, denunciandone le gravi condizioni di sovraffollamento e di inumanità, così condannandola ad un rapido ed efficace adeguamento¹. E, tuttavia, se situazioni di eccessiva affluenza carceraria avrebbero dovuto indirizzare le scelte politiche e legislative verso la via a senso unico della fuga dalla carcerazione, con il correlato amplificato accesso alle misure alternative ad essa, questo non pare essere quello che si è verificato nella pratica.

Ancora una volta, la responsabile pare essere lei: la costruzione mediatica dell'insicurezza, quella che si alimenta dei fatti di cronaca nera, che fomenta il timore dei consociati e che reclama interventi

¹ Osserva L. Kalb, *Per un effettivo recupero di umanità nella esecuzione penale*, in questa Rivista, 2016, 5, p. 1, come «la constatazione che il tema della funzione assegnata all'inflizione della sanzione penale e alla sua esecuzione abbia acquistato negli ultimi tempi sempre maggiore attenzione non è un dato che di per sé appare sorprendente, ove solo si rifletta sulla storica importanza che il tema ha da sempre rappresentato all'interno della nostra comunità sociale», soggiungendo, però, che «piuttosto, colpisce che il dovuto risalto alla questione sia originato dalla nutrita serie di insuccessi e di fallimenti registratisi sul punto all'interno del nostro sistema».

sanzionatori più efficaci e inasprimenti delle pene quale unico grimaldello possibile di difesa della collettività dal reato².

Il tutto peraltro in un sistema che, se, da una parte, non riesce a ridurre drasticamente le occasioni che portano alla carcerazione, dall'altra, mostra però incontrovertibilmente di non avere più quella cieca fiducia sulla sola efficacia della pena principale³, rispetto alla quale ancora fatica a garantire condizioni di trattamento rispettose del più ampio senso di umanità.

Sorge, quindi, naturale domandarsi in che modo la fuga dall'umanità in fase di esecuzione della pena si trovi così strettamente correlata al momento storico-politico vissuto, al sentire dominante, alla cronaca dei nostri tempi.

E il pensiero corre alla precisa scelta di rispondere alle sollecitazioni europee che volevano un rimedio efficace al fenomeno del sovrappopolamento carcerario con locuzioni che – a ben vedere – nulla hanno a che fare con l'umanità di cui proprio quelle carceri sono popolate. L'importanza dell'uso delle parole sollecita, allora, a monte, una riflessione sui termini utilizzati nella diffusione tra i consociati di tali iniziative legislative.

In tal senso, non pare affatto ininfluenza che la locuzione prescelta per la pubblicizzazione di prodotti normativi tutti tesi ad una progressiva decarcerizzazione sia stata quella delle leggi cd. "svuota" carceri. Ebbene, nel vocabolario Treccani – rispetto al verbo "svuotare" – si legge testualmente: «*Lo stesso che vuotare, di cui è forma intensiva: vuotare interamente, privare di ogni contenuto; in senso proprio: s. un serbatoio, una vasca, una piscina; s. una scrivania dalle scartoffie; s. una cavità anatomica, un ascesso, una cisti[...]*».

Così, constatata la chiara riferibilità dell'azione all'opera di "svuotamento" di un qualcosa da beni materiali, oggetti, cose, non resta che prendere coscienza di come la scelta di utilizzare il medesimo termine per riferirsi alla liberazione di tanti condannati non possa dirsi affatto felice, né, invero, contigua a quei criteri di declamata umanità di cui tanto si parla ma che difficilmente si riescono a garantire.

E un analogo senso di distacco dall'umanità pare di potersi intravedere in altre iniziative legislative, note alle cronache con termini ancora una volta particolarmente efficaci, quali la cd. legge "spazzacorrotti", che perseguono nell'affiancare azioni tipicamente riservate ad oggetti materiali, riferendole invece a degli esseri umani. Così come, certamente, non ci si è domandati che tipo di impatto potesse avere anche nel sentire comune il riferirsi al fenomeno delle cd. "porte girevoli" per definire quei meccanismi che precludono l'accesso alle misure alternative alla detenzione per gli autori di particolari categorie delittuose. Sono, dunque, gli ultimi della società, quelli da "svuotare", "spazzare" via o "far ruotare" con il meccanismo delle porte girevoli – quand'anche non buttar "dentro" e "gettar via la chiave" – i protagonisti di queste iniziative e innegabile pare essere la lontananza dall'umanità che ne deriva. In tal senso, può certamente convenirsi con chi ha evidenziato come il carcere rappresenti un «*luogo di contenimento dei marginali*»⁴, ma anche «*la comunità artificiale per eccellenza*», «*un particolare ambiente di vita, non formatosi spontaneamente che si è originato dall'assimilazione del concetto di afflittività della pena a quello della sofferenza fisica volutamente imposta al recluso, in aggiunta alla privazione della libertà*», tanto da valorizzare come risultasse naturale che per l'esecuzione di una pena così concepita venissero nel tempo scelti luoghi particolarmente opprimenti e comunque più miseri di quelli che raccoglievano gli strati

²Osserva magistralmente G. Giostra, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2018, 4, p. 120 che «*si è gradualmente diffusa la convinzione che il carcere sia l'unico rimedio alle paure del nostro tempo e con essa la corrispondente tendenza politica – elettoralmente molto redditizia nell'attuale "democrazia emotiva" – ad affrontare ogni reale o supposto motivo di insicurezza sociale ricorrendo allo strumento, meno impegnativo e più inefficace, dell'inasprimento della repressione penale e della restrizione delle misure alternative al carcere*». V., altresì, A. Gargani, *Trattamento disumano e rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena: verso una sentenza additiva?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 583, secondo cui «*fino a quando il richiamo dell'allarme sociale sarà considerato preminente rispetto alla dignità della persona, qualunque soluzione 'tecnica' si rivelerà fatalmente esposta al rischio di una diffusa ineffettività*».

³Di tale contorto modo di ragionare rappresentano esempi eclatanti anche i più recenti interventi legislativi e, tra questi, la l. 9 gennaio 2019, n. 3, in *Gazz. Uff.*, 16 gennaio 2019, n. 13, nota come legge "spazzacorrotti", che oltre ad inasprire genericamente le sanzioni detentive, ha puntato la sua attenzione sulle pene accessorie, di talché soggetti considerati potenti, senza remore, contigui, affini al potere e, pertanto, ancor più capaci di sfuggire alla tanto decantata effettività della pena, non vadano davvero esenti da ammenda. Così facendo si profila un uso iperbolico ed eccessivo della pena accessoria, probabilmente dimenticando che anch'essa, in quanto pena, rientra nella previsione di cui all'art. 27 Cost. e, pertanto, deve avere sottesa una chiara funzione rieducativa e deve anch'essa rispondere ai principi a sé connaturati, quali il rispetto del senso di umanità.

⁴L'espressione è di A. Della Bella, *Il carcere oggi: tra diritti negati e promesse di rieducazione*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2017, 4, p. 44.

diseredati della popolazione libera⁵. Ma se quanto poc'anzi esposto appare un dato assodato, ciò non giustifica la perdita di contatto con la condizione umana cui, nei fatti, si sta assistendo.

L'effetto – si badi bene – non è solo quello di una scelta giornalistica o politica di immediata comprensione, né quello di una mera questione formale priva di rilevanza, ma si avverte il pericolo che – abituandosi a considerare gli uomini alla stregua di oggetti – sia poi più semplice giustificarne trattamenti inadeguati.

Dalla “svuota” carceri al trattamento “inumano e degradante” il passo è, dunque, troppo breve e nuove precauzioni sembra necessario adottare perché non si sconfini mai nel trasporre un *brand* pubblicitario in un atteggiamento sostanziale.

Peraltro, una riflessione sull'importanza dei termini e delle parole – seppur da riferirsi al trattamento intramurario – è stata svolta anche in seno ai lavori del Tavolo II degli Stati generali dell'esecuzione, all'esito dei quali si era raggiunto il convincimento che per assicurare dignità all'interno delle carceri fosse altresì necessario rimodulare il linguaggio e abolire il gergo carcerario, ritenuto lontano dal mondo dei liberi e spesso carico di connotazioni negative⁶.

E, allora, probabilmente, se si parte da un modo corretto di esprimersi, sarà più semplice, sia per i consociati che per i detenuti medesimi, percorrere la via verso l'umanizzazione dell'esecuzione della pena, da attuarsi tanto all'interno delle carceri quanto all'esterno. Solo riportando l'uomo-detenuto al centro delle politiche criminali e allentando la distanza con la realtà extramuraria si può, infatti, garantire un'esecuzione conforme ai principi interni e sovranazionali.

UMANITÀ E DIGNITÀ

Con la sentenza pilota Torreggiani⁷, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accertato la violazione da parte dello Stato italiano del divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti sancito dall'art. 3 Cedu, a causa del grave sovraffollamento⁸ degli istituti penitenziari; un sovraffollamento definito a «*carattere strutturale e sistemico*»⁹, da eliminare in tempi ristretti e con misure e azioni mirate a realizzare

⁵In questi termini, v. M. Maffei, *Gli interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di sovraffollamento penitenziario. Rimedi per una esecuzione conforme al dettato costituzionale*, in *Rass. penit. crimin.*, 2013, 1, p. 139, che valorizza, infatti, come il luogo di detenzione dovesse «*essere in ogni caso peggiore della peggiore delle abitazioni*».

⁶Nel rispetto di questa direttiva è stata emanata la circolare del DAP, Dipartimento amministrazione penitenziaria, n. 0112426 del 31 marzo 2017 avente ad oggetto: “*Ridenominazioni corrette di talune figure professionali ed altro in ambito penitenziario*”, con la quale, dopo aver premesso che «*com'è noto in ogni comunità il linguaggio svolge un ruolo fondamentale, soprattutto per il carcere*» e che «*i termini attualmente utilizzati nelle carceri riferiti ai detenuti sono spesso avulsi da quelli comunemente adottati dalla collettività*» si sono sollecitate le autorità competenti ad «*intraprendere tutte le iniziative necessarie al fine di dismettere nelle strutture penitenziarie, da parte di tutto il personale, l'uso, sia verbale che scritto, della terminologia infantilizzante e diminutiva, nonché le interazioni orali, soprattutto quelle dirette al detenuto*».

⁷Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 1 aprile 2013. In dottrina, v. M. Do-va, *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 948; G. Tamburino, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 11 ss.; P. Zicchitto, *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri*, in *Quaderni cost.*, 2013, p. 161 ss. *Sulla procedura della “sentenza pilota”* v. P. Simone, *Decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento giuridico nazionale: gli effetti delle “sentenze pilota”*, in *questa Rivista*, 2014, 2, p. 134, che chiarisce come si tratti della procedura «*per mezzo della quale si intende aiutare gli Stati membri a risolvere a livello interno le patologie rilevate, così da riconoscere alle persone interessate che versino nella stessa condizione della persona la cui vicenda è stata espressamente esaminata, i diritti e le libertà stabilita dalla Convenzione, offrendo loro riparazione più rapida e alleggerendo di conseguenza il carico di lavoro della Corte medesima*».

⁸Si ricordi come, con d.p.c.m. 13 gennaio 2010 fosse stato dichiarato lo stato di emergenza con “*Dichiarazione dello stato di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale*”, cui era conseguita la nomina di un Commissario straordinario del Governo per la gestione del Piano carceri, con l'obiettivo di intervenire in materia di edilizia penitenziaria, mediante la costruzione di nuovi istituti penitenziari.

⁹La sentenza Torreggiani ha operato una valutazione circa il carattere sistemico del problema, fondandosi sul fatto che il 40% dei detenuti si trovi in custodia cautelare e che vi sia una continua crescita della popolazione all'interno del carcere. Lo Stato dovrà, dunque, ridurre l'inflazione carceraria attraverso un più ampio ricorso alle misure alternative e mediante l'applicazione del principio – già affermato da C. cost., sent. 7 luglio 2005, n. 299, in *www.cortecostituzionale.it* – del “*minore sacrificio necessario*”, secondo cui la limitazione della libertà deve essere contenuta entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari. La Corte, inoltre, fornisce ulteriori indicazioni circa le misure da adottare attraverso il rinvio al contenuto di due Raccomandazioni del Comitato del Consiglio d'Europa: la Raccomandazione n. R(99)22 del Comitato dei Ministri del Consiglio

efficaci forme di deflazione carceraria¹⁰. Ciò, peraltro, mediante l'introduzione di misure accessibili ed effettive, da considerarsi tali sotto il duplice profilo dell'idoneità ad inibire in tempi brevi la violazione della previsione convenzionale e, anche laddove questa fosse cessata, a garantirne adeguata riparazione¹¹.

Per scongiurare il fenomeno del sovrappopolamento carcerario, allora, la pena detentiva dovrebbe cessare di essere una sanzione inflazionata e, quando inevitabile, svolgere appieno la propria funzione risocializzativa, così profondamente connaturata all'essere "uomo" del soggetto *in vinculis*.

Proprio partendo dal concetto di umanità e dai moniti della giurisprudenza europea, si è altresì rianimata¹² la riflessione sui diritti dei detenuti in generale, sull'effettiva tutela degli stessi, sulle prerogative e sulle garanzie poste a salvaguardia della loro dignità, specie allorché si discuta di fenomeni intollerabili, quali il sovraffollamento carcerario, che i giudici costituzionali hanno definito tali da «pregiudicare i connotati costituzionalmente inderogabili dell'esecuzione penale»¹³.

Un carcere sovraffollato è, infatti, un luogo che calpesta i diritti e la dignità di chi lo abita¹⁴ e un sistema giuridico che non riesca a proteggere i diritti dell'uomo commette un illecito internazionale, rischiando di affievolire o vanificare del tutto la tutela offerta dalla Convenzione¹⁵.

Come si è osservato, nessun processo "umanizzante" potrà mai condurre ad eguagliare le condizioni della vita detentiva a quelle normali della vita esterna, senza con ciò privare la pena stessa delle sue funzioni¹⁶ e, tuttavia, una pena rispettosa del senso di umanità e, ancor prima, della dignità del detenuto, rappresenta una condizione sacrosanta ed irrinunciabile¹⁷.

Un tema che, a ben vedere, non si presenta affatto nuovo, ma che sin dal testo varato nel lontano 1975 si colloca in apertura dell'ordinamento penitenziario¹⁸ e che, ciononostante, mai come in questi ultimi anni aveva occupato le più acute riflessioni di dottrina e giurisprudenza. Ed infatti, a confermare la

d'Europa del 30 settembre 1999 riguardante il sovraffollamento delle carceri e l'inflazione carceraria e la Raccomandazione n. R(2006)2 dell'11 gennaio 2006 dedicata alle condizioni della detenzione.

¹⁰ Si badi però come nella sentenza Torreggiani la Corte non abbia stabilito le modalità attraverso cui attuare le proprie raccomandazioni. Ciò nonostante, appare significativo come in essa venga fatto più volte richiamo alla propria decisione Corte e.d.u., 10 gennaio 2012, *Ananyev e altri c. Russia*, in cui, trattando un caso omologo di sovraffollamento carcerario, la Corte aveva valutato un'ipotesi di rimedio di tipo compensativo tale da determinare la riduzione della pena ancora da scontare.

¹¹ Rimedi poi introdotti rispettivamente dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 e dal d.l. 26 giugno 2014, n. 92, con la previsione di una tutela preventiva ad opera del reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis ord. penit. e la predisposizione di rimedi compensativi e risarcitori di cui all'art. 35-ter ord. penit. V., in dottrina, C. Masieri, *La natura dei rimedi di cui all'art. 35-ter ord. pen. Possibili interpretazioni nel dialogo con alcune recenti decisioni di merito*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 luglio 2015.

¹² Non è mancato chi in dottrina abbia rilevato che «in realtà il dibattito e le spinte verso una maggiore protezione della sfera dei diritti dei detenuti sono sempre stati accesi e fervidi in Italia e che non si ha motivo di dubitare della bontà di tale affermazione». Per una tale osservazione, v. R. G. Conti, *La nuova frontiera dopo la "Torreggiani": tracciati e prospettive per il giudice e il legislatore*, in F. Fiorentin (a cura di), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 609.

¹³ C. cost., sent. 22 novembre 2013, n. 279, in *Giur. cost.*, 2013, p. 4514, con commento di F. Della Casa-A. Pugiotta-M. Ruotolo, *Il monito della Consulta circa il "rimedio estremo" della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento*. V., altresì, G. Leo, *Sovraffollamento carcerario: dalla Corte costituzionale una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore*, in www.penalecontemporaneo.it, 25 novembre 2013.

¹⁴ Cfr. A. Pugiotta, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1204.

¹⁵ Osserva P. Corvi, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1795 che «il ripristino della legalità nell'esecuzione della pena e della custodia cautelare in carcere è obiettivo che si consegue non solo attraverso la riduzione della popolazione carceraria e lo sforzo di garantire modalità esecutive della privazione della libertà rispettose della dignità della persona, ma anche attraverso un sistema di rimedi effettivamente idonei a far cessare la detenzione *contra legem*».

¹⁶ Così M. Maffei, *Gli interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di sovraffollamento penitenziario. Rimedi per una esecuzione conforme al dettato costituzionale*, cit., p. 121. V., altresì, in dottrina, M. Alfieri, *Sovraffollamento carcerario e ultimatum di Strasburgo: l'Italia chiamata all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Rass. penit. crimin.*, 2013, 1, p. 83 ss.; G. Della Morte, *La situazione carceraria viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Dir. um. dir. intern.*, 2013, 1, p. 147 ss.

¹⁷ Anche la Corte EDU ha ravvisato nella lesione del valore della dignità il sintomo di una detenzione disumana e degradante. Afferma al proposito F. Della Casa, *Il problematico impiego della sospensione dell'esecuzione in chiave "anti-overcrowding"*. *La parabola alla Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1003 come «a partire dal caso Kudla contro Polonia (26 ottobre 2000), il rispetto della dignità del detenuto è diventato un vessillo sventolato con crescente determinazione».

¹⁸ Del tutto significativamente può osservarsi come nelle Regole Universali Penitenziarie, le cd. *Mandela Rules*, approvate tra il 18 e il 22 maggio 2015, anche l'Assemblea Generale dell'ONU abbia collocato il riferimento al rispetto della dignità umana in apertura degli *standard* minimi di tutela dei diritti dei detenuti.

centralità e la preminenza da sempre riconosciuta anche da parte del nostro ordinamento al senso di umanità e alla dignità della persona sta la raccomandazione contemplata proprio all'art. 1 ord. penit. – definito «*lapidario e significativo incipit*»¹⁹ – secondo cui «*il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona*».

Ebbene, il tono cogente evocato dal tempo indicativo presente non ammette deroghe: il trattamento “deve” essere conforme ad umanità e, al contempo, “deve” assicurare il rispetto della dignità della persona, così introducendosi – come un faro che illumina l'intero sistema dell'esecuzione penale – il rimando a due concetti, ossia quello di umanità e quello di dignità, che rappresentano condizioni ontologiche dell'essere umano e, *a fortiori*, di quell'essere umano che viva quella peculiare situazione di vulnerabilità che gli discende dal fatto di trovarsi sotto il controllo esclusivo degli agenti dello Stato.

È, infatti evidente come la condizione carceraria non implichi affatto in capo al detenuto la perdita della titolarità e del godimento²⁰ dei diritti fondamentali del cittadino sanciti dalla Costituzione agli artt. 2, 3 e 27 e dalle Carte internazionali dei diritti, non essendo questi incompatibili con la sua particolare situazione giuridica²¹. Anzi, in alcuni casi, il soggetto recluso può necessitare di una maggiore tutela proprio a causa del particolare stato di debolezza in cui si trova²².

I due concetti considerati – umanità e dignità – sono principi che irradiano l'intero sistema di protezione dei diritti creato dalla Convenzione e – pur avendo la caratteristica di essere difficilmente declinabili²³, essendo più agevole ricorrere ad esemplificazioni o parafrasi²⁴ – restano però sempre indefettibili ed inderogabili. Ebbene, nell'auspicio per una pena che sia sempre rispettosa del senso di umanità e della dignità del detenuto, non si deve mai dimenticare il ruolo di primario rilievo che assume in questa direzione l'opera rieducativa costituzionalmente sancita. Essa, infatti, serve anche ad aiutare il detenuto ad avere piena coscienza della propria dignità, per nulla compressa dalla carcerazione quale conseguenza della commissione di un fatto di reato e a non perdere mai di vista i valori connaturati al proprio essere “uomo”, seppur privato della propria libertà²⁵.

Infatti, in via generale, alla detenzione segue il reingresso dei detenuti nella società, ove costoro potranno dimostrare di essere dei cittadini “nuovi”, ligi alle regole e al rispetto della legge, solo in quanto a tale obiettivo finale siano stati rieducati. Anche la ripresa della libertà – specie dopo una detenzione di

¹⁹ Si è espresso in questi termini C. Fiorio, *Carcere: la riforma dimezzata*, in questa Rivista, 2019, p. 755, il quale ha così osservato: «*Il lapidario e significativo incipit non solo è stato confermato dal nuovo testo della disposizione penitenziaria radicalmente rielaborata dall'art. 11 comma 1, lett. a), d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, ma è stato accompagnato da un decisivo incremento dei corollari dei principi di umanità e dignità*».

²⁰ E, conseguentemente, come insegna C. cost., sent. 11 febbraio 1999, n. 26, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1718, del potere di farli valere davanti ad un giudice in seno ad un procedimento di natura giurisdizionale. Afferma in questa pronuncia la Consulta che «*l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti*». Del pari, rileva puntualmente C. Renoldi, *Una nuova tappa nella “lunga marcia” verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 3781, come i diritti fondamentali non possano essere sacrificati dall'esecuzione penale, in una inaccettabile riedizione della *capitis deminutio* degli ordinamenti del passato.

²¹ Cfr. V. Grevi, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, Zanichelli, 1981, p. 8.

²² A. Tamietti-M. Fiori-F. De Santis Di Nicola-D. Ranalli-V. Ledri, *Note a margine della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Torreggiani e altri*, in *Rass. penit. crimin.*, 2013, 1, p. 50. Per una lucida ed approfondita disamina dei profili di tensione tra il trattamento penitenziario e i diritti fondamentali, v. E. Nicosia, *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in A. Gaboardi-A. Gargani-G. Morgante-A. Presotto-M. Serraino (a cura di), *Libertà dal carcere libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 3 ss.

²³ Per dettagliate considerazioni sul concetto di dignità, v. R. G. Conti, *La nuova frontiera dopo la “Torreggiani”: tracciati e prospettive per il giudice e il legislatore*, cit., p. 610 ss.; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2012, p. 184 ss.; M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, p. 38 ss.

²⁴ Si esprime così P. Gonnella, *La dignità e i diritti: il nuovo art. 1 dell'OP*, in Id. (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 3, che, ricorrendo a Immanuel Kant e Cesare Beccaria, prova a definire la dignità in chiave negativa, come la irriducibilità dell'uomo ad oggetto, la non degradazione dell'essere umano a mero mezzo per conseguire altro fine.

²⁵ In tal senso, afferma A. Pennisi, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 8, che tanto le posizioni giuridiche «*riconducibili al divieto di trattamenti contrari al senso di umanità*» quanto quelle «*riconducibili alla finalità rieducativa della pena, si caratterizzano per essere attribuite al detenuto, non uti civis, ma in relazione alla sua speciale condizione di persona privata della libertà*».

lunga durata – è una condizione alla quale l'uomo, in maniera quasi paradossale, deve essere rieducato e, a tale scopo, determinanti si rivelano le caratteristiche del trattamento attuato. Ma per il buon esito del percorso è proprio il cammino che deve essere sottoposto ad adeguato e scrupoloso vaglio individuale e, in questo coacervo di valutazioni, innegabile risulterà il giudizio proprio sul trattamento e sulle condizioni generali di reclusione, che, solo se lontani da connotati di inumanità, potranno davvero contribuire alla restituzione alla società di quell'"uomo" che, con la commissione del fatto di reato, dalla stessa si era allontanato.

D'altro canto, come si può pretendere rispetto per la tensione rieducativa cui appare improntata la fase esecutiva della pena se lo stesso Stato educatore si rende colpevole di gravi violazioni dei diritti umani? Quale insegnamento potrà trarne un detenuto, che dovrebbe imparare a rispettare le regole, quando nemmeno nei luoghi della giustizia le regole vengano rispettate? A tali quesiti si potrà, forse, rispondere, solo operando un cambiamento netto di cultura²⁶, che contribuisca alla diffusione dell'idea secondo cui solo un carcere rispettoso dei diritti e della dignità dei detenuti può forgiare degli uomini che quei diritti siano in grado di rispettare²⁷, apparendo incontestabile che, se la rieducazione passa per il rispetto della legge, sarebbe un controsenso provare ad attuarla proprio là dove la legge venga violata²⁸.

I CARATTERI "MOBILI" DI UNA DETENZIONE INUMANA E DEGRADANTE

Se si parte dall'assunto di base secondo cui la detenzione disposta legalmente non sia affatto incompatibile con il rispetto della dignità e dei diritti della persona, risulterà consequenziale la verifica circa il fatto che i "modi" e le "condizioni" della stessa non siano tali da comportarne un'ingiustificata compressione. Come si è osservato, «il problema è che però stabilire a priori il giusto equilibrio, e cioè stabilire quando determinate restrizioni dei diritti fondamentali siano consentite in quanto connaturate alla detenzione e quando risultino invece oltrepassare la misura è estremamente difficile. E ciò vale non solo per i diritti legittimamente comprimibili (bilanciabili con altri controinteressi), ma anche per un diritto assoluto e inderogabile, quale, in particolare, quello a non subire pene inumane o degradanti: se è vero che il carattere assoluto di tale diritto esclude qualsiasi problema di reperimento del giusto punto di equilibrio nel bilanciamento con altri controinteressi, tuttavia il problema si sposta dall'individuazione della giusta misura della compressione del diritto alla determinazione della sussistenza della lesione, in quanto è estremamente difficile stabilire a priori quando una detenzione carceraria, nella sua configurazione astratta o nelle sue concrete modalità di applicazione, abbia carattere inumano o degradante»²⁹.

A ben vedere, le due caratteristiche riferite al trattamento vietato – "inumano" o "degradante" – non ricevono un'interpretazione univoca³⁰, essendo concetti mutevoli, da valutarsi in maniera contestualizzata e da parametrare al caso concreto. Sul punto, nel ricordare come venga qualificato "inumano" quel trattamento «che provoca volontariamente sofferenze mentali e fisiche di una particolare intensità» e "degradante" quello, meno grave del trattamento inumano, che «umilia fortemente l'individuo davanti agli altri e

²⁶ V. le osservazioni di D. Galliani, *Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità. Una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 35, 35-bis e 35-ter ord. penit.*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2018, 12, p. 74, che auspica il cambiamento della società nel suo complesso e anche del carcere, «che, oggi non meno di ieri, è lo specchio del nostro modo di essere, come individui e come società».

²⁷ Cfr. le osservazioni di G. Tamburino, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, cit., p. 15, secondo cui è necessario evitare che l'esecuzione della sentenza – astrattamente conforme al canone della legalità – divenga, in concreto, difforme da tale canone, negando la giustizia che non può mai confliggere, in questa materia, con il "senso di umanità" della pena.

²⁸ Osserva correttamente A. Della Bella, *Il carcere oggi: tra diritti negati e promesse di rieducazione*, cit., p. 46, come «Al di là della questione dello spazio minimo per detenuto, si sta finalmente affermando l'idea, tanto ovvia, quanto però sino ad ora troppo poco esplicitata, secondo cui non può esistere alcuna rieducazione in una pena che, per le modalità della sua esecuzione, viola i diritti fondamentali della persona».

²⁹ Così E. Nicosia, *Recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di detenzione carceraria*, in A. Bernardi-M. Venturoli (a cura di), *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata*, Napoli, Jovene, 2018, p. 138.

³⁰ Nella giurisprudenza di Strasburgo, v., sul concetto di trattamento "inumano", Corte e.d.u., Grande Camera, 4 luglio 2006, *Ramirez Sanchez c. Francia*; Id., Grande Camera, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*; mentre, relativamente alla definizione di trattamento "degradante", Corte e.d.u., 3 aprile 2001, *Keenan c. Regno Unito*. Per alcune più recenti pronunce, cfr. Corte e.d.u., 21 giugno 2016, *G. c. Russia*; Id., Grande Camera, 23 marzo 2016, *Blokhin c. Russia*; Id., 8 gennaio 2013, *Reshetnyac c. Russia*.

che è in grado di farlo agire anche contro la sua volontà o coscienza», è stato osservato come le due definizioni si focalizzino più sulle sofferenze fisiche inflitte, nel primo caso, e su quelle di tipo emotivo e morale, nel secondo³¹.

In mancanza di statuizioni chiarificatrici o catalogazioni vincolanti, si osserva come la Corte EDU sia stata chiamata a valutare nel complesso le condizioni di detenzione in plurime occasioni, ma la casistica giurisprudenziale che ne è conseguita risulta estremamente frammentaria, tanto da non costituire un *vademecum* da potersi applicare in via generalizzata nemmeno da parte dei giudici interni³².

Ebbene, tanto è poco organica e parcellizzata la trattazione dei singoli casi sottoposta all'attenzione della Corte europea, quanto risulta cervellottica l'opera del giudice nazionale, costretto a districarsi nel *mare magnum* della giurisprudenza europea, di cui deve tenere necessariamente conto nell'interpretazione del diritto interno. Ne discende una particolare complessità del suo ruolo, essendo tenuto ad un continuo aggiornamento sulle pronunce della Corte europea e ad interpretare quelle che, a loro volta, costituiscono l'esito delle interpretazioni operate dai giudici di Strasburgo sulle norme convenzionali, sempre legate a ipotesi concrete. Ed è proprio questa *liaison* tra i principi affermati in sede europea ed il caso considerato a rendere, di fatto, eccessivamente difficoltosa l'imposizione di un'unica linea di pensiero da attuare a livello interno, anche in considerazione del fatto che, come osservato, la condizione invivibile in ambiente carcerario è fenomeno «*estraneo ad una feconda actio finium regundorum*»³³. Da qui la grande responsabilità del giudice nazionale, chiamato a fare corretto uso di quei principi e a svolgere con rigore e serietà il proprio, indefettibile, ruolo di interprete del diritto.

Peraltro, pur nella citata difficoltà di porre dei punti fermi nel percorso di definizione dei caratteri di una detenzione disumana e degradante, non si deve dimenticare come l'occhio vigile della Corte europea dei diritti dell'uomo – quale garante dell'ordine pubblico europeo e giudice del comportamento delle singole Nazioni – abbia continuato a monitorare la situazione interna di sovraffollamento carcerario e le condizioni di detenzione, verificandone la violazione o meno dell'art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come interpretata dalla Corte medesima. Così, con una delle prime pronunce successive alla sentenza Torreggiani, se, da una parte, i giudici alsaziani hanno valutato positivamente i rimedi che l'Italia aveva provveduto ad apprestare, dall'altra, si sono comunque riservati di tornare a verificarne l'effettività nel rispetto dell'art. 13 Cedu, sotto il particolare profilo della capacità dei giudici interni di assicurare «*une jurisprudence uniforme et compatible avec les exigences de la Convention*»³⁴.

E, allora, non esistendo nemmeno a livello interno una standardizzazione delle condizioni di umanità, un catalogo da seguire per scongiurare quello che l'art. 27, comma 2, Cost. definisce un «*trattamento contrario al senso di umanità*» ma che poi non qualifica, non colora, non circoscrive, non può che auspicarsi che la Corte di cassazione, in ossequio alla propria funzione nomofilattica, voglia dare quantomeno chiari indirizzi interpretativi. Una certa uniformità, infatti, sarebbe anche la sola a poter guidare il difficile compito dei ricorrenti³⁵ e a limitare, quand'anche non evitare del tutto, situazioni di disugua-

³¹ Così M. Maffei, *Gli interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di sovraffollamento penitenziario. Rimedi per una esecuzione conforme al dettato costituzionale*, cit., p. 135, il quale osserva ulteriormente come invece la "tortura" non trovi nelle pronunce della Corte un significato autonomo rispetto alle altre, apparendo come "un trattamento disumano o degradante che causa sofferenze più intense", come ad esempio può avvenire per le "sofferenze gravi e crudeli", inflitte allo scopo di ottenere informazioni, confessioni o altro.

³² È proprio il carattere casistico della giurisprudenza europea che non le consente di essere ricostruita secondo generali ed omogenee linee di tendenza. Cfr., *amplius*, P. Caretti-G. Carlo Barbieri, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2017.

³³ L'espressione, particolarmente efficace è di M. Deganello, *I rimedi risarcitori*, in F. Caprioli-L. Scomparin, *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 275.

³⁴ Corte e.d.u., 16 settembre 2014, *Stella e altri c. Italia*.

³⁵ Osserva E. Nicosia, *Recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di detenzione carceraria*, cit., p. 137, come sia «*inevitabile che i ricorrenti che arrivano ad adire la Corte edu sono detenuti che ritengono di trovarsi in condizioni di soggezione rispetto all'amministrazione penitenziaria, con difficoltà di accesso alla documentazione utile a fini probatori, spesso mal supportati da difensori poco interessati alla sorte dei ricorsi stessi*». Parla di vulnerabilità della posizione del detenuto in tema di accesso alle informazioni e alle prove documentali, anche F. Maisto, *Profili processuali dei rimedi risarcitori ai sensi dell'art. 35-ter ord. pen. e casistica*, in *www.questionegiustizia.it*, 19 febbraio 2015 e M. Maffei, *Gli interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di sovraffollamento penitenziario. Rimedi per una esecuzione conforme al dettato costituzionale*, cit., p. 131, il quale chiarisce come la procedura prevista dalla Convenzione non si presti sempre ad un'applicazione rigorosa del principio secondo il quale l'onere della prova spetti a colui

glianza potenzialmente confliggenti con l'art. 3 Cost. Appare fin troppo chiaro il pericolo che, in difetto, possano essere trattate in modo diverso situazioni analoghe o simili e in modo uguale situazioni che, magari, avrebbero necessitato di adeguata differenziazione³⁶.

Il tutto peraltro in spregio anche alle previsioni interne di cui agli artt. 1 e 3 ord. penit., che rispettivamente impongono un trattamento penitenziario improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni di alcun tipo e pari condizioni di vita.

Anche perché – sia chiaro – i rimedi³⁷ predisposti dall'art. 35-ter ord. penit., sia in termini compensativi che riparativi, non consentono affatto graduazioni nell'applicazione pratica, essendosi prevista la riduzione di pena di un giorno per ogni dieci di pregiudizio ovvero, in via succedanea, la liquidazione di una somma pari ad euro 8,00 per ciascuna giornata di detenzione avvenuta in spregio all'art. 3 Cedu, al mero verificarsi del dato – positivo o negativo – di avvenuto riconoscimento della violazione³⁸. In tal senso, appare scorretto parlare tecnicamente di risarcimento, poiché, come correttamente osservato, il rimedio compensativo di cui all'art. 35-ter ord. penit. del risarcimento non ha la fondamentale caratteristica della personalizzazione del danno, e può dunque essere solo una forma di equo indennizzo forfetario per le condizioni oggettivamente inumane e degradanti in cui lo Stato ha tenuto un soggetto privato della libertà per fini di giustizia, impregiudicato restando il diritto dell'interessato di chiedere il risarcimento per gli eventuali danni causati da tale inammissibile forma di detenzione³⁹.

Se è dunque ad un dato oggettivo che ci si riferisce – o ci si dovrebbe riferire – fondamentale sarebbe la chiara ricognizione di quelle condizioni “oggettivamente” inumane e degradanti; cosa che è ancora lungi da dirsi avvenuta, essendo piuttosto il diritto vivente a riempire di contenuto, volta per volta, l'involucro del trattamento inumano e degradante.

LO SPAZIO MINIMO VITALE... E NON SOLO

Uno dei temi fondamentali di cui ormai da tempo si discute al fine di verificare il carattere inumano o degradante del trattamento carcerario è senza dubbio quello relativo alle dimensioni dello spazio vitale intramurario riconosciuto al detenuto; un tema che non può non assumere rilievo dirimente nel momento in cui si discute di soggetti privati della libertà personale e, a cagione di ciò, costretti alla vita detentiva e ad una permanenza forzata in ambienti per definizione ristretti.

Diverse sono le pronunce che hanno avuto modo di tracciare – per passaggi successivi – i tasselli di

che afferma, in quanto, inevitabilmente, il Governo convenuto è talvolta l'unico ad avere accesso alle informazioni che possono confermare o infirmare le affermazioni del ricorrente.

³⁶ Osserva M. Deganello, *I rimedi risarcitori*, cit., p. 281 come l'«equilibrio carcerario» non ammette (*recte*, più non tollera) soluzioni *at random*, capaci di determinare disparità di trattamento tra i detenuti.

³⁷ Nel senso che la violazione del diritto costituisce un “illecito permanente” poiché «ogni giorno trascorso in condizioni di detenzione disumana e degradante determin[a] il perfezionamento della relativa fattispecie lesiva”, considerando che “la detenzione ha una unità di misura temporale e l'art. 35-ter ord. penit. individua come parametro per il risarcimento (sia in forma specifica sia per equivalente), ogni giorno trascorso in condizione disumana», cfr. Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, n. 3775, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 75.

³⁸ Sul carattere assolutamente insoddisfacente dei suddetti ragguagli, sia consentito rinviare a G. Giostra, *Sub art. 35-ter*, in F. Della Casa-G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2015, p. 416, il quale definisce il parametro compensativo di riparazione «ingeneroso e sistematicamente poco plausibile», anche osservando la differenza con la parallela disciplina della liberazione anticipata, tale per cui uno Stato che è arrivato a “condonare” settantacinque giorni di pena per ogni centottanta in cui il condannato ha dato prova di meritevole partecipazione all'opera rieducativa (così come statuito, seppur *pro tempore*, ex art. 4 d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. in l. 21 febbraio 2014, n. 10) poi immiserisce ad un solo giorno lo sconto di pena per ogni dieci di trattamento inumano e degradante. Quindi, il medesimo A. osserva poi come inadeguata sia anche l'entità dell'indennizzo economico, specialmente nei casi di più grave inumanità della condizione detentiva, tanto che i previsti 8 euro potrebbero risultare mortificanti sia per il soggetto che li riceve, sia per lo Stato che li offre e ciò anche in considerazione di altri parametri, quali il ben più ampio ristoro riconosciuto proprio dalla sentenza pilota Torreggiani ovvero i criteri di ragguaglio tra pene pecuniarie e detentive pari a 250 euro per ogni giorno di pena detentiva, come previsti dall'art. 135, comma 1, c.p. Per ulteriori osservazioni profondamente critiche, v. F. Fiorentin, *L'effettività della tutela risarcitoria delle condizioni detentive contrarie all'art. 3 Cedu: riflessioni a margine di un'indagine del Ministero della giustizia sulla prima applicazione dell'art. 35-ter*, l. n. 354/1975, in *questa Rivista*, 2015, 3, p. 157, che sottolinea «la rozzezza tecnica e culturale con la quale si è esclusa in radice la possibilità che il giudice possa dosare il quantum del risarcimento sulla base delle peculiarità del caso concreto».

³⁹ In questi termini, G. Giostra, *Un pregiudizio 'grave e attuale'? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord. penit.*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2005, p. 7. V., nella giurisprudenza di merito, Mag. sorv. Lecce, 30 maggio 2014.

una condizione detentiva all'interno delle celle che rispettasse i precetti di cui all'art. 3 Cedu, così provando a tappare le falle di un sistema che, come detto, non prevede a monte la tipizzazione delle condotte integratrici il divieto di pene e trattamenti inumani o degradanti in esso contemplato.

Con precipuo riferimento allo spazio vitale, si osserva come la legislazione penitenziaria nulla stabilisca nello specifico⁴⁰, ma si limiti a distinguere negli edifici penitenziari i «*locali per le esigenze di vita individuale*» da quelli «*per lo svolgimento di attività lavorative, formative e, ove possibile, culturali, sportive e religiose*» all'art. 5 ord. penit. e a riferirsi ad un'«*ampiezza sufficiente*» allorquando, all'art. 6 ord. penit., descrive gli ambienti nei quali si svolge la vita dei detenuti e degli internati. Ciò con l'unica precisazione di maggior dettaglio secondo cui «*i locali destinati al pernottamento consistono in camere dotate di uno o più posti*»⁴¹. Peraltro, nemmeno a livello di regolamento penitenziario – e, quindi, agli artt. 6-7 d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230 – vengono prefissati criteri quantitativi di definizione degli spazi a disposizione dei detenuti, di talché risulta davvero difficile stabilire a priori delle regole vincolanti.

Un pur blando riferimento è contenuto, poi, nelle Regole penitenziarie europee⁴² che, al n. 18, par. 1, affermano che «*i locali di detenzione e, in particolare, quelli destinati ad accogliere i detenuti durante la notte, devono soddisfare le esigenze di rispetto della dignità umana e, per quanto possibile, della vita privata*», ma anch'esse non definiscono quale sia la superficie intramuraria da garantire a ciascun soggetto recluso.

Così, anche luce dei criteri elaborati dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti del Consiglio d'Europa (C.P.T.)⁴³ – sin dal 1992 per le camere di sicurezza dei commissariati di polizia e, poi, per le celle degli istituti penitenziari con i successivi rapporti di visita⁴⁴ – è stata la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo a stabilire dei canoni di quantificazione geometrica dello spazio vitale che potessero dirsi rispettosi del dettato dell'art. 3 Cedu e idonei ad una standardizzazione delle dimensioni minime accettabili.

In tal senso, soccorre il criterio adottato dalla citata sentenza Torreggiani – il cui immediato precedente è costituito dalla pronuncia Sulejmanovic c. Italia⁴⁵ – in base al quale al di sotto dei tre metri qua-

⁴⁰ In mancanza di un'indicazione normativa dei parametri di riferimento, l'Amministrazione penitenziaria aveva allora fatto ricorso ad un criterio certo per definire la capienza ottimale di una stanza, individuandolo in quello previsto dall'allora Ministero della sanità relativamente all'altezza minima ed ai requisiti igienico-sanitari principali fissati per le abitazioni civili (d.m. 5 luglio 1975), secondo cui le stanze da letto devono avere una superficie minima di 9 mq per una persona, di 14 mq per due persone e di ulteriori 5 mq per ogni persona in più. In dottrina, v. le osservazioni di C. R. Piscitello-A. Albano-F. Picozzi, *Avvertenze per la lettura delle statistiche europee sul sovraffollamento delle carceri*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2144.

⁴¹ Si tratta di una precisazione riproposta nell'art. 6, come sostituito ad opera dell'art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs 2 ottobre 2018, n. 124. Per approfondimenti sul nuovo testo dell'art. 6 come novellato, v. c. Fiorio, *Carcere: la riforma dimezzata*, cit., p. 763.

⁴² Cfr. *Raccomandazione R(2006)2 dell'11 gennaio 2006 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulle Regole penitenziarie europee, che ha aggiornato la Raccomandazione R(87)3 del 12 febbraio 1987*.

⁴³ Si veda il II Rapporto Generale [CPT/inf (92) 3] elaborato dal C.P.T. per le celle di polizia, secondo cui: «*Il criterio che segue (considerato come un livello auspicabile piuttosto che uno standard minimo) è attualmente usato nel valutare celle di polizia intese per essere occupate da una sola persona che resti al massimo qualche ora: nell'ordine di 7 metri quadrati, 2 metri o più tra le pareti, 2 metri e mezzo tra il pavimento e il soffitto*». Si legge, a tal proposito, nella sentenza Corte e.d.u., 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, in *Rass. penit. e crim.*, 2009, p. 175, che il ricorrente riconosce che il C.P.T. ha presentato tali regole come auspicabili, ma sottolinea che la Corte ha più di una volta fatto riferimento ai parametri del C.P.T. nella sua giurisprudenza. Nella sua *dissenting opinion*, il giudice Zagrebelsky ha negato rilievo a tale richiamo, osservando che il rinvio alle indicazioni provenienti dal C.P.T. non è del tutto pertinente, dal momento che lo stesso aveva auspicato alcuni requisiti dimensionali per le celle destinate ad accogliere persone sottoposte agli arresti o al fermo di polizia (dunque, alle cd. camere di sicurezza), limitandosi, per il resto, a dettare una serie di indicazioni di principio sul trattamento penitenziario e le condizioni di detenzione, senza fissare alcun automatismo tra dimensione delle celle e numero dei detenuti.

⁴⁴ Dai diversi rapporti di visita redatti nel corso degli anni dal C.P.T., emerge come si sia, poi, stabilito uno *standard* minimo, seppur approssimativo, di 6 metri quadrati per un solo occupante, di 9 metri quadrati per due occupanti e – con riguardo agli spazi più ampi – di 4 metri quadrati per detenuto (benché il C.P.T. disapprovi la sistemazione dei detenuti in dormitori). Inoltre, secondo alcune indicazioni, le dimensioni auspicabili (da non confondersi con le dimensioni minime accettabili) delle celle che ospitano solo una persona sarebbero di circa 9/10 metri quadrati. Per simili considerazioni, v. A. Tamietti-M. Fiori-F. De Santis Di Nicola-D. Ranalli-V. Ledri, *Note a margine della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Torreggiani e altri*, cit., pp. 56 e 61, ove si osserva che il parametro dei 4 metri quadrati sia stato quello richiamato dalla pronuncia Corte e.d.u., 10 gennaio 2012, *Ananyev e altri c. Russia*, cit.

⁴⁵ Corte e.d.u., 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, cit. In dottrina, v. M. Bortolato, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti inumani e degradanti*, in *Questioni giustizia*, 2009, p. 111; L. Eusebi, *Ripensare le modalità delle risposte ai reati traendo spunto da C. eur. dir. uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4938.

drati di spazio *pro capite* si è sempre in presenza di una situazione detentiva che viola l'art. 3 Cedu⁴⁶. Al contempo, si è però osservato di frequente come, se il mancato rispetto di tale misura costituisca indice di sicura violazione della previsione convenzionale⁴⁷, la disponibilità di uno spazio superiore a tre metri quadri non rappresenti affatto criterio di per sé solo tale da escludere la sussistenza della violazione della previsione di cui all'art. 3 Cedu⁴⁸. Infatti, resta acclarato nella pronuncia dei giudici europei come, anche in presenza di uno spazio in cella superiore ai tre metri quadrati, si possa addivenire ad una violazione della previsione convenzionale in caso di condizioni di vita del recluso particolarmente severe e afflittive⁴⁹. Se, dunque, la Corte europea è arrivata ad affermare come la carenza di spazio detentivo dovuta ad un eccessivo affollamento possa costituire, di per sé sola, una violazione dei diritti umani del soggetto recluso, si è fatto osservare come l'affermazione astratta di tale criterio di giudizio, in realtà, venga poi smentita dall'applicazione pratica fattane dalla stessa Corte, in quanto l'esiguità dello spazio non rappresenta un criterio esclusivo, ma solo un elemento concorrente con altri⁵⁰.

Relativamente alla qualità della detenzione, la Corte europea, nella pronuncia *Ananyev*⁵¹, ha stabilito – con una sorta di *test* – i criteri per valutare la sussistenza della violazione dell'art. 3 Cedu, ossia quelli secondo cui: a) ogni detenuto deve avere un luogo individuale per poter dormire nella cella; b) ognuno deve disporre di almeno 3 metri quadri di superficie calpestabile; c) la superficie totale della cella deve essere tale da permettere ai detenuti di muoversi liberamente intorno ai mobili all'interno della cella. Partendo dal citato *leading case*, la sentenza *Mursic c. Croazia* del 12 marzo 2015⁵² se ne è però discostata, offrendo dei criteri generali relativi agli effetti della compressione dello spazio vitale, applicabili a tutti i reclusi potenzialmente destinatari di privazioni in contrasto con l'art. 3 Cedu, così di fatto obliterando la decisività del “fattore geometrico”⁵³. E, in particolare, seppure nella prima sentenza *Mursic* si affermasse come l'assenza di uno tra i tre elementi individuati dal c.d. *Ananyev test* creasse, di

⁴⁶ Si badi come secondo M. Maffei, *Gli interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di sovraffollamento penitenziario. Rimedi per una esecuzione conforme al dettato costituzionale*, cit., p. 120, si fissa in tal modo un'equipollenza, che non ammette prova contraria, tra un dato fatto (uno spazio oggettivamente misurabile) e un dato effetto (la sofferenza evitabile della detenzione).

⁴⁷ Nella giurisprudenza europea, è agevole rinvenire diversi precedenti in cui la Corte ha ritenuto come l'elemento determinante per la ritenuta violazione dell'art. 3 Cedu, sia stato proprio lo spazio personale inferiore ai 3 metri quadri: così Corte e.d.u., 12 marzo 2009, *Aleksandr Makarov c. Russia*; Id., 6 dicembre 2007, *Lind c. Russia*; Id., 21 giugno 2007, *Kantjyrev c. Russia*; Id., 29 marzo 2007, *Andrei Frolov c. Russia*; Id., 16 giugno 2005, *Labzov c. Russia*; Id., 20 gennaio 2005, *Mayzit c. Russia*.

⁴⁸ Si veda, in tal senso, il punto 103 della sentenza Corte e.d.u., Grande Camera, 20 ottobre 2016, *Mursic c. Croazia*, secondo cui: «La Corte ha sottolineato in più occasioni che ai sensi dell'articolo 3 non può determinare una volta per tutte un numero specifico di metri quadri da attribuire a un detenuto per rispettare la Convenzione. Ritiene infatti che molti altri fattori, come la durata della privazione della libertà, le possibilità di esercizio all'aperto o lo stato di salute fisica e mentale del detenuto, abbiano un ruolo importante nel valutare le condizioni di detenzione rispetto alle garanzie dell'articolo 3». Cfr., in dottrina, F. Cappelletti, *Penelope disfa la tela: ma è davvero il caso di farne una tragedia? I fattori qualificanti i trattamenti inumani e degradanti nel sovraffollamento carcerario (ri)visti con approccio cumulativo da Strasburgo e le, evitabili, ricadute interne*, in *Giurisprudenza penale web*, 2017, 4; R. Del Coco, *Il sovraffollamento carcerario e l'ultimatum di Strasburgo*, in L. Marafioti-N. Pisani-R. Del Coco, *Emergenza carceri: radici remote e recenti soluzioni normative*, Atti del Convegno, Teramo, 6 marzo 2014, Torino, Giappichelli, 2014, p. 16 ss.

⁴⁹ Ciò che, secondo M. Maffei, *Gli interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di sovraffollamento penitenziario. Rimedi per una esecuzione conforme al dettato costituzionale*, cit., p. 120, rappresenterebbe l'equipollenza tra un fatto riduttivo complesso (condizioni di vita particolarmente afflittive), il cui onere probatorio contrario è a carico dello Stato, e un dato effetto incompatibile con l'art. 3 Cedu (la sottoposizione a trattamento disumano).

⁵⁰ In questi termini, A. Albano-F. Picozzi, *Contrasti giurisprudenziali in materia di (misurazione dello) spazio detentivo minimo: lo stato dell'arte*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, p. 2, che ricordano, a tal proposito, la nota opinione dissenziente del giudice Zagrebelsky, alla quale aderì anche la Giudice Jociene, allegata a Corte e.d.u., 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, cit.

⁵¹ Corte e.d.u., 31 luglio 2014, *Tatishvili c. Grecia*; Id., 22 luglio 2014, *Bulatovic c. Montenegro*; Id., 5 giugno 2014, *Tereshchenko c. Russia*; Id., 12 dicembre 2013, *Kanakis c. Grecia*; Id., 2 aprile 2013, *Olszewski c. Polonia*; Id., 8 gennaio 2013, *Nieciecki c. Grecia*; Id., 1 marzo 2012, *Dmitriy Sazonov c. Russia*; Id., 10 gennaio 2012, *Ananyev ed altri c. Russia*, cit.

⁵² Corte e.d.u., 12 marzo 2015, *Mursic c. Croazia*, con la quale la Corte europea, pur ammettendo che l'«estrema mancanza di spazio in una cella di un carcere ha un grosso peso fra gli aspetti da prendere in considerazione allo scopo di stabilire se le condizioni detentive impugnate siano “degradanti” dal punto di vista dell'art. 3», ha puntualizzato che la violazione *de qua* si produce per il complessivo sommarsi di fattori concomitanti, quali la durata della detenzione, la possibilità di attività all'aperto, le condizioni fisiche e mentali del detenuto e che tali elementi devono essere accertati e ponderati dal giudice nel caso concreto. V., in dottrina, F. Fiorentin, *Il vaso di Pandora scoperto: la violazione dell'art. 3 CEDU per (mal)trattamenti detentivi tra accertamento “multifattoriale” e giurisprudenza europea. Appunti a margine della sentenza Corte EDU, 12 marzo 2015, Muršič c. Croazia*, in *Arch. pen.*, 2015, 3, p. 6.

⁵³ Per tali osservazioni, v. E. Quarta, *La logica del giudice di fronte alla complessa equazione dell'art. 35-ter o.p. Un affascinante viaggio alla ricerca dei valori incogniti*, Lecce, Congedo Editore, 2017, p. 73.

per sé, una forte presunzione di violazione dell'art. 3 Cedu, la Corte europea aveva risolto il caso ritenendo che le condizioni di detenzione, pur talora inadeguate, non avessero raggiunto la soglia di gravità necessaria per qualificare il trattamento come inumano e degradante. A conclusioni solo parzialmente difformi era, poi, giunta la Corte europea, investita del compito di rivalutare il caso Ananyev nella sua composizione allargata. La pronuncia della Grande Camera⁵⁴, pur ribadendo la difficoltà di vincere la presunzione di violazione dell'art. 3 Cedu in caso di spazio riservato al detenuto in cella collettiva inferiore ai 3 metri quadrati e soprattutto in caso di permanenza prolungata, aveva ribadito che tale presunzione non è assoluta, potendo dunque essere confutata dalla valutazione degli effetti complessivi della carcerazione, con il conseguente obbligo in capo al Governo resistente di dimostrare la contemporanea sussistenza di fattori idonei a compensare tale spazio limitato. Tra questi elementi, venivano in rilievo: 1) la brevità, l'occasionalità e la non particolare importanza delle riduzioni dello spazio minimo richiesto *pro capite* nelle celle collettive; 2) una sufficiente libertà di movimento e la possibilità di svolgere adeguate attività al di fuori della cella; 3) l'adeguatezza delle condizioni generali di detenzione dell'interessato senza che concorrano altri fattori tali da aggravarne la portata.

Analogamente, si è osservato che, se il mancato rispetto della predetta misura dei 3 metri quadrati costituisce una «presunzione, forte ma non inconfutabile, di violazione» – una “strong presumption” di trattamento contrario ai contenuti della previsione convenzionale – essa sia considerata a determinate condizioni bilanciabile⁵⁵.

Peraltro, anche quando la superficie detentiva sia pari o superiore al limite dei 3 metri quadrati, ma inferiore ai 4, così come ritenuto auspicabile dal C.P.T., la Corte europea ha ritenuto integrarsi la violazione dell'art. 3 Cedu se tale condizione risulti combinata ad altri aspetti di inadeguatezza della detenzione, quali la durata della reclusione⁵⁶, una condizione di ventilazione e accesso alla luce naturale carenti⁵⁷, la mancata possibilità di utilizzare i servizi igienici privatamente⁵⁸, un accesso limitato alla passeggiata all'aria aperta⁵⁹ o la totale mancanza di intimità nella cella⁶⁰.

Infine, allorché il soggetto recluso disponga di più di 4 metri quadrati in una cella collettiva, rimangono comunque rilevanti altri aspetti che riguardano la detenzione ai fini della valutazione di conformità alla previsione convenzionale.

Da quanto detto, emerge, allora, come la possibilità di rintracciare un concreto trattamento punibile secondo l'art. 3 Cedu trovi riscontro in un complesso di valutazioni che lasciano un grande margine decisionale al giudice, in quanto, anche a prescindere dal dato dimensionale, egli dovrà vagliare tutti i requisiti possibili per provare che le sofferenze patite dal reo abbiano raggiunto la soglia dell'“inumano e degradante”.

In una rapida carrellata, senza pretesa di esaustività, si osserva, dunque, come tali criteri ulteriori siano dati da una somma di fattori positivi, come il trascorrere una parte considerevole della giornata

⁵⁴ Corte e.d.u., Grande Camera, 20 ottobre 2016, *Mursic c. Croazia*, cit.

⁵⁵ Tra le tante, Cass., sez. I, 3 luglio 2017, n. 39294, in *www.cortedicassazione.it*. Nella giurisprudenza europea, v. Corte e.d.u., Grande Camera, 15 dicembre 2016, *Khalifa e altri c. Italia*, secondo cui «la presunzione in questione può essere confutata in particolare dagli effetti complessivi degli altri aspetti delle condizioni di detenzione, tali da compensare in maniera adeguata la mancanza di spazio personale» e questi elementi sono cumulativamente «la durata e l'ampiezza della restrizione, il grado di libertà di circolazione e l'offerta di attività all'esterno della cella, nonché del carattere generalmente decente o meno delle condizioni di detenzione nell'istituto». In questa direzione è anche Corte e.d.u., 8 luglio 2014, *Dulbastru c. Romania*, che ha respinto il ricorso di un detenuto, il quale, pur godendo di uno spazio personale inferiore alla soglia dei 3 metri quadrati, godeva però di grande libertà di movimento all'interno della struttura di detenzione. Nella giurisprudenza di merito, v. Mag. sorv. Genova, ord., 22 agosto 2014; Mag. sorv. Trieste, ord., 8 luglio 2014, che valorizzano l'importanza delle ore trascorse in cella aperta o nello svolgimento di lavoro all'esterno. V., invece, Mag. sorv. Genova, ord., 26 settembre 2014, in *www.conams.it*, che osserva come l'ammissione al regime aperto delle celle costituisca un “correttivo sufficiente” alla mancanza dei 3 mq soltanto se si combina «con l'ammissione al lavoro esterno per un significativo numero di ore» e, dunque, considera i due parametri cumulativamente.

⁵⁶ Corte e.d.u., 8 novembre 2005, *Alver c. Estonia*; Id., 15 luglio 2002, *Kalachnikov c. Russia*; Id., 6 marzo 2001, *Dougoz c. Grecia*.

⁵⁷ Corte e.d.u., 9 ottobre 2008, *Moisseiev c. Russia*; Id., 12 giugno 2008, *Vlassov c. Russia*; Id., 18 ottobre 2007, *Babouchkine c. Russia*; Id., 19 luglio 2007, *Trepachkine c. Russia*; Id., 19 aprile 2001, *Peers c. Grecia*.

⁵⁸ Corte e.d.u., 6 dicembre 2007, *Lind c. Russia*, cit.

⁵⁹ Corte e.d.u., 17 gennaio 2012, *István Gábor Kovács c. Ungheria*.

⁶⁰ Corte e.d.u., 1 marzo 2007, *Belevitskiy c. Russia*; Id., 2 giugno 2005, *Novoselov c. Russia*; Id., 2 giugno 2005, *Khoudoyorov c. Russia*.

fuori dalle celle, le ore in “socialità”, la possibilità di frequentare laboratori, corsi o altre attività, e fattori negativi di conferma del precario stato della qualità della vita, quali il numero di letti insufficienti, la mancata possibilità di fruire dei servizi igienici in modo riservato, l’insalubrità, le scarse condizioni di illuminazione o areazione e di accesso a luce ed aria naturali, la scarsa qualità e quantità del cibo somministrato, la mancanza di acqua calda, quantomeno nei locali in cui sono collocate le docce e la poca frequenza di accesso alle stesse, l’omessa erogazione del riscaldamento, la mancanza di adeguate condizioni igieniche, le infestazioni parassitarie, l’esposizione forzata al fumo passivo, e così via.

Allo stesso tempo, anche criteri di tal fatta non possono essere considerati in termini assoluti, in quanto, come osservato in dottrina, in un caso di una cella mal aerata e mal illuminata, tale condizione potrebbe non violare o violare l’art. 3 Cedu a seconda che il detenuto vi debba trascorrere solo il tempo del sonno o l’intera giornata, salvo l’ora d’aria⁶¹. Se, infatti, appare indispensabile tener conto dell’effetto cumulativo delle condizioni di detenzione, la questione dello spazio personale non può che essere considerata nel contesto del regime applicabile, che consente ai detenuti di beneficiare di una maggiore libertà di movimento nel corso della giornata rispetto a coloro i quali sono sottoposti ad altro regime detentivo, potendo così costituire una compensazione sufficiente alla scarsa assegnazione di spazio per il condannato⁶².

Ne discende dunque come, pur in presenza di ritenute violazioni oggettivamente rilevanti, sia sempre necessario calare la valutazione nel caso concreto per verificare, in uno tra tutti gli elementi di contesto, la sussistenza o meno di un pregiudizio effettivo.

Ciò detto, possono essere altre le variabili che determinano l’integrarsi della violazione, come ad esempio l’inadeguatezza delle prestazioni sanitarie assicurate al detenuto⁶³ o la restrizione detentiva in condizioni di salute incompatibili con il carcere⁶⁴. Al proposito si è infatti correttamente osservato come quello relativo al rispetto della salute dei detenuti sia «*un terreno decisivo in cui misurare l’umanità e la qualità del nostro sistema penitenziario*»⁶⁵, in quanto, pur nelle fisiologiche necessità legate alla carcerazione, la salute e il benessere del detenuto devono essere garantiti in maniera adeguata⁶⁶.

Si inscrivono in questo filone una serie di pronunce che hanno visto, da una parte, condannato uno Stato⁶⁷ per aver inflitto un trattamento inumano e degradante ad un detenuto, affetto da AIDS, al quale era stata prolungata la custodia cautelare nonostante le gravi condizioni di salute ed al quale non era stata garantita adeguata assistenza medica, ricordandosi come l’art. 3 Cedu imponga agli Stati l’obbligo di assicurare al detenuto, sia pure nell’ambito di un inevitabile bilanciamento con le esigenze legate alla limitazione della libertà personale, condizioni detentive adeguate al tipo di malattia. Da altra parte, si è anche affermato⁶⁸ il fondamentale principio secondo cui un trattamento medico adeguato a beneficio

⁶¹ Per tutte queste considerazioni, v. G. Giostra, *Sub art. 35-ter*, cit., p. 418.

⁶² Corte e.d.u., 17 ottobre 2013, *Vladimir Belyayev c. Russia*; Id., 27 giugno 2013, *Yepishin c. Russia*; Id., 27 novembre 2012, *Kulikov c. Russia*; Id., 23 ottobre 2012, *Dmitriy Rozhin c. Russia*; Id., 22 ottobre 2009, *Norbert Sikorski c. Polonia*; Id., 10 settembre 2009, *Shkurenko c. Russia*.

⁶³ Corte e.d.u., 22 aprile 2014, *G.C. c. Italia*.

⁶⁴ Corte e.d.u., 11 febbraio 2014, *Contrada c. Italia*, in cui è stata riscontrata la violazione dell’art. 3 Cedu per il ritardo con il quale l’autorità giudiziaria aveva accolto la richiesta di detenzione domiciliare per motivi di salute di un soggetto ottantatreenne in presenza di certificati medici che ne attestavano l’incompatibilità con lo stato di detenzione; cfr., altresì, Corte e.d.u., 7 febbraio 2012, *Cara-Damiani c. Italia*, in cui la Corte EDU ha affermato che, sebbene dalla Cedu non derivi per gli Stati un generico dovere di rimettere in libertà o garantire ricovero in struttura ospedaliera esterna ad ogni detenuto che soffra di gravi patologie, tuttavia l’art. 3 Cedu impone in ogni caso agli Stati di proteggere l’integrità fisica delle persone private della libertà, con la conseguenza che mantenere in detenzione una persona tetraplegica o in ogni caso gravemente handicappata, in condizioni inadatte al suo stato di salute, costituisce trattamento degradante ai sensi dell’art. 3 Cedu.

⁶⁵ In questi termini, N. Mazzamuto, *Ridentem dicere verum: quid vetat? Il sistema sanzionatorio e penitenziario italiano “messo alla prova” dopo la sentenza Torreggiani*, in A. Bernardi-M. Venturoli (a cura di), *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell’esperienza comparata*, cit., p. 126, il quale osserva che il problema non è solo quello di curare bene chi sia già ammalato, ma anche di evitare che in carcere si ammali chi vi sia entrato sano, suggerendo come, per perseguire un tale fine sia necessario «*ricreare una nuova medicina penitenziaria che sia sempre più medicina preventiva e di comunità in sinergia con il complessivo sistema sanitario che offre le sue migliori competenze e professionalità e riconosca le specificità e le priorità del paziente detenuto!*».

⁶⁶ Corte e.d.u., 22 ottobre 2009, *Norbert Sikorski c. Polonia*, cit.; Id., Grande Camera, 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*; Id., Grande Camera, 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*; Id., Grande Camera, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, cit.

⁶⁷ Corte e.d.u., 12 gennaio 2016, *Khayletdinov c. Russia*.

⁶⁸ Corte e.d.u., Grande Camera, 23 marzo 2016, *Blokhin c. Russia*, cit.

dei detenuti non si esaurisce nella garanzia di visite diagnostiche o nella prescrizione di farmaci, ma comprende anche l'obbligo per l'autorità penitenziaria di monitorare le condizioni di salute della persona detenuta, in modo da somministrarle le terapie necessarie in ragione dell'evoluzione del quadro clinico. Ciò in quanto, in definitiva, sulla salute non sono ammessi sconti di tutela e, secondo la Corte, alla persona detenuta deve essere garantito un livello di assistenza comparabile a quello che lo Stato assicura ai cittadini liberi, pena la violazione dell'art. 3 Cedu, a prescindere dalle altre condizioni di detenzione⁶⁹.

Peraltro, oltre ai criteri di "quantità", rilevano certamente le "qualità" delle violazioni; infatti, come chiarito in altra pronuncia, «per rientrare nell'ambito dell'applicazione dell'art. 3 della Convenzione, un maltrattamento deve raggiungere un livello minimo di gravità. La valutazione di questo minimo è relativa: dipende dal complesso degli elementi di causa, in particolare, dalla durata del trattamento e dei suoi effetti fisici o psicologici nonché, talvolta, dal sesso, dall'età e dallo stato di salute della vittima»⁷⁰.

A dati oggettivi, dunque, si sommano considerazioni di tipo soggettivo, essendo peraltro coerente con il cd. *individualised assessment*, ossia la valutazione individualizzata dei connotati personologici del singolo detenuto, che permea di sé l'intero segmento dell'esecuzione della pena, verificare quale sia stata l'incidenza della presunta violazione su "quel" preciso soggetto. Ciò, peraltro, nella consapevolezza che la medesima situazione vissuta da soggetti con caratteristiche psico-fisiche diverse ben può portare ad esiti differenti nel senso dell'avvenuta o meno violazione della previsione convenzionale⁷¹. Basti pensare, a titolo esemplificativo, alla diversa percezione che si avrebbe di una cella con scarse condizioni di areazione laddove la stessa fosse occupata da un soggetto sano oppure da taluno affetto da problematiche d'asma o disturbi respiratori.

Non solo l'*an* e il *quantum*, dunque, ma anche il *quomodo*. Ciò, però, si badi bene, non al fine di graduare la risposta compensativa o risarcitoria – che, come accennato, è fissa e immutabile, salvo il diritto al risarcimento del danno da liquidarsi in sede civile – bensì al fine di corroborare di quanti più dati possibile la valutazione relativa operata dal giudice circa il rispetto o meno della previsione convenzionale.

Infine, per stabilire se un trattamento possa essere ritenuto inumano o degradante ai sensi dell'art. 3 Cedu, la Corte alsaziana valuta anche se lo scopo perseguito dall'amministrazione penitenziaria sia stato quello di umiliare e di denigrare l'interessato, pur non potendosi escludere che, in assenza di uno obiettivo di questo tipo, vi sia stata comunque una violazione. Come accennato, le misure privative della libertà personale determinano ineluttabilmente sofferenza personale e umiliazione e, tuttavia, si impone come necessario che lo Stato si accerti che venga sempre rispettata la dignità umana del detenuto, che le modalità della carcerazione non lo sottopongano a uno *stress* o a una prova maggiore rispetto a quello connotato allo *status detentionis* e che sia assicurato il massimo rispetto alla tutela della salute⁷².

L'ANNOSA QUESTIONE DEI CRITERI DI CALCOLO DEI 3 METRI QUADRATI

Peraltro, nemmeno il criterio dei tre metri quadrati adottato dalla sentenza Torreggiani risulta di

⁶⁹ V., per approfondimenti, L. Degl'Innocenti-F. Faldi, *Il rimedio risarcitorio ex art. 35-ter ord. pen. e la tutela dei diritti del detenuto*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 99 s.

⁷⁰ Corte e.d.u., 1 settembre 2015, *Khlaifia e altri c. Italia*.

⁷¹ Cfr. Corte e.d.u., 5 ottobre 2017, *Abele c. Finlandia*, che, pur nel rispetto dei 3 metri quadrati come spazio minimo vitale, aveva ritenuto sussistente il trattamento disumano e degradante in considerazione della disabilità sensoriale del reclamante, sordomuto dalla nascita, tanto da averlo condotto a sperimentare sentimenti di angoscia e di inferiorità (*to experience anguish and feelings of inferiority*) o Corte e.d.u., 6 dicembre 2007, *Lind c. Russia*, cit., che ha affermato che il fatto che il ricorrente fosse stato costretto a vivere, dormire e usare il bagno nella stessa cella e alla presenza di tutti gli altri detenuti era in sé condizione sufficiente per sottomettere il ricorrente a una sofferenza tale da eccedere il livello inevitabile inerente la detenzione e per creare dei sentimenti di angoscia, paura e inferiorità tali da umiliarlo e avvilirlo; il tutto aggravato dal fatto che il ricorrente soffriva di una patologia renale cronica e che nessun trattamento gli fosse stato somministrato.

⁷² Cfr. art. 5, parte seconda, Risoluzione ONU, 30 agosto 1955, "Regole minime per il trattamento dei detenuti", secondo cui «la carcerazione e le altre misure che hanno per effetto di togliere un delinquente dal mondo esterno sono afflittive per il fatto stesso che tolgono all'individuo il diritto di disporre di sé stesso e lo privano della libertà. Salvo le misure di segregazione giustificate, e quelle necessarie per il mantenimento della disciplina, il sistema penitenziario non deve, perciò, aggravare le sofferenze inerenti a tale situazione».

univoca interpretazione né, invero, di facile recepimento⁷³, non essendo chiarito in maniera assoluta come debbano essere computati i medesimi e se si debba valutare lo spazio contenuto nella cella al lordo dei mobili, definendo così il cd. “spazio vitale”, ovvero al netto degli arredi fissi, indagando dunque il cd. “spazio abitabile”, ovvero ancora calcolando lo “spazio calpestabile”, ossia quello al netto di ogni tipo di ingombro.

La giurisprudenza di legittimità, sul tema della compatibilità degli spazi carcerari con i principi espressi nell’art. 3 Cedu, ha elaborato, in conformità alla stessa evoluzione della giurisprudenza convenzionale, non criteri rigidi ma opzioni interpretative connotate da quella necessaria elasticità che consente una globale valutazione delle condizioni generali di detenzione. In particolare, nel nostro Paese, la Corte di cassazione⁷⁴ risulta essersi assestata sull’opzione interpretativa che individua «*la superficie di tre metri quadrati come c.d. “spazio individuale minimo”⁷⁵ di disponibilità del singolo detenuto in cella collettiva e, pertanto, non come rigido criterio dimensionale, quanto, piuttosto, indice di riferimento, a partire dal quale deve effettuarsi ogni altra valutazione necessaria all’accertamento della lesione dei diritti del detenuto*».

Ebbene, seppure nelle più recenti sentenze di legittimità⁷⁶, si sia dato atto del consolidamento di tale principio anche nell’ambito della giurisprudenza convenzionale⁷⁷, considerando la pronuncia della Grande Camera nel caso Mursic «*espressione di quel diritto convenzionale consolidato, idoneo a generare l’onere di interpretazione adeguatrice in capo al giudice comune italiano*»⁷⁸, non è difficile riscontrare come, partendo da questo dato assodato, proprio i consiglieri di piazza Cavour si siano discostati dai criteri di calcolo “geometrico” enucleati da quella pronuncia per riconoscere una tutela ancora più ampia al detenuto.

La Grande Camera del caso Mursic⁷⁹, infatti, con sentenza del 20 ottobre 2016, non ha solo ribadito che, in caso di sovraffollamento grave, la mancanza di spazio in cella costituisce l’elemento centrale di cui tener conto, confermando come il limite dei 3 metri quadrati debba rimanere la soglia minima pertinente ai fini della valutazione. Essa, infatti, per quel che qui maggiormente rileva con riferimento alle modalità di computo, è arrivata ad affermare che «*per calcolare la superficie minima di spazio personale da assegnare a un prigioniero nella cella collettiva, non deve calcolarsi quella del bagno ma deve includersi lo spazio occupato dai mobili; in tal senso è fondamentale determinare se i detenuti abbiano la capacità di muoversi normalmente nella cella*».

Come si vedrà si tratta di un’interpretazione – per certi versi considerata un passo indietro rispetto agli approdi raggiunti in sede sovranazionale⁸⁰ – rispetto alla quale i giudici interni hanno adottato atteggiamenti contrastanti. Se le Corti di legittimità, nell’interpretazione oggi dominante, hanno mostrato di volersi discostare da quella predeterminazione dei criteri di calcolo che – a detrimento del detenuto – ricomprendeva, come visto, lo spazio destinato alla mobilia, non sempre così si è verificato nella giuri-

⁷³ V. G. Giostra, Sub art. 35-ter, cit., p. 418.

⁷⁴ Su tutti, da ultimo, Cass., sez. IV, 10 gennaio 2019, n. 1562, in *www.dirittoegiustizia*, 15 gennaio 2019.

⁷⁵ Parla di «*diritto ad uno spazio personale minimo*» A. Gargani, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell’esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1272; v., altresì A. Albano-F. Picozzi, *Considerazioni sui criteri di calcolo dello spazio detentivo minimo*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2673.

⁷⁶ Cass., sez. I, 26 maggio 2017, n. 41211, in *CED Cass.*, n. 271087.

⁷⁷ Il riferimento è, non solo a Corte e.d.u., Grande Camera, 20 ottobre 2016, *Mursic c. Croazia*, cit., ma anche a Corte e.d.u., 25 aprile 2017, *Rezmives ed altri c. Romania*.

⁷⁸ Cass., sez. II, 10 marzo 2017, n. 11980, in *CED Cass.*, n. 269407. V., altresì, Cass., sez. I, 21 luglio 2017, n. 39585, in *www.cortedicassazione.it*; Cass., sez. I, 3 luglio 2017, n. 39294, cit.; Cass., sez. I, 15 marzo 2017, n. 31475, in *CED Cass.*, n. 270842; Cass., sez. I, 9 settembre 2016, n. 26357, in *Riv. pen.*, 2017, p. 647.

⁷⁹ Cfr. Corte e.d.u., Grande Camera, 20 ottobre 2016, *Mursic c. Croazia*, cit. In dottrina, v. F. Cancellaro, *Carcerazione in meno di 3 metri quadri: la Grande Camera sui criteri di accertamento della violazione dell’art. 3 Cedu*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 13 novembre 2016; A. Meneghini, *Spazio detentivo minimo e violazione dell’art. 3 Cedu: per una lettura conforme ai canoni di dignità e umanità della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 122.

⁸⁰ In Corte e.d.u., 26 novembre 2013, *Cojaca c. Romania*, la Corte europea aveva affermato che «*dallo spazio personale deve essere sottratto quello occupato dagli arredi*» oppure, secondo Corte e.d.u., 1 aprile 2014, *Enache c. Romania*, solo quello dei letti. *Contra*, nel senso della valutazione della superficie minima al lordo del mobilio, v. Corte e.d.u., 22 aprile 2014, *G.C. c. Italia*, cit.; Id., 5 marzo 2013, *Tellissi c. Italia*; Id., 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, cit. In posizione mediana si colloca Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., nella quale, pur non operandosi il calcolo al netto della mobilia, si afferma la necessità di riconoscere alla riduzione dello spazio determinata dalla relativa presenza adeguata rilevanza. Analogamente a questa, Corte e.d.u., 19 febbraio 2013, *Ciolan c. Romania*; Id., 7 aprile 2009, *Branduse c. Romania*.

sprudenza di merito. Quest'ultima, infatti, sembra faticare ad ampliare la tutela del detenuto così come operato dalla Cassazione, quasi che un atteggiamento esterofilo di fondo la induca a considerare sempre preferibile la soluzione più severa raggiunta nella sede europea.

Così, nella ricognizione delle pronunce dei giudici di legittimità, seppure esistano dei precedenti in cui si è considerata la superficie della cella senza alcuna detrazione per il mobilio⁸¹, deve darsi atto di come il *trend* seguito, pur con i dovuti distinguo, sia ormai prevalentemente di segno opposto.

Tra queste, meritevole di menzione appare quella sentenza con la quale la Corte di cassazione ha stabilito che, al fine di calcolare lo spazio minimo vitale pari o superiore a tre metri quadri, si debba scomputare dalla superficie lorda della cella l'area occupata dagli arredi⁸². La *ratio* dell'esclusione dal computo dello spazio minimo vitale dei mobili risiede nell'ovvia constatazione che se di spazio vitale trattasi, esso debba garantire vitalità e, dunque, esplicazione di energie vitali, in altre parole libertà di movimento del soggetto recluso.

L'esclusione dallo spazio vitale degli ingombri fissi ha poi, inevitabilmente, suscitato il dibattito anche sull'impatto che assume in tale calcolo lo spazio destinato al letto all'interno della camera detentiva.

Ad un'impostazione che ha concluso nel senso della sostenibilità dell'inclusione di tale spazio nella superficie "utile", osservando che tale arredo copre una superficie, da un lato, non certamente "calpesta-bile", ma, dall'altro, fruibile quale seduta e quale sede di svolgimento di attività quotidiane, anche in orario diurno⁸³, se ne è invece andata affermando una di segno opposto. Secondo tale ultima corrente di pensiero, «per spazio minimo individuale in cella collettiva va intesa la superficie della camera detentiva fruibile dal singolo detenuto ed idonea al movimento, il che comporta la necessità di detrarre dalla complessiva superficie non solo lo spazio destinato ai servizi igienici e quello occupato dagli arredi fissi ma anche quello occupato dal letto»⁸⁴.

Dunque, può osservarsi come, pur partendo dal dato europeo, la giurisprudenza di legittimità nostrana, ormai dominante, abbia ritenuto di poter valutare lo spazio individuale minimo intramurario intendendo la sola superficie fruibile ed idonea al movimento, detraendo, oltre al bagno, anche le superfici occupate dagli arredi fissi e da qualsiasi arredo dal peso consistente e dunque non agevolmente amovibile⁸⁵, ma costituente "ingombro"⁸⁶, come appunto devono essere considerati anche i letti, individuali o a castello.

⁸¹ Cass., sez. I, 27 settembre 2013, n. 42901, in *www.dirittoegiustizia.it*, 21 ottobre 2013. Osservano, peraltro, A. Albano-F. Piccozzi, *Contrasti giurisprudenziali in materia di (misurazione dello) spazio detentivo minimo: lo stato dell'arte*, cit., p. 9, come trattasi altresì della linea emeneutica fatta propria dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria nell'espletamento della propria attività difensiva, sulla base della Lettera circolare DAP, 18 aprile 2014, n. 0145780, "Contenzioso ai sensi degli artt. 35-bis e 69 o.p. Reclami in tema di calcolo dello spazio detentivo pro capite" e che tale impostazione trova altresì sostegno nel decreto dell'allora Ministro della Sanità 5 luglio 1975, recante "Modificazioni alle istruzioni ministeriali 20 giugno 1986, relativamente all'altezza minima ed ai requisiti igienico-sanitari principali dei locali di abitazione" e nella normativa in tema di calcolo della superficie catastale degli immobili, contenuta nell'allegato C del d.p.r. 23 marzo 1998, n. 138, che non considerano gli immobili al netto dei giacigli.

⁸² Cass., sez. I, 19 dicembre 2013, n. 5728, in *CED Cass.*, n. 257924 e Cass., sez. I, 19 dicembre 2013, n. 5729, in *www.cortedicassazione.it*. In senso conforme, Cass., 10 gennaio 2017, n. 835. V. anche Cass., sez. VII, 18 novembre 2015, n. 3202 e Cass., 27 novembre 2014, *Min. giust. c. Vecchina*, in *CED Cass.*, n. 262352.

⁸³ Cass., sez. I, 19 dicembre 2013, n. 5728, cit., la quale, sempre nel senso della valutazione dello spazio come effettivamente disponibile per i singoli detenuti sulla base del fatto che trattasi di parte della cella fruibile per la vita quotidiana, ha ulteriormente affermato la computabilità nella misura dei tre metri quadrati dello spazio non occupato da arredi fissi eventualmente destinato a "cucina", poiché «il confezionamento del cibo e l'approntamento dei generi alimentari e delle bevande costituiscono un momento significativo della vita quotidiana, anche sotto l'aspetto della socializzazione».

⁸⁴ Cfr. Cass., sez. I, 9 settembre 2016, n. 52819, in *CED Cass.*, n. 268231. In senso conforme, Cass., sez. I, 19 ottobre 2017, n. 49793, in *www.dirittoegiustizia.it*, 31 ottobre 2017; Cass., sez. I, 11 settembre 2017, n. 41217; Cass., sez. I, 26 maggio 2017, n. 41211, cit.; Cass., sez. I, 21 aprile 2017, n. 1476; Cass., sez. I, 14 marzo 2017, n. 12338, in *www.cortedicassazione.it*; Cass., sez. I, 19 gennaio 2017, n. 175; Cass., sez. I, 17 novembre 2016, n. 3547; Cass., sez. I, 17 novembre 2016, n. 13124, in *CED Cass.*, n. 269514; Cass., sez. I, 9 settembre 2016, n. 2690. In dottrina, v. F. Fiorentin, *Rimedi risarcitori per l'inumana detenzione: il giudice ordinario come l'asino di Buridano*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1185; M. Mariotti, *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? La Cassazione interpreta la giurisprudenza di Strasburgo in modo particolarmente favorevole ai detenuti*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2017, 3, p. 311 ss.

⁸⁵ Cfr. Cass., sez. I, 21 aprile 2017, n. 22929, in *www.dirittoegiustizia.it*, 11 maggio 2017; Cass., sez. I, 21 aprile 2017, n. 22931, in *www.cortedicassazione.it*; Cass., sez. I, 17 novembre 2016, n. 24089, in *www.cortedicassazione.it*; Cass., sez. I, 17 novembre 2016, n. 16418, in *www.cortedicassazione.it*; Cass., sez. I, 17 novembre 2016, n. 13124, cit.; Cass., sez. I, 9 settembre 2016, n. 52819, cit. In dottrina, v. M. Passione, *35-ter o.p.: effettivamente c'è un problema*, in *Giur. pen. web.*, 2017, 3, p. 20 ss.

⁸⁶ Cfr., sulla scorta della citata sentenza di Cass., sez. I, 9 settembre 2016, n. 52819, cit., anche Mag. sorv. Ancona, ord. 1 marzo 2017, in E. Quarta, *La logica del giudice di fronte alla complessa equazione dell'art. 35-ter o.p. Un affascinante viaggio alla ricerca dei valori incogniti*, cit., p. 78 s., la quale osserva come il giudice marchigiano, allineandosi perfettamente alle coordinate interpreta-

Come rilevano i giudici di legittimità, infatti, il letto a castello, di prassi utilizzato per consentire l'alloggio di più detenuti nella stessa camera, presenta un peso tale da non poter essere spostato ed è quindi idoneo a restringere, al pari degli armadi appoggiati o infissi stabilmente al suolo, lo spazio, all'interno della camera detentiva e a costituire un ingombro; inoltre, dovendosi intendere la porzione di spazio individuale minimo come superficie funzionale alla libertà di movimento del recluso, già di per sé fortemente limitata dall'esperienza segregativa, non può essere considerata superficie "utile" alla integrazione della quota di spazio minimo individuale, quella occupata da tale tipo di letto (di norma non compatibile neanche con una seduta eretta) destinata, invece, esclusivamente a finalità di riposo⁸⁷.

Come osservato in dottrina, il "riposo" o l'attività "sedentaria" afferiscono a funzioni indubbiamente vitali; si tratta tuttavia di dinamiche organiche strutturalmente e fisiologicamente diverse dal movimento, il quale postula, infatti, per il suo naturale esplicarsi, uno spazio ordinariamente libero⁸⁸, di talché nella quantificazione della superficie minima dei tre metri quadri non può essere inclusa quella occupata dal letto. Così facendo, dunque, si è arrivati ad affermare un qualcosa di coerente con l'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea, ma – come accennato – di molto più ampio, non essendosi in quella sede espressamente esclusa la computabilità di tale arredo.

Si tratta di un ragionamento pienamente condivisibile sia per il letto individuale sia, *a fortiori*, per quello a castello, anche perché, come giustamente si è fatto notare⁸⁹, lo spazio occupato dal letto montato a castello inficia la qualità della vita all'interno della cella in maniera considerevole; basti pensare all'ingombro e all'oppressione che la sola presenza dell'ulteriore branda comporta in termini di visuale, di volume disponibile e di vivibilità generale dello spazio⁹⁰.

Secondo la medesima impostazione giurisprudenziale particolarmente propensa alla più ampia tutela del detenuto mediante un calcolo rigoroso di quanto impedisca movimento all'interno della cella, deve essere detratto dal computo della superficie utile lo spazio degli armadi – appoggiati o infissi stabilmente alle pareti o al suolo – che per la collocazione degli effetti personali assumono dimensione e pesantezza tale da non consentirne lo spostamento e da occupare uno spazio complessivo a detrimento di quello calpestabile⁹¹.

Inoltre, se per taluno non rilevano nel computo gli altri arredi che possono essere facilmente trasportati o che sono installati come pensili⁹², secondo altre pronunce, invece, non si può includere nello spazio "vivibile" la superficie coperta da armadi e stipetti, anche se pensili, poiché la loro collocazione ad altezza utile implica la non fruibilità, ovvero la fruibilità molto limitata, dello spazio sottostante solo "teoricamente" calpestabile.

Ad opposta conclusione deve giungersi, invece, per sedie, tavolo e sgabelli, sia perché non "fissi",

tive enunciate dal più recente indirizzo della Cassazione che richiama, non utilizza più il criterio dello "spazio a destinazione specifica" (che, va detto, si sarebbe attagliato anche al caso delle colonne di letti a castello presenti nella cella del ricorrente), ma guarda al più "tradizionale" criterio dell'"ingombro" causato da arredi di dimensioni e peso notevoli e pertanto non facili da aggiungere o spostare. In dottrina, v. F. Fiorentin, *Risarcimenti per la detenzione in condizioni inumane o degradanti: il giudice italiano guarda alla giurisprudenza Mursic (e oltre) per il bilanciamento dei criteri di accertamento*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, pp. 1-3. Nella giurisprudenza di merito, v. anche Mag. sorv. Catanzaro, ord. 21 luglio 2014, che, nel considerare lo spazio calpestabile, afferma la necessità di detrarre tanto l'area coperta dagli arredi fissi quanto quella occupata da letti o, addirittura, dagli sgabelli.

⁸⁷ Cass., sez. VI, 10 gennaio 2019, n. 1562, cit.

⁸⁸ In questi termini, R.G. Conti, *La nuova frontiera dopo la "Torreggiani": tracciati e prospettive per il giudice e il legislatore*, cit., p. 622.

⁸⁹ S. Ciuffoletti, *Il giudice di civil law davanti alla fonte giurisprudenziale. Considerazioni inattuali sull'(in)effettività del rimedio di cui all'art. 35-ter o.p. alla luce di due recenti ordinanze del magistrato di sorveglianza di Pisa*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2017, 12, p. 14.

⁹⁰ V. Mag. sorv. Lecce, ord. 9 giugno 2011, che ha stigmatizzato come il letto a castello debba essere tale da garantire una dignitosa vivibilità notturna e diurna e tale non era un letto posto a 50 cm dal soffitto della stanza, posto che una tale condizione non consente la possibilità di sedersi sul letto con busto eretto o semplicemente di alzarsi e coricarsi nel letto normalmente.

⁹¹ In questo senso, Cass., sez. VI, 10 gennaio 2019, n. 1562, cit., in un caso in cui la valutazione dei criteri di calcolo era preliminare rispetto alla decisione di respingere una richiesta di mandato d'arresto europeo per condizioni inumane. In senso conforme, sempre per una decisione sul Mae, Cass., sez. fer., 17 agosto 2017, n. 39207, in *www.dirittoegiustizia.it*, 23 agosto 2017. Nella medesima direzione, in sede civile, cfr. Cass. civ., sez. III, ord. 13 novembre 2018, n. 1564, in *www.dirittoegiustizia.it*, 23 gennaio 2019.

⁹² Ancora una volta, Cass. civ., sez. III, ord. 13 novembre 2018, n. 1564, cit.

sia perché utilizzabili per lo svolgimento delle attività diurne della vita quotidiana⁹³, dei quali, dunque si dovrà tenere conto nella valutazione della superficie lorda.

Se questo è il quadro dominante nella giurisprudenza di legittimità, appare allora evidente come l'impostazione che abbia prevalso sia stata quella che considera lo spazio disponibile come "libero", dovendo permettere il movimento e le connesse funzioni legate allo spostamento dinamico della persona, non a caso osservandosi come la cella sia uno spazio destinato a contenere il corpo del detenuto, che, in quanto persona vivente, deve poter muovere liberamente gli arti e deambulare agevolmente⁹⁴.

Certo, ancora una volta si osserva come si tratti di valutazioni meritevoli di plauso, ma non esaustive, poiché – a ben vedere – altri potrebbero essere i criteri da valorizzare nei singoli casi considerati. Tra questi, si dovrebbe certamente tener conto, nel computo dello spazio realmente fruibile, anche dell'allocatione degli arredi all'interno della cella, e così, ad esempio, oltreché dei pensili, anche dell'eventuale ancoraggio dei letti in area separata dai muri perimetrali della cella, tanto da lasciare degli spazi laterali piccoli e non fruibili, anziché un unico ampio spazio al centro della stanza.

Inoltre, resta fermo come l'interpretazione che esclude parte dell'arredamento dalla metratura della cella resti particolarmente difficoltosa nel suo accertamento giudiziale e foriera di rischi peculiari, essendosi osservato in dottrina il pericolo di giungere ad una "paradossale eterogenesi dei fini", in quanto l'amministrazione penitenziaria, al fine di evitare ricorsi e provvedimenti di condanna, potrebbe manipolare le dimensioni delle celle attraverso espedienti illegittimi, come la «*minimizzazione dell'arredo, lo spostamento di questo nel corridoio della sezione, ecc.*»⁹⁵.

Infine, come accennato, contraria alla sentenza Sciuto e alla corrente giurisprudenziale che, in via maggioritaria, l'ha seguita, esistono anche alcune pronunce di merito di segno diverso che affermano come «*gli arredi fissi (compreso il letto) non debbano essere sottratti nel computo dello spazio pro capite in cella*» e questo anche sulla base del fatto che i letti e gli arredi fissi, appunto, "costituiscono elemento essenziale per una corretta e ordinaria detenzione, in difetto del quale, come considerato in altre pronunce delle sezioni ordinarie, vi sarebbe una violazione del parametro Cedu"; ciò in quanto "il normale movimento in cella non è pregiudicato dagli arredi essenziali e indefettibili, ma evidentemente potrebbe conseguire ad altre cause"⁹⁶. Inoltre, per altre ordinanze, le brande sono utilizzate per distendersi e, dunque, rientrano nello spazio concretamente disponibile⁹⁷, oltreché essere fruibili quali sedute e quale sede di svolgimento di attività quotidiane, anche in orario diurno⁹⁸. Allo stesso modo, altre pronunce hanno ribadito che è sufficiente suddividere la superficie della camera di pernottamento [...] per il numero degli occupanti, senza tenere in alcun conto l'ingombro costituito dal mobilio, d'altro canto necessario per lo svolgimento [di] funzioni vitali (riposo, sonno, alimentazione)⁹⁹, anche perché – in definitiva – la valutazione non deve riguardare lo spazio calpestabile, ma quello utilizzabile per lo svolgimento

⁹³ Così Cass., sez. I, 19 dicembre 2013, n. 5728, cit. Conf., Cass., sez. I, 17 novembre 2016, n. 13124, cit. Analoghe considerazioni sono state svolte dalla giurisprudenza civile, di legittimità e di merito: cfr. Cass. civ., sez. I, 20 febbraio 2018, n. 4096, in CED Cass., n. 647236; Trib. civ. Genova, sez. I, 3 giugno 2015.

⁹⁴ Cass., sez. I, 9 settembre 2016, n. 26357, cit. V., altresì, Cass., sez. I, 9 settembre 2016, n. 52819, cit., che richiama il passaggio di Corte e.d.u., Grande Camera, 20 ottobre 2016, *Mursic c. Croazia*, cit., relativo alla possibilità di movimento nella cella.

⁹⁵ Cfr. A. Albano-F. Picozzi, *La Cassazione alle prese con la giurisprudenza CEDU sul sovraffollamento carcerario: anamorfosi della sentenza Mursic*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2875, nonché Id., *Contrasti giurisprudenziali in materia di (misurazione dello) spazio detentivo minimo: lo stato dell'arte*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, p. 12, dove si osserva che «*difficilmente si potrebbe obiettare ad una tale forma di ottemperanza, posto che le componenti dell'arredo di una camera non sono previste per legge. A ciò si aggiunga che la necessità di misurazione dei singoli elementi di arredo può comportare difficoltà e incertezze nella pianificazione amministrativa nonché appesantimento e conseguente rallentamento delle istruttorie in un filone di contenzioso che risulta già corposissimo, con conseguenze deleterie facilmente immaginabili*».

⁹⁶ V. Mag. sorv. Pisa, ord. 28 giugno 2017; Mag. sorv., Pisa, ord. 22 settembre 2017, con le osservazioni critiche di S. Ciuffoletti, *Il giudice di civil law davanti alla fonte giurisprudenziale. Considerazioni inattuali sull'(in)effettività del rimedio di cui all'art. 35-ter o.p. alla luce di due recenti ordinanze del magistrato di sorveglianza di Pisa*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2017, 12, p. 13, la quale osserva correttamente come, così facendo, si sia vanificato l'Ananyev test, «*essendo gli arredi essenziali e indefettibili, se anche questi occupano l'intero spazio all'interno della cella, posto che questo sia pari a 3 metri quadrati, non si ha violazione dell'art. 3 della Convenzione*».

⁹⁷ Mag. sorv. Padova, ord. 30 maggio 2013, commentata da L. Cesaris, *Prassi giudiziarie e sovraffollamento*, in *Dir. um. dir. intern.*, 2013, 1, p. 157 ss.

⁹⁸ Così Mag. sorv. Genova, ord. 12 settembre 2014.

⁹⁹ Così Trib. sorv. Venezia, 22 luglio 2014, nella quale però si valuta come il detenuto trascorresse ben 8 ore al giorno fuori dalla cella. In epoca immediatamente successiva alla pronuncia Sulejmanovic, in senso conforme, v. Mag. sorv. Lecce, ord. 9 giugno 2011, cit.

delle attività della vita quotidiana, che può svolgersi anche utilizzando il letto o rimanendo seduti su uno sgabello”¹⁰⁰.

Su una posizione intermedia si colloca poi altra giurisprudenza di merito che osserva come detrarre “sempre” il letto dal conteggio dei metri quadrati a disposizione potrebbe significare non considerare che il criterio adottato dalla Corte di Strasburgo, invece di essere puramente geometrico, appare funzionale e che, quindi, molto dipende dal come sono collocati i letti in una cella, quindi dalla possibilità di movimento dei detenuti¹⁰¹.

Ebbene, la reticenza osservata da taluna parte della magistratura di sorveglianza ad allinearsi alla consolidata giurisprudenza successiva alla sentenza Sciuto appare ingiustificata. D’altro canto, se è ben vero che i criteri dettati dalla Grande Camera Mursic erano meno stringenti per la valutazione del pregiudizio a detrimento del detenuto, è altrettanto vero che la stessa poneva dei criteri minimali, uno *standard* minimo di protezione, essendo del tutto libero il giudice interno, in ossequio al principio di sussidiarietà, di darne un’interpretazione più rigorosa, a maggior tutela dei diritti soggettivi dei detenuti.

CRITERI DI COMPUTO DEI SERVIZI IGIENICI E PROBLEMATICHE LEGATE AL CD. BAGNO “A VISTA”

Con riferimento ai criteri di calcolo della fatidica misura dei tre metri quadrati *pro capite* quale spazio minimo vitale all’interno della cella, autonoma questione ha costituito quella dell’inclusione o meno nel computo, oltre che degli arredi fissi e del letto, anche delle parti destinate ai servizi igienici¹⁰², connotate dal fatto di essere senza dubbio ingombranti, ma anche preordinate al soddisfacimento di esigenze del tutto diverse da quelle di movimento del soggetto recluso, quali l’igiene personale e l’espletamento delle funzioni vitali.

In particolare, in caso di mancata separazione dei sanitari dal resto della cella, non sono mancate le pronunce che hanno visto effettuare il computo mediante la sola detrazione delle “*installations sanitaires*” e, dunque, solamente dei sanitari e non della totalità del locale bagno¹⁰³. Si tratta di un’interpretazione che avrebbe potuto condurre alla situazione paradossale di poter detrarre l’intera area destinata ai servizi igienici nell’evenienza più fortunata di chiara distinzione dalla cella e di ritenere, invece, lo spazio immediatamente prospiciente l’ingombro del water e a ridosso del lavandino quale spazio vitale nella ben più gravosa situazione di una cella con bagno “a vista”. Un paradosso, che, nel caso esaminato dalla Corte, è stato scongiurato solo grazie alla considerazione di dati diversi rispetto alle dimensioni della stanza e alla valorizzazione della situazione di contesto, ivi inclusa la significativa mancanza di intimità nell’uso del bagno. Concetti che, talvolta, dovrebbe essere superfluo valorizzare, essendo pacifica la violazione dei principi basilari in materia di riservatezza, pudore e, conseguentemente, della dignità umana in simili circostanze.

Ciò detto, si deve del pari dare atto come la giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità, sia generalmente concorde nel ritenere che lo spazio dedicato ai servizi igienici non debba essere computato nella valutazione dello spazio minimo vitale. In questo caso, ad essere più severa, a danno del detenuto, è invece parte della dottrina, la quale osserva che il fatto che il bagno costituisca “una dotazione dei locali detentivi”, destinata ad un uso libero ed esclusivo da parte dei soggetti assegnati alla camera, potrebbe indurre a ricomprendere tale spazio nel calcolo della superficie “utile”, “fruibile”, sotto certi aspetti finanche “vivibile”¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Così Mag. sorv. Padova, ord. 10 luglio 2014.

¹⁰¹ V. Mag. sorv. Udine, ord. 9 febbraio 2017, commentata da D. Galliani, *L’interpretazione conforme a Costituzione e a giurisprudenza costituzionale. Il rimedio risarcitorio ex art. 35-ter ord. pen. applicato ai detenuti in stato di custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2017, 3, p. 333 ss.

¹⁰² Non viene incluso lo spazio destinato ai servizi igienici nel computo da parte di Corte e.d.u., 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, cit.; diversamente accade in altre pronunce, quali Corte e.d.u., 12 dicembre 2013, *Kanakis c. Grecia*, cit.; Corte e.d.u., 5 marzo 2013, *Tellissi c. Italia*, cit.; Corte e.d.u., 22 ottobre 2009, *Norbert Sikorski c. Polonia*, cit.

¹⁰³ Corte e.d.u., 16 maggio 2017, *Sylla et Nollomont c. Belgio*.

¹⁰⁴ In questi termini, A. Albano-F. Picozzi, *Contrasti giurisprudenziali in materia di (misurazione dello) spazio detentivo minimo: lo stato dell’arte*, cit., p. 12; D. Verrina, *Sub art. 6*, in V. Grevi-G. Giostra-F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2011, I, p. 122.

Sotto altro profilo – sempre attinente alle caratteristiche dei servizi igienici ma estraneo a valutazioni di natura geometrica – può riscontrarsi come uno degli elementi di valutazione circa la violazione dell’art. 3 della Convenzione sia dato proprio dalla mancanza di un locale bagno separato dal resto della cella.

Su quest’ultimo tema qualche indicazione viene data nella normativa penitenziaria, dal momento che il nuovo art. 8 ord. penit.¹⁰⁵ e l’art. 7 d.p.r. n. 230 del 2000 chiariscono, rispettivamente, che «*Nelle camere di pernottamento i servizi igienici, adeguatamente areati, sono collocati in uno spazio separato, per garantire la riservatezza*» e che «*I servizi igienici sono collocati in un vano annesso alla camera*». Se, dunque, i servizi igienici devono trovare allocazione “in uno spazio separato”, “in un vano annesso alla camera”, va da sé che la prospettiva del cd. bagno “a vista” non sia affatto contemplata nella normativa interna; ciò al fine di garantire alle persone ristrette la necessaria riservatezza, corollario della dignità che deve essere loro assicurata¹⁰⁶.

Tuttavia, nonostante le succitate prescrizioni, pre-esistenti e ancora da attuarsi¹⁰⁷, l’esperienza concreta mostra come non sempre il bagno si presenti come un locale separato rispetto alla cella; da ciò l’importanza di valutare se una tale deficienza – che si auspica possa essere definitivamente eliminata con l’entrata in vigore della nuova previsione – possa di per sé sola costituire trattamento disumano o degradante ai fini indicati dalla Convenzione.

Su questa tematica, meritevole di menzione si presenta una pronuncia assai recente della Suprema Corte di cassazione¹⁰⁸, la quale afferma un principio di diritto particolarmente significativo, ossia quello secondo cui: «*l’assenza di una effettiva e completa separazione tra il locale-bagno ed il resto della camera detentiva è fattore potenzialmente produttivo di un trattamento inumano o degradante – sia in camera detentiva singola (per questioni di decoro ed igiene, oltre che per la probabilità di osservazione dall’esterno di quanto accade nello spazio che dovrebbe essere riservato) che in camera detentiva collettiva, se ed in quanto a tale condizione sfavorevole si associno altri aspetti negativi della complessiva condizione vissuta dal soggetto recluso*».

Una sentenza – si è detto – particolarmente significativa nella parte in cui stigmatizza come, anche in cella singola, la presenza del cd. bagno “a vista” possa rappresentare un “concreto indicatore di trattamento degradante”, pur da valutarsi nel complesso contesto delle condizioni detentive.

I giudici di legittimità, quindi, non mancano di passare in rassegna i precedenti significativi sottoposti all’esame dei colleghi alsaziani su tematiche similari. Dapprima, rilevano come, già nella già citata decisione Mursic contro Croazia del 20 ottobre 2016, il tema della separazione effettiva tra il locale bagno e il restante ambito della camera detentiva fosse stato presupposto come necessario, sia nella parte in cui la pronuncia si riferiva al necessario utilizzo del locale bagno “in privato”, sia là dove si affermava espressamente l’esclusione di tale “locale” dal computo dello spazio minimo vitale. Ma il precedente più emblematico, in cui ritrovare le fondamenta del discorso fatto proprio dalla pronuncia nostrana, risiede nella sentenza Szafranski c. Polonia¹⁰⁹. In essa, il tema in discorso era stato ritenuto rilevante – avendo il ricorrente soggiornato in sette celle nelle quali le strutture sanitarie erano separate dal resto della cella solo da una divisione di pannelli di fibre e in mancanza di porte – ma si era, poi, pervenuti ad una valutazione negativa in punto di sussistenza della violazione dell’art. 3 Cedu, in virtù del fatto che, in quella data circostanza, la mancanza di riservatezza fosse risultato l’unico profilo negativo di una condizione detentiva complessiva, per il resto più che adeguata. Peraltro, la medesima Corte osservava come «*in precedenti casi in cui era in discussione l’insufficiente divisione tra strutture sanitarie e il resto della cella, erano presenti altri fattori aggravanti e solo il loro effetto cumulativo ha consentito di ravvisare una violazione dell’articolo 3 della Convenzione*»¹¹⁰.

Conclusivamente, pur – ad oggi – collocata nella valutazione “complessa” e “complessiva” delle

¹⁰⁵ Il riferimento è all’art. 8, comma 2, come sostituito dal d.lgs n. 124 del 2018.

¹⁰⁶ V. C. Fiorio, *Carcere: la riforma dimezzata*, cit., p. 763.

¹⁰⁷ Si precisa che il nuovo art. 8 ord. penit. entrerà in vigore solamente il 31 dicembre 2021, al fine di consentire la messa a norma delle attuali strutture. Si badi come già l’art. 6, comma 1, ord. penit. nella formulazione antecedente alla novella di cui al citato d.lgs. n. 124 del 2018 prevedesse che «*I locali nei quali si svolge la vita dei detenuti e degli internati devono essere [...] dotati di servizi igienici riservati, decenti e di tipo razionale*».

¹⁰⁸ Cass., sez. I, 23 gennaio 2019, n. 15306, in *Guida dir.*, 2019, 19, p. 15.

¹⁰⁹ Corte e.d.u., 15 dicembre 2015, *Szafranski c. Polonia*.

¹¹⁰ Corte e.d.u., 25 aprile 2013, *Canali c. Francia* e Corte e.d.u., 19 aprile 2001, *Peers c. Grecia*, cit.

condizioni di detenzione, pare assolutamente meritevole di plauso l'approfondimento delle caratteristiche dei servizi igienici riservati al singolo detenuto. Ciò nel convincimento che anche i profili legati al decoro, all'igiene, al pudore, alla riservatezza e, in definitiva, alla dignità umana connessi al fatto di dover espletare le proprie funzioni organiche nel cd. bagno "a vista", in assenza di adeguata separazione dagli ambienti di vita quotidiana, debbano essere adeguatamente presi in considerazione. Tali tipologie di servizi igienici, oltre a non essere tollerabili nemmeno nei tanto decantati regolamenti edilizi, rappresentano, certamente, fonte di disagio o difficoltà tali da poter superare il livello di sofferenza inevitabile inerente alla detenzione e andare, così, oltre la soglia di gravità prevista in sede convenzionale.

VERSO UNA NORMAZIONE DI POSSIBILI "INDICI INDICATIVI DI DISUMANITÀ"?

La circostanza che la natura casuistica dell'operato della Corte europea non consenta di fornire un catalogo ben definito di condizioni tali da connotare un trattamento "inumano o degradante", unitamente al fatto che la giurisprudenza interna, sia di merito che di legittimità, non abbiano finora trovato un indirizzo comune quale guida nella propria attività interpretativa ha indotto taluno a domandarsi se ad una tale vaghezza si possa porre rimedio attraverso l'intervento del legislatore.

Sul tema dell'opportunità o meno di una precisazione normativa, paiono sussistere pareri discordanti.

Se, da una parte, vi sono degli argomenti a sostegno della predisposizione di norme specifiche *in subiecta materia*, dall'altra militano considerazioni, secondo cui, invece, una catalogazione legislativa non sarebbe accettabile, se non a certe condizioni.

Sul primo filone, si iscrive il contenuto della già citata Regola penitenziaria europea¹¹¹, n. 18, "Assegnazione e locali di detenzione". Essa, nell'affermare che «i locali di detenzione e, in particolare, quelli destinati ad accogliere i detenuti durante la notte, devono soddisfare le esigenze di rispetto della dignità umana, e, per quanto possibile, della vita privata, e rispondere alle condizioni minime richieste in materia di sanità e di igiene, tenuto conto delle condizioni climatiche, in particolare per quanto riguarda la superficie, la cubatura d'aria, l'illuminazione, il riscaldamento e l'areazione», mira chiaramente ad obbligare i governi ad inserire nel diritto interno delle norme specifiche in questo settore. Allo stesso modo in cui il Consiglio d'Europa raccomanda che la legislazione nazionale definisca le condizioni minime richieste e che il diritto interno preveda dei meccanismi che garantiscano il rispetto di queste condizioni minime, anche in caso di sovraffollamento carcerario. Così, si è sostenuto in dottrina che «non possiamo che auspicare un intervento del legislatore che (oltre a rendere vincolanti le indicazioni sulle dimensioni minime delle celle) individui con chiarezza il parametro per il calcolo dello spazio a disposizione dei detenuti. Ciò sarebbe utile, in primo luogo, ad una mappatura precisa della situazione attuale di (sovr)affollamento delle nostre carceri e ad orientare la prassi futura»¹¹².

Tuttavia, come maggiormente prudente si può catalogare quella differente opinione dottrina secondo cui "un intervento legislativo potrebbe ritenersi coerente con l'impianto costituzionale e convenzionale solo se esso ponesse con certezza l'asticella della protezione dell'art. 3 Cedu ad un livello che non è inferiore a quello fissato, allo stato, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo", aggiungendo, peraltro, che "si potrebbe dubitare della legittimità di un intervento del legislatore in un ambito nel quale esiste una giurisprudenza della cassazione in via di consolidamento, se esso si ponga in una posizione di riduzione di tutela rispetto a quella raggiunta dal giudice di legittimità", poiché di fatto si andrebbe a "svuotare la protezione di un diritto fondamentale, di matrice convenzionale e costituzionale rispetto ai livelli offerti dalla giurisdizione nazionale". Situazione che potrebbe essere scongiurata solo laddove la Corte di Strasburgo giungesse a differenti conclusioni circa la computabilità dello spazio del letto a castello ai fini del calcolo dello spazio minimo vitale, potendo così la normativa interna prevedere una tutela analoga a quella convenzionale. In definitiva, secondo tale impostazione, l'intervento normativo potrebbe risultare a rischio, essendo piuttosto difficoltoso ipotizzare che il legislatore voglia avventurarsi sul terreno della determinazione di un elemento incidente sulla violazione dell'art. 3 Cedu che pa-

¹¹¹ Cfr. Raccomandazione R (2006) 2 dell'11 gennaio 2006 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulle Regole penitenziarie europee.

¹¹² In questi termini, M. Mariotti, *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? La Cassazione interpreta la giurisprudenza di Strasburgo in modo particolarmente favorevole ai detenuti*, cit., p. 315.

re riservato al giudice comune in sede di concretizzazione dei principi fissati dalla Corte europea al caso concreto¹¹³.

Ebbene, pur non ritenendo argomentazione dirimente quella secondo cui perfino la sentenza Mursic abbia escluso l'efficacia dei criteri fissati dal C.P.T. e gli *standard* delle legislazioni nazionali sullo spazio delle celle, rilevandosi come i primi siano meri suggerimenti di spazi "auspicabili" e i secondi riferimenti normativi non specifici della condizione detentiva, si ritiene sostanzialmente di concordare con un atteggiamento di maggiore prudenza.

In particolare, si osserva come in altre situazioni in cui le espressioni utilizzate dal legislatore "sfumino", per essere di fatto impalpabili, indefinibili in una catalogazione tassativa, sia ancora una volta l'opera interpretativa, unitamente a precisazioni in sede di normativa secondaria, a riempire di contenuto di volta in volta quei concetti astratti. Il riferimento è, a titolo esemplificativo, ad una disciplina anch'essa ricadente sotto l'ombrello dell'art. 3 Cedu e 13 Cost., ossia la legislazione interna in materia di perquisizioni personali, allorché il comma 2 dell'art. 249 c.p.p. afferma che (il corsivo è di chi scrive): "la perquisizione è eseguita nel rispetto della *dignità* e, nei limiti del possibile, del *pudore* di chi vi è sottoposto", nonché quella – parallela – prevista per i detenuti e gli internati al comma 2 dell'art. 34 ord. penit. ove si afferma che "la perquisizione personale deve essere effettuata *nel pieno rispetto della personalità*".

Stando alla previsione contenuta nel codice di rito penale si osserva come, ancora una volta, ricorrono due concetti ampi, in parte sovrapponibili – "dignità" e "pudore" – essendo certo tale ultima categoria più limitata rispetto alla prima, la quale risulterebbe sempre menomata in caso di violazione del pudore¹¹⁴. Ciò nonostante, non esiste una prescrizione normativa di come si esegua una perquisizione ossequiosa dei principi di dignità e pudore del perquisito.

Così come, analogamente, non esistono previsioni imperative che statuiscano i caratteri di una perquisizione al detenuto non effettuata "nel pieno rispetto della personalità", chiarendosi solo che "a fronte del potere dell'amministrazione fondato sulle ragioni di sicurezza inerenti alla vita carceraria, e pur non opponendosi un diritto di libertà personale, già compreso dallo stato di detenzione, stanno in ogni caso precisi ed inviolabili diritti della personalità spettanti al detenuto; e le misure di attuazione del regime carcerario devono essere in ogni caso rispettose di tali diritti"¹¹⁵.

Anche in questa materia vigono, dunque, i precetti costituzionali e sovranazionali¹¹⁶, che vietano ogni forma di violenza fisica e morale e i trattamenti contrari al senso di umanità, ma non pare sussistere nell'ordinamento alcuna norma che offra una catalogazione di ciò che connota una volta per tutte una perquisizione come non rispettosa di pudore, dignità o diritti della personalità del soggetto.

Ancora una volta, dunque, sono le pronunce interne¹¹⁷ o europee¹¹⁸ che hanno definito, caso per caso, condizioni potenzialmente lesive dei succitati valori.

¹¹³ Così R.G. Conti, *La nuova frontiera dopo la "Torreggiani": tracciati e prospettive per il giudice e il legislatore*, cit., p. 647.

¹¹⁴ Si ritiene che sia forse la natura assorbente della dignità, a renderla – finanche nella previsione normativa – una tutela "assoluta", a discapito del pudore, da tutelarsi in misura "relativa", nei limiti del possibile.

¹¹⁵ C. cost., sent. 22 novembre 2000, n. 526, in *Giur. it.*, 2001, p. 1213.

¹¹⁶ Cfr. Raccomandazione R(2006)2 dell'11 gennaio 2006 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulle Regole penitenziarie europee, n. 54, par. 4, «*Le persone sottoposte a perquisizione non devono essere umiliate dalla procedura di perquisizione*».

¹¹⁷ A titolo d'esempio, v. Cass., sez. I, 3 febbraio 2004, n. 8411, in *CED Cass.*, n. 227517 e in *Cass. pen.*, 2004, p. 4217, secondo cui il pieno rispetto della dignità della persona è il limite posto dall'art. 34 ord. penit. alla perquisizione personale del detenuto. Ne consegue l'illegittimità del provvedimento dell'amministrazione penitenziaria che aveva disposto ispezione e perquisizione del detenuto mediante denudamento totale. Conf. Cass., sez. I, 15 maggio 2014, n. 20355, in *www.cortedicassazione.it*. Sulla legittimità del denudamento in via eccezionale, solo ove sussistano specifiche e precise esigenze di sicurezza interna, v. Cass., sez. I, 16 febbraio 2011, n. 13996 in *CED Cass.*, n. 249685 e Cass., sez. I, 19 novembre 2008, n. 46263, in *CED Cass.*, n. 242066, che ritiene imponibile tale forma di controllo, per la sua grave invasività, solo quando se ne ritenga ineluttabile l'adozione.

¹¹⁸ Corte e.d.u., 22 febbraio 2007, *Wieser c. Austria*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 552, che aveva ritenuto integrarsi una violazione dell'art. 3 Cedu poiché la polizia aveva operato una perquisizione personale spingendo il soggetto passivo a terra, ammanettandolo, denudandolo alla ricerca di armi, quindi rivestendolo e buttandolo nuovamente al suolo, ove era stato mantenuto forzatamente con un ginocchio contro il collo; ciò che aveva permesso di qualificare la perquisizione come concretizzante un trattamento ingiustificato, inumano e degradante.

Le uniche specificazioni sono contenute, a livello interno, in norme di attuazione o regolamento¹¹⁹ e in atti amministrativi, contenenti disposizioni di servizio vincolanti per gli organi destinatari nell'ambito della pubblica amministrazione, come le circolari del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria¹²⁰. Queste, infatti, dettano alcune indicazioni sulle modalità di svolgimento delle perquisizioni, tali da essere sempre rispettose della persona e dell'inviolabilità della sua dignità, ma, evidentemente, non esauriscono i caratteri richiesti affinché sia garantito il rispetto della legge.

Ebbene, anche alla luce di tale riflessione, pare allora di potersi concludere che nemmeno sui connotati di un trattamento inumano o degradante sia possibile – né forse auspicabile – una chiara elencazione tassativa, la quale, per definizione, finirebbe per limitare anziché per ampliare i profili di tutela, non potendo una previsione generale e astratta contemplare caratteri che, per definizione, risultano legati alla mutevolezza del sentire sociale e alle peculiarità del caso concreto. E probabilmente è proprio la caratteristica tipica della legge di essere una previsione generale e astratta che non consente di imbrigliare il concetto di “trattamento inumano e degradante” all'interno di categorie predefinite.

Diverse, inoltre, sarebbero le conseguenze che ne discenderebbero, poiché è vero che il giudice avrebbe dei richiami fissi cui ancorare la propria opera interpretativa, risultando così sopito il proprio senso di disorientamento, ma vedrebbe correlativamente depotenziato il proprio onere motivazionale.

Resta, comunque, fermo che sarebbe certamente proficuo addivenire a delle indicazioni uniformi in merito a quelli che potrebbero definirsi gli “indici indicativi di disumanità”, degli attributi minimi da verificare in ogni circostanza e i relativi criteri di calcolo. Ciò di modo che, pur nella sacrosanta libertà interpretativa del giudice, gli si possano offrire delle coordinate utili di orientamento; cosa che agevolerebbe anche i detenuti nell'esposizione delle proprie doglianze e l'amministrazione nel contributo richiestole a fini probatori.

In un'epoca fortemente caratterizzata dalla tendenza alla “protocollizzazione” di vari aspetti del sapere, non sarebbe forse azzardato, allora, in uno con l'insopprimibile funzione nomofilattica della suprema Corte, pensare alla predisposizione di linee guida, protocolli o *vademecum* operativi sempre più dettagliati. Ciò anche grazie all'apporto che potrebbe provenire da parte del Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale¹²¹, il quale potrebbe offrire un contributo importante, in virtù del *background* di conoscenze che gli discende dalla ricognizione del territorio. In questa direzione si potrebbero, altresì, sfruttare gli approdi raggiunti dal C.P.T., oltreché dalla giurisprudenza europea e nazionale, e, amalgamandoli con l'esperienza diretta e con il confronto con la magistratura e le associazioni di categoria maggiormente rappresentative, contribuire all'uniformizzazione dei casi e, conseguentemente, a scongiurare quanto più possibile il pericolo di disuguaglianze.

¹¹⁹ Il riferimento è, in particolare, all'art. 79 norme att. c.p.p., ove si offrono chiarimenti sul sesso di chi debba effettuare il citato mezzo di ricerca della prova e all'art. 74, commi 1 e 2, d.p.r. n. 230 del 2000, che detta ulteriori indicazioni operative, quali quelle sul soggetto che possa effettuarle, sul sesso che debba avere e con quali strumenti di controllo agire.

¹²⁰ Cfr. Circolare D.A.P. n. 3542/5992 del 26 febbraio 2001, che ha dato alcune indicazioni sulle modalità esecutive, limitando allo stretto indispensabile il ricorso alle ispezioni personali con flessione o tecniche simili, quali il denudamento, vietandole quando ragionevolmente le si debba ritenere superflue o addirittura vessatorie.

¹²¹ Trattasi di figura istituita ad opera dell'art. 7 d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 con poteri di vigilanza e controllo del rispetto delle norme e dei principi stabiliti dalle convenzioni internazionali sui diritti umani, dalla Costituzione, dalle leggi e dai regolamenti nel trattamento carcerario di detenuti, internati, soggetti sottoposti a custodia cautelare in carcere o ad altre forme di limitazione della libertà personale, che ha assommato a livello interno molti tra i poteri spettanti al C.P.T.

FRANCESCA ROMANA MITTICA

Dottore di ricerca in Diritto pubblico – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

La corrispondenza tra detenuto e difensore

The mail between prisoner and lawyer

La corrispondenza tra avvocato ed assistito, quantunque detenuto, va tutelata come diritto soggettivo “privilegiato” secondo i parametri convenzionali. Secondo la Corte e.d.u., agli Stati membri è consentito un margine di discrezionalità, ai sensi del § 2 dell’art. 8 Cedu, per la limitazione dell’esercizio dei diritti individuali; pertanto, la corrispondenza con il proprio difensore può essere compressa solo in alcuni casi eccezionali e tassativi.

The correspondence between the lawyer and the assisted, although prisoner, must be protected as a subjective “privileged” right according to the conventional parameters. According to the Court e.d.u., Member States are allowed a margin of discretion, according to § 2 of the art. 8 of the ECHR, to limit the exercise of individual rights; therefore, correspondence with one’s lawyer can only be compressed in some exceptional and mandatory cases.

COMUNICAZIONI SCRITTE TRA DETENUTO E DIFENSORE NELL’IMPIANTO VIGENTE

La comunicazione tra l’avvocato e il proprio assistito è garantita dalla segretezza¹ in modo che nessuno oltre i due interlocutori possa percepire o apprendere i relativi contenuti², anche in ragione della “confidenza”³ instaurata con il proprio difensore.

Sul piano generale, nell’ordinamento costituzionale la norma cardine in materia di comunicazioni riservate risiede nell’art. 15 che definisce “inviolabili (...) la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione”, precisando che “la loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell’autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge”. Tuttavia, per una ricostruzione completa della nozione di “corrispondenza” appare opportuno avere riguardo oltre alla fonte costituzionale, evocata dall’art. 15 Cost., anche al codice di rito (artt. 254, comma 1, e 353, comma 3) e al codice penale (artt. 616 ss.)⁴.

In particolare, tradizionalmente, il diritto di corrispondenza tra avvocato e detenuto è stato ancorato al segreto professionale, diretto ad escludere l’intromissione inquirente dal flusso di notizie dominato

¹La Giurisprudenza europea parla di riservatezza; in realtà, il termine più appropriato è quello di segretezza in quanto il primo attiene a notizie di carattere personale mentre, in materia di colloqui tra difensore e assistito, rileva la esclusione della conoscenza ad opera di terzi, sebbene, in casi eccezionali, sia consentito un controllo. Per un’analisi del tema v. A. Pennisi, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Procedura penale. Studi*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 1 ss.; A. Scalfati, *Ricerca della prova e immunità difensive*, Padova, Cedam, 2001, pp. 1 ss.; F.M. Grifantini, *Il segreto difensivo nel processo penale*, Torino, Utet, 2001, pp. 1 ss.; F. Caprioli, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 1 ss.

²Come rileva G. Pitruzzella, *Segreto. Profili costituzionali*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, p. 1 s., gli elementi costitutivi del segreto «sono il sapere, la sua dissimulazione e il rapporto con gli altri basato sul rifiuto di comunicarlo. Il segreto è uno strumento di scelta – di informazioni e di soggetti – che (...) ha il fine di proteggere un interesse del soggetto che appone il segreto; mediante la dissimulazione di un certo sapere, il segreto realizza la tutela di un determinato interesse ad esso collegato». V. anche F. Mantovani, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, Padova, Cedam, 1995, p. 488: il segreto «è un bene-mezzo, in quanto è tutelato non autonomamente, (...) ma quale strumento per la salvaguardia di sottesimi interessi, molteplici e diversi».

³Si tratta di una vera e propria *fides*, legata a sua volta al rapporto *intuitu personae* che caratterizza il mandato fiduciario.

⁴Art. 254 c.p.p. “Sequestro di corrispondenza”; art. 353 c.p.p. “Acquisizione di plichi o corrispondenza”; artt. 616-620 c.p. reati sulla violazione, sottrazione, soppressione della corrispondenza o rivelazione del relativo contenuto.

da un rapporto giuridico instaurato con un esperto di propria fiducia; tuttavia, con l'evoluzione normativa e giurisprudenziale⁵, l'esegesi si è aperta ad altre prospettive: non è tanto il sigillo della segretezza imposto ai legami professionali a inibire la *manus iniectio* ma la funzionalità difensiva dei flussi comunicativi, destinati all'attività difensiva⁶. Entra in gioco, soprattutto, il diritto di cui all'art. 24 Cost. in quanto l'immunità investigativa non si arresta ad una "copertura" di qualunque rapporto riservato ma coinvolge la libertà di difesa, "la quale si realizza in specie nel legame imputato-difensore e, quindi, nel carteggio confidenziale tra i medesimi"⁷.

Il diritto di difesa, infatti, si esplica nello sviluppo della personalità dell'imputato in ambito giudiziario consentendo all'individuo, ancorché detenuto, di esercitare senza condizionamenti o vincoli una libertà costituzionale.

A questo fine, l'art. 2, n. 4 l. n. 81/1987, contenente la direttiva della «previsione di garanzie per la libertà del difensore in ogni stato e grado del procedimento», ha concepito un più utile impiego dell'apporto tecnico apprestando limiti all'intrusione investigativa⁸. Lo scenario processuale scaturente da un simile impianto è caratterizzato, da un indispensabile contemperamento tra interessi diversi⁹, non potendosi attribuire predominio, in un ordinamento di ispirazione liberale, alle esigenze investigative¹⁰.

Lo *status detentionis*, a causa delle intuibili difficoltà dei rapporti, accresce la soglia di tutela relativa alla libertà di corrispondenza tra imputato e difensore.

A disciplinare l'esercizio del diritto di corrispondenza del detenuto è intervenuto l'art. 18 O.P.¹¹, secondo cui detenuti e internati, sin dall'inizio dell'esecuzione della misura o della pena¹², sono ammessi ad avere corrispondenza e colloqui con i congiunti e con altre persone¹³.

La predetta garanzia vige sia per l'imputato che per il condannato: è fuori dubbio, infatti, che la giurisdizione relativa ai diritti del soggetto non si esaurisce con il giudicato; d'altra parte, ciò non significa sottovalutare che verso il detenuto in attesa di giudizio eventuali violazioni della corrispondenza si rivelino più gravi in ragione della presunzione di non colpevolezza.

Quanto alle limitazioni, l'abrogato ultimo comma dell'art. 18 disponeva un visto di controllo sulla corrispondenza del detenuto sia in entrata sia in uscita, sulla base di un provvedimento del magistrato di sorveglianza (o delle autorità competenti indicate all'art. 11, co. 2, O.P.) e su segnalazione del direttore dell'istituto (o dal personale da esso individuato); le medesime autorità potevano, inoltre, disporre limitazioni alla corrispondenza e/o alla ricezione della stampa.

Tale previsione si esponeva ad evidenti lacune in punto di tassatività legislativa.

In primo luogo, la norma non prevedeva una corrispondenza privilegiata rispetto al difensore ma era rivolta ad una serie indeterminata di destinatari così equiparando situazioni e interessi diversi e deturpando una serie di garanzie difensive già accolte ed operanti nel sistema accusatorio.

In secondo luogo, non venivano individuate le situazioni idonee a legittimare tali restrizioni, con una ingiustificata discrezionalità attribuita alle autorità competenti e non era prevista alcuna forma di difesa, né la possibilità per il detenuto di essere sentito al riguardo né di proporre reclamo.

⁵ La nuova formula dell'art. 111, comma 2 e 4, Cost. ha determinato una notevole spinta verso un tipo di processo accusatorio ed in condizioni di parità in una dinamica probatoria maggiormente governata dalla difesa.

⁶ A. Scalfati, *Ricerca della prova e immunità difensive*, cit., p. 36.

⁷ V. Grevi, *La corrispondenza fra imputato detenuto e difensore* (riflessioni sistematiche e prospettive di riforma), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, p. 77.

⁸ Tali limiti non sono stati considerati di ostacolo all'esercizio dell'azione penale e all'acquisizione dei mezzi di prova (Cass., sez. VI, 27 ottobre 1992, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2020).

⁹ F. Tranchina, *Garanzie nuove per la difesa tecnica nel processo penale di domani*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 469-474.

¹⁰ Cfr. G. Frigo, sub art. 103 c.p.p., in E. Amodio-O. Dominioni (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, II, 1990, p. 654.

¹¹ Legge n. 354 del 1975 (in *G.U.* 9 agosto 1975, n. 212 – Serie generale), con successive modifiche e integrazioni.

¹² La Corte costituzionale, con sentenza 19 giugno-3 luglio 1997, n. 212 (in *G.U.* 9 luglio 1997, n. 28 – Serie speciale), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del citato articolo nella parte in cui non prevede che il detenuto condannato in via definitiva ha diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena.

¹³ A differenza dell'art. 103 c.p.p., che fa riferimento all'imputato (o all'indagato) senza differenza tra *status detentionis* e *status libertatis*, ivi non si parla di difensore.

La Corte europea, infatti, ha censurato la normativa italiana rispetto agli *standard* di tutela contenuti nella Cedu, ritenendo il controllo esercitato sulla corrispondenza contrastante con il principio di legalità¹⁴. L'art. 18 è stato oggetto di numerose condanne in quanto non disciplinava né la durata delle misure di controllo, né i motivi che potevano giustificarle e non indicava con sufficiente chiarezza l'ampiezza e le modalità di esercizio del potere di apprezzamento delle autorità competenti.

La giurisprudenza europea, in linea di fondo, seppure ha riconosciuto una via preferenziale al rapporto tra detenuto e difensore, si è mostrata più interessata a valorizzare l'individuo, senza differenze particolari tra soggetto recluso e soggetto libero, rispetto alle esigenze collettive del corpo sociale. E, di conseguenza, ha sanzionato le intrusioni consentite dalle discipline interne in nome della sicurezza, ove non sono state esplicitate le eccezionalità ed è stato lasciato un ambito di discrezionalità troppo esteso: si è spesso trattato, infatti, di controlli ingiustificati.

La privatezza delle comunicazioni tra difensore e detenuto deve essere garantita in concreto e non solo in linea di principio, attraverso previsioni chiare, comprensibili (cioè che non lascino margini di interpretazioni difformi tra loro) e prevedibili (nel senso che occorre identificare gli elementi fattuali e le specifiche tipologie di condotta da prendere in considerazione per valutare un eventuale pericolo).

Sicché si è reso necessario l'intervento del legislatore e, con la legge n. 95 del 2004¹⁵, è stata aggiunta una disposizione *ad hoc* sui limiti e controlli della corrispondenza e sulle comunicazioni tra detenuto e difensore.

L'art. 18 *ter* O.P. di nuovo conio¹⁶, infatti, se al comma 1 ammette limitazioni e censure alla corrispondenza "per esigenze attinenti alle indagini o investigative o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza e di ordine dell'istituto", al comma 2, invece, contempla una serie di ipotesi insuscettibili di limitazioni: tra di esse figurano le comunicazioni con i difensori, gli investigatori privati autorizzati incaricati nel procedimento, i consulenti tecnici e i loro ausiliari.

L'art. 18 *ter* O.P., in realtà, va a sancire, con specifico riferimento al detenuto, il diritto di corrispondenza con il difensore già implicitamente affermato in linea generale dall'art. 103, comma 6, c.p.p. (anche) per i soggetti liberi.

In tal modo, è stato introdotto un perimetro alle possibili limitazioni alla corrispondenza intramuraria ove il destinatario o il mittente sia il patrocinatore, ammettendo un visto di controllo o la verifica del contenuto delle buste, senza lettura dello scritto e alla presenza del detenuto, solo per un periodo non superiore a sei mesi, prorogabile per periodi non superiori a tre mesi¹⁷.

E il soggetto deputato al controllo, il direttore del carcere o la polizia penitenziaria, può intervenire sempre e solo su delega dell'autorità giudiziaria¹⁸.

Nell'ottica di un rafforzamento della posizione soggettiva del detenuto, è intervenuta, poi, un'ulteriore innovazione con la quale si è razionalizzata la ripartizione delle competenze, attribuendo al giudice della cognizione il potere di decidere in materia di corrispondenza fino all'irrevocabilità della sentenza¹⁹.

¹⁴ Corte e.d.u., 14 ottobre 2004, *Ospina Vargas c. Italia*, nell'ambito del regime speciale dell'art. 41 bis O.P. condanna la sottoposizione a visto della corrispondenza del detenuto per un numero di volte rilevante senza motivi particolari; Corte e.d.u., 6 luglio 2004, *Madonia c. Italia*, condanna la censura di corrispondenza del detenuto indirizzata alla Commissione europea dei diritti dell'uomo e al suo difensore nell'ambito di un ricorso per la confisca dei beni. Sempre sulle modalità invasive del controllo avulse da necessità v. Corte e.d.u., 26 luglio 2001, *Di Giovine c. Italia* e 9 gennaio 2001, *Natoli c. Italia*.

Mentre, per le modalità di controllo arbitrarie e non previste dalla legge, con riferimento alla posta inviata alla famiglia v. Corte e.d.u., 28 settembre 2000, *Messina c. Italia* e alla posta inviata al difensore v. Corte e.d.u., 15 novembre 1996, *Domenichini c. Italia* (in questo caso il controllo alla corrispondenza ha creato anche un pregiudizio al diritto di difesa avendo ritardato ed impedito in concreto l'esercizio di alcune facoltà procedurali).

¹⁵ L. 8 aprile 2004 n. 95, in G. U. 14 aprile 2004 n. 87.

¹⁶ V. i commi 1-4 dell'art. 18 *ter* O.P., per i visti di controllo e il comma 5, per i provvedimenti di trattenimento.

¹⁷ Occorre rammentare che il problema si è presentato anche per le limitazioni quantitative della corrispondenza orale con il difensore: la Corte costituzionale è intervenuta dichiarando l'illegittimità costituzionale del co. 2 *quater*, lett. b) dell'art. 41 bis O.P. che prevedeva una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari, per un massimo di tre volte alla settimana (cfr. Corte cost., sent. 20 giugno 2013, n. 143 in G. U. 20 giugno 2013 n. 26).

¹⁸ V. comma 4 dell'art. 18 *ter* O.P.

¹⁹ Cfr. art. 3, comma 1, lett. a), d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123.

Al comma 6 dell'art. 18 *ter* O.P., inoltre, è stata positivizzata l'esperibilità del reclamo²⁰ di cui all'art. 14 *ter* O.P. contro i provvedimenti limitativi della libertà di corrispondenza.

Sebbene, anche ai soggetti reclusi in regime di 41 *bis* si applichi la normativa dell'art. 18 *ter* O.P., da un punto di vista pratico, però, vi sono incertezze in relazione alle forme di controllo della corrispondenza in quanto per tali detenuti è previsto un c.d. visto di censura senza specificazioni in termini di durata e condizioni, in ragione della presunzione di pericolosità e della particolarità del regime preventivo.

(SEGUE:) IL DIVIETO PROBATORIO

L'art. 103 c.p.p. al comma 6 vieta «*il sequestro e ogni forma di controllo della corrispondenza tra l'imputato²¹ e il proprio difensore in quanto riconoscibile dalle prescritte indicazioni, salvo che l'autorità giudiziaria abbia fondato motivo di ritenere che si tratti di corpo del reato*».

Tale disposizione²² si riferisce all'imputato in genere, sia libero che "in vinculis", e costituisce un indubbio ampliamento delle garanzie difensive²³ in quanto il legislatore ha voluto estendere l'ambito del divieto, ricomprendendovi anche il semplice controllo, ossia la presa di visione del contenuto dell'atto senza lo spossessamento²⁴.

Secondo un primo indirizzo giurisprudenziale, la *ratio* della disciplina va individuata nella tutela della riservatezza, necessaria all'attività difensiva e corollario del segreto professionale specifico²⁵: non in relazione allo svolgimento del ruolo dell'avvocato, genericamente inteso, quanto in funzione dell'attività svolta in una precisa lite giudiziaria²⁶.

Secondo altra prospettiva più evoluta, invece, occorre valorizzare il diritto di difesa in senso più ampio²⁷; e la "copertura" non si arresta al medesimo procedimento per il quale sia stato assunto il mandato o all'ipotesi in cui l'attività difensiva sia ancora in corso²⁸, potendosi riferire anche a iniziative del difensore preventive (si fa riferimento alle indagini difensive) o successive ad un determinato giudizio (ad esempio per valutare una revisione del processo), essendo sufficiente che, in qualche misura, un rapporto professionale risulti effettivamente o comunque permanga²⁹.

²⁰ La giurisprudenza europea aveva già indicato il reclamo come possibile strumento difensivo contro i provvedimenti limitativi della libertà di corrispondenza: cfr. la sentenza pilota Corte e.d.u., 21 ottobre 1996, *Calogero Diana c. Italia*, seguita da Corte e.d.u., 15 novembre 1996, *Dominichini c. Italia*.

²¹ La situazione di "imputato" deve equipararsi a quella di "persona sottoposta alle indagini", e ciò sia in virtù del disposto di cui al comma 2 dell'art. 61, sia perché risulterebbe inapplicabile l'estensione, prevista dal comma 4 dell'art. 103, al pubblico ministero del potere di procedere, nel corso delle indagini preliminari, alla ispezione o alla perquisizione.

²² Per una ricognizione v. A. Scalfati, *Commento all'art. 103 c.p.p.* in A. Giarda e G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, IPSOA, 2007, pp. 734-742.

²³ Come si legge nella Relazione ministeriale al Progetto preliminare «*in un processo di parti, la funzione difensiva, al pari di quella dell'accusa, deve essere fortemente tutelata e ..., dunque, era necessario dare contenuti concreti e specifici alla direttiva 4 della legge-delega*».

²⁴ A. Ricci, *Il difensore*, in G. Dean (a cura di), *Soggetti e atti*, I, t. 1, (*Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*), Torino, Utet, 2009, p. 797.

²⁵ Cass., sez. V, 18 febbraio 2003 n. 12944, in *CED Cass.* n. 224251. In dottrina v. G. Jesu, *Le garanzie di libertà del difensore nella ricostruzione delle Sezioni unite: un'opportuna precisazione e qualche nuovo dubbio*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2021; G. De Pietro, *Ispersioni perquisizioni e sequestri negli uffici dei difensori secondo l'articolo 103 del codice di procedura penale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p. 661; G. De Leone, *Il segreto professionale: limiti e garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, pp. 693-695.

²⁶ Cass., sez. V, 25 settembre 2014 n. 42854, in *CED Cass.* n. 261081; Cass., sez. II, 16 maggio 2012 n. 32909, in *CED Cass.* n. 253263; Cass., sez. un., 12 novembre 1993, n. 25, in *CED Cass.* n. 195627, secondo cui «*le guarentigie previste dall'art. 103, non introducendo un principio immunitario di chiunque eserciti la professione legale, sono applicabili unicamente se devono essere tutelate la funzione difensiva o l'oggetto della difesa*».

²⁷ Cass., sez. IV, 3 aprile 2014 n. 23002, in *CED Cass.* n. 262235; antecedentemente, Cass., sez. VI, 18 maggio 2001, De Mari, in *CED Cass.* n. 218841 e già Cass., sez. un., 14 gennaio 1994, Grollino, in *Cass. pen.*, 1994, p. 910; Cass., sez. VI, 27 ottobre 1992, Genna, in *CED Cass.* n. 1993, p. 2020; G. Frigo, sub art. 103 c.p.p., cit., p. 657.

²⁸ Per l'impostazione giurisprudenziale più restrittiva che tende a riconoscere le suddette garanzie solo nei confronti di coloro che rivestono il ruolo di difensore nell'ambito del procedimento nel quale è in atto l'attività investigativa v. Cass., sez. II, 5 aprile 1995, Scialpi, in *Giur. pen.*, 1996, III, p. 221; Cass., sez. VI, 22 gennaio 1991, Grassi, in *Cass. pen.*, 1991, II, p. 721.

²⁹ All'opposto, nel caso di intercettazioni relative a comunicazioni orali con il difensore, la tutela non è legata indiscriminatamente a tutte le conversazioni ma solo a quelle attinenti alla funzione esercitata: Cass., sez. V, 25 settembre 2014 n. 42854, in

In tale dimensione, si è anche ritenuto che non sia assolutamente necessario il conferimento di uno specifico e formale mandato difensivo potendolo desumere dalla natura stessa dell'incarico³⁰.

In ogni caso, la tutela vale anche per il patrocinio espletato dal professionista nominato d'ufficio³¹.

Il confine viene segnato dalla giurisprudenza italiana in relazione ad atti o notizie privi di una finalizzazione attuale all'espletamento delle funzioni difensive³².

L'art. 103, comma 6, c.p.p., letto con il combinato disposto di cui all'art. 35 norme att. c.p.p., esclude ogni forma di controllo purché sia individuato o individuabile *a priori* il rapporto professionale tra mittente e destinatario: la busta della corrispondenza tra il detenuto e il suo avvocato deve riportare il nome e il cognome dell'imputato, il nome, cognome e qualifica professionale del difensore nonché la dicitura "corrispondenza per ragioni di giustizia" con la sottoscrizione del mittente e l'indicazione del procedimento cui la corrispondenza si riferisce.

Orbene, la necessità di menzionare "il procedimento" oggetto della corrispondenza sembra alludere alla sola vicenda giudiziaria penale. Tuttavia, pure in ragione dell'orientamento oramai condiviso secondo cui la disciplina tutela non il segreto professionale ma il diritto di difesa in ogni sua esplicitazione, occorre superare il dato letterale e giungere alla conclusione secondo cui la nozione di difensore evocata dall'art. 103 c.p.p. si estende anche all'art. 35 norme att.. Pertanto, non si allude solo a chi svolge il ruolo di patrocinatore in un'area procedimentale ben delimitata ma anche ai legali che abbiano esercitato il loro incarico in altri affari nonché in un procedimento diverso da quello in cui il professionista esercita il proprio ruolo. Diversamente opinando, l'immunità della difesa sarebbe ancorata ad un dato troppo formalistico e, comunque, si creerebbe uno iato tra la previsione ordinaria di maggiore ampiezza e quella regolamentare.

Peraltro, il rigore formale di questa disposizione ha posto il problema se il divieto di sequestro non scatti ugualmente quando, non presentando l'involucro le prescrizioni richieste, il magistrato si accorga che si tratta di corrispondenza privilegiata: una esegesi più consona ai contenuti della tutela, anziché ad una interpretazione testuale, induce a soluzioni estensive per cui in casi del genere, anche dal punto di vista operativo, più che di insequestrabilità sorge un obbligo di immediata restituzione del materiale che solo la verifica *ex post* può indurre a considerare esente dal potere ablativo³³.

Il divieto di conoscere i contenuti della corrispondenza trova un limite se giudice o pubblico ministero ritengono "fondatamente" che il plico racchiuda il corpo di un reato, anche con riferimento a fatti diversi da quelli per cui si procede³⁴, e a quelli per i quali sia lo stesso professionista indagato; tuttavia, il provvedimento va motivato e, ove non si tratti di corpo del reato, il contenuto non potrà comunque essere utilizzato³⁵.

Quanto ai profili procedurali è il giudice, o il pubblico ministero previa autorizzazione³⁶, a disporre

CED Cass. n. 261081, in cui si esclude l'illegittimità dell'intercettazione di colloqui tra un avvocato sottoposto ad indagine e due suoi assistiti, anch'essi indagati, laddove la comunicazione – tra l'altro connotata da familiarità e confidenzialità – non è inerente al rapporto professionale tra il legale e gli assistiti. Per cui, se sussiste un vincolo di amicizia tra imputato e avvocato, occorre verificare se il rapporto è finalizzato ad ottenere consigli difensivi professionali o costituisce una mera confidenza: *Cass.*, sez. II, 29 maggio 2014, n. 2632, in *CED Cass.* n. 259585.

³⁰ Sempre in materia di intercettazioni, sono state considerate inutilizzabili le conversazioni telefoniche intercorse tra l'imputato e il difensore da lui nominato in funzione preventiva a norma dell'articolo 391 *novies* c.p.p. (*Cass.*, sez. V, 18 febbraio 2003, n. 12944, in *Guida dir.*, 2003, 22, p. 73), e anche laddove l'incarico non era stato preventivamente comunicato all'autorità procedente (*Cass.*, sez. VI, 16 febbraio 2002, n. 10664, in *Giur. it.*, 2004, p. 1472).

³¹ *Cass.*, sez. I, 15 gennaio 2015, n. 1779, in *CED Cass.* n. 262000 ha annullato l'ordinanza che aveva ritenuto legittimo il trattamento da parte dell'amministrazione penitenziaria di una missiva inviata da un detenuto al legale nominato d'ufficio in un procedimento penale «attese, da un lato, l'assenza di ostacoli desumibili dalla lettera della disposizione e, dall'altro, la finalità di questa di assicurare l'effettività del diritto inviolabile di difesa sancito dall'art. 24 Cost.».

³² *Cass.*, sez. un., 25 febbraio 2010, n. 15208, in *CED Cass.* n. 246586.

³³ E. Selvaggi, sub art. 254 c.p.p., in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, III, Torino, Utet, 1997, p. 742.

³⁴ M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1984, p. 293.

³⁵ G. Frigo, sub art. 103 c.p.p., cit., pp. 654-669.

³⁶ L'autorizzazione rilasciata dal giudice, una volta concessa, lascia libero il pubblico ministero di procedere nei tempi che ritiene più opportuno; cosicché, non c'è bisogno – nel caso in cui le operazioni di ricerca debbano essere completate in momenti successivi – di munirsi di nuova autorizzazione (*Cass.*, sez. II, 12 giugno 1997, in *Cass. pen.*, 1998, p. 842).

il sequestro, salvo quando la ricerca della prova riguardi il professionista come imputato e non come difensore³⁷, nel qual caso può operare direttamente l'inquirente; nessun potere spetta alla polizia giudiziaria neppure per delega³⁸. Ne deriva che gli organi di polizia non possono esercitare forme di acquisizione o di apertura immediata della corrispondenza, né sospenderne l'inoltro, secondo quanto contempla l'art. 353 c.p.p., giacché la valutazione dei presupposti in base ai quali i divieti non operano appartiene esclusivamente al magistrato³⁹.

Per poter procedere ad attività di sequestro sul corpo del reato, nel caso in cui l'autorità giudiziaria ritenga operanti le garanzie difensive, deve preventivamente avvisare⁴⁰, a pena di nullità, il Consiglio dell'Ordine forense del luogo affinché un suo rappresentante possa assistere alle operazioni. Ovviamente, anche per tale aspetto vale la clausola generale dell'esistenza di un rapporto difensivo da preservare⁴¹.

La *ratio* di tale avviso va rinvenuta nella funzione di controllo extraprocessuale sull'attività del giudice ed eventualmente del pubblico ministero affinché quest'ultima sia finalizzata ad evitare sconfinamenti e violazioni delle garanzie stabilite o a reagire alle stesse mediante opportune iniziative presso i capi degli uffici, gli interessati stessi e, se necessario, il Consiglio superiore della Magistratura⁴².

Infatti, il Consiglio dell'Ordine forense, per finalità diverse da quelle dell'interessato e attinenti alla tutela della funzione difensiva, può sollecitare il sindacato, anche disciplinare, sul provvedimento e sull'esecuzione dello stesso ove ravvisi motivi di illegittimità o di devianza delle sue precipue finalità o di violazione dei tassativi limiti oggettivi, soggettivi e formali, stabiliti dall'art. 103 c.p.p., compiendo un penetrante esame anche nel merito del provvedimento.

La violazione dell'obbligo per l'autorità giudiziaria di avvisare l'Ordine del luogo, lungi dal qualificarsi come una mera irregolarità, comporta una nullità da considerarsi, per alcuni, relativa *ex art.* 181 c.p.p.⁴³ mentre, per altri, a regime intermedio per il combinato disposto degli artt. 178 lett. c) e 180" c.p.p.⁴⁴. La linea maggioritaria propende per il regime delle nullità a carattere relativo escludendo che l'omesso avviso sia annoverabile tra le disposizioni dirette a garantire "l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato e delle altre parti private"⁴⁵; di fatti il professionista non può considerarsi parte privata né è detto che egli sia imputato o indagato.

A parte il regime sanzionatorio differenziato per il caso di omesso avviso al Consiglio dell'Ordine, l'art. 103, comma 7, c.p.p. dispone che i verbali di sequestri sono inutilizzabili se "eseguiti in violazione delle disposizioni" statuite nell'art. 103, vale a dire fuori dalle condizioni che legittimano il potere intrusivo.

La Corte costituzionale è stata coinvolta nell'interpretazione dell'art. 103, comma 6, al fine di misurare le particolari guarentigie ivi contenute e di tutta evidenza essenziali ai fini di un pieno esercizio del diritto di difesa⁴⁶. Sebbene, la questione di legittimità è stata proposta con riferimento al sequestro pro-

³⁷ Cass., sez. II, 16 maggio 2006, C.R., in *Arch. n. proc. pen.*, 2007, 2, p. 193.

³⁸ V. Cristiani, sub *art. 103 c.p.p.*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, III, Torino, Utet, 1997, pp. 472-475; G. Frigo, sub *art. 103 c.p.p.*, cit., p. 666; secondo Cass., sez. II, 12 giugno 1997, Acampora, in *Cass. pen.*, 1998, p. 842, niente vieta, però, che il magistrato presente sul posto si serva materialmente dell'ausilio della polizia.

³⁹ Un intervento ad iniziativa della polizia può ipotizzarsi, tuttavia, nel caso in cui sulla busta manchino le indicazioni di cui all'art. 35 comma 1 e 2 norme att. c.p.p.

⁴⁰ L'avviso potrà essere effettuato con forme semplici, se queste sono idonee ad assicurarne una conoscenza effettiva, o, in mancanza, mediante le idonee regole previste dal codice per la regolarità della notificazione (Cass., sez. VI, 22 agosto 1994, in *Giur. pen.*, 1995, III, p. 196).

⁴¹ Non occorre avvisare il Consiglio dell'Ordine forense, qualora nella commissione del reato sia coinvolto anche un difensore (Cass., sez. II, 16 maggio 2012 n. 32909, in *CED Cass.* n. 253263) in quanto una tutela allargata finirebbe per salvaguardare ingiustificatamente la persona sottoposta alle indagini (Cass., sez. II, 21 novembre 2006, M., in *Guida dir.*, 2007, 14, p. 69; Cass., sez. V, 19 settembre 2003, Dacco, in *CED Cass.* n. 228326; Cass., sez. II, 2 dicembre 1998, Benini, ivi 201270).

⁴² In tal senso G. De Pietro, *Ispersioni perquisizioni e sequestri negli uffici dei difensori secondo l'articolo 103 del codice di procedura penale*, *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p. 663.

⁴³ Cfr., per tutti, A. Galati, *Gli atti*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, I, Milano, Giuffrè, 2001, p. 291.

⁴⁴ F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 293-294.

⁴⁵ A favore di tale conclusione A. Scalfati, *Ricerca della prova e immunità difensive*, cit., pp. 302-303, il quale rileva che si tratta di nullità deducibile dall'interessato.

⁴⁶ G. Jesu, *Le compromesse "garanzie di libertà del difensore" nella giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 489.

batorio di alcuni scritti formati dall'indagato «*appositamente ed esclusivamente come appunto per facilitare la difesa negli interrogatori*», la valutazione della Corte esprime la qualità del valore da attribuire alla documentazione difensiva, con indubbi quanto impliciti riflessi sul tema in esame. Il quesito rivolto al giudice delle leggi consisteva nella verifica di compatibilità con la Carta fondamentale di una disposizione legislativa (l'art. 103, comma 6, appunto) che non prevedeva il divieto di sottoporre a sequestro probatorio simili scritti⁴⁷. Nel dichiarare infondata la questione, la Consulta ha evidenziato che l'interpretazione *secundum constitutionem* degli artt. 247 e 253 c.p.p. palesa l'impossibilità di procedere al sequestro di scritti specificamente formati per finalità difensive⁴⁸.

Limitazioni minano la difesa e l'autonomia morale dell'autore dello scritto nella misura in cui egli non è più libero di autodeterminarsi⁴⁹. Viene, perciò, in gioco anche la "libertà morale della persona nell'assunzione della prova" che troverebbe copertura diretta nell'art. 2 Cost.⁵⁰.

LA SALVAGUARDIA SOVRANAZIONALE

Più in generale, il diritto pattizio statuisce che «nessuno può essere sottoposto a interferenze arbitrarie o illegali nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza (...); ogni individuo ha diritto di essere tutelato contro tali interferenze» (così l'art. 17 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966 dall'Assemblea delle Nazioni Unite).

In termini pressoché identici si esprime anche l'art. 12 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, approvata dalla Assemblea Generale dell'ONU il 10 dicembre 1948.

L'art. 5 Cedu⁵¹, in combinato disposto con gli artt. 2, 3, 6, 8-11, circoscrive lo statuto dei diritti delle persone reclusi (a cui, a vario titolo, fanno riferimento le fonti internazionali in materia, come, ad es., *Principles for the Protection of All Persons under Any Form Detention or Imprisonment, United Nations General Assembly*, del 9 dicembre 1988; *Basic Principles on the Role of Lawyers, United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, Havana, Cuba, del 27 settembre 2009).

Come noto, poi, se gli artt. 2 e 3 Cedu garantiscono forme di protezione "assoluta", le disposizioni degli artt. 8-11 sono, invece, soggette a limiti la cui previsione rientra nel margine di apprezzamento dello Stato membro.

In particolare, secondo l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo stabilisce che «Ogni individuo ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui».

Al di là della privatezza della corrispondenza del singolo, con riferimento al detenuto e limitatamente alla libertà di comunicare con il proprio patrocinatore legale, il parametro prescelto in ambito europeo per censurare eventuali restrizioni è in linea di tendenza proprio l'art. 8 succitato; tanto è vero che, in qualche occasione, non viene nemmeno posta l'attenzione sulla differenza tra comunicazioni verso terzi e quelle indirizzate al difensore o da costui provenienti, ma l'angolo prospettico si concentra sulla "vita privata"⁵².

In ogni caso, in materia, viene coinvolto anche l'art. 6 della Convenzione e.d.u. a copertura delle libertà defensionali e del "processo equo". Infatti, se nella giurisprudenza europea non sia stato mai messo in evidenza il rapporto diretto tra immunità della difesa dall'intrusione inquirente e il complesso di regole di cui all'art. 6 è, comunque, stato chiarito che la possibilità dell'imputato di comunicare con il proprio avvocato lontano dall'ascolto di un terzo figura tra i requisiti elementari dell'equo processo in

⁴⁷ Corte cost., sent. 1 giugno 1998, n. 229, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2847.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ D. Potetti, *Note in tema di sequestro avente ad oggetto appunti predisposti a fini difensivi*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 817.

⁵⁰ A. Pace, *Problematicità delle libertà costituzionali. Lezioni*, Parte Speciale, Cedam, Padova, 2002, p. 243.

⁵¹ Approvata a Roma il 4 novembre 1950.

⁵² Corte e.d.u., 30 agosto 1990, *mc Callum c. Gran Bretagna*, censura indistintamente il mancato recapito di lettere spedite dal detenuto ad alcune personalità, ad un giornale e al suo difensore.

una società moderna e scaturisce dal paragrafo 3 del medesimo art. 6.: se il difensore non può intrattenersi con il proprio cliente e ricevere istruzioni confidenziali, la sua assistenza perderebbe la sua utilità, mentre lo scopo della Convenzione è diretto a proteggere diritti concreti ed effettivi⁵³. E imporre la supervisione alle comunicazioni tra un detenuto e il suo avvocato, anche con riguardo alla consegna al detenuto di materiale non relativo alla difesa, viola la Cedu: un assetto a democrazia pluralistica richiede di concentrare l'attenzione sull'insieme di valori facenti capo al singolo e alla sua autodeterminazione, a riparo da interferenze dirette ad impedirne lo sviluppo. In tale prospettiva, il legislatore deve delineare un perimetro nel quale poter prevedere limitazioni per la sicurezza dei consociati sempre che l'individuo riceva un alto grado di protezione.

La Corte di Strasburgo non tralascia mai di rammentare che la Convenzione riconosce un'eguale tutela alle persone recluse e alle persone libere⁵⁴.

Ciò premesso, per considerare legittima l'intrusione autoritativa nella libertà di comunicare, occorrerà fronteggiare un concreto pericolo per la sicurezza pubblica o avere ragionevoli motivi che lo scambio di notizie o di "cose" assuma carattere illecito⁵⁵.

In numerose occasioni e sin dagli albori⁵⁶, la Corte e.d.u. ha avallato la protezione della corrispondenza tra il difensore ed il proprio assistito recluso sul presupposto che ai sensi dell'art. 8 Cedu, qualsiasi ingerenza da parte dell'autorità e/o amministrazione penitenziaria rappresentasse oltre che una violazione della sfera privata del proprio assistito anche una violazione del segreto professionale dell'avvocato⁵⁷.

Successivamente, è stato aggiunto un importante tassello ai diritti difensivi del detenuto e la corrispondenza di costui con il proprio legale è stata tutelata in via "privilegiata": emblematico, a tal proposito, è stato il caso *Laurent c. Francia*⁵⁸ ove si è intesa come "corrispondenza" anche la pagina, piegata in due e consegnata a mano dal detenuto all'avvocato e, come tale, riconducibile nell'alveo di tutela dell'art. 8 Cedu; o ancora il processo *Beuze c. Belgio*⁵⁹ che ha rimarcato la centralità delle comunicazioni con il difensore nella delicatissima fase pre-cautelare.

In fin dei conti, è stato riconosciuto un diritto soggettivo "rafforzato" dall'esercizio del diritto di difesa, nella relazione con il proprio difensore, sicché gli Stati membri hanno l'obbligo di garantire (tramite il rispetto di obbligazioni positive, oltre che quelle negative di "non ingerenza") il rispetto della *privacy*, la corrispondenza e i colloqui con il tra difensore e assistito⁶⁰.

L'esercizio della difesa non va mai vulnerato, salvo che s'incorra in illeciti contro i quali si renda necessario adottare efficaci contromisure; ed è sufficientemente chiaro che in un sistema improntato al "fair trial" diventi alta l'aspettativa verso la classe forense alla lealtà delle proprie condotte e niente, per converso, vieterebbe di introdurre sanzioni processuali nei casi di abuso del privilegio circa i rapporti riservati⁶¹.

⁵³ Corte e.d.u., 28 novembre 1991, S. c. Svizzera, secondo cui la facoltà di comunicare liberamente con il difensore sia contemplata dall'art. 8 e con riferimento ai soggetti *in vinculis* il principio lo si ritrova all'art. 93 delle Regole minime O.N.U. per il trattamento del detenuto.

⁵⁴ Ai sensi dell'art. 8, § 2 Cedu, eventuali eccezioni al diritto di comunicare devono corrispondere "ad un bisogno sociale", da identificarsi o in un interesse primario dello Stato (ad es., ordine pubblico, sicurezza pubblica, difesa sociale, ecc.), o, in un interesse della collettività (ad es., sicurezza e difesa sociale, benessere economico, ecc.) o, in un interesse di un altro soggetto privato (ad es., onore, libertà e reputazione, ecc.).

⁵⁵ Corte e.d.u., 25 marzo 1992, *Campbell c. Regno Unito*.

⁵⁶ I primordi in Corte e.d.u., 20 giugno 1988, *Schönenberger e Durmaz c. Svizzera*, che condanna le incursioni dell'autorità giudiziaria fondate sul pericolo che le comunicazioni e gli scambi di notizie tra i membri del *pool* difensivo fossero dirette a coordinare strategie comuni in vista della tutela processuale di una pluralità di accusati.

⁵⁷ Nell'ambito del *leading case Campbell c. Regno Unito*, del 25 marzo 1992, ric. n. 13590/13, la Corte aveva già affermato la natura "privilegiata" della relazione tra avvocato ed assistito: "[...] the lawyer-client relationship is, in principle, privileged".

⁵⁸ Corte e.d.u., Sezione V, 24 maggio 2018, *Laurent c. Francia*, ric. n. 28798/13.

⁵⁹ Corte e.d.u., Grande Camera, 9 dicembre 2018, *Beuze c. Belgio*, ric. n. 22765/12.

⁶⁰ Corte e.d.u., 1 settembre 2015, *Paolello c. Italia*, ric. n. 37648/02; Corte e.d.u., 15 febbraio 2011, *Di Cecco c. Italia*, ric. n. 28169/06; con riferimento alla tutela della corrispondenza indirizzata agli organi di giustizia sovranazionale, Corte e.d.u., 9 gennaio 2001, *Natoli c. Italia*, ric. n. 4290/02.

⁶¹ C. Focarelli, *Equo processo e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Padova, Cedam, 2001, p. 379.

(SEGUE:) UNA RECENTE PRONUNCIA DELLA CORTE E.D.U.

Un cittadino turco, condannato alla pena dell'ergastolo, senza possibilità di liberazione condizionale, per reati di terrorismo ed eversione dell'ordine costituzionale, è stato sottoposto a sequestro in carcere di un plico speditogli dal proprio avvocato contenente un libro, una rivista scientifica e un settimanale⁶². Costui ha lamentato che tale decisione aveva violato il suo diritto a tenere conversazioni riservate con il proprio avvocato; inoltre, egli ha denunciato una violazione dell'art. 6 Cedu, in quanto non è stato ascoltato personalmente nei procedimenti giudiziari di reclamo avverso il diniego della consegna del plico in questione.

Secondo l'autorità turca, invece, in base alla legislazione di settore⁶³ era consentito limitarne lo scambio in quanto il soggetto (condannato per reati in materia di terrorismo) era ritenuto "pericoloso". Nel caso di specie, la decisione impugnata è stata emessa sul presupposto che la condotta dell'avvocato è stata incompatibile con il patrocinio difensivo nella misura in cui costui aveva inviato al ricorrente libri e periodici non collegati alla sua difesa.

La Corte osserva che, sebbene la lettera e lo spirito della disposizione nazionale in vigore al momento dei fatti siano sufficientemente precisi – a parte l'assenza di limiti temporali della restrizione –, l'interpretazione e la decisione data dal tribunale nazionale sono manifestamente irragionevoli e quindi in violazione dell'art. 8 § 2 della Convenzione.

Inoltre, la stessa sottolinea che il diritto alla comunicazione riservata con il difensore non è assoluto, ma può essere contenuto, ammettendo limitazioni in caso di comunicazioni con un'organizzazione terroristica, commissione o copertura di un crimine, sicurezza dello stabilimento carcerario; tuttavia, tali contenimenti devono essere prevedibili per gli interessati, devono perseguire uno o più obiettivi specifici ed essere necessari.

Le restrizioni all'esercizio del diritto di difesa sono, dunque, legittime solo laddove previste dalla legge e solo nella misura in cui si rivelino strettamente necessarie alla tutela degli interessi sopra menzionati⁶⁴.

Nel caso di specie la Corte di Strasburgo rileva che l'invio di libri e pubblicazioni al proprio assistito non è ricompresa nella normativa di settore turca, che si limita, infatti, ad elencare circostanze eccezionali in vista delle quali, sulla base di un'esplicita richiesta motivata da indirizzarsi al giudice competente, le autorità possono trattenere e visionare il contenuto di missive. L'interpretazione fornita dalla *Edirne Enforcement Court* (confermata poi dalla *Edirne Assize Court*) sarebbe, quindi, da considerarsi irragionevole e imprevedibile per il detenuto (in violazione dell'art. 8, § 2 Cedu e, si potrebbe aggiungere, anche in violazione dell'art. 7 Cedu), ed essendo sfornita di base normativa lascerebbe ampio margine di intervento alle autorità⁶⁵.

Infine, la Corte ha ritenuto che, nel caso concreto, vi è stata violazione anche dell'art. 6, § 1 Cedu, in quanto la gravità della restrizione imposta, l'assenza di un contraddittorio con l'autorità pubblica ed il procedimento giudiziale meramente documentale (basatosi, quindi, unilateralmente solo sul provvedimento dell'autorità pubblica), avrebbero, invece, imposto la necessità di un'audizione della persona interessata per valutare complessivamente sia l'agire dell'autorità pubblica sia la condotta serbata dal professionista e dal detenuto rispetto alla normativa nazionale.

⁶² Corte e.d.u., sez. II, 9 aprile 2019, *Altay c. Turchia*, ric. n. 11236.

⁶³ La sezione V della Legge n. 5351 così recita: «I documenti e i file di un avvocato relativi alla difesa e le sue agende non sono soggetti ad esame. Tuttavia, se emerge da documenti o altre prove che le visite degli avvocati a una persona condannata per i reati di cui alla sezione 220 del codice penale o sottocapitoli 4 e 5 capitolo 2 del codice penale stanno fungendo da mezzo di comunicazione con un'organizzazione terroristica (...), l'accusa può imporre [le seguenti misure]: presenza di un funzionario durante le visite dell'avvocato; verifica dei documenti scambiati tra il detenuto e i suoi avvocati durante tali visite; e / o il sequestro di tutti o alcuni di questi documenti da parte del giudice».

⁶⁴ La Corte, infatti, al par. 15 della sentenza in esame, rammenta che "[...] il margine di apprezzamento dello Stato in ordine alla valutazione delle restrizioni ammissibili e dell'interferenza con la privacy del colloquio e della comunicazione con un avvocato è limitato solo per circostanze eccezionali, cosicché il prevenire la commissione di reati gravi o gravi violazioni della sicurezza carceraria e sicurezza, potrebbe giustificare la necessità di limitare questi diritti».

⁶⁵ "Accordingly, there has been a violation of Article 8, § 1 of the Convention on account of the lack of foreseeability of the applicant's case": v. p. 17 Corte e.d.u., *Altay c. Turchia*, cit.

(SEGUE:) UNA PRASSI COMUNE

Interessante è anche la pronuncia del 2018 *Laurent contro Francia*⁶⁶, dove la parte interessata è un avvocato francese che, nell'ambito di un procedimento penale, ha difeso due persone arrestate e accompagnate in udienza dalla scorta della polizia. Alla fine del contraddittorio l'avvocato stava aspettando insieme ai suoi due clienti nell'aula del tribunale, in attesa che il giudice uscisse dalla camera di consiglio, e i predetti gli hanno chiesto un biglietto da visita. Lo stesso ha dato loro le sue coordinate su un foglio piegato e l'agente della polizia ha chiesto di controllarne il contenuto; si tratta di una situazione che si verifica quasi quotidianamente nelle aule giudiziarie italiane.

Il ricorrente, lamentando che il poliziotto non ha rispettato la confidenzialità dei suoi scambi con il cliente, ha presentato denuncia al pubblico ministero per violazione del segreto di corrispondenza da parte di un responsabile dell'autorità pubblica. Il pubblico ministero ha richiesto l'archiviazione e l'istante ha presentato opposizione al giudice inquirente, il quale ha emesso ordinanza di non luogo a procedere, poi, confermata dalla Corte d'Appello. Successivamente anche la Corte di cassazione ha respinto l'impugnazione.

Nel giudizio dinanzi alla Corte e.d.u., il governo francese, invece, aveva sostenuto che non si trattava di un'ingerenza e che, in ogni caso, l'art. 432, comma 9, del codice penale punisce solo la violazione della segretezza della corrispondenza da parte di un privato e non dell'autorità pubblica.

Il ricorrente aveva replicato, nel corso del giudizio, che l'invadenza lamentata non trovava un divieto in detta disposizione di legge bensì nell'articolo R. 57-6-7 del codice di procedura penale, relativo al controllo della corrispondenza tra detenuto e difensore.

La Corte e.d.u. ha statuito che l'articolo 8 della Convenzione protegge la riservatezza delle comunicazioni, indipendentemente dal contenuto e dalla forma che esse assumono, considerando il foglio piegato, sul quale l'avvocato ha scritto il messaggio consegnato ai propri clienti, come corrispondenza protetta ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione. Di conseguenza, è stata ravvisata un'intrusione indebita sul diritto alla corrispondenza.

I giudici di Strasburgo hanno rilevato che i clienti del ricorrente, al momento dell'interferenza, erano privati della loro libertà e sotto il controllo della polizia ed un eventuale controllo degli scambi poteva essere ammesso, ma avrebbe dovuto avvenire solo laddove vi fossero stati fondati motivi per ritenere lo scritto pericoloso o illegale.

Nella decisione citata sono stati ribaditi i principi generali relativi alla corrispondenza tra avvocato e detenuto, statuiti nella pronuncia *Michaud contro Francia*⁶⁷, secondo cui gli scambi comunicativi tra un avvocato e il suo cliente detenuto godono di uno *status* privilegiato ai sensi della Convenzione e il controllo è ammesso solo in determinate ipotesi.

QUESTIONI APERTE

La giurisprudenza europea, anche all'esito degli ultimi sviluppi, tutela la corrispondenza scritta in ragione non tanto del diritto di difesa quanto della "vita privata" del detenuto, postulando che la protezione dev'essere riconosciuta al recluso al pari del soggetto libero⁶⁸.

Di conseguenza, tutte le misure di controllo o di ritardo nella consegna della posta da parte delle autorità penitenziarie costituiscono compressioni che saranno ammissibili solo se rispondenti alle esigenze del paragrafo 2 dell'articolo 8 della Convenzione e.d.u.

È probabile, in ogni caso, che il dibattito circa la natura dell'interesse tutelato non si arresterà alla sola tutela della vita privata o al diritto di difesa, trattandosi di una prerogativa connessa alla dignità dell'individuo in un sistema democratico.

Restano aperti, inoltre, alcuni problemi pratici: come evitare abusi e come sanzionare ingerenze *contra legem*. In assenza di regole relative alle modalità di esercizio delle suddette potestà, l'ingerenza dovrebbe essere ritenuta sempre illegale ed eventuali risultati inutilizzabili.

⁶⁶ Corte e.d.u., sez. V, 24 maggio 2018, *Laurent c. Francia*, ric. n. 28798/13.

⁶⁷ Corte e.d.u., 6 dicembre 2012, *Michaud c. Francia*.

⁶⁸ Corte e.d.u., 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*.

La sfera del potere, poi, dovrebbe essere circoscritta a casi particolari che manifestino la prevedibilità delle condotte censurabili. Sul piano concreto, peraltro, se è vero che i controlli penitenziari preventivi sono giustificati dall'esigenza di verificare l'assenza di oggetti vietati nelle buste (es. droga, ecc.) o di trattenere la posta contenente corpi di reato, minacce precise alla sicurezza delle persone o degli istituti, è altresì vero che occorrono situazioni indiziarie attuali.

E, in ogni caso, in un apparato accusatorio, il rispetto della corrispondenza con l'avvocato va rafforzato: indipendentemente dal contenuto, occorre assicurare la "confidenzialità" propedeutica ad un esercizio effettivo del diritto di difesa.



Processo penale e giustizia n. 6 | 2019

Analisi e prospettive

Analysis and Perspectives

ROSSELLA MASTROTOTARO

Ricercatrice di Procedura penale – Università del Salento

Crisi del Welfare e ineffettività della funzione rieducativa della pena: il rilancio del lavoro penitenziario¹

Welfare crisis and ineffectiveness of the rehabilitative function of the penalty: the re-launch of prison work

I tagli alle risorse pubbliche destinate al finanziamento delle attività di reinserimento socio-lavorativo dei condannati hanno reso cronico il problema dell'ineffettività del lavoro penitenziario, con immediate ricadute nel contrasto alla recidiva. Il lavoro intende offrire un contributo al dibattito sulla fattibilità in Italia di programmi di finanza ad impatto sociale, realizzati sul modello dei *social impact bond* e dei *pay for success* inglesi ed americani.

The cuts in public resources destined to the financing of the social-labor reintegration activities of the convicts have made the problem of the ineffectiveness of the penitentiary work chronic, with immediate repercussions in the contrast to the recidivism. The work aims to offer a contribution to the debate on the feasibility in Italy of social impact finance programs, based on the model of social impact bonds and English and American pay for success.

LA CENTRALITÀ DEL LAVORO NEL TRATTAMENTO PENITENZIARIO

Il superamento del modello di sanzione penale di tipo repressivo-retributivo segnato dall'avvento della Costituzione repubblicana ha modificato il modo di intendere il lavoro dei condannati. Fino a quel momento il lavoro ha rappresentato una componente afflittiva della sanzione criminale, un aggravamento che ne amplificava la funzione punitiva. Con l'attuazione del modello costituzionale di pena rieducativa ad opera della l. 26 luglio 1975, n. 354, il lavoro è diventato il principale strumento di risocializzazione del condannato².

Tale centralità si fonda sulla valorizzazione del lavoro quale stile di vita fondato su una responsabile ricostruzione dei rapporti con l'esterno, indispensabile a creare le condizioni per un ritorno stabile e sicuro del reo nella comunità. Nell'ottica del trattamento, il lavoro diventa uno strumento strategico di contrasto alla pericolosità sociale. Non solo. L'attività lavorativa costituisce la base dei diritti sociali indispensabili a rimuovere gli ostacoli che di fatto limitano la libertà e l'uguaglianza degli individui (art. 3 Cost); *a fortiori* essa deve essere assicurata a coloro che scontano una condizione di disoccupazione forzata a causa della carcerazione e, più in generale, subiscono gli effetti interdittivi accessori di una sentenza penale di condanna.

In questa prospettiva, il lavoro penitenziario ha dovuto conformarsi al lavoro dei liberi. E pertanto, da obbligo, esso si è trasformato in un diritto per i condannati; non è più preteso in via unilaterale e a titolo gratuito dall'amministrazione penitenziaria, ma è prestato nell'ambito di un rapporto sinallagma-

¹ Il presente contributo sarà anche pubblicato in AA.VV., *Finanza di Impatto Sociale. Strumenti –Interessi-Scenari Attuativi*, a cura di M. Francesca e C. Mignone, Napoli, ESI, in corso di pubblicazione.

² Per un *excursus* sull'evoluzione storica e del significato socio-politico del lavoro carcerario dall'Unità d'Italia ai nostri giorni si rinvia a G. Neppi Modona, *La storia infinita del non lavoro carcerario*, in *Antigone*, 2015, 1, p. 21 ss.; M. Bortolato, *Lavorare... che pena? Note sul lavoro in carcere fra vecchie certezze e nuove provocazioni nei quarant'anni della legge penitenziaria*, in *Quest. giust.*, 2015, 2, p. 102 ss.

tico che prevede una controprestazione di carattere remunerativo a carico di chi assume detenuti lavoratori³; chiunque si avvalga del lavoro dei detenuti e degli internati (amministrazione penitenziaria o terzi) ha l'obbligo di versare i relativi contributi assicurativi e previdenziali, determinati, peraltro, in misura diversa da quelli previsti per il lavoro dei liberi⁴. La varietà delle esperienze di lavoro offerte ai condannati rispecchia a grandi linee la complessità dei rapporti di lavoro all'esterno; a tal fine, l'organizzazione ed i metodi del lavoro, in particolare quello intramurario, riflettono i modelli di lavoro nella società libera. Si pensi al lavoro alle dipendenze della amministrazione penitenziaria⁵ e a quello svolto alle dirette dipendenze di enti pubblici e privati che organizzano e gestiscono direttamente l'attività lavorativa *intramoenia*⁶; al lavoro in proprio oppure a domicilio⁷ svolto in carcere, in alternativa al lavoro penitenziario ordinario, dai soggetti con particolari attitudini artigianali, culturali e artistiche, su commissione di terzi e retribuito alla stregua del lavoro dei liberi. Infine, è possibile svolgere lavoro all'esterno alle dipendenze di soggetti terzi, pubblici o privati, oppure all'interno di cooperative sociali. Coloro che, invece, non hanno sufficienti cognizioni tecniche possono essere ammessi a tirocini retribuiti, assimilabili, sotto il profilo della regolamentazione, ad un apprendistato, anche per quanto concerne gli stringenti limiti di età per esso previsti⁸.

³ Il riferimento all'obbligatorietà del lavoro dei condannati e dei sottoposti alle misure di sicurezza della colonia agricola e della casa lavoro, ancora presente nell'art. 20 della l. n. 354 del 1975 è stato eliminato solo per effetto del recente d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124 recante norme in tema di Riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83 e 85, lett. g), h) e r), della l. 23 giugno 2017, n. 103. Il legislatore delegato ha recepito *in parte qua* la proposta formulata dalla Commissione Giostra nominata con d.m. 19 luglio 2017, incaricata di elaborare lo schema di decreto legislativo per la riforma dell'ordinamento penitenziario (di seguito Commissione Giostra), basata sulla duplice considerazione che l'obbligatorietà del lavoro «stride sia con la "non afflittività" del lavoro penitenziario, sia – più in generale – con il principio del libero consenso al trattamento. Principio che si fonda, tra l'altro, sull'ovvia considerazione che le *chances* di successo nel percorso di reinserimento (...) dipendono dalla adesione del condannato alle offerte trattamentali». Sul punto, v. p. 92 della proposta pubblicata in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 febbraio 2018, con il titolo *Riforma dell'ordinamento penitenziario: la proposta della Commissione Giostra, lo schema del decreto legislativo approvato dal Governo e i pareri delle Commissioni parlamentari*.

⁴ A partire dalla legge di stabilità per il 2016 – la previsione è confermata anche per il 2017 – è stato istituito presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali un fondo per il pagamento del premio di assicurazione obbligatoria contro infortuni e malattie anche per i detenuti e gli internati occupati nelle attività di cui all'art. 21, comma 4-ter ord. penit., ossia nell'esecuzione di progetti di pubblica utilità in favore della collettività (art. 1, comma 312 ss., l. 28 dicembre 2015, n. 208). A decorrere dal 2020, il fondo è integrato dell'importo di 3.000.000 euro per la copertura assicurativa contro le malattie e gli infortuni in favore dei detenuti e degli internati impegnati in lavori di pubblica utilità ai sensi del nuovo art. 20-ter ord. penit. introdotto dal recente d.lgs. n. 124 del 2018.

⁵ Fino alla recentissima riforma penitenziaria, i detenuti lavoratori alle dipendenze dell'amministrazione svolgevano esclusivamente lavoro intramurario, diretto a soddisfare anzitutto le esigenze di fornitura di vestiario, corredo e arredo interne all'istituto o, in generale, le commesse provenienti dall'Amministrazione penitenziaria; solo in via sussidiaria, il lavoro intramurario può essere impiegato per commesse provenienti da altre amministrazioni, enti pubblici o imprese private. In quest'ultimo caso, il committente può fornire personale tecnico, attrezzature e materie prime, sebbene il rapporto di lavoro intercorra comunque tra l'amministrazione penitenziaria e il detenuto lavorante. Al fine di allargare e qualificare l'offerta di lavoro la Commissione Giostra ha proposto di prevedere la possibilità per le Direzioni degli istituti penitenziari di organizzare e gestire attività di produzione di beni e servizi non solo all'interno, ma anche all'esterno del carcere, impiegando la manodopera dei detenuti in lavori vinti in appalto dall'Amministrazione stessa, ad esempio per l'esecuzione di lavori di manutenzione del verde comunale o di sistemazione dell'archivio di un ufficio giudiziario (v. p. 92 della proposta della Commissione). Tenuto conto della progressiva terziarizzazione dell'economia e dello sviluppo della produzione di servizi, la Commissione ha altresì proposto di allargare l'oggetto delle produzioni penitenziarie includendo, accanto alle tradizionali attività di produzione di beni, anche le attività di erogazione dei servizi (p. 221 della proposta). Entrambe le idee sono state recepite nel nuovo art. 20 ord. penit. sostituito dall'art. 2 lett. a) del d.lgs. n. 124 del 2018.

⁶ Nella versione originaria gli artt. 20 ord. penit. e 47 reg. es. facevano riferimento alle imprese pubbliche e private per l'organizzazione e gestione diretta delle lavorazioni penitenziarie. Accogliendo il suggerimento della Commissione Giostra, il legislatore delegato ha impiegato nella versione riformata dell'art. 20 per effetto del d.lgs. n. 124 del 2018 la nozione di enti pubblici o privati, in quanto idonea a ricomprendere anche soggetti privati come le associazioni e le fondazioni, nonché gli enti pubblici non aventi carattere imprenditoriale.

⁷ Accanto al lavoro a domicilio, la Commissione Giostra aveva proposto di prevedere anche il lavoro agile di cui alla l. 22 maggio 2017, n. 81, che consiste in una forma di esecuzione del rapporto di lavoro rimessa ad un'intesa tra le parti, caratterizzata dalla elasticità dell'organizzazione del lavoro che può essere svolto anche per fasi, cicli o obiettivi, con flessibilità di orari e di luoghi di esecuzione della prestazione di lavoro, anche per effetto del possibile impiego di strumenti tecnologici. La proposta tuttavia non è stata recepita nel recente decreto di riforma del lavoro penitenziario.

⁸ Al fine di potenziare il ricorso allo strumento contrattuale a causa mista (formazione-lavoro) del contratto di apprendistato,

Nelle intenzioni del legislatore, dunque, il tempo della pena dovrebbe rappresentare un'occasione per far acquisire ai condannati una preparazione professionale adeguata alle normali condizioni lavorative per agevolare il reinserimento sociale; nel contempo, è necessario creare le condizioni per l'accesso agli ammortizzatori previsti dal *Welfare State* a sostegno della disoccupazione involontaria.

LA CRISI DEL WELFARE E L'UTOPIA DELLA PENA RIEDUCATIVA

La fiducia nelle istanze di riabilitazione della pena, che si riflette nella riforma penitenziaria del '75, si è accompagnata alla fiducia, allora all'apice, nei meccanismi del *Welfare*; nel momento in cui, a partire dalla crisi economica del 2008, quei meccanismi hanno iniziato a vacillare, sono venute meno le migliori aspirazioni ad una presa in carico delle fasce deboli della popolazione.

Non è casuale che il «medio evo moderno» del lavoro penitenziario si registri a qualche anno di distanza dall'avvento della crisi; in particolare, nel 2011 si assiste ad una diminuzione vertiginosa della percentuale di detenuti lavoranti alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, per effetto della diminuzione del budget previsto in bilancio per le mercedi dei detenuti. Si è passati da 71.400.000 di euro stanziati nel 2006 a 49.664.207 di euro disponibili nel 2011, con una contrazione di oltre il 30% delle risorse destinate alla gestione delle industrie penitenziarie⁹. Il dato è allarmante se si considera che la diminuzione delle risorse destinate al lavoro è in controtendenza rispetto al flusso crescente di presenze in carcere registrato negli stessi anni¹⁰.

Le Amministrazioni penitenziarie hanno reagito ai drastici tagli alle risorse pubbliche riducendo l'orario di lavoro *pro-capite*, in modo da consentire che lo stesso posto di lavoro sia occupato nel corso dell'anno da più detenuti lavoratori a rotazione, mediante contratti *part-time* e a tempo determinato¹¹. L'obiettivo è assicurare un accesso diffuso al lavoro, che consenta di contenere disagi e tensioni nella quotidianità degli istituti penitenziari¹².

L'impiego saltuario dei detenuti però ha prodotto nel trattamento penitenziario una serie di effetti negativi a catena, anzitutto perché compatibile solo con lavori dequalificanti¹³ di scarsa utilità ai fini del reinserimento del condannato, e senza alcuna «familiarità» con i criteri fissati dall'art. 20 ord. penit. per la selezione dei detenuti da ammettere al lavoro¹⁴.

All'impiego dequalificante per decenni ha fatto *da pendant* una remunerazione simbolica. La «mercede» che il legislatore, fino alla recentissima riforma, ha inopportunamente lasciato ad una valutazione «equitativa commisurata alla quantità e qualità del lavoro effettivamente prestato», può essere inferiore

la Commissione Giostra aveva proposto di eliminare, anche per i detenuti e gli internati, i limiti massimi di età (25 anni per l'assunzione in apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore; nonché quello di 29 anni per l'assunzione in apprendistato professionalizzante e l'apprendistato di alta formazione e ricerca) attualmente non previsti, nella legge di collocamento, solo a favore di lavoratori beneficiari di indennità di mobilità o di un trattamento di disoccupazione (art. 47, comma 4, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81). La proposta non è stata recepita.

⁹Fonte Ragioneria Generale dello Stato: www.rgs.mef.gov.it.

¹⁰Al 31.12. 2005 le presenze in carcere sono pari a 59.523; al 31.12.2010 sono pari a 67.961. Il dato è ricavato dalla *Relazione al Parlamento sullo svolgimento da parte dei detenuti di attività lavorative o di corsi di formazione professionale per qualifiche richieste da esigenze territoriali. Legge 22 giugno 2000, n. 193, art. 5, comma 3.* (Anno 2011), presentata dal Ministro della Giustizia Severino.

¹¹Sul punto si rinvia alla lettura della *Relazione sullo svolgimento da parte dei detenuti*, (Anno 2011), cit., p. 2.

¹²Poiché tale prassi continua ad essere applicata, la Commissione Giostra ha suggerito di trasformarla in norma, prevedendo in capo alla Commissione istituita presso ogni istituto penitenziario con la funzione di formare le graduatorie per l'assegnazione al lavoro, anche il compito di fissare i criteri di avvicendamento nei posti di lavoro, in modo da garantire la massima trasparenza, oltre che la maggiore occupabilità possibile di detenuti. Tale proposta è stata recepita nella nuova versione dell'art. 20, comma 5, lett. c), ord. penit. introdotta con d.lgs. n. 124 del 2018.

¹³Si tratta prevalentemente di lavori domestici necessari alla quotidiana gestione dell'istituto mediante i servizi di pulizia, cucina, consegna vitto, lavanderia, manutenzione del fabbricato, etc.

¹⁴Originariamente l'assegnazione al lavoro doveva tener conto della professionalità dei detenuti, delle precedenti attività svolte e di quelle a cui potevano dedicarsi dopo aver scontato la pena, dei carichi familiari e dell'anzianità di disoccupazione durante lo stato di detenzione e internamento; ad eccezione degli ultimi due, tutti gli altri criteri erano di regola lettera morta. L'attuale articolo 20 ord. penit. nella versione riformata con il d.lgs. n. 124 del 2018 circoscrive i criteri per l'assegnazione al lavoro privilegiando quello dell'anzianità di disoccupazione durante lo stato di detenzione, i carichi familiari ed infine quello delle abilità lavorative possedute.

fino ad 1/3 rispetto al trattamento economico previsto dai contratti collettivi nazionali di lavoro per le corrispondenti categorie di lavoratori¹⁵. Tale riduzione, peraltro giudicata legittima dalla Corte costituzionale¹⁶, è applicabile ad ogni rapporto di lavoro intramurario, sia alle dipendenze della amministrazione penitenziaria, sia alle dipendenze di terzi¹⁷. Ad impoverire ulteriormente le risorse dei detenuti lavoratori concorre la circostanza che dal 1994 le mercedi dei condannati non sono state adeguate, parallelamente agli aggiornamenti dei contratti collettivi nazionali, a causa della carenza di fondi: ne è derivato un contenzioso a seguito del quale l'Amministrazione, risultata soccombente, ha dovuto pagare, oltre alle differenze retributive maturate negli anni, anche gli interessi e le spese di giudizio, con aggravio per l'Erario. Solo nel 2017 è stato possibile adeguare le retribuzioni dei detenuti lavoratori, grazie all'incremento delle assegnazioni sul capitolo di bilancio destinato alle mercedi¹⁸.

In questo quadro di ingiustificata sperequazione a danno dei detenuti lavoratori è particolarmente apprezzabile l'intervento di riforma attuato su proposta della Commissione Giostra, che ha sostituito l'anacronistico riferimento alla «mercede» con il richiamo alla «remunerazione». Espressamente «scartata» la nozione di «retribuzione» per non legittimare l'idea che la riduzione di 1/3 si applichi anche ai rapporti di lavoro alle dipendenze di terzi¹⁹. Inoltre, il legislatore delegato ha accolto la proposta della Commissione di semplificare la procedura di determinazione della remunerazione spettante ai lavoratori alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, fissandola nei 2/3 del trattamento economico previsto dai contratti collettivi, allo scopo di evitare che i ritardi della Commissione appositamente costituita possano determinare adempimenti parziali dell'obbligo retributivo che grava sulle amministrazioni penitenziarie.

La mancanza di posti di lavoro in carcere e gli *standard* retributivi inadeguati si riflettono a loro volta sull'accesso al *welfare* dei detenuti che, come per i lavoratori liberi, è condizionato dallo svolgimento di un'attività di lavoro e dal versamento dei corrispondenti contributi.

Ad essere completamente esclusi da ogni misura di sostegno al reddito sono i detenuti non ammessi al lavoro, assolutamente prevalenti nella popolazione penitenziaria; ma anche i pochi «eletti» che accedono al lavoro penitenziario²⁰, percependo retribuzioni e contribuzioni di gran lunga inferiori a quelle

¹⁵ L'art. 22 ord. penit. nella versione originaria prevede che le mercedi per ciascuna categoria di lavoratori sono equitativamente stabilite (...) in misura non inferiore ai due terzi del trattamento economico previsto dai contratti collettivi di lavoro. A ciò si aggiunga l'ulteriore «ipoteca» sulla mercede rappresentata dal prelievo ex art. 24 della legge penitenziaria e art. 145 c.p. delle somme dovute a titolo di risarcimento del danno, rimborso delle spese del procedimento e delle spese di mantenimento in carcere, per un ammontare complessivo di 3/5. La Commissione Giostra aveva proposto di ridurre, rispettivamente ad 1/5 per i debiti nei confronti dello Stato e dei privati, e ad 1/3 per le obbligazioni alimentari, i prelievi consentiti sulle mercedi dei detenuti lavoratori, allineandoli alle comuni regole sul pignoramento degli stipendi (p. 104 della proposta). La proposta però è rimasta inattuata.

¹⁶ C. cost., sent. 13 dicembre 1988, n. 1087 nel dichiarare infondata la relativa questione di legittimità sollevata in relazione agli artt. 3 e 36 Cost., tuttavia ha chiarito che non è consentito diminuire la mercede al di sotto dei parametri legislativamente individuati mediante il rinvio al principio della equa remunerazione e il richiamo ai contratti collettivi di lavoro; fermo restando in caso contrario la possibilità per il condannato di rivolgersi al giudice del lavoro per l'annullamento della determinazione della Commissione deputata al calcolo della mercede, in quanto ostativa al raggiungimento del fine posto dall'art. 27, comma 3, Cost.

¹⁷ Il rinvio contenuto nell'art. 2 l. 22 giugno 2000, n. 193 (c.d. Smuraglia) alla normativa vigente per il lavoro carcerario consentiva di ritenere che la riduzione fino ad 1/3 della retribuzione fissata dai contratti collettivi si applicasse anche nel caso di lavoro intramurario alle dipendenze di terzi.

¹⁸ Per i dati si rinvia alla *Relazione annuale sullo svolgimento da parte dei detenuti di attività lavorative o di corsi di formazione professionale per qualifiche richieste da esigenze territoriali (Anno 2017)*, presentata ai sensi dell'art. 5, comma 3, l. 22 giugno 2000, n. 193 dal Ministro della Giustizia Orlando, trasmessa alla Presidenza il 30 gennaio 2018, p. 8. La tabella contenuta a p. 6 della Relazione mostra un'oscillazione dei fondi assegnati tra il 2010 (€ 54.215.128,00) e il 2016 (€ 60.016.095,00), mentre registra un'impena nel 2017 (€ 100.016.095,00).

¹⁹ Nel riformato art. 22 ord. penit. si specifica che la soglia dei 2/3 è fissata solo per i detenuti e internati che lavorano alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria.

²⁰ L'assegnazione dei detenuti al lavoro, preceduta di regola da un'indagine lacunosa e frammentaria e comunque estremamente burocratica, sui titoli di studio e professionali dei detenuti, raramente è gestita dalla Commissione mista prevista dall'art. 20 ord. penit., in quanto di fatto è lasciata alla discrezionalità del personale di polizia penitenziaria che impiega lo strumento del lavoro per distribuire privilegi e punizioni: così G. Caputo, *Detenuti e diritti sociali: un welfare povero per i poveri*, in *Antigone*, 2012, 1, p. 100-101.

In questo quadro si saluta con favore la riforma sollecitata dalla Commissione Giostra di dare adeguata pubblicità alle graduatorie per l'assegnazione al lavoro dei detenuti e degli internati, prevista nella nuova versione dell'art. 20, comma 5, lett. a) ord. penit modificato con d. lgs. n. 124 del 2018.

riconosciute, a parità di mansioni e di inquadramento, ad un comune lavoratore, sono costretti a lavorare di più per assicurarsi il godimento dei diritti sociali. Si consideri, a titolo esemplificativo, la prestazione di natura assistenziale a favore del lavoratore in caso di involontaria estinzione o sospensione di un rapporto di lavoro subordinato che, per un detenuto, può scaturire dal sistema di turnazione forzata. Vigente la legge Fornero²¹, l'accesso alla misura era subordinato al versamento di un anno di contributi in un biennio di lavoro, con una contribuzione giornaliera di € 44,49²². Considerato che la mercede di un detenuto è pari a circa 1/3 di quella cifra²³, il condannato doveva lavorare il triplo per raggiungere gli stessi livelli contributivi di un lavoratore libero assunto sulla base dello stesso contratto nazionale di categoria²⁴. Dal 2015 i requisiti per l'accesso a tale ammortizzatore sociale sono diventati meno stringenti, in quanto è richiesto un minimo di 13 settimane di contribuzione nei 4 anni precedenti l'inizio della condizione di disoccupazione e 30 giorni di lavoro effettivo (a prescindere dalla durata giornaliera della prestazione, essendo richiesta la sola presenza effettiva al lavoro) nei 12 mesi precedenti l'inizio dello stato di disoccupazione²⁵. Tuttavia, le segnalate disegualianze sostanziali rispetto ai lavoratori liberi permangono in relazione a tutte le prestazioni di natura assistenziale che dipendono nell'*an* e nel *quantum* dall'anzianità contributiva. Si pensi all'assegno ordinario di invalidità o alla pensione di inabilità riconosciuti ai lavoratori invalidi, a condizione che abbiano lavorato almeno 3 anni nei 5 anni precedenti la richiesta. I detenuti che incorrono in una patologia invalidante durante la detenzione – ipotesi affatto infrequente²⁶ –, nella maggior parte dei casi non hanno i requisiti richiesti dalla legge e possono accedere solo alla residuale misura assistenziale dell'assegno mensile di invalidità civile. Analogamente, i detenuti che trascorrono lunghi periodi in carcere non riuscendo a maturare le condizioni per fruire della pensione di vecchiaia possono ambire, al più, all'assegno sociale al raggiungimento del 65esimo anno di età²⁷. Peraltro, anche tale misura residuale, solo fino a qualche mese fa, non era assicurata a tutti, considerato che la fruizione dell'assegno è subordinata alla condizione della residenza anagrafica continuativa per almeno 10 anni, affatto scontata per chi trascorrendo lunghi periodi in carcere è cancellato dalle liste dell'anagrafe del Comune di origine, senza che l'Amministrazione penitenziaria ne curi l'iscrizione all'anagrafe del Comune dove è ubicato il luogo di detenzione. Sul problema è di recente intervenuto il legislatore delegato assegnando alle Direzioni degli istituti il compito di segnalare il detenuto o l'internato privo di residenza anagrafica affinché sia iscritto nei registri della popolazione residente del comune dove è ubicata la struttura²⁸.

Date queste premesse, non è difficile immaginare come i diritti sociali siano totalmente negati ai detenuti stranieri, i quali, a causa dell'assenza di legami stabili sul territorio, sono soggetti a continui trasferimenti da un istituto penitenziario all'altro e di conseguenza ignorati in ogni graduatoria per l'ammissione al lavoro.

In definitiva, i tagli alle risorse pubbliche destinate al lavoro dei condannati, comportando una con-

²¹ La l. 28 giugno 2012, n. 92, c.d. Riforma Fornero ha sostituito, a partire dal 1° gennaio 2013 l'originaria indennità di disoccupazione con l'Assicurazione sociale per l'impiego (c.d. Aspi).

²² Il dato è tratto dalla Circolare Inps del 1° febbraio 2011, n. 24.

²³ La frazione (1/3) è calcolata in base ad una stima approssimativa dell'impiego orario medio di un detenuto, fatta a partire dai fondi destinati nel bilancio dell'amministrazione penitenziaria alle mercedi dei detenuti per l'anno 2011, divisi per il numero di lavoranti nello stesso anno. Per una ricognizione numerica delle cifre indicate si rinvia a G. Caputo, op. cit., nota 9.

²⁴ Nel sistema antecedente la legge Fornero il numero di giornate indennizzabili non era calcolato sulla base dei minimali contributivi, in quanto per avere accesso all'ammortizzatore sociale erano sufficienti 75 giornate lavorative nel corso dell'anno solare, anche della durata di un'ora ciascuna, indipendentemente dalla retribuzione oraria.

²⁵ Con il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22 la c.d. Aspi è stata sostituita dalla c.d. Naspi (Nuova assicurazione sociale per l'impiego).

²⁶ La scarsità delle risorse assegnate in bilancio per la remunerazione dei detenuti lavoranti ha condizionato in modo particolare le attività lavorative necessarie per la gestione quotidiana dei servizi di pulizia e cucina, incidendo negativamente sulla qualità della vita all'interno degli istituti.

²⁷ A partire dal 2019 il requisito anagrafico richiesto è pari a 67 anni.

²⁸ L'adempimento descritto è previsto in un nuovo comma dell'art. 45 ord. penit. interpolato dall'art. 11 lett. r), n. 2, d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, recante norme sulla Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83 e 85, lett. a), d), l), m), o), r), t) e u) della l. 23 giugno 2017, n. 103. L'intervento normativo si inserisce in un più ampio disegno teso ad offrire ai detenuti e agli internati un servizio di assistenza per l'accesso ai trattamenti assistenziali e previdenziali nonché servizi di politica attiva del lavoro, soprattutto in prossimità delle dimissioni dal carcere. Si tratta di un'altra importante novità introdotta nella recente riforma penitenziaria su proposta della Commissione Giostra.

trazione dei posti di lavoro ed una erogazione di retribuzioni e contribuzioni totalmente inadeguate rispetto agli standard fissati per il corrispondente lavoro libero, hanno offuscato la funzione risocializzante del lavoro penitenziario concorrendo all'ineffettività della funzione rieducativa della pena.

IL SISTEMA DEGLI INCENTIVI ALLE IMPRESE E ALLE COOPERATIVE SOCIALI NELLA L. 22 GIUGNO 2000, N. 193 (C.D. LEGGE SMURAGLIA). IL FINANZIAMENTO DELLA CASSA DELLE AMMENDE

La tendenziale equiparazione del lavoro dei detenuti a quello dei liberi ha avuto come inevitabile conseguenza una contrazione di posti di lavoro per i condannati, in quanto, a parità tendenziale di retribuzione e di oneri sociali, le imprese non hanno tratto più alcun vantaggio dall'impiego di manodopera carceraria. Per far fronte alla diminuzione di posti di lavoro che l'amministrazione penitenziaria non è stata in grado di neutralizzare, tentata senza grossi risultati la strada della privatizzazione delle lavorazioni intramurarie²⁹, il legislatore nel 2000 ha previsto un sistema di incentivi, consistenti in risparmi di spesa per le imprese e le cooperative sociali che assumono condannati. Nell'ottica del legislatore, tali agevolazioni sarebbero servite a compensare il *gap* di competitività rispetto al lavoro libero, dovuto al minor rendimento del lavoro penitenziario.

Alla riduzione nella misura di 1/3 del costo della retribuzione del lavoro *intramoenia* rispetto alle soglie stabilite nei contratti collettivi di lavoro – non più consentita dopo la modifica dell'art. 22 ad opera del d.lgs. n. 124 del 2018³⁰ – e al risparmio di spesa, per il datore di lavoro, derivante dalla possibilità di ricevere in comodato d'uso i locali dell'amministrazione penitenziaria necessari all'organizzazione delle lavorazioni (art. 47 reg. es.), si sono aggiunti i benefici fiscali e contributivi che la legge Smuraglia ha previsto a vantaggio delle cooperative sociali³¹ che assumono soggetti in stato di reclusione (inclusi i semiliberi) o ammessi al lavoro all'esterno *ex art.* 21 ord. penit. ed a misure alternative, nonché a favore delle aziende pubbliche o private che organizzano attività produttive o di servizi all'interno degli istituti, impiegando manodopera carceraria.³²

La copertura finanziaria di tali agevolazioni è a carico dello Stato, che annualmente stanziava un budget³³ suddiviso tra i vari Provveditorati regionali³⁴. Con l'entrata in vigore della legge Smuraglia è ini-

²⁹ Con d.l. 14 giugno 1993, n. 187, conv. con modif. dalla l. 12 agosto 1993, n. 296 sono stati introdotti nuovi modelli di organizzazione del lavoro penitenziario, prevedendo la possibilità di affidare la direzione tecnica delle attività e la formazione stessa dei detenuti lavoratori ad esperti esterni all'amministrazione, la quale, nel nuovo riparto di competenze, svolge attraverso il suo Provveditore Regionale compiti organizzativi, direttivi e di controllo sulle lavorazioni, avvalendosi dell'organo consultivo delle Commissioni regionali *ex art.* 25-*bis* ord. penit. istituite con la medesima l. n. 296 del 93.

³⁰ V. nota 19.

³¹ Sono qualificate come «cooperative sociali» *ex lege* 8 novembre 1991, n. 381 solo quelle miste, ossia formate da detenuti e soggetti liberi. Alle cooperative sociali sono affidati i servizi interni di pulizia e manutenzione dei fabbricati, somministrazione del vitto ed altri lavori c.d. domestici fino a quel momento svolti alle dirette dipendenze dell'amministrazione penitenziaria.

³² L'art. 1 legge Smuraglia, modificando l'art. 4 della l. n. 381 del 1991 (recante disciplina delle cooperative sociali) prevede un sistema diversificato di agevolazioni contributive. In particolare, le aliquote delle contribuzioni per l'assicurazione obbligatoria previdenziale ed assistenziale sono ridotte a zero per le retribuzioni corrisposte dalle cooperative sociali ai condannati ammessi alle misure alternative degli artt. 47, 94 t.u. stupefacenti, 47-*ter* e 48 ord. penit.; mentre per i detenuti ed internati non ammessi a tali benefici e per coloro che sono ammessi al lavoro all'esterno, l'aliquota è ridotta in percentuali fissate ogni due anni con decreto del Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro del Tesoro. Lo sgravio contributivo è concesso per ulteriori 12 mesi dopo la cessazione dello stato di detenzione nel caso di soggetti che hanno beneficiato di misure alternative o lavoro all'esterno, e per altri 24 mesi per coloro che non sono ammessi a tali benefici. Le agevolazioni contributive parziali sono riconosciute, oltre che alle cooperative sociali, anche alle aziende che assumono detenuti per lavori *intramoenia* (art. 2 l. n. 193 del 2000). Tutte le imprese infine sono destinatarie di un credito d'imposta quando si occupano di formazione dei detenuti e/o li assumano per un periodo non inferiore a 30 giorni, con estensione del beneficio per un periodo successivo alla cessazione dello stato di detenzione. Per la disciplina di dettaglio sul credito di imposta, si rinvia a M. Vitali, *Sub artt. 3 e 4 l. 22 giugno 2000, n. 193*, in F. Della Casa– G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2015, p. 1177 ss.

³³ La previsione di stanziamento annuo originaria era di 9 milioni di lire; l'art. 10, comma 7-*bis*, d.l. 28 giugno 2013, n. 76, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 99 ha aumentato l'autorizzazione alla spesa per la copertura finanziaria della l. n. 193 del 2000 di euro 5.500.000 a decorrere dall'anno 2014.

³⁴ La distribuzione delle risorse non avviene in modo uniforme, né razionale, in quanto non tiene conto del numero di istituti penitenziari e della consistenza del tessuto economico di ogni Regione; accade dunque che Regioni più fiorenti dell'Italia settentrionale hanno a disposizione quasi la metà del budget totale, mentre le Regioni del Centro-Sud del Paese, come la Campania e la Sicilia, che si collocano ai primi posti per numero di detenuti e istituti penitenziari possono contare su risorse molto più limitate.

ziata la parabola ascendente delle assunzioni di detenuti alle dipendenze di terzi³⁵; tuttavia, per un decennio, il budget non è stato aggiornato in maniera proporzionata alla crescente domanda di lavoro, determinando in alcuni casi l'interruzione di rapporti già in essere³⁶.

Nel quadro generale di tagli alle spese dello Stato, l'ultimo paracadute per il lavoro penitenziario è rappresentato dalla finanziabilità di programmi di reinserimento socio-lavorativo con le risorse della Cassa delle Ammende – ente con personalità giuridica istituito presso il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria-, che finanzia i programmi di formazione e lavoro dei condannati con i proventi delle manifatture carcerarie, le sanzioni pecuniarie e le sanzioni connesse al processo (inammissibilità, rigetti, etc.).

Anche la Cassa, però, costituisce una fonte di finanziamento esauribile. Anzitutto, perché una parte cospicua delle sue risorse è destinata all'edilizia carceraria, voce di spesa che negli ultimi anni è cresciuta in conseguenza dell'approvazione del piano straordinario varato nel 2010 per far fronte alla cronica situazione di sovraffollamento carcerario;³⁷ ed è destinata a crescere ulteriormente in base alle ultime determinazioni del Governo, che ha annunciato la costruzione di nuove carceri per fronteggiare il costante incremento di detenuti³⁸. In secondo luogo, perché, al fine di favorire la commercializzazione dei prodotti delle lavorazioni carcerarie, che costituiscono una delle fonti di approvvigionamento della Cassa, è possibile collocare quei prodotti sul mercato esterno ad un prezzo di vendita pari o inferiore al loro costo, tenuto conto dei prezzi praticati per prodotti corrispondenti nella zona in cui è situato l'istituto. Di conseguenza, gli introiti per la Cassa diminuiscono e di riflesso si riducono le risorse per finanziare ulteriori attività lavorative³⁹.

Infine, dal 2015 vi è stata anche una riduzione dei fondi destinati all'ente Cassa, motivata dalla decisione di ridimensionare il contributo dello Stato al sostegno delle cooperative sociali operanti in carcere, ammesse al finanziamento solo in fase di *start-up*. I tagli alle risorse hanno messo a rischio l'occupazione di circa 1/3 delle persone assunte in quegli anni in carcere dalle cooperative sociali; donde la necessità di trovare nuove risorse finanziarie per integrare i fondi tradizionalmente destinati ai servizi di *Welfare*.

³⁵ Si è passati dai 644 detenuti assunti nel 2003 ai 1342 nel 2010. Il dato è ricavato dalla *Relazione sullo svolgimento da parte dei detenuti di attività lavorative (anno 2011)*, cit., p. 3.

³⁶ Al riguardo si rinvia alla lettura della *Relazione al Parlamento sullo svolgimento da parte dei detenuti di attività lavorative o di corsi di formazione professionale per qualifiche richieste da esigenze territoriali. Legge 22 giugno 2000, n. 193, art. 5, comma 3*. (Anno 2012). Per un'ampia panoramica sulle iniziative imprenditoriali a favore dell'occupazione dei soggetti in esecuzione penale si rinvia a G. Pizzera-C. A. Romano, *Il lavoro come strumento fondamentale del trattamento penitenziario ed il ruolo della cooperazione sociale*, in *Rass. it. crim.*, 2011, 3, p. 23 ss. Si veda anche l'esperienza del Consorzio di cooperative sociali Giotto operative nella Casa di Reclusione Due Palazzi di Padova. L'attività del Consorzio è stata oggetto di uno studio dal titolo "*Forgiveness and Work behind Bars: Giotto in the Due Palazi Prison of Padua*", in www.secondowelfare.it, 18 maggio 2015.

³⁷ Al riguardo si consideri che nell'anno 2016, su 68 progetti complessivamente approvati dalla Cassa ammende, ben 65 riguardavano l'edilizia penitenziaria e solo 3 riguardavano attività trattamentali e di reinserimento sociale. Il dato è riportato nella *Relazione sull'andamento del lavoro penitenziario presentata per l'anno 2016*, cit., p. 9. Nel testo vi è l'auspicio di poter coltivare per l'anno successivo, altri 200 progetti già istruiti, creando ulteriori opportunità lavorative per i detenuti. Ma dalla consultazione della relazione presentata il 30 gennaio 2018, relativa all'anno 2017, non c'è menzione di quei finanziamenti. Tanto autorizza a presumere che i progetti siano ancora in fase di approvazione.

³⁸ Nel mese di ottobre 2018 il numero delle presenze in carcere si è riassetato sulla soglia dei circa 60.000 detenuti, pari a quella registrata alla vigilia della condanna dell'Italia per sovraffollamento carcerario da parte della Corte di Strasburgo (Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia).

³⁹ La recente riforma attuata con d.lgs. n. 124 del 2018 ha esteso le politiche di sottocosto anche al corrispettivo dei servizi forniti dall'amministrazione impiegando l'attività lavorativa dei detenuti e degli internati. La Commissione Giostra aveva anche proposto di destinare quelle risorse direttamente al Ministero della Giustizia anziché confluire indistintamente nelle casse dell'Erario (v. p. 95 proposta). Il legislatore delegato tuttavia non ha accolto il suggerimento, prevedendo invece che i proventi delle produzioni carcerarie siano versati all'entrata del bilancio dello Stato per essere annualmente riassegnati, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, all'apposito capitolo del Ministero della giustizia, allo scopo di promozione e sviluppo della formazione professionale e del lavoro dei detenuti e degli internati (art. 20, commi 9 e 10, ord. penit.).

UNO SGUARDO ALLE ESPERIENZE D'OLTRALPE DI FINANZA AD IMPATTO SOCIALE: I SOCIAL IMPACT BOND E I PAY FOR SUCCESS

La strada intrapresa da alcuni Paesi è consistita nel ricercare nuove forme di cooperazione tra Stato, mercato e terzo settore, sfociate nei c.d. *social impact bond* o, secondo la denominazione statunitense, *pay for success* o *pay by results*.

In via di estrema sintesi, si tratta di un accordo che ha come fulcro la pubblica amministrazione, disposta a condividere, con investitori privati, i risparmi di spesa pubblica generati da interventi sociali a carattere preventivo finanziati dai privati. Sono interventi ad alto rischio di insuccesso, nei quali, di regola, agli elevati costi iniziali si associano guadagni solo a lungo termine. La pubblica amministrazione circoscrive la sua partecipazione al rischio alla sola quota di risparmio che è disposta a cedere agli investitori, a titolo di remunerazione del capitale investito, nel caso in cui il programma finanziato raggiunga la *performance* fissata nell'accordo. La *performance*, di regola, consiste nel raggiungimento di obiettivi di rilievo sociale, monetizzabili in termini di risparmio di spesa pubblica. La remunerazione dell'investimento, dunque, presuppone una misurazione dell'impatto sociale dell'operazione finanziata, affidata ad un valutatore indipendente. Il terzo attore di questa cooperazione, l'impresa sociale, è affidataria dell'intervento, ma è sollevata dal problema di reperire le risorse necessarie a mantenere in vita le proprie attività. In questo modo, le imprese responsabili dei progetti sono selezionate non in base alla loro capacità di reperire fondi, bensì in base alla loro efficacia operativa⁴⁰. A fare da *trait d'union* tra pubblica amministrazione, investitori privati e terzo settore vi è di regola un intermediario che, grazie ad un'approfondita conoscenza del contesto e delle problematiche sociali su cui intervenire, si occupa della raccolta delle risorse necessarie a finanziare il progetto (c.d. "capitali pazienti" provenienti da investitori socialmente orientati), nonché della selezione dei fornitori del servizio sociale⁴¹.

Il primo modello di *social impact bond* è stato messo a punto in Gran Bretagna nel 2010 per finanziare un progetto di prevenzione della recidiva rivolto ai detenuti del carcere di Peterborough. Era stato accertato che più della metà dei condannati a pene di breve durata (*short sentenced prisoners*) facevano ritorno in carcere ad un anno di distanza dalla loro scarcerazione. Nel progetto sono stati coinvolti detenuti maggiorenni condannati ad una pena detentiva inferiore a 12 mesi e si è stabilito che l'abbassamento del tasso di recidiva del gruppo target (c.a 3000 persone suddivise in 3 gruppi trattate nell'arco di sette anni) – del 10% per uno dei 3 sottogruppi ovvero del 7,5% come media di tutti i sottogruppi – avrebbe prodotto rendimenti fino al 13% dei capitali privati investiti nella misura sociale.

Nel 2013 è seguita l'esperienza del carcere minorile di *Rykers Island* negli Stati Uniti. In quell'occasione la prestigiosa Banca d'affari *Goldman Sachs* ha finanziato un progetto sperimentale della durata di quattro anni che prevedeva, in corrispondenza dell'abbassamento della recidiva almeno del 10% rispetto alla sua soglia storica, un tasso di remunerazione del capitale investito variabile dal 5% al 22%. La peculiarità del modello rispetto a quello inglese è data dalla costituzione di un fondo di garanzia sul prestito di *Goldman Sachs* creato da *Bloomberg Philanthropies* per il 75% del capitale, nel caso di mancato raggiungimento della prevista riduzione della recidiva⁴².

Sono intuitive le ragioni per le quali le carceri hanno costituito il terreno di elezione per le prime sperimentazioni di queste nuove forme di partenariato pubblico-privato: i programmi di risocializzazione dei condannati investono interessi sociali caratterizzati da elevati costi per lo Stato, rispetto ai quali vi sono margini significativi di intervento in funzione preventiva. È noto che un condannato al quale non è stato offerto alcun efficace sostegno rieducativo durante l'esecuzione della pena ha maggiori probabilità di ritornare a delinquere rispetto ad un altro che, durante il tempo della pena, grazie ad un lavoro retribuito o all'ammissione ad una misura alternativa, ha ricostruito i rapporti con l'esterno

⁴⁰ Sono note le difficoltà per le imprese sociali di reperire risorse tramite i canali del credito ordinario; tali difficoltà potrebbero apparire insormontabili dopo che la Cassa delle Ammende ha deciso di finanziare solo le *start-up*.

⁴¹ Per una descrizione dettagliata dei plurimi schemi negoziali che regolano i rapporti tra tutti gli interlocutori di un Sib si rinvia al contributo di C. Mignone, *Meritevolezza dell'iniziativa, monetizzazione del benessere e nuovi modelli di welfare sussidiario*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 1, p. 120 ss.; G. Pasi, *Credito e innovazione sociale: l'avvento di nuovi schemi negoziali nell'amministrazione delle carceri. La direzione suggerita dai social impact bond*, in *Rass. econ.*, 2015, 1, p. 207 ss.; Id., *I social impact bond: nuovi schemi negoziali tra misurazione dell'impatto e finanza strutturata*, in *www.secondowelfare.it*, 23 novembre 2015.

⁴² Per una descrizione più dettagliata sulle origini e sulla struttura dei Sib in esame si rinvia a G. Pasi, *I social impact bond: nuovi schemi negoziali*, ult. op. cit.

creando le condizioni per un suo rientro stabile e sicuro nella società⁴³. La recidiva, nella prima evenienza considerata, comporterà costi legati alla repressione del fatto reiterato (spese processuali e per il mantenimento in carcere) e, in generale, farà venire meno quelle condizioni di sicurezza e di stabilità che, alimentando la fiducia tra gli attori sociali, propiziano attività imprenditoriali, attraggono capitali, creano le basi per una proficua cooperazione sociale (rapporto Censis 2014).

NUOVE FORME DI FINANZIABILITÀ DEI PROGRAMMI DI REINSERIMENTO SOCIO-LAVORATIVO DEI CONDANNATI IN ITALIA: UN CONTRIBUTO AL DIBATTITO

Negli ultimi anni, in molti si sono chiesti se l'attività delle cooperative in carcere, che ha patito maggiormente i tagli alle risorse pubbliche, rappresenti un possibile scenario attuativo dei *social impact bond* nel nostro Paese⁴⁴.

Partendo dall'analisi delle esperienze pilota nel Regno Unito e in America, è agevole osservare che, dall'esperienza del carcere di Peterborough, sarebbe certamente mutuabile, in una replica tutta italiana, la condizione della partecipazione dei detenuti al progetto su base volontaria. Come si è già evidenziato, il lavoro non rappresenta più un obbligo, bensì un diritto, un'opportunità per il condannato. D'altro canto, l'offerta trattamentale può aspirare ad un'autentica risocializzazione del reo a condizione che vi sia una sua adesione spontanea; al contrario, un trattamento coattivo alimenta forme di infantilizzazione del detenuto. Condivisibile anche la scelta di non coinvolgere condannati già impegnati in altri programmi di riabilitazione; un'opzione di segno contrario potrebbe diminuire l'attendibilità della misurazione dell'impatto sociale del progetto finanziato (abbassamento della recidiva), con conseguenti ricadute sulla certezza della remunerabilità dell'investimento.

Le possibili criticità sono invece ricollegabili alla sussistenza, nell'architettura di questi strumenti di finanza sociale, di un nesso tra il raggiungimento della *performance* e la remunerabilità del capitale investito. Sono dubbie anche l'attendibilità della misurazione dell'impatto sociale e l'adeguatezza della metrica impiegata.

Sotto il primo profilo, lo studio del fenomeno della recidiva evidenzia una maggiore propensione alla risocializzazione di alcuni condannati rispetto ad altri. A tal fine rilevano fattori legati all'età, in quanto i comportamenti criminali tendono a regredire con essa, al genere, al vissuto, al grado di istruzione, alla rete di relazioni stabili coltivate all'esterno e, in generale, alle risorse personali e familiari del condannato, alle regioni di provenienza del reo, alla salute, con particolare riferimento alle patologie che hanno una forte incidenza sulla propensione a delinquere, quale lo stato di tossicodipendenza ed alcol dipendenza⁴⁵.

Connesso a queste "evidenze fattuali" è il rischio che il rapporto tra redditività dell'investimento e successo della misura finanziata possa condizionare la scelta dei soggetti sottoposti al programma, privilegiando strategicamente coloro che hanno maggiori possibilità di successo a danno delle categorie più difficili da trattare (c.d. rischio di *cherry-picking*)⁴⁶.

⁴³ L'indice di recidiva di ex detenuti si aggira mediamente intorno al 70%, con qualche oscillazione da un paese ad un altro (in Italia ad esempio è pari al 68%, in Brasile è più dell'80%, in Inghilterra si attesta intorno al 50%). Tale indice si abbassa alla soglia del 19% in Italia, del 22% in Inghilterra nel caso di condannati che durante l'espiazione della pena hanno la possibilità di lavorare o di svolgere qualsiasi attività che attraverso un graduale reinserimento nella società li responsabilizzi.

⁴⁴ Al riguardo si segnalano G. Pasi, *Le cooperative che lavorano in carcere possono essere un caso studio per la finanza sociale?*, in *www.secondowelfare.it*, 27 gennaio 2015; Id., *Credito e innovazione sociale*, cit., p. 207 ss.; AA.VV., *Studio di fattibilità – L'applicazione di strumenti pay by result per l'innovazione dei programmi di reinserimento sociale e lavorativo delle persone detenute*, coordinato da Human Foundation, con il contributo di Politecnico di Milano, Università degli Studi di Perugia, KPMG, Fondazione sviluppo e crescita Crt. La ricerca si inserisce nei più ampi studi sul c.d. secondo welfare che, in base ad una delle prime concettualizzazioni, nasce come risposta ai nuovi bisogni sociali, generati dai grandi cambiamenti socio-economici e demografici degli ultimi decenni del secolo scorso, accentuati da un quadro segnato da sempre più stringenti vincoli di bilancio. L'interesse per il tema è rivitalizzato dalla profonda crisi finanziaria del 2008 e le conseguenti politiche di *austerità* da più parti adottate. Per una ampia descrizione delle caratteristiche del c.d. secondo welfare si rinvia a F. Maino, *Il secondo welfare: contorni teorici ed esperienze esemplificative*, in *La rivista pol. soc.*, 2012, 4, p. 170 ss.

⁴⁵ Sul tema si v. il contributo di F. Leonardi, *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rass. penit. crim.*, 2007, 2, p. 16 ss.

⁴⁶ Il rischio di contaminazione dei servizi sociali essenziali con logiche del mercato e delle aziende del settore privato è al centro delle analisi proposte dalle voci più critiche nei confronti delle prime sperimentazioni dei Sib: *ex pluris*, N. Mchugh-S. Sinclair-M. Roy-L. Huckfield-C. Donaldson, *Social impact bond: un lupo travestito da agnello?*, in *Impresa sociale*, 2014, 3/4, p.12 ss.

In ambito penitenziario, l'idea che «trattamenti diseguali» prodotti dall'autonomia negoziale siano ammessi ove risultino bilanciati dalla necessità di perseguire finalità legittime con mezzi appropriati⁴⁷ – idea che trova fondamento e limite nei principi di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità – può declinarsi soltanto come corollario del principio di personalizzazione del trattamento⁴⁸. Sarebbe del tutto naturale, oltre che legittimo, ad esempio, selezionare detenuti stranieri per l'ammissione ad un programma di mediazione culturale, senza suscitare il dubbio che sia stata compiuta una discriminazione a danno dei detenuti italiani.

Sotto il secondo profilo, appare dubbia l'affidabilità dell'indice di misurazione dei risultati conseguiti, rappresentato dal tasso di recidiva rilevato attraverso il numero di condanne definitive sopravvenute nei confronti del gruppo *target*. Al riguardo, occorre considerare sia l'incertezza sulla tempestività dell'aggiornamento delle iscrizioni nel casellario giudiziale, sia la circostanza che l'assenza di recidiva può dipendere, non dal successo del programma di reinserimento finanziato con il *sib*, bensì, all'opposto, dai tagli ai finanziamenti del servizio pubblico di prevenzione e repressione, che impediscono di accertare i fatti reiterati. Mentre, in senso contrario, va considerato il rischio di una sovrastima della recidiva, in quanto la condanna sopravvenuta potrebbe riferirsi a fatti commessi prima del reato in ragione del quale il soggetto è stato sottoposto al programma di trattamento.

Nell'analisi dei fattori che possono falsare la rilevazione della recidiva non vanno, infine, trascurate quelle varianti al processo (sospensione con messa alla prova⁴⁹ e condotte riparatorie in funzione estintiva del reato⁵⁰) che, sfociando in una dichiarazione di non punibilità del reo, non consentono, per ciò stesso, di escludere l'inefficacia o il fallimento dell'intervento rieducativo. In casi di questo genere, il risparmio di costi per la pubblica amministrazione, dovuto alla definizione del processo in via anticipata, ma anche all'effetto di deflazione carceraria generato dalla *probation* processuale, non avrebbe alcuna correlazione causale con l'intervento sociale finanziato tramite il *social impact bond*; mentre la ricaduta nel reato, benché non sfociata in una pronuncia di condanna – per l'esito positivo della messa alla prova o per il ravvedimento seguito alla commissione del fatto – certifica senz'altro il fallimento della misura sociale finanziata con il *sib*.

Infine, la scelta di metriche «oggettive» per la misurazione, qual è il numero di condanne successive al trattamento, indubbiamente facilita la quantificazione dell'impatto, condizione necessaria per trasferire in modo certo il rischio dell'investimento dalla pubblica amministrazione ai privati e per prevenire controversie tra di loro⁵¹. Tuttavia, è innegabile che l'abbassamento della recidiva non coincide con (e non esaurisce) la *mission* dell'amministrazione in questo specifico settore di *welfare*, rappresentato dalla risocializzazione del condannato, intesa nell'accezione più ampia della reintegrazione nel tessuto socio-

Gli effetti collaterali della contaminazione sono stigmatizzati in modo persuasivo negli studi condotti sul *correctional business* americano, i quali mettono in evidenza le storture delle politiche di privatizzazione delle carceri adottate sulla spinta degli stessi problemi di finanziabilità dei servizi essenziali che sono alla base degli attuali studi di fattibilità sui *sib*. L'accento è posto in particolare sulla massimizzazione del profitto mediante tagli dei costi di gestione a detrimento della qualità del servizio e sul rischio di corruzione dei processi decisionali politici e giudiziari per innalzare il tasso di criminalità che, a sua volta, costituisce il presupposto per costruire nuove carceri gestite dai privati. Per un'ampia panoramica della letteratura economica sul tema si rinvia a C. Mignone, cit., nota 63.

⁴⁷ Il tema della discriminazione contrattuale è al centro di una sterminata letteratura civilistica: per una panoramica si rinvia a C. Mignone, cit., nota 68.

⁴⁸ Il principio della individualizzazione del trattamento penitenziario è enunciato in termini generali nell'art. 13 ord. penit. con riferimento «ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto».

⁴⁹ Introdotto con la l. 28 aprile 2014, n. 67 il procedimento della sospensione con messa alla prova previsto nell'art. 464-ter c.p.p. consente all'imputato adulto di chiedere già nel corso del procedimento penale l'affidamento in prova ai servizi sociali. In tal modo l'imputato persegue il duplice obiettivo di bloccare il processo e guadagnare l'estinzione del reato; a fronte di questo interesse privato vi è l'interesse pubblico alla deflazione processuale ma anche alla decarcerizzazione con annesso risparmio di risorse pubbliche. Per la disciplina del rito si rinvia a R. Orlandi, *Procedimenti speciali*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2016, p. 642 ss.

⁵⁰ Collegata alla finalità conciliativa e riparatoria del procedimento davanti al giudice di pace, la causa estintiva del reato prevista dall'art. 35 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 può essere dichiarata dal giudice, anche in caso di parere negativo della persona offesa, quando l'imputato dimostra di aver proceduto, prima della udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato da reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose e pericolose del reato. Per la disciplina dell'istituto si rinvia a E. Marzaduri, *Procedimento penale davanti al giudice di pace*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2016, p.1136 ss.

⁵¹ Sulla estrema varietà e settorialità degli attuali approcci al problema della misurazione si v. C. Mignone, op. cit., p. 143, nota n. 96.

economico del Paese. In particolare, nel periodo di tempo immediatamente precedente le dimissioni dei detenuti ed internati e per un congruo periodo successivo, l'amministrazione deve assicurare interventi di sostegno a favore di tali soggetti e delle loro famiglie⁵², soprattutto nella ricerca di un impiego lavorativo, necessari per consentire ai primi di superare le difficoltà materiali e psicologiche che ostacolano il loro ritorno alla normalità⁵³.

Ne consegue che un intervento in questo ambito che voglia produrre un risparmio di spesa pubblica reale, ossia stabile e duraturo, dovendo assicurare un complesso di azioni che vanno dalla sistemazione abitativa, all'accompagnamento al lavoro, al sostegno psicologico del detenuto e della sua famiglia, non può considerare solo il numero di condanne sopravvenute, quale unica fonte dei possibili costi per lo Stato. Un ex detenuto ritornato in libertà, il quale non abbia un'abitazione, un lavoro e che versi in uno stato di salute precario, continuerà a rappresentare un costo per lo Stato, indipendentemente dalla scelta di delinquere ancora.

Vi è infine un'ultima considerazione che condiziona fortemente il giudizio di fattibilità dei *sib* nel contesto socio-politico italiano.

Non si può negare che l'impiego di certi strumenti sia apprezzabile soprattutto in settori di intervento dello Stato molto controversi a causa dell'alea dei risultati, qual è certamente l'ambito delle azioni di recupero rivolte ai condannati. Le esperienze straniere dimostrano che gli strumenti di finanza sociale funzionano solo se ne è garantita la sopravvivenza a prescindere dalla durata dei processi politici. Il progetto-pilota nel carcere di Peterbourg, ad esempio, è stato sospeso prematuramente in seguito all'entrata in vigore nel 2014 del *Rehabilitation Act*, un disegno complessivo di riforma dei programmi di riabilitazione di ex detenuti che di fatto ha impedito la prosecuzione della sperimentazione⁵⁴.

Orbene, non sembrerebbe ingenerosa la prognosi di un insuccesso nel nostro Paese di questi strumenti finanziari, per l'incapacità delle istituzioni di offrire sufficienti rassicurazioni agli investitori privati circa la resistenza degli effetti dei loro investimenti nel passaggio da un governo all'altro. La cronaca parlamentare di questi due ultimi anni ha registrato una profonda spaccatura del nostro Paese intorno alle scelte di fondo che hanno ispirato il progetto di riforma dell'ordinamento penitenziario avviato, in modo ambizioso, con la delega contenuta nella l. 23 giugno 2017, n. 103 – e prima ancora con l'inedita esperienza dell'istituzione dei Tavoli Generali dell'Esecuzione Penale – ed attuato, in forma riduttiva, all'esito di un percorso accidentato, con i d. lgs. 2 ottobre 2018, n. 121⁵⁵, n. 123⁵⁶ e n. 124⁵⁷. In real-

⁵² L'art. 11, lett. r) del d.lgs. n. 123 del 2018 ha interpolato la rubrica dell'art. 45 ord. penit. «Assistenza alle famiglie» aggiungendo le parole «e aiuti economici e sociali».

⁵³ Sotto questo profilo si segnala che l'art. 2, lett. i) del d.lgs. n. 124 del 2018 ha inserito nell'art. 46 ord. penit. un nuovo comma, prevedendo per coloro che hanno terminato di espriare la pena o non sono più sottoposti a misura di sicurezza detentiva, i quali versino in stato di disoccupazione ai sensi dell'art. 19 d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150, la possibilità di accedere all'assegno di ricollocazione di cui all'art. 23 del decreto citato, (...) nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente. L'intervento mira ad offrire ai detenuti un servizio di assistenza intensiva alla ricollocazione a cura dei centri per l'impiego o dei soggetti privati accreditati ai sensi dell'art. 12 del citato d.lgs. n. 150 del 2015.

⁵⁴ Al momento dell'interruzione del programma, si registrava una riduzione del tasso di recidiva pari all'8,4% rispetto al primo gruppo di 1000 detenuti sottoposti al trattamento. Il Ministero avrebbe proceduto all'immediato pagamento se la riduzione della recidiva avesse raggiunto la soglia del 10% in almeno uno dei 3 gruppi di trattamento oppure la soglia del 7,5% in media sull'intera popolazione trattata (3000 detenuti) a fine periodo (7 anni).

⁵⁵ «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»: per un primo commento al testo di nuovo conio si rinvia a L. Caraceni, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2018, la quale evidenzia come i punti probabilmente salienti del progetto di riforma, rappresentati dall'estensione dei presupposti per l'accesso alle misure alternative, ribattezzate nel decreto "misura di comunità" e l'abolizione delle preclusioni all'accesso alle misure non sono stati recepiti. A riprova delle profonde divergenze di vedute sui temi essenziali dell'esecuzione penale vi è il dato che il testo licenziato differisce radicalmente dalla bozza elaborata dalla Commissione ministeriale per la riforma dell'ordinamento penitenziario minorile e di modelli di giustizia riparativa in ambito esecutivo presieduta da Francesco Cascini.

⁵⁶ «Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della l. 23 giugno 2017, n. 103»: per un primo commento si rinvia a M. Ruaro, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 novembre 2018; nonché A. Della Bella, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 novembre 2018.

⁵⁷ Per un primo commento si rinvia a A. Della Bella, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, cit.

tà, le vicende legislative che hanno segnato le sorti di quel progetto di riforma rispecchiano la costante altalena tra posizioni opposte su cui è da sempre adagiata la politica criminale e penitenziaria italiana, a riprova del fatto che il Paese è diviso sul modo di intendere la funzione sociale della pena⁵⁸.

Resta, però, un ultimo scenario da esplorare, relativo alla possibilità di modificare il modo di intendere il ruolo che la Cassa delle Ammende ha finora svolto rispetto al finanziamento dei programmi di reinserimento dei condannati.

Nell'ambito di uno studio di fattibilità già condotto da un gruppo di studiosi che si sono occupati dei *social impact bond* inglesi ed americani, è stata considerata la possibilità che la Cassa delle ammende, sulla falsariga del *sib* americano, intervenga nei progetti tradizionalmente finanziati con le sue risorse come fondo di garanzia a sostegno del finanziamento dell'investitore privato⁵⁹. In tal modo l'Ente parteciperebbe all'operazione con un margine di rischio più contenuto, pari ad una quota del capitale investito nei casi di insuccesso dei programmi finanziati dai privati; ove, invece, la *performance* fosse raggiunta, l'impresa sociale potrebbe spendere quella garanzia a sostegno del finanziamento di altri *sib*. Tale disponibilità di risorse avrebbe un duplice effetto: aumentare l'attrattività dei fondi della Cassa, oggi molto più limitati, per gli investitori privati ed incentivare l'impresa sociale a raggiungere la *performance*. In definitiva, la Cassa delle ammende finirebbe con il ricoprire la stessa funzione che *Bloomber Philantropies* ha svolto rispetto al prestito di *Goldman Sachs*. Va da sé, però, che la fattibilità dell'idea presuppone la raccolta di capitali privati, la quale, a sua volta, postula la redditività dei progetti e delle azioni finalizzate al reinserimento sociale dei condannati.

A tal proposito, dalle nuove linee programmatiche di indirizzo generale approvate nel 2018 per le funzioni di Cassa delle ammende emerge che, il processo riformatore avviato negli ultimi anni ha coinvolto anche l'ente. Nelle intenzioni del legislatore esso deve favorire «l'innovazione sociale» dei servizi per il reinserimento delle persone in esecuzione penale e per contribuire a rafforzare la sicurezza sociale⁶⁰.

Emerge, dunque, quanto meno a livello programmatico, la consapevolezza del bisogno di «innovazione sociale» nel settore dei servizi di cui si è tradizionalmente occupato l'ente Cassa.

Tuttavia, da una rapida lettura del documento emerge che i segmenti finanziabili con le risorse della Cassa spaziano dalle attività di recupero dei soggetti tossicodipendenti a quelle con finalità di integrazione, assistenza e cura sanitaria degli stranieri; dalle misure a sostegno dell'affettività dei detenuti con figli ai programmi di giustizia riparativa e mediazione penale, nonché a quelli di sostegno dell'attività volontaria gratuita o del lavoro di pubblica utilità. Gli strumenti e le risorse per attuare questo genere di iniziative, come era prevedibile, restano quelli tradizionali, ossia il ricorso a modelli di integrazione con le risorse del territorio e del privato sociale, non necessariamente identificantesi con l'impresa socialmente orientata⁶¹; il rafforzamento della *governance interistituzionale* (Ministero della giustizia, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Regioni); il cofinanziamento di programmi di reinserimento socio-lavorativo, anche attraverso l'utilizzo dei fondi strutturali e di investimento europei della programmazione 2014-2020, al fine di integrare ed ottimizzare le risorse disponibili.

Se, in astratto, l'idea di partenariati pubblico-privati necessari ad integrare ed ottimizzare le risorse esistenti è sottesa alle nuove linee di indirizzo per il funzionamento della Cassa, sì da soddisfare una delle due condizioni essenziali per creare un contesto favorevole a nuove forme di finanza sociale, sembrerebbe invece del tutto assente, allo stato, la seconda condizione, rappresentata dall'investimento delle risorse nell'ambito di operazioni che hanno al centro attività redditizie e servizi «freddi», connessi al recupero dei soggetti svantaggiati⁶². La conclusione troverebbe conferma anche nella lettura delle disposizioni recentemente introdotte con il d.lgs. n. 124 del 2018, che annovera tra gli aspetti più qualifi-

⁵⁸ V. *infra*, ult. par.

⁵⁹ AA. VV., *Studio di fattibilità – L'applicazione di strumenti pay by result*, cit., p. 106 ss.

⁶⁰ www.giustizia.it.

⁶¹ La nozione di impresa sociale è stata introdotta dal d. lgs. 24 marzo 2006, n. 155, attuativo della l. delega 13 giugno 2005, n. 118: la qualifica può essere acquisita da tutte le organizzazioni private regolate dal codice civile che esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata ai fini della produzione e dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, ovvero da quelle che svolgono una qualunque attività d'impresa purché finalizzata all'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati ai sensi dell'art. 2 reg. CE 2204/02.

⁶² Per alcuni esempi di *sib* che hanno realizzato la duplice connessione si rinvia a C. Mignone, p.147, note 106 e 107.

canti della riforma sul lavoro penitenziario lo svolgimento di programmi di lavoro di pubblica utilità (art. 25-*bis* ord.penit.), riservando ad essi priorità nell'assegnazione dei fondi della Cassa delle ammen-
de⁶³.

LE NOVITÀ DELLA "RIFORMA ORLANDO" IN MATERIA DI LAVORO PENITENZIARIO

Nel 2015 è stato avviato nel nostro Paese un ambizioso progetto di riforma dell'ordinamento penitenziario con il tentativo di «restaurare» i tratti identitari del sistema di esecuzione penale impressi dalla Costituzione, ampiamente recepiti nella legge penitenziaria n. 354 del 1975 e rimarcati dalle successive leggi 10 ottobre 1986, n. 663 e 27 maggio 1998, n. 165. L'obiettivo della "Riforma Orlando"⁶⁴ è stato duplice: da un lato, rimuovere tutte le «incrostazioni» (divieti, automatismi, preclusioni) stratificatesi nella legge penitenziaria nel corso degli anni per effetto di interventi d'urgenza che, sulla scorta di vere o presunte emergenze, hanno determinato un abuso dello strumento carcerario⁶⁵, degenerato nella grave situazione di sovraffollamento delle carceri stigmatizzata dalla Corte di Strasburgo, in quanto causa di trattamenti inumani e degradanti⁶⁶; dall'altro, rivitalizzare alcuni istituti chiave del sistema di esecuzione penale, *in primis* il lavoro, al fine di restituire «effettività» alla funzione rieducativa della pena. L'aspetto inedito del progetto riformatore è certamente rappresentato dal suo valore culturale, che l'allora Ministro di Giustizia ha voluto coltivare, nella consapevolezza che un disegno così ambizioso richiedeva prima ancora del *placet* istituzionale, un *placet* popolare⁶⁷. Con questo spirito è nata l'esperienza degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale a cui hanno preso parte tutte le professionalità che interagiscono nell'esecuzione della pena (magistrati, studiosi delle scienze giuridiche e umanistiche, avvocati, operatori penitenziari, rappresentanti del terzo settore)⁶⁸. Ne è nato un confronto dialettico che non ha mancato di evidenziare divergenze di opinioni anche su nodi essenziali della riforma, riproducendo la pluralità delle sensibilità sui temi trattati, senza mai tradire però la comune matrice costituzionale del pensiero, ossia il rispetto della dignità della persona.

Sono note ormai da mesi le sorti definitive di quel progetto di riforma che ha avuto la sventura di nascere e di svilupparsi nel passaggio da un ciclo politico ad un altro⁶⁹. In taluni casi il legislatore delegato ha apertamente preso le distanze dallo schema di decreto legislativo coltivato dal precedente Go-

⁶³ V. *infra*, ult. par.

⁶⁴ L. 23 giugno 2017, n. 103.

⁶⁵ Hanno concorso alla produzione di questo effetto sia l'inasprimento della repressione penale, sia la restrizione delle misure alternative al carcere.

⁶⁶ Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, cit.

⁶⁷ La storia quarantennale della pur illuminata legge di riforma penitenziaria del '75, contrassegnata da folate securitarie che l'hanno progressivamente spinta oltre il costituzionalmente consentito, insegna che il primo pregiudizio culturale da debellare è quello secondo cui l'unico strumento capace di assicurare la sicurezza collettiva è il carcere e che solo negando i diritti dei detenuti si può garantire la sicurezza di tutti gli altri individui: così G. Giostra, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 4, p. 120.

⁶⁸ Gli Stati Generali dell'Esecuzione penale sono stati istituiti dal Ministro della Giustizia con d.m. 8 maggio 2015.

⁶⁹ Si riassumono qui le tappe fondamentali di quel processo politico: con l'approvazione della l. delega 23 giugno 2017 n. 103, hanno preso avvio i lavori della Commissione ministeriale Giostra nominata con d.m. 19 luglio 2017 incaricata di predisporre lo schema di decreto legislativo di riforma dell'ordinamento penitenziario, esteso anche ad alcune norme penali e processuali, oltre che a numerose leggi speciali, quali ad esempio, il Testo unico in materia di stupefacenti, la normativa giuslavoristica e quella sugli stranieri (mentre le altre due Commissioni nominate con lo stesso decreto sono state incaricate di elaborare rispettivamente lo schema di decreto legislativo per la riforma del sistema delle misure di sicurezza e del sistema di assistenza sanitaria a favore dei detenuti e quello contenente l'ordinamento penitenziario per i minorenni). Lo schema di decreto legislativo adottato dalla Commissione Giostra il 22 dicembre 2017 è stato approvato dal Consiglio dei Ministri (Atto del Governo n. 501), il 15 gennaio 2018; il 7 febbraio 2018 sono stati incassati i pareri favorevoli espressi dalle Commissioni Giustizia della Camera e del Senato. A quel punto l'iter di approvazione della riforma si è intersecato con le coeve elezioni politiche che, fin da subito, hanno fatto emergere fondati timori che il lungo cammino della riforma potesse subire una battuta d'arresto. I timori sono confermati dagli accorati appelli sottoscritti da associazioni di magistrati, avvocati, studiosi e appartenenti al settore del volontariato, da componenti della società civile, per contrastare il clima di paura e di insicurezza che rischiava di ostacolare l'approvazione di un progetto di restauro della legalità della pena. Il successivo invio da parte del Governo dello schema di decreto legislativo per il secondo ed ultimo parere si è innestato sulla congiuntura istituzionale dell'insediamento del nuovo Parlamento ed è in questo momento che si sono create le basi per un deciso cambio di rotta preannunciato con i primi significativi tagli al progetto.

verno, specificando di aver avviato un nuovo procedimento di esercizio della delega⁷⁰; in altri casi la delega non è stata affatto esercitata⁷¹; in altri casi ancora nella Relazione illustrativa di accompagnamento allo schema di decreto inviato alle Camere, il Governo ha assicurato di aver utilizzato il contributo della Commissione Giostra, facendo tesoro altresì delle indicazioni conclusive degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale. È questo il caso del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124, contenente disposizioni in tema di vita detentiva e lavoro penitenziario, in attuazione della delega di cui all'art.1, commi 82, 83 e 85, lettere g), h) e r), della l. 23 giugno 2017, n. 103.

Molti degli aspetti positivi di questa riforma sono stati già messi in evidenza. Alcuni interventi hanno il sapore di norme programmatiche, come l'inserimento, tra gli elementi del trattamento previsti nell'art. 15 ord. penit., della formazione professionale dei detenuti accanto all'istruzione e al lavoro. Curare la formazione professionale diventa oggi indispensabile per assicurare il reinserimento dei detenuti nel mondo del lavoro, in quanto, il progresso tecnologico e l'aumento dell'occupazione nei servizi richiedono ai lavoratori il possesso di competenze sempre più complesse. Altre modifiche hanno ricadute più operative, ma non per questo sono meno importanti, in quanto consentono di colmare il vuoto di alcuni servizi di sostegno al condannato indispensabili nel delicato momento del ritorno in libertà. A tal fine, è prevista l'organizzazione in carcere di un servizio di assistenza per l'accesso ai trattamenti assistenziali e previdenziali a favore degli aventi diritto, nonché per interventi di politica attiva del lavoro, particolarmente utili in fase di dimissione del condannato o dell'internato⁷². Si segnalano, poi, tutte le misure finalizzate ad allargare l'accesso al lavoro, sia sul piano soggettivo⁷³ che oggettivo⁷⁴.

Se, tuttavia, si volesse indicare il tratto più qualificante della riforma, per quel che qui rileva, non si esiterebbe a riconoscerlo nel nuovo art. 20-ter ord. penit., che consente ai detenuti di prestare la propria attività a titolo volontario e gratuito nell'ambito di progetti di pubblica utilità, sia all'interno che all'esterno del carcere. Solo ai condannati per il delitto di cui all'art. 416-bis c.p. o per reati di "contesto mafioso" è inibita la misura in ambito extramurario. Un'esperienza dello stesso genere era stata già prevista nell'ambito del lavoro all'esterno, dal d.l. 1° luglio 2013 n. 78, conv. con modif. dalla l. 9 agosto 2013, n. 94.

Non è qui in discussione l'altissimo valore risocializzante di tale esperienza, che denota l'acquisita consapevolezza, da parte del detenuto, del disvalore della propria condotta e la volontà di porvi rimedio attraverso azioni di natura riparatoria e compensativa del danno cagionato, stante la gratuità e spontaneità del servizio reso alla comunità.

Tuttavia, è inevitabile la considerazione –non dissimulata nei lavori della Commissione Giostra – che la proposta di incrementare l'impiego dei detenuti in attività gratuite di pubblica utilità porta il segno dei tempi, in quanto nasce dalla consapevolezza del «cronico e gravissimo problema di effettività del la-

⁷⁰ Nella Relazione illustrativa allo schema di decreto inviato dal Governo alle Camere, in tema di assistenza sanitaria, semplificazione dei procedimenti e vita detentiva – dunque quello che sarebbe poi divenuto il d.lgs. n. 123 del 2018 – si specifica che esso rappresenta una «nuova elaborazione» rispetto al testo elaborato dalle Commissioni nominate dal precedente Ministro della giustizia.

⁷¹ È rimasta inattuata la delega nella parte volta alla facilitazione dell'accesso alle misure alternative e alla eliminazione di automatismi preclusivi, nonché quella relativa al potenziamento dell'assistenza psichiatrica e dell'affettività delle persone detenute e internate.

⁷² La proposta avanzata dalla Commissione Giostra è stata prevista nell'ambito del nuovo art. 25-ter ord. penit. introdotto con il d.lgs. n. 124 del 2018. Si segnala però che è stata persa un'importante occasione per eliminare dalla legge sul collocamento una norma di dubbia tenuta costituzionale (l'art. 2, comma 58, l. 28 giugno 2012, n. 92) – così come suggerito dalla stessa Commissione – in base alla quale, in caso di condanna per certi reati (i reati di cui agli articoli 270-bis, 280, 289-bis, 416-bis, 416-ter e 422 c.p., nonché i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo), il giudice dispone la sanzione accessoria della revoca dell'indennità di disoccupazione ma anche di prestazioni di natura assistenziale come l'assegno sociale e la pensione sociale nonché la pensione per gli invalidi civili a prescindere da qualsiasi connessione delle menzionate prestazioni con l'attività illecita a cui si riferisce la condanna; con un impatto negativo sia sul detenuto, sia sulla sua famiglia che rimane priva di qualunque mezzo di sostentamento, rendendo difficoltosa la possibilità di coltivare i rapporti, soprattutto durante pene detentive di lunga durata.

⁷³ Il lavoro deve essere assicurato non solo ai detenuti ma anche a coloro che sono sottoposti a misure di sicurezza detentive (cfr. art. 20, comma 1, ord. penit.)

⁷⁴ Per allargare l'offerta di lavoro si prevede l'impiego dei detenuti alle dipendenze dell'Amministrazione non più solo all'interno, ma anche all'esterno dagli istituti penitenziari, impiegando la loro manodopera oltre che nelle tradizionali attività di produzione dei beni e in attività in autoconsumo, anche nella erogazione di servizi (cfr. artt. 20, comma 1 e 12, ord. penit.)

voro penitenziario(...) riconducibile a molteplici fattori, tra cui spiccano ragioni di bilancio e l'insufficienza di fondi, che sono invece indispensabili per far fronte sia ai costi, ingenti, di organizzazione e gestione, sia a quelli legati alla retribuzione e contribuzione dell'attività lavorativa dei detenuti (...). Le strategie finora messe in campo per potenziare l'istituto (principalmente, la previsione del libero accesso dell'impresa privata e la parziale fiscalizzazione del costo del lavoro) si sono rivelate insufficienti, né è lecito prevedere esiti migliori in futuro, visti i tagli che la generale crisi economica ha imposto agli investimenti in carcere, incluso il fondamentale finanziamento degli sgravi contributivi della legge Smuraglia».

Gli scenari dischiusi dalla recente riforma non consentono, in definitiva, di presagire un coinvolgimento significativo dell'impresa classica, mossa da logiche di profitto, nei futuri programmi per il reinserimento dei detenuti finanziabili in via prioritaria dalla Cassa delle ammende⁷⁵; nonostante ciò, la soluzione adottata è preferibile rispetto ad altre pure di recente avanzate: si pensi al c.d. lavoro con «valenza terapeutica» senza remunerazione⁷⁶ e al c.d. «contratto di risocializzazione e lavoro», nell'ambito del quale la funzione rieducativa giustificherebbe una sotto-remunerazione pari al 49% del trattamento previsto dai contratti collettivi e la differenza rappresenterebbe il costo del servizio rieducativo accollato al detenuto lavorante.

I nuovi programmi consentiranno di coinvolgere i detenuti in attività al servizio di enti o istituzioni pubbliche o di soggetti privati che svolgono servizi di pubblica utilità o di pubblico interesse (assistenza a disabili, centri antiviolenza, case-famiglia), in un'ottica di promozione della giustizia riparativa, considerata la nuova frontiera del diritto penale. L'implementazione di modelli riparatori è stata spesso ostacolata da pregiudizi e resistenze culturali alimentate dalla paura di un duplice rischio: da un lato, di strumentalizzare la *restorative justice* in chiave afflittiva, per inasprire una sanzione percepita a livello sociale come inadeguata sotto il profilo retributivo (ad esempio, una pena detentiva breve); dall'altro, di provocare una ulteriore vittimizzazione della persona offesa destinataria dell'attività riparatoria. Entrambi i rischi sembrano scongiurati nella nuova norma, per un verso, dalla spontaneità e volontarietà dell'attività altrimenti inesigibile e, per altro verso, dalla possibilità per il condannato di orientare lo sforzo di reinserimento sociale su forme di riparazione indiretta verso la collettività laddove risultino impercorribili attività riparatorie fondate sull'incontro diretto con la vittima del reato.

⁷⁵ La priorità dei programmi di lavoro di pubblica utilità tra quelli finanziabili con le risorse della Cassa è espressamente prevista nel nuovo art. 25-bis ord. penit.

⁷⁶ La proposta è stata formulata in seno alla Commissione Gratteri istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri allo scopo di rendere più efficiente la macchina della giustizia e per contrastare il crimine organizzato.

DANILO CERTOSINO

Ricercatore in Diritto processuale penale – Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”

I colloqui difensivi dal codice Rocco alla riforma dell'ordinamento penitenziario

The defensive interviews from the Rocco code to the reform of the penitentiary system

Il colloquio tra difensore e assistito *in vinculis* rappresenta l'espressione più intensa del diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost. e, pertanto, deve essere efficacemente garantito sin dal momento iniziale in cui il soggetto venga ad essere privato della libertà personale, ammettendo ipotesi di dilazione, nel corso delle indagini preliminari, solo in presenza di specifiche ed eccezionali ragioni di cautela. Nel corso degli anni, l'istituto *de quo* ha subito diverse modifiche legislative – tra cui si annoverano da ultimo la riforma Orlando e la riforma sull'ordinamento penitenziario –, che, pur orientate a riconoscere effettività e concretezza al diritto del detenuto di avvalersi di quel necessario “supporto tecnico” indispensabile per apprestare un'adeguata strategia difensiva, si sono, tuttavia, rivelate di scarsa portata dal punto di vista delle garanzie.

The interview between defender and assisted in vinculis represents the most intense expression of the right of defence protected by the art. 24 of the Constitution and, therefore, must be effectively guaranteed from the initial moment in which the subject is deprived of personal freedom, admitting hypotheses of deferment of the same, during preliminary investigations, only in the presence of specific and exceptional reasons of caution. Over the years, the institution in question has undergone several legislative changes – including, most recently, the Orlando reform and the reform of the prison system – which, while aimed at recognising the effectiveness and concreteness of the right of prisoners to avail themselves of the necessary “technical support” necessary to prepare an adequate defence strategy, have, however, proved to be of limited scope from the point of view of guarantees.

LA DISCIPLINA POCO GARANTISTA DEL CODICE DEL 1930

Il colloquio tra l'indagato destinatario di un provvedimento limitativo della libertà personale e il difensore rappresenta il primo significativo momento di esplicazione del diritto di difesa¹ nelle ipotesi di

¹Sul diritto di difesa la letteratura è molto vasta. Fra le principali opere di carattere generale, cfr. AA.VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi. In memoria di Gian Domenico Pisapia. Atti del Convegno (Cagliari 29 settembre-1 ottobre 1995)*, Milano, Giuffrè, 1997; E. Amodio, *Il diritto di difesa tra equilibri formali ed equilibri sostanziali*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3, 2013, p. 13 ss.; Id., *Il dovere di verità del difensore nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1457 ss.; G. Bellavista, *Difesa giudiziaria penale*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 454 ss.; L. Caraceni, *La nomina del difensore di fiducia da parte dell'imputato in vinculis*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 175 ss.; A. Carli Giardino, *Il diritto di difesa nell'istruttoria penale*, Milano, Giuffrè, 1983; N. Carulli, *La difesa dell'imputato*, Napoli, Jovene, 1985; M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1984; A. Cristiani, *Il difensore penale nell'arcobaleno legislativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 533 ss.; Id., *Nuovo vademecum del difensore nel processo penale*, Torino, 1994; Id., sub art. 96 c.p.p., in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Torino, Utet, 1989, p. 451 ss.; Id., *Difensore (dir. proc. pen.)*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, Utet, 1968, p. 401; D. Curtotti Nappi, *Difesa penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, Torino, Utet, 2005, p. 370 ss.; V. Denti, *La difesa come diritto e come garanzia*, in V. Grevi (a cura di), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Bologna, Zanichelli, 1977, p. 48 ss.; M. D'Andria, *Garanzie difensive e ruolo del difensore nel nuovo processo*, in *Crit. Dir.*, 1989, p. 79 ss.; G. Di Chiara, *L'imputato e il diritto di difesa: il telaio dell'art. 24 Cost.*, e il “nuovo” catalogo dei diritti dell'“accusato”, in G. Fiandaca-G. Di Chiara (a cura di), *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, Jovene, 2003, p. 271 ss.; G. Di Federico-M. Sapi gnoli, *I diritti della difesa nel processo penale e la riforma della giustizia*, Padova, Cedam, 2014; P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, Utet, 2001, p. 466 ss.; Id., *La difesa nel processo penale*, Torino, Utet, 1988; G. Frigo, *Difensore*, in E. Amodio-O. Dominioni (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, Milano, Giuffrè, 1989, p. 567; Id., *La posizione del difensore nel nuovo processo penale*, in *Giust. pen.*, 1988, I,

applicazione di misure restrittive, «qualificandosi l'instaurazione della relazione tra professionista e interessato come un contatto ineludibile per concordare le strategie difensive» soprattutto in vista dell'interrogatorio².

Sotto la vigenza del codice Rocco, l'istituto *de quo* si inquadrava come attività sostanzialmente amministrativa demandata all'autorità giudiziaria³; il legislatore del 1930, «ben lungi dal configurare la difesa come "funzione" processuale»⁴, aveva subordinato l'esperibilità del colloquio fra difensore e imputato detenuto ad un provvedimento autorizzativo dell'autorità giudiziaria procedente, che – ai sensi dell'art. 135 c.p.p. Rocco⁵ – avrebbe potuto essere rilasciato solo dopo l'assunzione degli interrogatori⁶.

La questione era, pertanto, rimessa alla totale discrezionalità dell'organo giudicante, non sussistendo un preciso diritto⁷; solamente alla fine della fase istruttoria il difensore poteva conferire con l'imputato senza bisogno di autorizzazione, quando oramai – come è stato autorevolmente evidenziato – la situazione era «per lo più gravemente pregiudicata»⁸.

Tale previsione si traduceva non solo in una limitazione dell'attività difensiva, ma più ancora «in uno svilimento dell'autonomia della funzione professionale» che veniva subordinata «alla concessione di permessi da parte del giudice o, peggio ancora, del pubblico ministero»⁹; nei casi connotati da maggiore gravità – dove le indagini istruttorie potevano durare anche due anni – l'imputato poteva, addirittura, vedersi negata la possibilità di interloquire con il proprio patrono per un lungo periodo di tempo¹⁰.

c. 547 ss.; G. Lozzi, *Il ruolo di garanzia dell'avvocato nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3628 ss.; G. Magliocca, *Il diritto di difesa*, in G. Dean (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 51 ss.; V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. II, 6ª ed., Unione tipografico-Editrice torinese, Torino, 1968, p. 542 ss.; E. Marzaduri, *L'identificazione del contenuto del diritto di difesa nell'ambito della previsione dell'art. 6 n. 3 lett. c) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 268 ss.; U. Palumbo, *Il difensore nel nuovo processo penale*, Milano, Il sole 24 ore, 1989; C. Piccinini, *Prime impressioni sulla nuova posizione dell'avvocato alla stregua del nuovo codice di procedura penale e delle sue norme d'attuazione e transitorie*, in *Riv. pen.*, 1990, p. 97 ss.; E. Randazzo, *Difesa e difensore*, in M. Chiavario (coordinato da), *Protagonisti e comprimari del processo penale*, Torino, Utet, 1995, p. 253 ss.; A. Traversi, *La difesa penale. Tecniche argomentative e oratorie*, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 2009; N. Triggiani, *Le investigazioni difensive*, Milano, Giuffrè, 2002; G.P. Voena, *Difesa (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, vol. III, Roma, Treccani, p. 1 ss.

²In questi termini, A. Ricci, *Il difensore*, in G. Dean (a cura di), *Soggetti e atti*, I, t. I, (*Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*), Torino, Utet, 2009, p. 758.

³Così P. Corso, *Isolamento dell'imputato detenuto e divieto di colloqui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, p. 1573.

Sulla disciplina vigente nelle more del codice abrogato, cfr., altresì, R. Archidiacono, *Divieto di colloquio col difensore e riflessi sullo stato di detenzione dell'indagato*, in *Giust. pen.*, 1993, III, c. 558 ss.; G. Conso, *Colloqui con l'imputato detenuto e diritto di difesa*, in *Arch. pen.*, 1970, I, p. 242 s.; V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 292 ss.; S. Ramajoli, *I rapporti difensore-imputato nel nuovo codice di rito*, in *Giust. pen.*, 1989, III, c. 373 ss.; A. Ricci, *Il difensore*, cit., p. 758 ss.; G. Tranchina, *Garanzie nuove per la difesa tecnica nel processo penale di domani*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 473 ss.; T. Trevisson Lupacchini, *Sul diritto dell'indagato "in vinculis" al colloquio con il difensore*, in *Giur. it.*, 1993, c. 193 ss.

⁴Sul punto è stato rilevato che la difesa «è la funzione dialetticamente contrapposta all'accusa che l'imputato (autodifesa) e il suo difensore (difesa tecnica) esercitano di fronte a un giudice imparziale», sottolineando così come «la forza della difesa, più che da singole garanzie, dipende dal suo posto nel sistema delle funzioni, dai suoi legami con l'accusatore e con il giudice». Per queste considerazioni, cfr. P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, cit., p. 466.

⁵Per un commento, cfr. M.G. Aimonetto, sub art. 135 c.p.p., in G. Conso e V. Grevi (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 1987, p. 483 ss.

⁶In questi termini, L. Bresciani, sub art. 104 c.p.p., in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, III Agg., Torino, Utet, 1998, p. 76 s. Più precisamente, l'art. 135 cod. abr. contemplava un divieto assoluto di colloquio prima dell'interrogatorio; una possibilità di colloquio dopo quel momento ma previa autorizzazione; il diritto incondizionato al colloquio dopo il deposito degli atti in cancelleria ai sensi dell'art. 372 c.p.p. o dopo la citazione a giudizio ordinata dal pretore o richiesta dal pubblico ministero.

⁷Secondo A. Cristiani, *Misure cautelari e diritto di difesa (L. 8 agosto 1995 n. 332)*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 51, la finalità della precedente previsione normativa era «quella di impedire che l'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini avvenisse con l'ausilio tecnico dei consigli di un difensore». La vecchia impostazione era così «chiaramente orientata nel senso di considerare l'interrogatorio come un mezzo di indagine, anziché come un'occasione di difesa per la persona *in vinculis*».

⁸Così G. Conso, *Colloqui con l'imputato detenuto e diritto di difesa*, cit., p. 242.

⁹In questi termini, G. Tranchina, *Garanzie nuove per la difesa tecnica nel processo penale di domani*, cit., p. 473.

¹⁰In argomento, v. le efficaci considerazioni di G. Conso, *Colloqui con l'imputato detenuto e diritto di difesa*, cit., p. 242 s. Cfr., altresì, P. Corso, *Isolamento dell'imputato detenuto e divieto di colloqui*, cit., p. 1577, che evidenzia come l'impossibilità di comunicare con il proprio difensore, ove non congruamente motivata, si traduceva in «impedimento all'esplicazione della difesa tecnica, e,

Si trattava di una regolamentazione che teneva in scarsa considerazione le esigenze difensive dell'imputato in custodia, che proprio durante le prime fasi del processo aveva maggiore bisogno dell'assistenza del difensore ai fini dell'apprestamento di un'adeguata linea difensiva; un'assistenza che non era affatto preclusa all'imputato libero, mentre, paradossalmente, finiva per essere impedita ai soggetti accusati dei reati più gravi, i quali più degli altri avrebbero dovuto fruirne¹¹.

La pregressa disciplina – che vantava solide tradizioni nei codici antecedenti¹² – si poneva, evidentemente, in contrasto con l'art. 6, comma 3, lett. b) della CEDU, in forza del quale ogni accusato ha il diritto di «disporre delle facilitazioni necessarie per preparare la sua difesa»¹³: escludere o condizionare i colloqui con il detenuto significava, invece, ostacolare il diritto *de quo* «privando altresì l'assistenza del suo principale connotato»¹⁴.

Le numerose perplessità manifestate condussero a sollevare questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, comma 1 e 24, comma 2, Cost., non solo perché l'art. 135 c.p.p. vietava il colloquio fra imputato detenuto e difensore prima della conclusione degli interrogatori, ma anche perché, terminati gli stessi, per tutta la fase istruttoria consentiva al magistrato istruttore di differire indefinitamente lo svolgimento di quel colloquio, senza alcuna possibilità di controllo sulle ragioni del differimento¹⁵.

Tuttavia, pronunciandosi sul punto, la Corte Costituzionale affermò che la subordinazione del colloquio dell'imputato con il difensore all'espletamento dell'interrogatorio non costituisse violazione dell'art. 24, comma 2, Cost.; in particolare, secondo il Giudice delle leggi la norma *de qua* garantisce la difesa in ogni stato e grado del procedimento, non postulando però «la presenza del difensore nella continuità dell'iter processuale»; né poteva parlarsi di limitazione al diritto di difesa solo perché l'interrogatorio avesse preceduto il colloquio col difensore. La Consulta poi – sulla scorta di un ragionamento

in sostanza, in una nullità *ex art. 185 n. 3 c.p.p.*». Ad avviso di quest'ultimo, inoltre, la sopravvenuta normativa sull'ordinamento penitenziario, disciplinando i colloqui degli imputati (art. 18), avrebbe derogato al codice di rito, «là dove fa rientrare nella competenza dell'autorità giudiziaria che procede i permessi di colloquio chiesti sino alla pronuncia della sentenza di primo grado». Quanto affermato trovava ulteriore conferma, secondo l'autore, nel disposto dell'art. 35, d.p.r. 29 aprile 1976, n. 431, in forza del quale «per i colloqui con gli imputati i richiedenti debbono presentare il permesso rilasciato dall'autorità giudiziaria che procede o dal magistrato di sorveglianza». Secondo questa parte della dottrina, quindi, il colloquio fra imputato detenuto e difensore era sempre subordinato ad un permesso dell'autorità giudiziaria; un permesso non più legato ad esigenze istruttorie che dipendeva da una valutazione ponderata, ma pur sempre discrezionale, dell'autorità procedente, sino alla pronuncia della sentenza di primo grado.

¹¹ Per questi rilievi cfr. V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., p. 293. Evidenza F. Cordero, *Procedura penale*, 5ª ed., Milano, Giuffrè, 1979, p. 442 come la norma *de qua* costituisce espressione di una «tenace sopravvivenza» delle originarie linee inquisitorie della nostra istruzione penale. Negli stessi termini A. Giarda, *Il regime carcerario dell'imputato in custodia preventiva*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, Zanichelli, 1981, p. 266.

¹² L'art. 75 c.p.p. del 1913 stabiliva, in modo simile che: «Durante l'istruzione e terminato l'interrogatorio, il difensore può conferire con l'imputato detenuto, purché ne sia autorizzato dal giudice. Dopo l'atto di accusa, o il deposito degli atti a norma dell'art. 267, o dopo che la citazione fu ordinata dal pretore o richiesta dal pubblico ministero, il difensore può conferire liberamente coll'imputato». Maggiormente permissivo l'art. 816 c.p.p. del 1865 il quale prevedeva che: «Se qualche detenuto, prima della notificazione dell'atto di accusa o della citazione, chiederà di parlare col difensore, o con qualche parente o amico, il pubblico ministero presso il tribunale o la corte, a norma dei casi, lo permetteranno, quando non abbiano ragionevoli motivi in contrario».

¹³ Ad avviso di M. Chiavario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 312, l'art. 135 c.p.p. avrebbe dovuto considerarsi implicitamente abrogato proprio in forza dell'art. 6, comma 3, lett. b) CEDU.

Per un'attenta analisi sulle garanzie riconosciute dall'articolo convenzionale cfr. F. Cassibba, sub art. 6 CEDU, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, t. I, 5ª ed., 2017, Milano, Ipsoa, p. 229 s., il quale evidenzia come dal generico contenuto della previsione, operativa lungo tutto l'arco procedimentale, si desume che all'accusato debbano essere assicurate almeno tre più specifiche garanzie: in primo luogo, devono essere riconosciuti termini ragionevoli in vista dell'esercizio del diritto di difesa; in secondo luogo, occorre che all'accusato sia assicurata la tempestiva conoscenza della data e del luogo dell'udienza, nonché la conoscenza del fascicolo processuale; in terzo luogo «viene in gioco il diritto dell'accusato detenuto di colloquiare riservatamente col difensore, dovendo egli disporre di un numero di colloqui sufficiente e di tempi sufficienti per preparare la difesa».

¹⁴ G. Conso, *Colloqui con l'imputato detenuto e diritto di difesa*, cit., p. 243.

¹⁵ Sul punto cfr., in particolare, M. Chiavario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, cit., p. 312; G. Conso, *Colloqui con l'imputato detenuto e diritto di difesa*, cit., p. 243; F. Cordero, *Procedura penale*, 8ª ed., Milano, Giuffrè, 1985, p. 650; A. Giarda, *Il regime carcerario dell'imputato in custodia preventiva*, cit., p. 266; V. Grevi, *La corrispondenza tra imputato detenuto e difensore, riflessioni sistematiche e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1972, p. 63.

assai poco convincente¹⁶ – richiamava fra le finalità della custodia preventiva quella di «impedire che l'imputato distorca i fatti o inquinì le prove, cioè, in definitiva, cerchi di eludere l'applicazione della proporzionata sanzione punitiva»¹⁷; quasi che l'assistenza tecnica prestata dal difensore per la messa a punto di una linea difensiva equivalga ad una distorsione dei fatti e quella prestata per l'individuazione e la conservazione dei mezzi di prova a discarico possa «far senz'altro paventare un "inquinamento" del materiale probatorio»¹⁸.

Come evidenziato, tale impostazione era conseguenza del fatto che alla base dell'art. 135 c.p.p. 1930 dominava una concezione dei rapporti fra organo istruttore ed imputato imperniata sull'assunto che fosse «compito del primo scoprire la verità *ex ore rei*»¹⁹.

Ad aggravare ulteriormente la situazione era l'impossibilità, altresì, per l'imputato di formulare impugnazione avverso il provvedimento di diniego del colloquio dell'organo precedente, non essendo espressamente previsto alcun mezzo di gravame; ad avviso della suprema Corte non era ammissibile il ricorso per cassazione ai sensi degli artt. 190, comma 2, c.p.p. e 111 Cost., in quanto il diniego di colloquio non incideva sulla libertà personale del detenuto istante²⁰.

Appare, così, evidente come l'art. 135 cod. abr. si configurasse come norma decisamente «incivile»²¹ – inconciliabile con i principi fondamentali sanciti dagli artt. 13, 24, comma 2, e 27, comma 2, Cost. – che necessitava di una attenta riflessione da parte del legislatore.

LA RIFORMA DEL 1988 E L'AMPLIAMENTO DI TUTELA

Con l'entrata in vigore del codice del 1988 ed il passaggio ad un sistema di stampo accusatorio, la disciplina "poco garantista" delineata dall'art. 135 cod. abr. è stata, finalmente, superata dalla formulazione normativa enucleata nell'ambito dell'art. 104 del "nuovo" codice di procedura penale²²; il criterio della "benevola" concessione da parte del giudice²³ è stato sostituito da quello del "diritto al colloquio"²⁴, previsto sia dalla legge delega 3 aprile 1974, n. 108, che dalla legge delega 16 febbraio 1987, n.

¹⁶ In questi termini V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., p. 294.

¹⁷ Così C. cost., sent. 17 febbraio 1972 n. 26, in *Giur. cost.*, 1972, p. 112 ss. Successivamente, in senso analogo, C. cost., sent. 18 maggio 1972 n. 100, *ivi*, 1972, p. 1177 ss.; C. cost., sent. 12 dicembre 1972 n. 178, *ivi*, 1972, p. 2128 ss. Nei riguardi della pronuncia della Consulta, rilievi critici sono stati mossi da V. Cavallari, *Assistenza dell'imputato nell'istruzione formale: diritto vigente e prospettive di riforma*, in AA.VV., *I problemi della istruzione formale penale*, Atti del Convegno nazionale di studio (9-10 giugno 1973), Bologna, Patron Editore, 1977, p. 47 ss.; F. Vignale, *I colloqui del difensore con l'imputato detenuto*, in *Quale giustizia*, 1973, p. 129 s.

¹⁸ O. Dominionì, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 292.

¹⁹ V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., p. 294.

All'interno di un processo fortemente vincolato da caratteri di matrice inquisitoria, il difensore non era certo considerato un protagonista della vicenda conflittuale, ma, talora, addirittura «un muto o impotente spettatore» che, affiancandosi all'imputato, non potendo far nulla, diventava, come questi, un «succube dell'inquisitore». Così G. Foschini, *Diritti della difesa ed istruzione preliminare*, in G. Foschini-V. Piergiovanni (a cura di), *Tornare alla giurisdizione. Saggi critici*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 164.

²⁰ Così Cass., Sez. I, 7 febbraio 1977, Gattini, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, p. 1572, secondo cui pur volendo accogliere il più esteso concetto di libertà personale, ne restava comunque esclusa la materia dei colloqui dei detenuti con i familiari e con il difensore.

²¹ L'espressione è di F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 392.

²² Sulla nuova formulazione normativa, cfr. S. Astarita, sub art. 104 c.p.p., in A. Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 4ª ed., Torino, Utet, 2012, p. 561 ss.; L. Bresciani, sub art. 104 c.p.p., in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, Utet, III Agg. cit., p. 76 ss.; M. Chiavario, *La riforma del processo penale: appunti sul nuovo codice*, 2ª ed., Torino, Utet, 1990, p. 19 ss.; Id., *Variazioni sul tema delle misure coercitive tra nuovo codice e legge anticpatrice*, in *Giust. pen.*, 1989, III, c. 14; A. Cristiani, sub art. 104 c.p.p., in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, Utet, 1989, t. I, p. 477 ss.; T. Procaccianti, sub art. 104 c.p.p., in G. Conso-G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2ª ed., Padova, Cedam, 2015, p. 328 ss.; R. Puglisi, sub art. 104 c.p.p., in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 5ª ed., Milano, Ipsoa, 2017, p. 1033 ss.; A. Salemme, sub art. 104 c.p.p., in G. Canzio-G. Tranchina (a cura di), *Codice di procedura penale*, t. I, Milano, Giuffrè, 2012, p. 1056 ss.; A. Scalfati, sub art. 104 c.p.p., in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 4ª ed., Milano, Ipsoa, 2010, p. 1091 ss.; A. Trinci, sub art. 104 c.p.p., in S. Beltrani (diretto da), *Codice di procedura penale*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 2019, p. 393 ss.

²³ Si esprime in questi termini G. Conso, *Colloqui con l'imputato detenuto e diritto di difesa*, cit., p. 242.

²⁴ T. Trevisson Lupacchini, *Sul diritto dell'indagato "in vinculis" al colloquio con il difensore*, cit., c. 193. Evidenzia A. Cristiani, sub art. 104 c.p.p., cit., p. 477 s., che il riconoscimento del "diritto" al colloquio è «il corollario della nuova concezione dell'in-

81, secondo, però, differenti formulazioni. Nella prima, il diritto al colloquio con il difensore era stato contemplato dal momento “immediatamente” successivo al primo interrogatorio davanti al magistrato²⁵, mentre la legge delega del 1987²⁶ ha previsto anche la possibilità che avvenga subito dopo, ma non oltre sette giorni dall’esecuzione del provvedimento limitativo della libertà personale²⁷. Traducendo in norma il principio sancito dall’art. 2, n. 6, l.d., l’art. 104 c.p.p.²⁸ ha svincolato il colloquio da qualsiasi provvedimento autorizzativo, statuendo il diritto “assoluto, disponibile ed incondizionato”²⁹ dell’imputato in stato di custodia cautelare di conferire con il difensore fin dall’inizio dell’esecuzione della misura (art. 104, comma 1, c.p.p.) e della persona arrestata o fermata di interloquire subito dopo l’arresto o il fermo (art. 104, comma 2, c.p.p.), così da garantire l’attuazione immediata di un’efficace assistenza tecnica³⁰.

L’equiparazione tra le varie figure soggettive³¹ risponde, così, ad un’esigenza di razionalità del sistema «trattandosi in ogni ipotesi di soggetti che vengono privati della libertà personale in virtù di provvedimenti per i quali sono previste dinamiche procedurali in cui necessariamente si inseriscono significativi spazi di assistenza difensiva»³².

Secondo la nuova disciplina l’indagato o imputato in stato di restrizione ha diritto di essere ammesso a colloquio con il proprio difensore anche prima di rendere l’interrogatorio, e ciò per la natura di strumento di difesa – e non più di ricerca della verità – che quest’ultimo ha assunto nel nuovo codice di rito³³.

terrogatorio come mezzo processuale di difesa e non come strumento di violazione inquisitoria». Considera tale diritto “tendenzialmente assoluto” A. Salemme, sub art. 104 c.p.p., cit., p. 1060.

²⁵ Nella Relazione al progetto preliminare del 1978 si legge testualmente che, «se si fosse riconosciuta al difensore la facoltà di conferire con il proprio assistito anche in un momento anteriore a quello dell’interrogatorio compiuto per la prima volta, si sarebbe creato uno squilibrio rispetto alla posizione del p.m., nel senso che la parte-difesa avrebbe avuto una condizione privilegiata rispetto alla parte-accusa».

²⁶ Merita precisare che il testo licenziato in prima lettura alla Camera, non solo ribadiva il limite dell’interrogatorio, ma addirittura lo rafforzava, aggiungendo anche la previsione di un «potere del magistrato, in casi eccezionali e predeterminati, di ritardare, con provvedimento motivato, il colloquio con il difensore non oltre quindici giorni dall’inizio del primo interrogatorio». Una vera e propria inversione di tendenza si è realizzata, invece, durante l’esame del d.d.l. delega da parte del Senato, nell’ambito del quale, prima in sede di Commissione Giustizia e poi in aula, si è sviluppato un dibattito nel quale si è sottolineato, «da un lato, l’incongruenza di una diversità tra la situazione dell’imputato libero e quella del detenuto con riguardo al diritto di consultare il difensore anche prima dell’interrogatorio e, anzi, in vista del medesimo, e dall’altro, l’ovvietà, nel quadro di un rito accusatorio, di prevedere in ogni tempo tale diritto senza alcun legame condizionante con il compimento dell’interrogatorio stesso (...) ma semmai fissando un brevissimo tempo, decorrente dall’inizio di esecuzione della misura cautelare, oltre il quale deve comunque esserne assicurato l’esercizio». Per queste considerazioni, v. G. Frigo, sub art. 104 c.p.p., in E. Amodio-O. Dominoni (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1989, p. 674 s.

²⁷ La modifica operata con la legge delega n. 81 del 1987 trae giustificazione nell’esigenza di evitare che l’interrogatorio dell’imputato «costituisse il momento discriminante tra il periodo nel quale è impedito e quello nel quale è concesso il colloquio con il difensore, nell’ottica dei caratteri accusatori che connotano il nuovo processo». Così T. Trevisson Lupacchini, *Sul diritto dell’indagato “in vinculis” al colloquio con il difensore*, cit., c. 193.

²⁸ Sulle tappe del cammino legislativo che ha condotto alla regolamentazione dell’art. 104 c.p.p., cfr. G. Frigo, sub art. 104 c.p.p., cit., p. 674 ss.; S. Ramajoli, *I rapporti difensore-imputato nel nuovo codice di rito*, cit., c. 373 ss.; R. Kistoris, *Commento all’art. 1 l. 332/1995*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, Cedam, 1995, p. 42 ss.

²⁹ Così R. E. Kistoris, *L’isolamento del detenuto in custodia cautelare tra sistema penitenziario e nuovo processo penale*, cit., p. 1391.

Già in sede di elaborazione della legge delega del 1987 fu efficacemente evidenziato che il colloquio con il difensore non doveva considerarsi come una facoltà o un diritto del difensore, ma un vero e proprio diritto dell’imputato. In questi termini M. Valiante, *La nuova delega per il codice di procedura penale-Prime osservazioni e proposte al progetto*, in *Giust. pen.*, 1985, I, c. 310.

³⁰ Sorgerebbe un vero e proprio “diritto soggettivo” in capo all’indagato di interloquire con il proprio difensore subito dopo l’esecuzione del provvedimento restrittivo della libertà personale. Sul punto cfr. V. Bonini, *Effettività del diritto di difesa e disciplina dei rapporti tra difensore ed assistito in vinculis*, in AA.VV., *Il giusto processo*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 183; G. Frigo, sub art. 104 c.p.p., cit., p. 676.

³¹ Questo aspetto viene particolarmente messo in evidenza da G. Frigo, *Difensore*, cit., p. 673.

³² A. Ricci, *Il difensore*, cit., p. 759.

³³ Sul punto v. G. Spangher, *La pratica del processo penale*, vol. III, Padova, Cedam, 2014, p. 185.

In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. I, 6 febbraio 1992, in *Giust. pen.*, 1993, III, c. 564 ss., con nota di R. Archidiacono, *Divieto di colloquio col difensore e riflessi sullo stato di detenzione dell’indagato*, il quale sottolinea come nella nuova ideologia di matrice accusatoria, il rispetto del diritto al colloquio si configura come irrinunciabile presupposto alla funzione difensiva dell’interrogatorio.

La possibilità concessa al difensore di ottenere il colloquio con il proprio assistito immediatamente e, soprattutto, senza alcun preventivo controllo da parte dell'autorità giudiziaria, «oltre che rappresentare un riconoscimento esplicito della inderogabile necessità di partecipazione paritaria tra accusa e difesa, riafferma la ineludibilità di una piena autonomia nell'adempimento dei compiti difensivi»³⁴. Il diritto di difesa può considerarsi effettivamente garantito quando l'assistenza non si limiti alla partecipazione allo svolgimento delle attività processuali, ma si concretizzi anche come «collaborazione prestata dal difensore nel corso dell'intero iter processuale»³⁵. Il riconoscimento del diritto ad interloquire con il legale «consentirà al soggetto di giovare di quella competenza tecnico-giuridica che non possiede e, contestualmente, al difensore di esplicare il suo ministero con pienezza e tempestività»³⁶.

Così riformulato, l'art. *de quo* tende, da un lato, a garantire una parità di trattamento tra gli imputati o gli indagati detenuti e quelli in stato di libertà e, dall'altro, si pone in linea con la previsione di cui all'art. 93 della Raccomandazione R (87) 3, approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 12 febbraio 1987, contenente le c.d. "Regole penitenziarie europee" secondo cui «ogni prevenuto ha diritto fin dall'inizio dell'incarcerazione (...) di ricevere visite dal proprio avvocato in vista della sua difesa»³⁷.

Nell'ottica di consentire l'immediato esercizio del diritto – che, come rilevato dalla giurisprudenza di legittimità, non si estende al colloquio con gli altri componenti dell'*equipe* difensiva³⁸ – le previsioni contenute nell'art. 36, commi 1 e 2, disp. att. c.p.p. garantiscono al difensore la possibilità di accedere ai luoghi di custodia nei quali si trova ristretto il proprio assistito³⁹, «facendosi gravare sul professionista il solo onere di dimostrare la propria qualità nei modi previsti dall'art. 27 disp. att. c.p.p. ovvero altro mezzo equipollente, sempre che tale qualifica soggettiva non risulti già conosciuta all'autorità preposta alla detenzione»⁴⁰.

La regola di carattere generale sancita nei primi due commi dell'art. 104 c.p.p. non è, tuttavia, scevra di eccezioni: nel tentativo di "bilanciare" il diritto di difesa con le esigenze investigative, il successivo comma 3 consente, infatti, di dilazionare l'esercizio del diritto al colloquio nel corso delle indagini preliminari⁴¹ con provvedimento motivato del giudice⁴² su richiesta del pubblico ministero⁴³ – ove la pri-

³⁴ G. Tranchina, *Garanzie nuove per la difesa tecnica nel processo penale di domani*, cit., p. 473.

³⁵ Così S. Astarita, sub art. 104 c.p.p., cit., p. 562.

³⁶ M. Chiavario, *La riforma del processo penale*, Torino, Utet, 1989, p. 132; A. Marandola, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, Cedam, 2006, p. 357.

³⁷ Il testo completo della raccomandazione è consultabile in F. Peroni-A. Scalfati (a cura di), *Codice dell'esecuzione penitenziaria*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 103.

Per approfondimenti, cfr. R. Puglisi, sub art. 104 c.p.p., cit., p. 1033 s.; A. Scalfati, sub art. 104 c.p.p., cit., p. 1091 s.

³⁸ Così Cass., Sez. III, 16 dicembre 2010, n. 15157, in *CED Cass.* n. 249900.

³⁹ Cfr. A. Cristiani, sub art. 36 disp. att. c.p.p., in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale, Norme complementari*, vol. I, Torino, Utet, 1992, p. 150 ss.

⁴⁰ Così A. Ricci, *Il difensore*, cit., p. 759 s. Negli stessi termini R. Adorno, *Diritto al difensore dell'imputato in vinculis e procedimento cautelare*, in D. Negri-P. Renon (a cura di), *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica. Un itinerario tra questioni attuali e aperture del quadro normativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 140; M.F. Cortesi, *Arresti domiciliari*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 160.

⁴¹ Il differimento del colloquio non può essere disposto durante la fase processuale, ma solamente nella precedente fase delle indagini preliminari, «essendo intimamente connesso alle "specifiche ed eccezionali ragioni di cautela" in essa sussistenti, funzionali alle indagini da svolgere, al fine delle determinazioni da assumere in ordine all'esercizio dell'azione penale». Così Cass., Sez. IV, 20 aprile 2000, n. 2565, in *CED Cass.*, n. 216492.

⁴² Pur prevedendo l'art. 104, comma 3, c.p.p., un obbligo di motivazione solo per l'ipotesi in cui il differimento venga disposto dal giudice, si ritiene che tale disposizione trovi concreta applicazione anche qualora il potere di dilazione sia concesso al pubblico ministero. L'operatività degli stessi presupposti contemplati per il differimento disposto dal giudice emerge, infatti, dal tenore letterale dell'art. 36, comma 3, disp. att. c.p.p., il quale, nel prevedere che «copia del relativo decreto è consegnata a chi esercita la custodia», richiama tanto la dilazione disposta dal giudice, quanto quella disposta dal pubblico ministero.

Dato che la motivazione costituisce requisito essenziale del decreto con cui si dispone il differimento, ne deriva, poi, che tanto il difetto di motivazione quanto la sua insufficienza determinano l'illegittimità della dilazione. Così Cass., Sez. VI, 10 giugno 1993, n. 1780, in *CED Cass.*, n. 194886; Cass., Sez. I, 12 giugno 1992, Mazzotta, in *Cass. pen.*, 1993, p. 89.

⁴³ Merita, al riguardo, evidenziare che la mancanza di impulso della parte pubblica rende illegittima l'iniziativa officiosa del giudice; il principio per cui il g.i.p. decide soltanto su impulso di parte è, infatti, cristallizzato nel sistema e trova una delle sue più evidenti esplicazioni proprio nella normativa che disciplina l'adozione di misure cautelari personali. Sul punto, cfr., in giurisprudenza, Cass., Sez. IV, 17 settembre 2009, p.g. in c. Di Nardo, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1843 ss., con nota di M. Sculco, *Principio*

vazione della libertà sia l'effetto di un'ordinanza cautelare – o con atto dello stesso organo dell'accusa – nell'ipotesi in cui lo stato restrittivo sia originato dall'esecuzione di una misura precautelare, fino al momento in cui l'arrestato o il fermato è posto a disposizione del giudice – quando sussistono “specifiche” ed “eccezionali” ragioni di cautela, per un tempo non superiore a sette giorni⁴⁴.

La discrezionalità del giudice nell'adottare la disposizione in esame è, dunque, vincolata a precisi limiti: oltre quello di carattere temporale sono individuabili – come poc'anzi accennato – limiti nell'esistenza di ragioni di cautela in fase di indagini, che devono essere non solo specifiche ed eccezionali⁴⁵, ma anche puntualmente indicate nella motivazione del relativo provvedimento, per consentirne il controllo⁴⁶. In particolare, mentre la specificità andrebbe individuata «con riferimento ai dati storici del caso concreto»⁴⁷, il carattere eccezionale delle ragioni di cautela si identificerebbe con vicende che, «pur trovando origine e ragion d'essere nelle indagini, esulano dal loro svolgimento, quando dal colloquio potrebbe derivare, per esse, uno sviamento o comunque un pregiudizio»⁴⁸.

La posticipazione del primo contatto indagato-difensore, giustificato “apparentemente” solo da specifiche ed eccezionali ragioni di cautela⁴⁹, si rivela un'arma potente nelle mani dell'autorità giudiziaria e, soprattutto, poco in linea con l'inviolabilità del diritto di difesa⁵⁰.

Il potere di differire il colloquio tra difensore ed assistito *in vinculis* delinea, in effetti, un delicato compromesso «tra istanze di efficienza processuale ed esigenze individuali di effettività della difesa

della domanda cautelare e differimento del colloquio. Precedentemente, nello stesso senso, Cass., Sez. I, 12 maggio 2004, n. 23681, in *CED Cass.*, n. 228998.

In dottrina, cfr., in particolare, M. Chiavario, *La riforma del processo penale*, Torino, Utet, 1990, p. 144; P. Ferrua, *Studi sul processo penale*, I, Torino, Giappichelli, 1990, p. 54 ss.; D. Potetti, *Il principio della domanda cautelare dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2574; F. Romano Barocci, *Un (prezioso) chiarimento sui poteri di controllo del gip in materia cautelare*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 832.

⁴⁴Cfr. R. Kostoris, *L'isolamento del detenuto in custodia cautelare tra sistema penitenziario e nuovo processo penale*, cit., p. 1415; E. Squarcia, *In tema di differimento del diritto al colloquio con il difensore*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 434; P. Tanda, *Sui limiti di legittimità del differimento del colloquio tra difensore e imputato*, in *Riv. pen. dell'economia*, 1992, p. 632 ss.; A. Verger, *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*, Padova, Cedam, 2001, p. 121.

Evidenzia A. Scalfati, sub art. 104 c.p.p., cit., p. 1093, come il differimento del colloquio fra indagato *in vinculis* e difensore rappresenti «una misura “rinneante” il principio generale e, perciò, da ritenersi applicabile nei limiti di stretta necessità».

⁴⁵Il requisito delle “specifiche ed eccezionali ragioni di cautela” ha destato qualche perplessità in dottrina, evidenziandosi come lo stesso si appalesi alquanto flessibile, demandando alla sensibilità di ogni singolo magistrato la concreta valutazione sulla necessità di sospendere o meno il diritto al colloquio. Per questi rilievi, v. T. Trevisson Lupacchini, *Sul diritto dell'indagato “in vinculis” al colloquio con il difensore*, cit., c. 195.

Ne valorizza, invece, la correttezza e la precisione A. Cristiani, sub art. 104 c.p.p., cit., p. 479, il quale sottolinea che «se non fossero stati usati aggettivi così rigorosi in ordine al presupposto della deroga, questa per la innegabile suggestione delle ritenute esigenze cautelari, avrebbe avuto, fin dalla nascita, le virtù genetiche per diventare la regola. È da ritenere che, scolpiti in tal guisa i presupposti tecnici della dilazione, l'interpretazione non abbia spazio dilatante, a meno che una prassi già censurata dalla giurisprudenza del Supremo Collegio non riduca operativamente l'istituto a formule di stile, dimenticando che anche la discrezionalità tecnica deve riferirsi a parametri tipici: un'eccezione che non fosse adeguatamente motivata sarebbe soltanto una violazione di legge, tanto nella lettera che nello spirito».

⁴⁶Come osserva A. Marandola, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, cit., p. 363, una corretta esegesi della disposizione dovrebbe concedere – anche alla luce delle regole del giusto processo – priorità alla libertà morale della persona *in vinculis*, imponendo, parallelamente, puntuali ed accorti obblighi motivazionali al giudice, al fine di consentire un loro controllo in punto di legittimità.

⁴⁷La precisazione è di G. Frigo, *Difensore*, cit., p. 679.

⁴⁸A. Salemme, sub art. 104 c.p.p., cit., p. 1059 s.

Ad avviso di A. Scalfati, sub art. 104 c.p.p., cit., p. 1093, la circostanza che le ragioni debbano essere “specifiche” ed “eccezionali” induce a ritenere insufficiente la loro identificazione con i presupposti che giustificano la misura cautelare, neppure se si trattasse delle condizioni previste dall'art. 274, lett. c), c.p.p.

⁴⁹Evidenzia V. Bonini, *Effettività del diritto di difesa e disciplina dei rapporti tra difensore ed assistito in vinculis*, cit., p. 184, come il divieto di comunicare con il proprio difensore – lungi dal poter essere finalizzato ad impedire il “confezionamento” di una adeguata strategia difensiva e dovendo essere motivato su esigenze cautelari di eccezionale e specifico rilievo – sembri incentrarsi proprio sul pericolo di inquinamento che ne può derivare, «in particolare in indagini di ampio raggio quali sono quelle in materia di fattispecie associative, dal contatto con un difensore “colluso”».

⁵⁰L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 151, secondo il quale non può considerarsi appagante la precisazione che deve trattarsi di “necessità fuori dal comune, attinenti allo svolgimento di indagini che rischierebbero di subire uno sviamento o comunque un pregiudizio da un colloquio della persona arrestata o fermata o dell'indagato con il proprio difensore”. In tal senso, Cass., Sez. II, 21 marzo 1990, Ghidini, in *Giur. it.*, 1990, II, p. 319.

tecnica»⁵¹, donde potrà essere esercitato in considerazione della «gravità dei fatti riguardanti più indagati, indipendentemente dalle ipotesi di reato attribuite ai singoli», ove ricorra l'esigenza di evitare la possibilità di comuni strategie difensive che potrebbero ostacolare le indagini in corso⁵².

Dottrina e giurisprudenza prevalenti sono concordi nel ritenere che ogni illegittima dilazione del colloquio, traducendosi nell'inosservanza di una norma volta a garantire l'assistenza difensiva dell'imputato, integra una nullità a regime intermedio, ai sensi degli artt. 178, comma 1, lett. c) e 180 c.p.p., soggetta al regime di deducibilità di cui all'art. 182 c.p.p., suscettibile di estendersi agli atti consecutivi del provvedimento viziato – e quindi anche all'ordinanza di convalida di un provvedimento di fermo o arresto⁵³ –, a norma dell'art. 185, comma 1, c.p.p.⁵⁴. Tale nullità colpisce il provvedimento di differimento illegittimo in quanto privo di sufficiente motivazione, o basato su motivi illegali, ovvero perché dispone la dilazione per un periodo superiore a quello consentito, o ancora perché emesso da un organo non legittimato o fuori dalla fase delle indagini preliminari.

L'invalidità va prospettata in sede di interrogatorio o immediatamente dopo, ovvero nel corso dell'udienza di convalida⁵⁵, salva la rilevanza d'ufficio⁵⁶. L'interrogatorio rappresenta, pertanto, il termi-

⁵¹ S. Furlan, *Il differimento del colloquio col difensore: poteri del pubblico ministero, ruolo del giudice*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 719.

⁵² Di tale avviso Cass., Sez. III, 8 marzo 2018, n. 30196, in *CED Cass.*, n. 273756; Cass., Sez. VI, 21 ottobre 2009, n. 2941, *ivi*, n. 245806; Cass., Sez. VI, 10 giugno 2003, Vinci, in *Giust. pen.*, 2004, III, c. 647; Cass., Sez. I, 3 giugno 1996, n. 3900, in *CED Cass.*, n. 205349; Cass., Sez. V, 21 giugno 1993, Zambrotti, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p. 716.

Sottolinea sul punto V. Grevi, *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in V. Grevi (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa nella legge 8 agosto 1995 n. 332*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 22, come il legislatore non ha voluto sottovalutare «il rischio di certi rapporti patologici, per quanto rari, tra l'imputato ed il suo difensore» in grado di minare le esigenze investigative. Negli stessi termini A. Scalfati, *sub art. 104 c.p.p.*, cit., p. 1093.

Merita, segnalare, poi, come l'art. 3, § 2, lett. c) della direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio «relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'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» riconosce agli indagati/imputati il diritto di avvalersi di un difensore senza indebito ritardo dopo la privazione della libertà personale, potendo tale diritto, ai sensi del successivo § 6 essere derogato temporaneamente solo in circostanze eccezionali, attinenti al caso specifico, «ove vi sia la necessità impellente di evitare gravi conseguenze negative per la vita, la libertà o l'integrità fisica di una persona» o «la necessità indispensabile di un intervento immediato delle autorità inquirenti per evitare di compromettere in modo sostanziale un procedimento penale». Appare evidente come, rispetto a quest'ultima fattispecie derogatoria, le esigenze di accertamento «non debbano mai porsi in conflitto con l'assistenza difensiva dell'imputato, essendo quest'ultima, in un processo di stampo accusatorio, una componente essenziale per un confronto ad armi pari». Per queste ultime considerazioni, v. R. Adorno, *Diritto al difensore dell'imputato in vinculis e procedimento cautelare*, cit., p. 142.

⁵³ Cass., Sez. I, 5 maggio 1992, n. 1355, in *CED Cass.*, n. 190268.

Fra gli atti consecutivi colpiti da nullità a regime intermedio vi rientrerebbe anche l'interrogatorio di garanzia, salvo che la nullità stessa non venga eliminata mediante l'effettuazione del colloquio prima che l'atto consecutivo sia compiuto. Così Cass., Sez. II, 30 settembre 2014, n. 44902, *ivi*, n. 260875.

⁵⁴ In dottrina, v. R. Adorno, *Diritto al difensore dell'imputato in vinculis e procedimento cautelare*, cit., p. 144 s.; S. Astarita, *sub art. 104 c.p.p.*, cit., p. 564; R. Archidiacono, *Divieto di colloquio con il difensore e riflessi sullo stato di detenzione dell'indagato*, cit., c. 563; D. Carcano, *Arresto in flagranza e fermo di indiziato: garanzie difensive*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2144; G. Ciani, *I provvedimenti applicativi delle misure cautelari personali*, in M. Chiavario (coordinato da), *Libertà e cautele nel processo penale*, Torino, Utet, 1996, p. 95; M. Colamussi, *In tema di colloqui dell'imputato in custodia cautelare*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2199; A. Cristiani, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Torino, Utet, 1995, p. 481; G. Frigo, *sub art. 104 c.p.p.*, cit., p. 683; F. Giunchedi, *Indagato in vinculis, colloquio differito e diritto di difesa*, in *Giur. it.*, 2002, p. 134; L. Filippi, *L'arresto in flagranza nell'evoluzione normativa*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 324; A. Marandola, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, cit., p. 365; R. Puglisi, *sub art. 104 c.p.p.*, cit., p. 1036; C. Riviezzo, *Custodia cautelare e diritto di difesa*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 30; A. Scalfati, *sub art. 104 c.p.p.*, cit., p. 1095; E. Squarcia, *In tema di differimento del diritto al colloquio con il difensore*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 433; M. Tedesco, *I colloqui del difensore con la persona sottoposta a custodia cautelare e le modalità di documentazione dell'interrogatorio*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p. 500; T. Trevisson Lupacchini, *Sul diritto dell'indagato "in vinculis" al colloquio con il difensore*, cit., c. 195.

Nella giurisprudenza di legittimità, sulla configurabilità di una nullità a regime intermedio, cfr. Cass., Sez. IV, 12 luglio 2007, n. 39827, in *CED Cass.*, n. 237845; Cass., Sez. IV, 20 aprile 2000, n. 2565, cit.; Cass., Sez. I, 26 maggio 1997, n. 3643, in *CED Cass.*, n. 208254; Cass., Sez. II, 16 gennaio 1996, n. 176, *ivi*, n. 204038; Cass., Sez. I, 28 gennaio 1994, Baglio, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2198 ss.; Cass., Sez. VI, 10 giugno 1993, n. 1780, in *CED Cass.*, n. 194886; Cass., Sez. I, 22 aprile 1993, n. 1265, *ivi*, n. 193908; Cass., Sez. I, 21 maggio 1992, Mistretta, in *Giust. pen.*, 1993, III, c. 558.

Si segnalano, poi, pronunce isolate che ravvisano, invece, una nullità relativa o una mera irregolarità. Per la prima ipotesi, Cass., Sez. I, 2 giugno 1994, n. 2675, in *CED Cass.*, n. 198902; per la seconda, Cass., 6 giugno 1991, Pascariello, in *Giust. pen.*, 1992, III, c. 96.

⁵⁵ Cass., Sez. I, 1 marzo 1993, Zagaria, in *Giust. pen.*, 1993, III, c. 471.

ne ultimo entro il quale la parte che ha assistito al compimento dell'atto viziato dovrà eccepire la nullità⁵⁷.

Con riferimento ai rimedi esperibili nell'ipotesi di violazione dell'art. 104 c.p.p., la suprema Corte ha, poi, precisato che il decreto del g.i.p. che dilaziona il diritto dell'indagato al colloquio con il proprio difensore non è autonomamente impugnabile né può essere oggetto di riesame, non avendo la forma e il contenuto di un provvedimento applicativo di una misura coercitiva, ma può costituire oggetto di sindacato incidentale nell'ulteriore corso del procedimento, qualora abbia determinato una violazione del diritto di difesa che, se non eliminata con l'espletamento di un rituale colloquio, comporta la nullità dell'interrogatorio dell'indagato a norma dell'art. 178, comma 1 lett. c), c.p.p.⁵⁸. Non risulta, altresì, ammissibile il ricorso per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost., quale mezzo comunque consentito avverso i provvedimenti sulla libertà personale, trattandosi di una disposizione che incide piuttosto sulla libertà di comunicazione e sul diritto di difesa⁵⁹.

Merita segnalare come l'art. 104, comma 3, c.p.p. sia stato oggetto di numerose critiche da parte della dottrina, che ha ravvisato dubbi di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3, 24 e 111 Cost.⁶⁰, sia perché la norma non indicherebbe con sufficiente precisione le modalità di controllo circa l'esercizio del potere di differimento, sia perché «apparirebbe fortemente criticabile che le esigenze investigative assumano un valore prioritario rispetto ai diritti di libertà morale della persona *in vinculis*»⁶¹.

Non si è mancato, altresì, di rilevare un possibile contrasto con l'art. 6, § 3, lett. c) CEDU⁶², atteso che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che «il differimento dei colloqui fra persona privata della libertà e difensore alla scadenza delle ventiquattro ore successive all'arresto rischia di pregiudicare gravemente l'indiziato che si trova a dover operare una scelta rilevante, come quella dell'esercizio o meno del diritto al silenzio, senza potersi avvalere della consulenza del proprio difensore»⁶³.

⁵⁶ Cass., Sez. II, 11 marzo 1992, n. 181, in *CED Cass.*, n. 189297.

⁵⁷ Cfr. M. Colamussi, *In tema di colloqui del difensore*, cit., p. 2200; A. Marandola, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, cit., p. 366.

⁵⁸ Così Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2009, n. 4960, in *CED Cass.*, n. 242912. Successivamente, nello stesso senso, Cass., Sez. VI, 5 ottobre 2012, n. 44932, *ivi*, n. 254455.

Rileva A. Cristiani, *Misure cautelari e diritto di difesa*, cit., p. 53, come la violazione dei parametri imposti dall'art. 104 c.p.p. avrebbe dovuto comportare l'inutilizzabilità dell'interrogatorio. Il rimedio *de quo* è stato, invece, applicato con rigore in una norma «attinente alla registrazione del contenuto dell'interrogatorio, nella quale la sanzione di inutilizzabilità è chiaramente di notevole rilievo. Il fatto che in questo caso il legislatore abbia usato un criterio di particolare severità e l'abbia, invece, ignorato in tema di diritto dell'indagato al colloquio col difensore, costituisce una disarmonia che non può essere sottovalutata per una giusta sistemica futura delle garanzie difensive».

Concordano nel ritenere che la sanzione processuale più adatta a colpire l'atto garantito, che venga compiuto previo illegittimo divieto di contatto con il difensore, dovrebbe essere quella dell'inutilizzabilità anche A.A. Dalia-D. Cimadomo, *Difensore (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. III, agg., Milano, Giuffrè, 1999, p. 509.

⁵⁹ In questi termini, G. Frigo, sub art. 104 c.p.p., cit., p. 683; e già V. Grevi, *La corrispondenza tra imputato detenuto e difensore (riflessioni sistematiche e prospettive di riforma)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1972, p. 985.

⁶⁰ In questo senso, A. Marandola, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, cit., p. 359 ss.; A.A. Dalia-D. Cimadomo, *Difensore (dir. proc. pen.)*, cit., p. 508 s.; L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., p. 154; O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 90 s.; G. Varraso, *Interrogatorio in vinculis dell'imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzia, ragioni di accertamento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 1404.

⁶¹ S. Furlan, *Il differimento del colloquio col difensore: poteri del pubblico ministero, ruolo del giudice*, cit., p. 720.

È appena il caso di sottolineare, invece, come la giurisprudenza di legittimità, esprimendosi in più occasioni sui numerosi dubbi di legittimità costituzionale avanzati, li abbia giudicati non fondati, ritenendo che «il diritto di difesa può variamente atteggiarsi in funzione delle peculiari caratteristiche dei singoli procedimenti e dei superiori interessi di giustizia cui le stesse sono rispettivamente preordinate». Cass., Sez. VI, 18 ottobre 1995, Cannizzo, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p. 451.

Inoltre, è stato precisato che il differimento non presenta alcun elemento di contrasto con i principi costituzionali sanciti dagli artt. 3, 24 e 111, «atteso il limitato sacrificio del diritto dell'imputato medesimo in ragione del superiore interesse della giustizia». Così Cass., Sez. IV, 1 marzo 2006, n. 15113, in *CED Cass.*, n. 233971.

⁶² O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 90.

⁶³ Così Corte e.d.u., sez. III, 6 giugno 2000, *Averill c. Regno Unito*, § 57-59; Corte e.d.u., 6 giugno 2000, sez. III, *Magee c. Regno Unito*, § 44-45, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, p. 1272.

In senso contrario, antecedentemente alle pronunce della Corte europea, v. Cass., Sez. I, 12 ottobre 1994, Agostino, in *Cass. pen.*, 1996, p. 571, secondo cui il differimento dei colloqui fra indagato detenuto e difensore in vista dell'interrogatorio «non presenta alcun elemento di contrasto con il principio di uguaglianza sancito dalla Costituzione e neppure con l'art. 6 della Conven-

La effettiva eccezionalità e specificità delle ragioni a sostegno del provvedimento di differimento del colloquio ed un rigoroso loro controllo avrebbero dovuto impedire il formarsi di una prassi generalizzata e deviante che conducesse al rinvio sistematico del colloquio con il difensore ad un momento successivo a quello dell'interrogatorio⁶⁴.

Purtroppo, così, non è stato, e – come già paventato dalla dottrina⁶⁵ – l'iter instauratosi successivamente all'entrata in vigore del "nuovo" codice di procedura penale si è rivelato distonico rispetto all'originaria intenzione del legislatore; sebbene, infatti, sia stato precisato che la dilazione non potesse essere disposta «per impedire di consultare il difensore per l'udienza di convalida del fermo o dell'arresto ovvero per l'interrogatorio»⁶⁶, di fatto è accaduto proprio ciò che si voleva evitare, come conseguenza della circostanza che i termini entro cui deve essere svolta l'udienza di convalida, nonché quelli entro cui si deve provvedere all'interrogatorio, quando sia disposta una misura cautelare, risultavano inferiori al termine massimo per la dilazione.

LE MODIFICHE APPORTATE DALLA LEGGE N. 332 DEL 1995

Il sistematico differimento dell'esercizio del diritto al colloquio con il difensore da parte della persona *in vinculis* ha rischiato di produrre lo svuotamento della stessa regola dettata dai primi due commi dell'art. 104 c.p.p., tanto da suggerire la soppressione *tout court* di una norma che «disegna in termini di non trascurabile discrezionalità un potere (...) il cui esercizio è modulato sul duplice parametro della specificità e della eccezionalità delle esigenze cautelari da salvaguardare, senza peraltro che la sua osservanza sia corroborata da sanzione processuale né supportata dal testuale assoggettamento a impugnazione»⁶⁷.

La soluzione più radicale è subito apparsa impraticabile sul piano operativo; così, il disegno di riforma si è indirizzato piuttosto nel senso di restringere le dimensioni temporali del differimento, al fine di imporre «un diverso e più soddisfacente punto di equilibrio fra la duplice necessità, da una parte, di impedire che il colloquio del difensore con l'indagato detenuto si trasformi in un fattore inquinante dagli effetti potenzialmente rovinosi per lo sviluppo delle indagini e, dall'altra, di garantire una piena e immediata attuazione del diritto di difesa indipendentemente dall'assoggettamento dell'indagato a provvedimento restrittivo della libertà personale»⁶⁸.

Durante i lavori preparatori della l. 8 agosto 1995, n. 332, il legislatore si è orientato in favore della difesa: il testo predisposto dal Comitato ristretto presso la Commissione Giustizia della Camera prevedeva, così, all'art. 1, una riduzione del termine massimo della dilazione da sette a tre giorni, garantendo in ogni caso all'indagato un margine di due giorni per le consultazioni difensive prima dello svolgimento dell'interrogatorio stesso⁶⁹.

Tale soluzione non apparve, tuttavia, adeguata⁷⁰ perché il messaggio lanciato avrebbe avuto, in que-

zione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, le cui clausole non precludono minimamente una ragionevole posticipazione del primo contatto fra accusato in stato di restrizione della libertà e difensore, nel superiore interesse dell'amministrazione della giustizia».

⁶⁴ In questi termini Cass., Sez. I, 27 aprile 1992, in *Giur. it.*, 1993, c. 193 ss.

⁶⁵ È stato, infatti, evidenziato come il «temperamento» concesso ad una «immediata presa di contatto» con il difensore potesse portare a sovvertire progressivamente l'ordine metodologico tra regola ed eccezione. Così M. Nobili, *La nuova procedura penale*, Bologna, Clueb, 1989, p. 78.

⁶⁶ Cfr. la *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord. n. 2, p. 47, ove si precisa che quanto appena enunciato è espressione di «un limite "in negativo", che non si è giudicato conveniente esprimere in una norma, ma che discende dal sistema». Si precisa, altresì, che «tenuto conto che i termini entro cui deve essere svolta tale udienza e quelli entro cui si deve provvedere all'interrogatorio sono inferiori a quello massimo, si avrà, come conseguenza, di impedire quelle consultazioni. Ma deve trattarsi di una mera conseguenza di un provvedimento giustificato da altre ragioni».

⁶⁷ L. Bresciani, *Commento all'art. 1 l. 8 agosto 1995, n. 332*, in *Leg. pen.*, 1995, p. 584 s.

⁶⁸ V., ancora, L. Bresciani, *Commento all'art. 1 l. 8 agosto 1995, n. 332*, cit., p. 585.

⁶⁹ Tale previsione era stata contemplata anche dalla proposta di legge Gargani (art. 1 p.d.l. n. 2591/C, nel testo riformulato dalla Commissione Giustizia della Camera il 29 luglio 1993) e dalla proposta di legge Saraceni (art. 1 p.d.l. n. 1005/C, presentata alla Camera il 22 luglio 1994).

⁷⁰ Si veda, in particolare, l'intervento dell'on. Ayala nella seduta del 18 ottobre 1994 presso la Commissione Giustizia della Camera.

sto modo, effetti dirompenti dal punto di vista sistematico⁷¹; anche la modifica *de qua* doveva, infatti, annoverarsi nel quadro degli interventi ispirati a una sempre più avvertita necessità di rafforzamento della funzione di garanzia e di terzietà assegnata dal codice del 1988 alla figura del giudice per le indagini preliminari. Riducendo drasticamente il termine per dilazionare il colloquio fra imputato e difensore, il legislatore «avrebbe significativamente ridimensionato il ruolo di mediazione che l'organo giurisdizionale è chiamato a esercitare fra le contrapposte esigenze di indagine e difesa e alla cui conciliazione è funzionalizzata la disciplina contenuta nell'art. 104 c.p.p.»; si sarebbe, così, generato un affievolimento dell'influenza che le ragioni di cautela riferibili all'attività investigativa del pubblico ministero possono esercitare sulla decisione del giudice e una conseguente «esaltazione dei *pericula* riconducibili alla configurazione funzionale propria del cosiddetto interrogatorio di garanzia»⁷².

In sede di stesura definitiva della l. n. 332 del 1995, la Commissione Giustizia della Camera ha, così, optato per una riduzione meno drastica del termine di proroga del colloquio, contemplandolo in cinque giorni, in modo da coincidere con l'arco temporale massimo entro cui il giudice per le indagini preliminari, ai sensi dell'art. 294, comma 1, c.p.p., deve procedere all'interrogatorio della persona che si trovi ristretta *in vinculis*⁷³. Dunque non solo ha trovato conferma la differibilità del colloquio, ma ne è stato, altresì, ribadito «l'assoggettamento a cadenze che lasciano al giudice congrui margini di discrezionalità nel calibrarne le dimensioni temporali in funzione della assunzione dell'interrogatorio»⁷⁴.

La modifica operata è risultata di scarsa portata dal punto di vista delle garanzie, non rappresentando per l'imputato una conquista esaltante⁷⁵; il fatto che il termine massimo di dilazione coincida con quello entro il quale la persona sottoposta a misura cautelare deve essere interrogata «incrementa i timori circa una possibile strumentalizzazione del divieto al fine di "orientare" verso un più "franco dialogo" con l'interrogante i contenuti dell'interrogatorio stesso»⁷⁶.

Nonostante, poi, l'introduzione delle nuove previsioni contenute nell'art. 294 c.p.p., non è stata eliminata né la possibilità che l'indagato possa essere sottoposto a interrogatorio da parte del giudice o del pubblico ministero prima di aver potuto conferire con il suo difensore, né l'astratto pericolo di differimenti disposti ricorrendo a mere "clausole di stile". È, così, rimasto irrisolto il vero problema che aveva indotto il legislatore del 1995 a proporre un intervento correttivo sull'art. 104, comma 3, c.p.p.: la necessità di sancire definitivamente e senza possibilità di equivoci il principio secondo il quale la dilazione del colloquio deve rappresentare una eccezione, non potendo «mai essere disposta per impedire di consultare il difensore per l'udienza di convalida del fermo o dell'arresto ovvero per l'interrogatorio dell'indagato in custodia cautelare»⁷⁷.

⁷¹ Cfr., al riguardo, V. Grevi, *Perplexità e riserve di fronte ad un'iniziativa legislativa affrettata*, in *Corr. Giur.*, 1993, p. 1025, che ha ritenuto la soluzione *de qua* pregiudizievole per le indagini, «anche sul presupposto di un effetto "inquinante" che il contatto anticipato con il difensore avrebbe determinato rispetto all'interrogatorio». Analogamente G. Conso, *Le più recenti proposte legislative in tema di custodia cautelare*, in AA.VV., *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 90.

⁷² L. Bresciani, *Commento all'art. 1 l. 8 agosto 1995, n. 332*, cit., p. 585, il quale sottolinea come alla nuova scansione temporale sarebbe seguita la inversione del criterio di priorità nella assunzione degli interrogatori, rendendo impraticabile il compimento di tale atto da parte del pubblico ministero prima che l'indagato *in vinculis* potesse conferire con il proprio difensore; in questo modo si sarebbe vanificata parzialmente la portata di un provvedimento di dilazione che si è rivelato strumento prezioso per l'organo dell'accusa, al fine di ottenere le condizioni ambientali favorevoli per poter pervenire ad una acquisizione genuina dell'interrogatorio.

⁷³ La modifica consegue all'approvazione da parte della Commissione Giustizia della Camera degli emendamenti 1.1, 1.3 e 1.4 presentati dai deputati Ayala e Paggini, Pecoraro Scanio e Neri al testo predisposto dal Comitato ristretto della medesima Commissione, che – come ricordato *supra* nel testo – prevedeva, invece, una riduzione del differimento da sette a tre giorni.

⁷⁴ L. Bresciani, *sub art. 104 c.p.p.*, cit., p. 84.

⁷⁵ G. Conti, *La "radiografia" della nuova normativa su misure cautelari e diritto alla difesa*, in *Guida dir.*, 1995, n. 33, p. 44. Hanno, altresì, manifestato perplessità A. Cristiani, *Misure cautelari e diritto di difesa (L. 8 agosto 1995 n. 332)*, cit., p. 52; G. Frigo, *La riforma della custodia cautelare*, in *Il Sole 24 ore*, 4 agosto 1995, p. 3; R. Kostoris, *Commento all'art. 1 l. 332/1995*, cit., p. 48, secondo cui la modifica parrebbe sostanzialmente di facciata, «anche se con il pregio di aver eliminato o comunque attenuato l'intonazione discriminatoria per gli interessi della difesa che traspariva dalla precedente disciplina, imperniata sullo sfasamento dei termini».

⁷⁶ Così L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., p. 153. Muove, altresì, rilievi critici, P. Bronzo, *sub art. 104 c.p.p.*, in G. Lattanzi-E. Lupo (diretto da), *Codice di procedura penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1222, che evidenzia come nel momento in cui la dilazione venga disposta per tutto il tempo consentito, di fatto si impedisce il contatto tra difensore e detenuto prima dell'interrogatorio di garanzia.

⁷⁷ L. D'Ambrosio, *Misure cautelari personali e diritto di difesa. La riforma dell'8 agosto 1995*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 1164, che

Dei miglioramenti sono ravvisabili solo dal punto di vista quantitativo, con riferimento all'estensione temporale, mentre sotto il profilo qualitativo, ovvero di intensità della compressione del diritto, le cose non appaiono cambiate di molto rispetto al regime antecedente⁷⁸.

Come efficacemente osservato, in un sistema di tipo accusatorio l'interrogatorio ha natura di strumento di difesa e può essere reso in condizioni di "parità di armi" «solo se "prima" di esso l'indagato ha avuto possibilità di consultarsi con il difensore»; tale consultazione, non può, tuttavia, divenire essa stessa «elemento perturbatore delle indagini e perciò legittimare un decreto di differimento»⁷⁹. In questo modo, infatti, si rischia di rendere l'assistenza difensiva cedevole rispetto al "superiore interesse della giustizia", incidendo «negativamente su una delle condizioni irrinunciabili per consentire una più ampia autodifesa»⁸⁰.

LA RIFORMA ORLANDO

Con l'entrata in vigore della l. 23 giugno 2017, n. 103, c.d. "Riforma Orlando", l'istituto dei colloqui tra soggetto *in vinculis* e difensore ha subito ulteriori sostanziali modifiche. L'art. 104, comma 3, c.p.p. è stato, infatti, sottoposto ad un significativo ritocco da parte del legislatore⁸¹: in particolare, la previsione circoscrive, attualmente – a seguito della modifica operata dall'art. 1, comma 25, l. 103/2017 –, la possibilità del differimento del colloquio nella fase delle indagini preliminari soltanto ad alcune categorie di reato, ovvero quelle connotate da maggior allarme sociale, delineate dall'art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p., per le quali opera il pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente⁸².

evidenza come la modifica dell'art. 104, comma 3, c.p.p. avrebbe avuto effettiva significatività solo nel caso di abrogazione dell'ipotesi di dilazione del colloquio ovvero nel caso in cui i tempi previsti per l'interrogatorio fossero stati resi incompatibili con quelli della dilazione medesima, o ancora, nel caso in cui fosse stato espressamente previsto che il colloquio con il difensore doveva comunque avvenire prima dell'interrogatorio.

Ad avviso di V. Grevi, *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995 n. 332*, cit., p. 25 la sopravvivenza della possibilità di differimento del colloquio tra difensore ed imputato detenuto «dimostra come, anche rispetto all'interrogatorio di competenza del giudice a norma dell'art. 294 comma 1 c.p.p. (...), continui a prevalere l'esigenza di tutelare il profilo della totale genuinità delle risposte, al di fuori di qualunque eventuale suggerimento ad opera del difensore».

⁷⁸ In effetti – analogamente a quanto avveniva sotto la vigenza del codice Rocco – nell'ipotesi di differimento del colloquio, l'indagato finisce per parlare con il proprio difensore solo una volta "terminati gli interrogatori". Certo, come rileva L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., p. 153, «l'isolamento difensivo non potrà nell'attuale sistema raggiungere mai l'assurda durata che lo caratterizzava nella precedente dinamica codicistica, ma è magra consolazione».

⁷⁹ Cfr. L. D'Ambrosio, *Misure cautelari personali e diritto di difesa. La riforma dell'8 agosto 1995*, cit., p. 1164.

⁸⁰ L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., p. 155.

⁸¹ La legge 103/2017 ha parzialmente ereditato i lavori della "Commissione Canzio"; la proposta della Sottocommissione "Misure cautelari" del 14 luglio 2013 proponeva, infatti, la seguente formulazione: «Nel corso delle indagini preliminari per i delitti di cui agli articoli 51 comma 3-bis e 372 comma 1-bis, quando sussistono specifiche ed eccezionali ragioni di cautela, il giudice su richiesta del pubblico ministero può, con decreto motivato, dilazionare, per un tempo non superiore a cinque giorni, l'esercizio del diritto di conferire con il difensore».

⁸² Sulla nuova modifica legislativa cfr. R. Adorno, *Diritto al difensore dell'imputato in vinculis e procedimento cautelare*, cit., p. 138 ss.; T. Bene, *Le modifiche in tema di indagini preliminari (commi 25-30 L. n. 103/2017)*, in A. Marandola-T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L. 103/2017)*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 89 ss.; G. Biscardi, *Un debole potenziamento del ruolo difensivo: domicilio difensore d'ufficio, differimento dei colloqui in carcere, diritti d'informazione per l'offeso da reato*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 90 ss.; T. Caboni, *Modifiche alla disciplina delle indagini preliminari*, in A. Conz-L. Levita (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Roma, Dike giuridica, 2017, p. 47 ss.; C. Fiorio, *Libertà personale e diritto di difesa dell'imputato detenuto*, in L. Giuliani-R. Orlandi (a cura di), *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 55 ss.; F. Morelli, *Profili problematici del diritto di partecipazione del difensore nella fase delle indagini preliminari: dalle dichiarazioni dell'indagato alla prova informatica*, in D. Negri-P. Renon (a cura di), *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica*, cit., p. 21 ss.; C. Parodi, *Riforma Orlando: tutte le novità*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 39 s.; G. Picciotto, *La riforma Orlando. Commento organico alla L. 23 giugno 2017, n. 103*, Napoli, Ed. Simone, p. 24; G. Spangher, *Il colloquio con l'indagato in vinculis*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pisa, Pacini giuridica, 2017, p. 103; Id., *Il colloquio con l'indagato in vinculis*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, Pisa, Pacini giuridica, 2018, p. 193 s.; F. Vergine, *Norme "minori" nella c.d. "riforma Orlando"*, in G. Baccari-C. Bonzano-K. La Regina-E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, Padova, Wolters Kluwer Cedam, 2017, p. 173 ss.

La *ratio* della previsione *de qua* risiederebbe nella esigenza di contenere la lesione del diritto di difesa costituzionalmente garantito, restringendo le ipotesi in cui il diritto “assoluto” dell’indagato/imputato in stato di restrizione di conferire immediatamente con il proprio legale possa essere compresso⁸³.

Nonostante il nobile intento, non ci si può esimere dal sottolineare come la novella legislativa abbia suscitato più di una perplessità⁸⁴; obiezioni significative sono state formulate dall’Unione delle Camere Penali Italiane, che, già immediatamente dopo la pubblicazione del disegno di legge, hanno espresso un parere negativo sulla modifica legislativa in tema di colloqui difensivi, sottolineando espressamente la loro contrarietà alla stessa e suggerendo l’integrale abrogazione dell’art. 104, commi 3 e 4, c.p.p. In particolare, l’UCPI ha precisato che quanto legiferato è l’inevitabile conseguenza non «di una valutazione circa la pericolosità del soggetto arrestato o sottoposto a custodia cautelare in carcere, quanto piuttosto di una inaccettabile manifestazione di totale sfiducia nei confronti del difensore e del suo ruolo», considerando del tutto paradossale la limitazione del relativo colloquio proprio per i reati più gravi, per i quali la persona arrestata necessita di un maggior confronto tecnico e, pertanto, dovrebbe poter interloquire con il legale immediatamente⁸⁵.

La nuova disciplina si pone, altresì, in netto contrasto con gli obiettivi di effettività e di concretezza della difesa tecnica auspicati dalla direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio⁸⁶, il cui art. 8 § 1 esclude che le eccezioni al diritto all’immediato colloquio con il proprio difensore possano essere basate «esclusivamente sul tipo o sulla gravità del reato contestato»; si configura, così, una «grave compressione del diritto di difesa, da intendersi quale imprescindibile garanzia del rispetto dei diritti della persona sottoposta a procedimento penale»⁸⁷. In effetti, appare congruo che di fronte all’emissione della misura maggiormente afflittiva in termini di restrizione della libertà personale – quale appunto la custodia cautelare in carcere – l’organo della pubblica accusa deve, al tempo stesso, garantire all’indagato la massima esplicazione delle garanzie difensive e non può negarsi che, in relazione al diritto di difesa, «il colloquio con l’assistito *in vinculis* ne rappresenti espressione tra le più intense»⁸⁸.

⁸³ Cfr. T. Bene, *Le modifiche in tema di indagini preliminari (commi 25-30 L. n. 103/2017)*, cit., p. 90; G. Biscardi, *Un debole potenziamento del ruolo difensivo: domicilio difensore d’ufficio, differimento dei colloqui in carcere, diritti d’informazione per l’offeso da reato*, cit., p. 90.

⁸⁴ Come evidenzia G. Biscardi, *Un debole potenziamento del ruolo difensivo: domicilio difensore d’ufficio, differimento dei colloqui in carcere, diritti d’informazione per l’offeso dal reato*, cit., p. 90, la soluzione prescelta configura «un automatismo di disagiata compatibilità con i profili empirici che possono manifestarsi in ambiti cautelari»; non può, infatti, negarsi che l’esigenza di differire il colloquio si possa manifestare anche in «contesti investigativi “altri” rispetto a quelli individuati nei commi 3-bis e 3-*quater* dell’art. 51 c.p.p.». Secondo l’autore il legislatore avrebbe potuto percorrere solamente due strade: o ritenere che nessuna ragione cautelare possa mai giustificare il sacrificio delle garanzie e, pertanto, vietare *tout court* il potere di disporre il differimento del colloquio, oppure mantenere nel complesso lo *status quo* – con opportuni accorgimenti, come la riduzione del differimento e/o il divieto di interrogatorio da parte della pubblica accusa prima del colloquio con il difensore – «nella speranza di un recepimento giurisprudenziale dei criteri ancorati ad ipotesi di effettiva specificità ed eccezionalità».

⁸⁵ Sul punto v. T. Caboni, *Modifiche alla disciplina delle indagini preliminari*, cit., p. 50; C. Fiorio, *Libertà personale e diritto di difesa dell’imputato detenuto*, cit., p. 70; F. Morelli, *Profili problematici del diritto di partecipazione del difensore nella fase delle indagini preliminari: dalle dichiarazioni dell’indagato alla prova informatica*, cit., p. 22.

Secondo G. Spangher, *Il colloquio con l’indagato in vinculis*, cit., p. 103, è auspicabile che la norma non venga interpretata nel senso di autorizzare il differimento del colloquio nei casi in cui si proceda per i reati di cui all’art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, dovendosi escludere che la modifica operata dal legislatore possa essere letta come una previsione suscettibile di legittimare il differimento per i reati di criminalità organizzata e di terrorismo.

Ad avviso di G. Biscardi, *Un debole potenziamento del ruolo difensivo: domicilio difensore d’ufficio, differimento dei colloqui in carcere, diritti d’informazione per l’offeso da reato*, cit., p. 90, «introdurre criteri inderogabili *ad escludendum* non sembra proprio il rimedio ideale»; sarebbe stato preferibile disporre un’ulteriore riduzione del termine massimo di differimento, ovvero vietare che il pubblico ministero possa interrogare l’indagato prima che questi abbia conferito con il difensore.

⁸⁶ La violazione della direttiva europea è immediatamente ravvisabile considerando che l’art. 3 § 3 lett. a) prevede che l’indagato abbia il diritto di comunicare con il difensore anche prima dell’interrogatorio: sebbene, infatti, l’art. 104, comma 2, c.p.p. riconosca il diritto a confrontarsi con il proprio difensore subito dopo l’arresto o il fermo, i commi successivi, consentendo al pubblico ministero di differire il colloquio, impediscono, di fatto, all’indagato di incontrare il proprio legale prima dell’interrogatorio.

⁸⁷ T. Caboni, *Modifiche alla disciplina delle indagini preliminari*, cit., p. 50, la quale evidenzia come l’art. 104, comma 3, c.p.p., così interpolato, paventi il rischio di creare una situazione per cui il differimento possa diventare una prassi comune per i reati di maggior allarme sociale.

⁸⁸ Così G. Biscardi, *Un debole potenziamento del ruolo difensivo: domicilio difensore d’ufficio, differimento dei colloqui in carcere, diritti d’informazione per l’offeso da reato*, cit., p. 90, nt. 18.

Per tali ragioni, non si può non dubitare dell'incostituzionalità dell'art. 104, comma 3, c.p.p., che, nonostante le varie modifiche legislative registrate nel corso degli anni, continua ad impedire che il detenuto parli con il difensore prima dell'interrogatorio; si è così persa, nuovamente, l'occasione per ripristinare nella sua pienezza il diritto di difesa «in un momento nevralgico del procedimento penale»⁸⁹.

LE NOVITÀ INTRODOTTE ALLA DISCIPLINA SULL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO

In attuazione della delega sulla riforma dell'ordinamento penitenziario contenuta nella l. 103/2017⁹⁰, l'art. 11, lett. g) del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, ha da ultimo introdotto importanti modifiche all'art. 18 l. 26 luglio 1975, n. 354, in tema di colloqui e corrispondenza con il difensore.

Com'è noto, l'articolo *de quo*, nella sua originaria formulazione, non conteneva alcuna specifica indicazione relativamente alla possibilità da parte del condannato di avere colloqui con il proprio difensore; nel silenzio del codice di rito circa i colloqui dei difensori con i detenuti "definitivi", la prassi era inizialmente orientata nel senso di applicare le circolari amministrative del D.A.P. in tema di colloqui con persone diverse dai congiunti e dai conviventi, le quali, nell'esigere l'autorizzazione del direttore dell'istituto, specificavano, da un lato, che le esigenze connesse alla predisposizione della difesa tecnica integrassero senz'altro i "ragionevoli motivi" richiesti per la concessione del colloquio, escludendo, dall'altro lato, che gli incontri con il difensore fossero computati nel "monte mensile" riconosciuto al condannato⁹¹.

Con la recente riforma – che ha recepito a livello normativo il *dictum* della sentenza "addittiva" della Corte Costituzionale n. 212/1997⁹² – è stato aggiunto all'art. 18 ord. pen., dopo il primo, un nuovo

⁸⁹ Il divieto interviene, infatti, in un momento delicato del procedimento, pregiudicando la stessa utilità dell'interrogatorio e la possibilità di predisporre utilmente le necessarie strategie difensive. In questi termini, G. Picciotto, *La riforma Orlando. Commento organico alla L. 23 giugno 2017, n. 103*, cit., p. 24.

⁹⁰ Sulla delega per la modifica dell'ordinamento penitenziario contenuta nella "riforma Orlando" v. P. Bronzo, *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Leg. pen.*, 19.01.2018, p. 1 ss.; P. Corvi, *Venti di riforma sull'esecuzione penale: la delega per la modifica dell'ordinamento penitenziario*, in G. Baccari-C. Bonzano-K. La Regina-E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, cit., p. 587 ss.; P. Dell'Anno, *Le tre deleghe sulla riforma processuale introdotte dalla legge n. 103 del 2017*, in *questa rivista*, 2017, p. 1093 ss.; A. Della Bella, *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 20.6.2017, p. 1 ss.; F. Fiorentin, *I principi e criteri direttivi della delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in C. Parodi (a cura di), *Riforma Orlando: tutte le novità*, cit., p. 131 ss.; F. Fiorentin, *La delega di riforma in materia di esecuzione penitenziaria (comma 85 L. N. 103/2017)*, in A. Marandola-T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, cit., p. 415 ss.; F. Fiorentin, *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, cit., p. 305 ss.; C. Fiorio, *sub art. 85 Riforma Orlando*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 5ª ed., cit., t. III, p. 3544 ss.; A. Furguele, *La riforma del sistema penitenziario: un progetto ambizioso*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, cit., p. 325 ss.; G. Picciotto, *La riforma Orlando. Commento organico alla L. 23 giugno 2017, n. 103*, cit., p. 68 ss.; R. Polidoro, *L'auspicata riforma dell'ordinamento penitenziario*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, cit., p. 369 ss.; G. Tabasco, *La riforma penitenziaria tra delega e decreti attuativi*, Pisa, University Press, 2018, p. 11 ss.

⁹¹ Cfr. C. Fiorio, *Regime penitenziario di rigore e colloqui difensivi*, in *www.treccani.it*.

⁹² Cfr. C. cost., 3 luglio 1997, n. 212, in *Giur. cost.*, 1997, p. 2141 e in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 208, con nota di F. Della Casa, *Il colloquio con il difensore in sede esecutiva: da "graziosa concessione" a "diritto" che ha dichiarato l'art. 18 ord. pen. costituzionalmente illegittimo*, per contrasto con l'art. 24, comma 2, Cost., nella parte in cui «non prevedeva che il detenuto condannato in via definitiva avesse il diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena». Si sottolinea come «il diritto di difesa è diritto inviolabile, che si esercita nell'ambito di qualsiasi procedimento giurisdizionale ove sia in questione una posizione giuridica sostanziale tutelata dall'ordinamento, e che deve essere garantito nella sua effettività. Esso comprende il diritto alla difesa tecnica, e dunque anche il diritto – ad esso strumentale – di poter conferire con il difensore, allo scopo di predisporre le difese e decidere le strategie difensive». Pertanto, il diritto di conferire con il proprio difensore «non può essere compresso o condizionato dallo stato di detenzione, se non nei limiti eventualmente disposti dalla legge a tutela di altri interessi costituzionalmente garantiti (...), e salva evidentemente la disciplina delle modalità di esercizio del diritto, disposte in funzione delle altre esigenze connesse allo stato di detenzione medesimo: modalità che, peraltro, non possono in alcun caso trasformare il diritto in una situazione rimessa all'apprezzamento dell'autorità amministrativa, e quindi soggetta ad una vera e propria autorizzazione discrezionale».

La giurisprudenza di merito, in totale adesione al principio enunciato dalla Consulta, ha confermato che l'esercizio del diritto di conferire con il difensore, in quanto espressione del più generale diritto di difesa, non può essere rimesso a valutazioni discrezionali dell'amministrazione penitenziaria e rimane sottratto alla disciplina ordinaria dei colloqui prevista dall'ordinamento

comma, che contempla il diritto, per i detenuti e gli internati, di “conferire con il proprio difensore sin dall’inizio dell’esecuzione della misura o della pena”⁹³, salve le limitazioni previste dall’art. 104 c.p.p.⁹⁴.

La modifica operata è posta a garanzia del diritto di difesa tutelato dall’art. 24 Cost., affinché non subisca indebite compressioni nei riguardi dei soggetti detenuti in fase esecutiva; tra l’altro, merita evidenziare come la stessa Corte Europea annoveri il diritto di comunicare confidenzialmente con il proprio difensore tra i principi fondamentali di un processo equo, precisando che, se un avvocato non potesse intrattenersi con il suo cliente senza essere controllato e ricevere istruzioni riservate, la sua assistenza perderebbe molto della sua utilità⁹⁵. Ne deriva che, sia l’imputato, sia il condannato o internato hanno diritto di avere colloqui visivi confidenziali con il proprio legale senza limiti numerici o previa autorizzazione; né vi sono limiti di durata del colloquio con il difensore, che è unicamente tenuto al rispetto degli orari di accesso in istituto⁹⁶.

Anche la corrispondenza telefonica, come quella epistolare, è sottratta alla possibilità di controlli; al riguardo, gli artt. 103, comma 5, c.p.p. e 35, comma 5, disp. att. c.p.p., escludono le conversazioni fra l’assistito e l’avvocato dalla possibilità di ascolto e registrazione.

Tuttavia, risulta dubbio se, analogamente ai colloqui visivi, anche i colloqui telefonici possano essere effettuati senza limiti numerici né previa autorizzazione. Si registrano, al riguardo, due orientamenti giurisprudenziali contrapposti: mentre il giudice di legittimità continua a ritenere che la materia sia regolata dall’art. 39 d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230, il quale subordina l’esercizio del diritto alla previa autorizzazione del direttore dell’istituto⁹⁷, la giurisprudenza di merito si è attestata sulla posizione per cui l’esercizio del diritto di conferire col difensore, in quanto strettamente inerente al diritto di difesa, non può essere rimesso a valutazioni discrezionali dell’amministrazione⁹⁸.

penitenziario. Così Mag. sorv. Varese, 14 aprile 2005, in *F. ambr.*, 2005, p. 91. Pertanto, i limiti allo svolgimento dei colloqui con persone esterne al carcere, individuati negli artt. 37 e 39 reg. esec., non si applicano ai colloqui con i legali, alla luce della peculiare posizione assicurata al difensore dall’ordinamento costituzionale e processuale penale (Mag. sorv. Vercelli, ord. 15 giugno 2011, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1119).

⁹³ Merita segnalare che analoga facoltà è stata riconosciuta anche per i Garanti dei diritti dei detenuti, senza eccezioni riguardanti la tipologia di detenuti – dunque anche quelli sottoposti al regime di cui all’art. 41-bis, comma 2, ord. pen. – o dei Garanti (nazionale, regionali, comunali). Ai colloqui con i garanti non si estendono, tuttavia, le limitazioni di cui all’art. 104 c.p.p., che riguardano esclusivamente i rapporti con il difensore, non potendo i diritti primari della persona subire alcuna limitazione di carattere temporale.

Non è stata invece introdotta la proposta di modifica dell’art. 40, contenuta nel progetto Giostra, che avrebbe consentito ai detenuti di avvalersi nei colloqui, fatte “salvo le cautele previste dal regolamento”, di strumenti di comunicazione a distanza “mediante programmi informatici di conversazione visiva, sonora e di messaggistica istantanea attraverso la rete internet”: un’occasione persa, poiché la ‘messa a regime’ di sistemi di comunicazione a distanza avrebbe potuto realmente contribuire ad attenuare i devastanti effetti di desocializzazione legati all’esperienza detentiva.

⁹⁴ Per una completa disamina sulla nuova previsione normativa v. A. Ciavola, sub *art. 18 ord. pen.*, in F. Fiorentin-F. Siracusano (a cura di), *L’esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi penali*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 226 ss.; M. Ruaro-C. Santinelli, sub *art. 18 ord. pen.*, in F. Della Casa-G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 6ª ed., Wolters Kluwer Cedam, 2019, p. 231 ss.

Sulla disciplina ante-riforma, cfr. A. Diddi, sub *art. 18 ord. pen.*, in F. Peroni-A. Scalfati (a cura di), *Codice dell’esecuzione penitenziaria*, cit., p. 208 ss.; C. Fiorio, sub *art. 18 ord. pen.*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 5ª ed., cit., t. III, p. 2223 ss.; C. Santinelli, sub *art. 18 ord. pen.*, in F. Della Casa-G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 5ª ed., 2015, Padova, Cedam, p. 200 ss.

⁹⁵ Cfr., tra le altre, Corte e.d.u., II, 27 novembre 2007, *Asciutto c. Italia*; Corte e.d.u., II, 27 novembre 2007, *Zagaria c. Italia*; Corte e.d.u., III, 5 ottobre 2006, *Marcello Viola c. Italia*; Corte e.d.u., I, 12 marzo 2003, *Ocalan c. Turchia*.

⁹⁶ A. Ciavola, sub *art. 18 ord. pen.*, cit., p. 260.

⁹⁷ Cass., Sez. I, 21 maggio 2013, n. 44011, in *CED Cass.*, n. 257405; Cass., Sez. I, 14 ottobre 2004, n. 43154, *ivi*, n. 230094.

⁹⁸ Mag. sorv. Vercelli, ord. 15 giugno 2011, cit.; Mag. sorv. Novara, ord. 10 marzo 2008, in *Dir. e giust. on-line*, 20 marzo 2008.

In dottrina, F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd. lgs. 121, 123, 124/2018)*, cit., p. 76, precisa che la disciplina contemplata nell’art. 18, comma 2, ord. pen., si estende anche alle telefonate con il difensore, la cui effettuazione, quale esercizio del diritto di difesa, può essere regolata sotto il profilo esecutivo e delle concrete modalità di esercizio del diritto, disposte in funzione delle altre esigenze connesse allo stato di detenzione medesimo, senza tuttavia che tale esercizio delle facoltà difensive finisca per essere affidato ad una mera valutazione dell’attività amministrativa. Negli stessi termini, N. Triggiani, *L’ampliamento di tutele durante la vita inframuraria*, in M. Colamussi (a cura di), *La riforma dell’ordinamento penitenziario*, Torino, Giappichelli, in corso di pubblicazione.

Evidenzia C. Lara, *Colloqui telefonici difensivi per il condannato: preventiva autorizzazione discrezionale o lacuna normativa?*, in *Giur. merito*, 2012, p. 2389 s., che il diritto al colloquio telefonico con il patrono prescelto «non sopporta limitazioni o valutazioni ponderative, se non nell’ottica di un bilanciamento eccezionale con valori quantomeno equivalenti». *Contra*, per l’assunto se-

In siffatto contesto si iscrive, poi, la peculiare situazione dei detenuti in regime di “carcere duro” ex art. 41-bis l. 354/1975 – disciplina non investita dalla riforma dell’ordinamento penitenziario –, nei cui confronti sono previste maggiori restrizioni, e, conseguentemente, una maggiore compressione del diritto di difesa anche in relazione all’istituto dei colloqui difensivi.

Come accaduto per l’art. 18 ord. pen., anche sulla norma *de qua* si è abbattuta la scure della Corte Costituzionale, che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell’articolo in esame nella parte in cui prevede limitazioni al diritto di effettuare colloqui personali e telefonici con il difensore – consentiti nella misura massima di una telefonata o un colloquio tre volte alla settimana, della stessa durata di quelli previsti con i familiari –, statuendo che le restrizioni imposte dall’art. 41 bis, comma 2 *quater*, lett. b), ultimo periodo, ord. pen. – come modificato dall’art. 2, comma 25, lett. f), n. 2), l. 15 luglio 2009, n. 94 (*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*) – ai colloqui con i difensori si traducono «in un *vulnus* del diritto di difesa incompatibile con la garanzia di inviolabilità sancita dall’art. 24, secondo comma, Cost., non giustificato dall’incremento di tutela del contrapposto interesse alla salvaguardia dell’ordine pubblico e della tutela dei cittadini»⁹⁹.

Sarebbe, pertanto, auspicabile che il legislatore, alla luce del *decisum* della Consulta, operasse una rivisitazione della materia, traducendo a livello normativo – come accaduto nei riguardi dell’art. 18 ord. pen. – le importanti statuizioni del Giudice costituzionale, volte a stemperare il regime particolarmente “restrittivo” imposto ai colloqui difensivi dei detenuti in condizioni di particolare “rigore”, in considerazione del fatto che il diritto di difesa è suscettibile di bilanciamento con altre esigenze di rango costituzionale, a condizione che non ne risulti compromessa l’effettività, e ferma restando, altresì, l’esigenza di verificare la ragionevolezza delle restrizioni concretamente apportate.

condo il quale la corrispondenza telefonica del condannato detenuto è legittimamente sottoposta ad una disciplina differente rispetto a quella dei colloqui difensivi, cfr. F. Picozzi, *Rimane aperto il dibattito sulla corrispondenza telefonica difensiva del condannato detenuto*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1124 ss.

⁹⁹ Il Giudice delle leggi – scalfendo per la prima volta il meccanismo delineato dall’art. 41-bis l. 354/1975 – ha opportunamente rilevato che il contingentamento, rigido e prolungato nel tempo, dei momenti di contatto tra il detenuto e i suoi difensori intacca il nucleo essenziale del diritto di difesa, «non essendo possibile presumere, in termini assoluti, che tre colloqui visivi settimanali di un’ora, o telefonici di dieci minuti, consentano in qualunque circostanza una adeguata ed efficace predisposizione delle attività difensive». Così C. cost., 20 giugno 2013 n. 143, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2164 ss., con nota di M. Ruotolo, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis* e di F. Fiorentin, *Regime speciale del 41-bis e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*. A commento della decisione v., altresì, M.G. Coppetta, *I colloqui con il difensore dei condannati al “carcere duro”: incostituzionali le restrizioni quantitative*, in *Giur. it.*, 2013, p. 2349; P. Corvi, *La Corte Costituzionale riafferma il diritto dei soggetti sottoposti al regime detentivo previsto dall’art. 41-bis o.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1185 ss.; C. Fiorio, *Regime carcerario differenziato e tutela del diritto di difesa, in questa rivista*, 2014, n. 1, p. 42 ss.; V. Manes-V. Napoleoni, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di carcere duro: nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 3.7.2013.

ANTONIO VELE

Dottore di ricerca in Procedura penale – Università degli Studi di Palermo

Riforma delle intercettazioni, riservatezza e selezione dei dati

The privacy interception reform in the selection process

Il contributo verte su aspetti critici della riforma delle intercettazioni, fornendo anche rilievi in prospettiva *de iure condendo*.

The contribution focuses on critical aspects of the wiretapping reform, providing a reflection in the de iure condendo perspective.

IL SEGRETO IN TEMA DI INTERCETTAZIONI. ASPETTI OPERATIVI.

La riforma delle intercettazioni intervenuta con il d.lgs. n. 216 del 2017¹ (prorogata al 31 dicembre 2019) si colora di aspetti processuali che offuscano l'operatività dello strumento di ricerca della prova. L'antecedente disciplina di quest'ultimo, pur presentando delle lacune in ordine alla tutela effettiva della riservatezza, era da considerarsi più "lineare", quanto al *modus procedendi*, rispetto a quella attuale, specie con riferimento alla disposizione del giudice di acquisire, previa selezione, le «conversazioni o [i] flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, indicate dalle parti, che non appaiono manifestamente irrilevanti», a seguito del deposito dell'integrale materiale intercettativo (art. 268, comma 6, c.p.p. abrogato), nonché in ordine alla successiva necessità di acquisire mediante perizia la trascrizione integrale delle comunicazioni (art. 268, comma 7, c.p.p. abrogato).

In proposito, va sottolineato che la disciplina pre-riforma lambiva l'equilibrio tra l'interesse alla pubblicazione del contenuto dell'atto d'indagine, nel rispetto del diritto di cronaca, e quello dell'indagato, della persona offesa e di terzi estranei alle indagini, in ordine a fatti e circostanze estranee al procedimento penale, ma non lo realizzava fino in fondo, poiché il venir meno del segreto, con il deposito delle intercettazioni, legittimava la pubblicazione del contenuto dell'atto d'indagine senza la (preventiva) dovuta depurazione processuale²; nel caso in cui l'atto, poi, fosse stato utilizzato legittimamente nel corso delle indagini, ad esempio a fondamento di una misura cautelare, cessando la copertura del se-

¹D.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, recante *Disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, in attuazione della legge delega di cui all'art. 1, commi 82,83 e 84, lettere a), b), c), d) ed e), della legge 23 giugno 2017, n. 103*, in G.U., 11 gennaio 2018, n. 8.

²Un punto di riferimento è rappresentato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 34 del 1973, secondo cui un sistema che autorizzi la divulgazione in pubblico dibattito del contenuto delle comunicazioni non pertinenti al processo violerebbe gli artt. 2 e 15 Cost. In dottrina si era critici sull'efficacia della disciplina previgente in tema di riservatezza e, quindi, di pubblicazione delle conversazioni captate, prospettando il mantenimento del segreto fino allo stralcio e, nel contraddittorio tra le parti, con vincolo di protrazione dello stesso per le comunicazioni irrilevanti non acquisite, A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 206, Id., *Art. 268 c.p.p.*, in G. Conso – V. Grevi (a cura di), *Commentario al codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 2015, p. 1041; L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 141, secondo cui la disciplina (pre)vigente è in contrasto con gli artt. 2 e 15 Cost.; sul punto in ordine a delle diverse proposte di riforma, cfr. G. Conso, *Intercettazioni telefoniche, troppe e troppo facilmente divulgabili*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 138; G. Giostra, *Limiti alla conoscibilità dei risultati delle intercettazioni: segreto investigativo, garanzie individuali, diritto di cronaca*, in AA.VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, Atti del Convegno dell'associazione tra gli studiosi del processo penale, Milano, Giuffrè, 5-7 ottobre 2007, p. 403; V. Grevi, *Le intercettazioni come mero "mezzo di ricerca di riscontri probatori?"*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 848; Id., *Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei diritti*, in AA. VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, cit., p. 67; G. Illuminati, *Come tutelare la riservatezza nelle intercettazioni telefoniche*, in *Gazz. giur.*, 1996, f. 17, p. 3; A. Vele, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale. Tra garanzie e prospettive di riforma*, Padova, Cedam, 2011, p. 153 ss. e p. 179.

greto e non potendo effettuarsi una selezione anticipata, si reputava opportuno un intervento del legislatore volto a limitare la diffusione del rilevante cautelare.

Prima di analizzare le prescrizioni normative introdotte dalla riforma delle intercettazioni per realizzare un giusto equilibrio tra l'interesse della collettività e l'interesse soggettivo alla non pubblicazione delle comunicazioni o conversazioni irrilevanti nella fase ordinaria e cautelare, si evidenzia, anzitutto, come il sistema sanzionatorio mostra, ancora oggi, poca incisività repressiva nella situazione di violazione del divieto di pubblicazione (art. 684 c.p.)³ e, quindi, anche le criticabili modifiche intervenute con il decreto legislativo n. 216 del 2017 (al di là della condivisibile intenzione di tutela della *privacy*) non godono, a monte e a valle, di un significativo presidio sanzionatorio a tutela della riservatezza, in rapporto ad elementi di natura privata manifestamente estranei all'oggetto del processo.

Perplessità, in dottrina, si esprimono sia sulla ripermimetrazione normativa del segreto, non essendo questa convincente sotto il profilo della coerenza sistematica, sia sulla restrizione del diritto di cronaca e sulla problematica distinzione tra atto e contenuto pubblicabile⁴.

Al riguardo, il legislatore rimodula l'art. 329, comma 1, c.p.p. prevedendo il segreto processuale anche per «le richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine e gli atti del giudice che provvedono su tali richieste», oltre agli atti d'indagine del pubblico ministero e della polizia giudiziaria già protetti prima della modifica del citato articolo, ed aggiungendo, nell'ottica del segreto, nell'art. 114, comma 2, c.p.p., un'eccezione al medesimo, stabilendo la pubblicabilità dell'ordinanza cautelare (liberata dal limite del contenuto pubblicabile), laddove, invece, era (ed è) vietata la pubblicazione, anche parziale, degli atti non più coperti dal segreto fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero sino al termine dell'udienza preliminare.

Con l'integrazione normativa del comma 1 dell'art. 329 c.p.p., da una parte, in maniera discutibile si rafforza il segreto processuale sugli atti prodromici allo svolgimento delle indagini⁵, in modo da non vanificare l'efficacia dell'attività investigativa che nel caso delle intercettazioni presenta la componente sorpresa, dall'altra, risulta flebile la segretezza di atti, in quanto questa si sarebbe dovuta estendere non solo ad atti propedeutici (richieste ed autorizzazioni) ad atti investigativi, ma anche alle comunicazioni connesse agli atti dell'area cautelare e anche di atti non legati a quest'ultima, ma che si fondano sulle intercettazioni.

L'intervenuta modifica dell'art. 114 c.p.p., inoltre, presenta slabbrature, nel senso che l'ordinanza cautelare già non era coperta da segreto – una volta venuto meno lo stesso – mentre non è chiaro se la

³G. Giostra, *Il segreto estende i suoi confini e la sua durata*, in G. Giostra – R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 131-132, secondo cui è «senz'altro convincente la soluzione di differire la caduta del segreto con riguardo alle conversazioni captate sino al momento della dialisi giudiziale, in modo da riferirla esclusivamente a quelle ritenute rilevanti per il processo. Delle intercettazioni affatto estranee al processo, quindi, resta sempre vietata la pubblicazione ed il giornalista che dovesse divulgarle incorrerebbe nel reato di cui all'art. 684 (a meno che la pubblicazione, rivestendo nel caso di specie un preminente interesse pubblico, non risulti scriminata dall'esercizio del diritto di cronaca). Ma è proprio rispetto al profilo repressivo che emergono perplessità: il presidio penale è talmente flebile – una contravvenzione oblationabile – che prostrarre il divieto di pubblicazione a garanzia della riservatezza e punirne la trasgressione con una sorta di “buffetto sanzionatorio” significa in sostanza apprestare una tutela di facciata».

⁴G. Giostra, *Il segreto estende i suoi confini e la sua durata*, cit., p. 133-134. Sul punto si osserva come *in primis* «si dovrebbe procedere ad una meditata perimetrazione dell'area coperta del segreto: oltre agli atti di indagine della p.g. e del p.m. ed ai neo-introdotti atti di richiesta e di autorizzazione con finalità investigative, si dovrà senz'altro prevedere che anche la richiesta di misura cautelare e l'ordinanza cautelare prima della sua esecuzione o della sua notificazione debbano essere coperte dal segreto». Ancora sarà utile scegliere con chiarezza «il regime che debbono seguire atti che o per essere collegati alle indagini (iscrizione nel registro della notizia di reato, informativa di p.g.) o per una loro carica gratuitamente stigmatizzante (informativa di garanzia) potrebbe essere opportuno includere nell'area della riservatezza investigativa). Per contro, sarebbe estremamente auspicabile rimuovere la restrizione imposta al diritto di cronaca rispetto agli atti non più segreti: il legislatore farebbe bene ad abbandonare la distinzione – operata dall'art. 114 c.p.p. – tra atto (non pubblicabile) e contenuto (pubblicabile) foriera di opacità informativa, senza essere efficace baluardo di eugenetica decisionale».

⁵Sul punto si rinvia a L. Giuliani, *Intercettazioni, tutela della riservatezza e procedimento de libertate*, in G. Giostra-R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, cit., p. 38. Secondo l'autrice «nasce una disciplina ambigua nella quale si mescola il segreto investigativo (con le proprie regole satelliti e risultanti dal combinato disposto degli artt. 114 e 329 c.p.p. che hanno retto fin qui un sistema discutibile ma comprensibile) e il segreto para-investigativo di nuova concezione»; inoltre, risulta offuscata, la «ratio della modifica operata sul testo dell'art. 329 c.p.p. che attrae nell'orbita del segreto investigativo le richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine e gli atti del giudice che provvedono su tali richieste»; G. Giostra, *Il segreto estende i suoi confini e la sua durata*, cit., p. 121 ss.

copertura sussista sulla richiesta e sull'ordinanza prima della sua esecuzione o notificazione⁶.

In quest'ambito la bussola per salvaguardare la riservatezza delle comunicazioni o conversazioni è il divieto di pubblicabilità dell'integrale materiale intercettativo fino all'avvenuta selezione, "al di là della segretezza e non segretezza dei complessivi atti"; tale direzione doveva essere seguita nella fase cautelare, evitando delle incoerenze non comprensibili sul piano del procedimento di selezione delle comunicazioni o conversazioni, allorquando vi è l'utilizzo delle intercettazioni nel procedimento cautelare.

La riforma, in sostanza, muove da questa concezione (non correttamente coordinata con l'ambito cautelare), prevedendo che il segreto venga meno a selezione effettuata e relativamente alle comunicazioni di cui sia stata decretata l'acquisizione, con l'inserimento delle stesse nel fascicolo delle indagini preliminari e la loro conseguente utilizzazione, sempreché non vi siano vizi patologici; il complessivo impianto normativo, però, presentando un attorcigliamento di "passaggi" normativi (regole), fa emergere più di qualche dubbio sul se il legislatore abbia centrato l'essenza del valore selezione, divieto di pubblicazione e sanzioni adeguate alla sua violazione.

I tratti salienti, allora, dell'impianto normativo consistono nell'introduzione nella fase esecutiva delle operazioni del divieto di trascrivere, anche sommariamente, «le comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti», nonché di quelle irrilevanti «che riguardano dati personali sensibili dalla legge». In questi casi nel verbale delle operazioni sono indicate «soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta» (art. 268, comma 2 *bis*, c.p.p.).

A seguito delle operazioni di ascolto la polizia giudiziaria trasmette immediatamente dopo la scadenza del termine indicato nei provvedimenti autorizzativi e di proroga «i verbali e le registrazioni [...] al pubblico ministero, per la conservazione nell'archivio di cui all'art 269, comma 1». Il pubblico ministero, tuttavia, può disporre, con apposito decreto, il differimento dalla predetta trasmissione quando «la prosecuzione delle operazioni rende necessario, in ragione della complessità delle indagini, che l'ufficiale di polizia giudiziaria delegato all'ascolto consulti le risultanze acquisite»; con il medesimo decreto, però, il pubblico ministero deve stabilire «le prescrizioni necessarie per assicurare la tutela del segreto sul materiale non trasmesso» (art. 268, comma 4, c.p.p.). Il ritardo di trasmissione della polizia giudiziaria al pubblico ministero, in mancanza di necessità di prosecuzione delle operazioni, dovrebbe determinare una compressione del diritto di difesa nell'alveo del procedimento (artt. 178, comma 1 lett. c), e 180 c.p.p.), visto che il pubblico ministero, entro 5 giorni dalla conclusione delle operazioni, deve avviare la fase di deposito di cui all'art. 268 *bis* c.p.p., sempreché non intervenga l'autorizzazione del giudice a giustificazione del ritardato deposito nel caso di un grave pregiudizio per le indagini (art. 268 *ter*, comma 3, c.p.p.).

La scansione temporale ha valore di garanzia qualora si imbastisca una riflessione tecnico-difensiva a partire già da uno specifico momento processuale. In sostanza la sottrazione di tempo processuale incide sulla anticipata conoscenza e quindi sulla graduale gestione della difesa in rapporto alle scelte nell'ambito del procedimento penale.

Non sono mancate perplessità sul dato che il legislatore non abbia previsto sanzioni ove l'intercettazione venga lasciata alla polizia giudiziaria senza che ve ne fossero le ragioni, con l'osservazione, sia pure con qualche dubbio, di non poter invocare neppure le nullità o inutilizzabilità di carattere generale, con la conseguenza che le prassi trasformeranno l'eccezione in regola, consentendo alla polizia giudiziaria di trasmettere il materiale solo alla fine delle operazioni⁷. Una simile situazione si scontrerebbe anche con la chiara intenzione del legislatore di evitare l'accrescere del rischio di una possibile conoscenza da parte di soggetti perversamente interessati con un'indebita diffusione.

Il pubblico ministero poi, ricevuta la documentazione, la indirizza verso l'archivio riservato; tale archivio rappresenta una condivisibile novità della riforma (al di là di alcuni limiti di cui si dirà successi-

⁶ A questo proposito, per un approfondimento, si rinvia a G. Giostra, *Il segreto estende i suoi confini e la sua durata*, cit., p. 121 ss., il quale specifica che il legislatore avrebbe dovuto prevedere in maniera esplicita che la richiesta e l'ordinanza cautelare debbono essere coperte dal segreto, fino a quando la seconda non venga eseguita o notificata, in modo da rafforzare o non indebolire lo scopo della riforma, cioè la garanzia della riservatezza; ha lasciato, difatti, «che siano liberamente divulgabili le conversazioni irrilevanti indebitamente allegare alla richiesta, prima che il giudice possa estrometterle ed inviarle all'archivio riservato».

⁷ A. Camon, *Forme, destinazione e regime della documentazione*, in G. Giostra-R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, cit., p. 78.

vamente), la cui esigenza era avvertita da anni, in quanto la funzione di tale “istituto” è quella di custodire, nell’ottica della segretezza, l’integrale materiale fino allo stralcio e quello non rilevante frutto della separazione; e ciò al fine di garantire la protezione del segreto di quanto custodito nell’archivio, anche con modalità informatiche, la cui direzione e sorveglianza è affidata al procuratore della Repubblica.

L’art. 89 *bis* disp. att. c.p.p., inserito con il d.lgs. n. 216 del 2017, infatti, prevede che nell’istituto archivio riservato sono custoditi «le annotazioni, i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono [...]. All’archivio possono accedere, secondo quanto stabilito dal codice, il giudice che procede e i suoi ausiliari, il pubblico ministero e i suoi ausiliari, ivi compresi gli ufficiali di polizia giudiziaria delegati all’ascolto, i difensori delle parti, assistiti, se necessario, da un interprete. Ogni accesso è annotato in apposito registro, gestito con modalità informatiche; in esso sono indicate data, ora iniziale e finale, e gli atti specificamente consultati. I difensori delle parti possono ascoltare le registrazioni con apparecchio a disposizione dell’archivio, ma non possono ottenere copia delle registrazioni e degli atti ivi custoditi».

In questa chiave il segreto sugli atti e i verbali delle conversazioni o comunicazioni permane fin quando il giudice non disponga l’acquisizione delle stesse (art. 268 *quater* c.p.p.; art. 269, commi 1 e 1 *bis*, c.p.p.); a questo punto gli atti e i verbali «sono inseriti nel fascicolo di cui all’art. 373 comma 5» (art. 268 *quater*, comma 3, c.p.p.).

Nel fascicolo entrano logicamente anche le registrazioni delle comunicazioni acquisite non coperte più da segreto⁸, come previsto dall’art. 269 *quater*, comma 1 *bis*, c.p.p., giacché senza le medesime mancherebbe la fonte su cui effettuare il controllo e/o comparazione con le comunicazioni risultanti dai verbali ad opera del giudice e delle parti nel corso del procedimento penale, rispettivamente, per consentire al primo di esercitare correttamente la propria funzione giurisdizionale ed alle seconde di potersi avvalere di facoltà e diritti conseguenti, in virtù dello sviluppo processuale (si pensi ad esempio ad un controllo per valutare e/o richiedere la trascrizione delle intercettazioni); quindi, al di là delle imperfezioni tra disposizioni normative (artt. 268 *quater*, comma 3, e 269, comma 1 *bis*, c.p.p.) le registrazioni rilevanti incorporate in un supporto informatico devono essere acquisite ontologicamente al fascicolo, a prescindere dall’art. 268 *quater*, comma 3, c.p.p., in tema di cessazione del segreto, che si riferisce soltanto agli atti e ai verbali delle conversazioni e comunicazioni oggetto di acquisizione.

UN’ANTICIPATA FORMA DI SELEZIONE DELLE COMUNICAZIONI O CONVERSAZIONI.

La non profonda consapevolezza della centralità della selezione successiva al deposito delle intercettazioni e del presidio sanzionatorio al divieto di pubblicazione, sui cui ragionare, nell’ottica dell’equilibrio tra interesse pubblico e individuale, ha spinto il legislatore a creare meccanismi anticipativi di selezione che presentano l’attribuzione di compiti anomali alla polizia giudiziaria e al pubblico ministero, creando ostacoli all’operatività nella fase esecutiva del mezzo di ricerca della prova, perdendo di vista il fatto che l’unico modo per tutelare la riservatezza sia la costruzione successivamente all’attività intercettativa di una concreta ed efficace fase di separazione, che la riforma non ha realizzato.

Proseguendo per ordine, invero, va detto che è stato previsto che l’ufficiale di polizia giudiziaria, di cui si avvale il pubblico ministero per le operazioni di intercettazione, deve informare preventivamente quest’ultimo con annotazione sui contenuti delle «comunicazioni e conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini, sia per l’oggetto che per i soggetti coinvolti, nonché di quelle, parimenti non rilevanti, che riguardano dati sensibili», sulle quali è stabilito il divieto di non trascriverle sommariamente (c.d. brogliaccio di ascolto) ai sensi dell’art. 268 comma 2 *bis* c.p.p.

L’avverbio «preventivamente» contenuto nell’art. 267, comma 4, c.p.p. pone degli interrogativi sul se

⁸C. Gabrielli, *Dall’esecuzione delle operazioni di ascolto all’acquisizione delle captazioni*, in G. Giostra-R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, cit., p. 27, secondo cui a risolvere il dubbio sul dato normativo, di cui all’art. 268 *quater*, comma 3, c.p.p. che si riferisce agli atti e ai verbali delle conversazioni e comunicazioni e non alle registrazioni, provvede l’art. 269, comma 1 *bis*, c.p.p., che esclude dall’area del segreto tanto i verbali quanto le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni oggetto di acquisizione al fascicolo di cui all’art. 373, comma 5, c.p.p.; F. Caprioli, *La nuova procedura di selezione delle comunicazioni rilevanti*, in T. Bene (a cura di), *L’intercettazione di comunicazioni*, Bari, Cacucci, 2018, p. 128, l’autore, sul punto, osserva che una conferma la si trae dall’art. 268 *ter*, comma 6, c.p.p. che, riferendosi alla procedura acquisitiva “speciale” regolata nel comma 1, allude a una successiva possibile «eliminazione delle registrazioni [...]dal fascicolo».

l'ufficiale di polizia giudiziaria debba informare preventivamente il pubblico ministero con annotazione dei contenuti non trascritti ovvero debba procedere secondo tale modalità operativa soltanto nei casi di incertezza sulla trascrizione a norma dell'art. 268 comma 2 *bis* c.p.p., interpellando anche il pubblico ministero per la redazione del verbale⁹.

La volontà del legislatore qui è da intendersi che il pubblico ministero debba essere informato con annotazione dalla polizia giudiziaria delle comunicazioni che non saranno trascritte ai sensi dell'art. 268, comma 2 *bis*, c.p.p., in ragione del fondamentale rapporto che intercorre tra pubblico ministero e polizia giudiziaria durante l'attività intercettativa. Il meccanismo è però tortuoso, oltre che di appesantimento e scarsa funzionalità del momento esecutivo, vista la duplicazione di attività e relativi atti, fermo restando che un confronto tra polizia giudiziaria e pubblico ministero e, quindi, un controllo di quest'ultimo, come *dominus* dell'atto d'indagine, è necessario al fine di garantire i diritti fondamentali¹⁰.

Si è prevista una duplicazione di documentazione redatta dalla polizia giudiziaria, come anticipo di tutela della riservatezza, incomprensibile, sia per la macchinosità dell'attività sia per il discutibile, se non paradossale, modo di iniziare ad imbastire la tutela della *privacy* nel corso dello svolgimento di un mezzo di ricerca della prova. Senza contare poi che il parametro della rilevanza stride, in particolare, con lo svolgimento (in atto) delle intercettazioni nel corso delle indagini preliminari.

Come regola di comportamento, tutt'al più, sarebbe stato meglio prevedere una trascrizione sommaria del contenuto delle comunicazioni intercettate utili o inerenti alle indagini, non stabilendo alcuna separazione e relativo divieto, poiché la funzione del brogliaccio di ascolto è (dovrebbe essere) quella di riassumere le captate comunicazioni investigative al fine di agevolare l'ascolto della registrazione, invece che statuire lo svolgimento di una funzione di separazione dei rilevanti elementi d'indagine. Tuttavia, al di là della complicazione sulla fattività della separazione, con la riforma la polizia giudiziaria, in concreto, deve separare il rilevante dall'irrilevante, potere che spetta all'autorità giudiziaria.

Di qui non risulta risolutivo il controllo del pubblico ministero successivo alla trasmissione delle annotazioni che contengono quelle irrilevanti, in quanto la difficoltà per il pubblico ministero di comprendere durante lo svolgimento delle intercettazioni se il dialogo contenuto nelle annotazioni della polizia giudiziaria sia rilevante o meno comporta che lo stesso dovrebbe confrontare i verbali trascritti sommariamente con le annotazioni e soprattutto ascoltare le conversazioni in questione e quelle antecedenti e successive in maniera cronologica¹¹.

Alla polizia giudiziaria, di fatto, viene attribuito un inedito potere di selezione, con un controllo non agevole del pubblico ministero sulla stessa, a prescindere dal fatto che la violazione del divieto di trascrivere l'irrilevante da parte della polizia giudiziaria non comporta alcun effetto sanzionatorio. La mancanza di sanzione è ragionevole, poiché il meccanismo è tortuoso, vista la contestualità delle intercettazioni, oltre che senza concreta utilità: le prassi dimostreranno l'irrazionalità operativa della scelta, in forza della mancanza di fluidità del rapporto che si dovrà instaurare tra pubblico ministero e polizia giudiziaria in tema di separazione nella fase di ascolto delle intercettazioni.

Le comunicazioni o conversazioni non trascritte, quindi, sono riportate nelle annotazioni e il verbale

⁹In argomento, F. Caprioli, *La nuova procedura di selezione delle comunicazioni rilevanti*, cit., p. 155-156, osserva che «L'unica alternativa è intendere quel preventivamente come riferito alla decisione definitiva – condivisa da polizia giudiziaria e pubblico ministero – di effettuare o non effettuare la trascrizione sommaria. L'art. 267 comma 4 impone all'operatore di informare il pubblico ministero prima di provvedere a norma dell'art. 268 comma 2 *bis*: ma nulla vieta di ipotizzare che la polizia giudiziaria provveda definitivamente a norma di tale articolo solo quando il pubblico ministero abbia dato il suo *imprimatur* alla redazione del verbale, assumendo le determinazioni di cui al comma 2 *ter*». A. Camon, *Forme, destinazione e regime della documentazione*, cit., p. 72, secondo cui tale meccanismo è da ritenersi paranoico, poiché, se il «verbale venisse scritto man mano (come gli artt. 357 comma 3 e 373 comma 4 c.p.p. sembrerebbero imporre), la polizia giudiziaria «dovrebbe interpellare il pubblico ministero di continuo, anche più volte al giorno, in ogni frangente in cui stia per scartare un dialogo». Sul punto, C. Gabrielli, *Dall'esecuzione delle operazioni di ascolto all'acquisizione delle captazioni*, cit., p. 15, specifica che la trasmissione delle annotazioni al pubblico ministero dovrà avvenire «ad ascolti in corso, a mano a mano che l'organo di polizia giudiziaria si imbatte in colloqui a suo parere irrilevanti, da sottoporre al vaglio del magistrato». In argomento cfr. F. Dinacci, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, in O. Mazza (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, Torino, Giuffrè, 2018, p. 38 ss.

¹⁰Sulla esigenza del controllo dell'autorità giudiziaria nei confronti della polizia giudiziaria in materia di intercettazioni come punto di riferimento cfr. C. cost., 6 aprile 1974, n. 34.

¹¹A. Camon, *Forme, destinazione e regime della documentazione*, cit., p. 75, secondo cui le difficoltà rappresentate nel testo si presenteranno dinanzi alla difesa.

delle operazioni riporta soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è avvenuta (artt. 267, comma 4, e 268, comma 2 *bis*, c.p.p.). Il pubblico ministero, ricevute le annotazioni, può disporre con decreto motivato che esse siano trascritte nel verbale quando ne ritiene «la rilevanza per i fatti oggetto di prova» e «se necessarie ai fini di prova [quelle] relative ai dati personali definiti sensibili dalla legge» (art. 268, comma 2 *ter*, c.p.p.). In relazione alla valutazione dei dati sensibili si riscontrano ulteriori imperfezioni: la polizia giudiziaria può trascrivere di propria iniziativa nel verbale le conversazioni che attengano ai dati sensibili quando siano rilevanti ai fini delle indagini (non deve trascrivere in caso di irrilevanza); diversamente il pubblico ministero può imporre la trascrizione delle stesse nell'ipotesi in cui risultino «necessarie a fini di prova».

Tali incongruenze del legislatore sui parametri valutativi creeranno un disorientamento degli operatori, oltre al fatto che il pubblico ministero opererà una valutazione meno incisiva di quella effettuata dalla polizia giudiziaria¹², in quanto il previsto controllo del pubblico ministero sulle ricevute annotazioni è relativo alle comunicazioni e conversazioni, attinenti ai dati sensibili, non trascritte nei verbali, non secondo il parametro della rilevanza ai fini delle indagini e/o di prova, bensì, in maniera più ristretta (se necessarie ai fini di prova), ove «sia possibile stabilire un nesso essenziale tra la loro conoscenza e l'attività probatoria»¹³. In questa sede sarebbe stato utile prevedere un unico parametro, quello della inerenza e/o connessione all'oggetto delle indagini, evitando incoerenze, anche solo formali, tra disposizioni normative.

Eppoi, visto il vuoto normativo, per coerenza il pubblico ministero avrebbe dovuto compiere anche un controllo sui verbali di trascrizione sommaria ai fini dell'eliminazione dei dati irrilevanti e non necessari ai fini di prova, in modo da chiudere il cerchio sulla anticipata tutela della riservatezza; la lacuna normativa vanifica lo scopo del legislatore, cioè di realizzare nella fase dell'ascolto la prefissata salvaguardia di ciò che risulta estraneo all'oggetto delle indagini.

Il controllo, infatti, interviene successivamente, nella fase di acquisizione al fascicolo. Il pubblico ministero, ai sensi dell'art. 268 *ter*, comma 2, c.p.p., presenta al giudice, entro 5 giorni dal deposito della documentazione intercettativa, la richiesta di acquisizione delle comunicazioni o conversazioni rilevanti ai fini di prova contenute nell'elenco formato in sede di deposito (art. 268 *bis* c.p.p.). Non vi è dubbio che il pubblico ministero potrà chiedere l'acquisizione di comunicazioni non trascritte nel c.d. brogliaccio¹⁴, come non richiedere l'acquisizione di comunicazioni trascritte sommariamente; rispetto a quest'ultime nessuna complicazione operativa sorge in termini di consultazione del materiale registrato, giacché i relativi verbali sono depositati ai sensi dell'art. 268 *bis*, comma 1, c.p.p. Del resto, una volta acquisito ed inserito il materiale rilevante nel fascicolo di cui all'art. 373 comma 5 c.p.p., gli atti e i verbali relativi a comunicazioni o conversazioni non acquisite saranno restituiti immediatamente al pubblico ministero per la conservazione nell'archivio riservato. Il verbale dal quale risulta la data, l'ora, e il dispositivo sui cui la registrazione è avvenuta, infatti, è previsto solo nella fase di riproduzione sommaria delle comunicazioni o conversazioni non trascritte (art. 268, comma 2 *bis*, c.p.p.) per agevolare la consultazione dei colloqui captati.

¹² C. Gabrielli, *Dall'esecuzione delle operazioni di ascolto all'acquisizione delle captazioni*, cit., p. 13, secondo la quale una disciplina che consente alla polizia giudiziaria di compiere qualcosa che al pubblico ministero non è consentita suscita «forti sospetti di irragionevolezza».

¹³ *Relazione illustrativa allo schema del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216*, p. 3, nella stessa è illustrato che di regola i «dati sensibili emergenti dalle comunicazioni intercettate sono destinati a rimanere del tutto riservati, quando non sia possibile stabilire un nesso essenziale tra la loro conoscenza e l'attività probatoria. In questo senso si intende dare attuazione alla delega nella parte in cui si discorre di conversazioni contenenti dati sensibili che non siano pertinenti all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede ovvero irrilevanti. La delega cioè sembra prescrivere un più penetrante obbligo ai fini dell'utilizzazione di conversazioni coinvolgenti dati sensibili, la cui trascrizione è imposta solo se, oltre che rilevanti, siano necessarie all'accertamento dei fatti».

¹⁴ Per la soluzione che le comunicazioni non trascritte siano accompagnate dall'annotazione, F. Alonzi, *Contenuti e limiti del diritto di difesa*, in G. Giostra-R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, cit., p. 103; A. Camon, *Forme, destinazione e regime della documentazione*, cit., p. 74; F. Caprioli, *La nuova procedura di selezione delle comunicazioni rilevanti*, cit., p. 154; C. Gabrielli, *Dall'esecuzione delle operazioni di ascolto all'acquisizione delle captazioni*, cit., p. 11; S. Renzetti, *Una riforma (radicale?) per tornare allo spirito originario della legge: la nuova disciplina acquisitiva delle intercettazioni tra legalità, diritto vivente e soft law*, in www.la legislazione penale.eu, 4 aprile, 2018, p. 25 ss.

DINAMICA SELETTIVA E TRASCRIZIONE

Seguendo il ragionamento, più specificamente, con il deposito delle annotazioni, dei verbali, delle registrazioni e dei decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione e con il formato elenco delle comunicazioni o conversazioni informatiche o telematiche, si apre la fase di conoscenza volta all'acquisizione di quelle «rilevanti ai fini di prova» (art. 268 *bis* c.p.p.)¹⁵.

I difensori delle parti, ricevuto immediatamente l'avviso di deposito, hanno facoltà di esaminare gli atti, di prendere visione del predetto elenco, nonché di ascoltare le registrazioni e di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche (art. 268 *bis*, comma 2, c.p.p.).

Il deposito della documentazione, nel caso di grave pregiudizio per le indagini, sarà differito qualora il giudice autorizzi il pubblico ministero a ritardarlo non oltre la chiusura delle indagini (art. 268 *bis*, comma 3, c.p.p.); in tal caso, come da prassi pre-riforma, è intuibile che lo stesso coinciderà con l'avviso di deposito a norma dell'art. 415 *bis* c.p.p.

La coincidenza tra gli autonomi depositi di cui all'art. 268 *bis* c.p.p. e art. 415 *bis* c.p.p. in linea teorica non crea alcun problema – sempreché sussista il grave pregiudizio per le indagini – ma in concreto comprime i diritti soggettivi, poiché l'aumento della complessità delle attività successive alla captazione di comunicazioni o conversazioni (di visionare il materiale in questione e di ascoltare le registrazioni con confronto con annotazioni e verbali), con i limitati termini sul piano delle garanzie e con sovrapposizione alle attività di cui all'art. 415 *bis* c.p.p., determina l'affievolimento delle facoltà previste dall'art. 268 *bis* e 268 *ter* c.p.p. Il predetto affievolimento non verrà meno neppure se il termine dovesse essere prorogato dal giudice per un tempo non superiore a 10 giorni (art. 268 *ter*, comma 3, c.p.p.). La soluzione, da questo punto di vista, sarebbe stata quella di prevedere una maggiore estensione dei suddetti termini.

Successivamente al deposito, fuori dai casi di utilizzo delle intercettazioni nel procedimento cautelare, entro 5 giorni il pubblico ministero presenta la richiesta al giudice dell'acquisizione delle comunicazioni rilevanti contenute nell'elenco formato con il deposito, dando immediata comunicazione ai difensori (art. 268 *ter*, comma 2, c.p.p.).

I difensori entro dieci giorni dalla ricezione dell'avviso di deposito hanno la facoltà di richiedere l'acquisizione di comunicazioni non contenute nell'elenco formato dal pubblico ministero, nonché l'eliminazione di quelle inutilizzabili contenute nel medesimo elenco o di cui risulti vietata la trascrizione, anche sommaria, nel verbale ai sensi dell'art. 268, comma 2 *bis*, c.p.p. (art. 268 *ter*, comma 3, c.p.p.). La richiesta è presentata nella segreteria del pubblico ministero, il quale ne cura l'immediata trasmissione al giudice (art. 268 *ter*, comma 4, c.p.p.).

Si apre, così, un contraddittorio cartolare, ove i difensori e il pubblico ministero possono integrare le richieste e presentare memorie fino alla decisione del giudice per le indagini preliminari. «Decorsi cinque giorni dalla presentazione delle richieste, il giudice dispone con ordinanza, emessa in camera di consiglio senza l'intervento del pubblico ministero e dei difensori, l'acquisizione delle conversazioni e comunicazioni indicate dalle parti, salvo che siano manifestamente irrilevanti, e ordina, anche d'ufficio, lo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione. A tal fine può procedere all'ascolto delle conversazioni e comunicazioni» (art. 268 *quater* c.p.p.). Soltanto «quando necessario», l'ordinanza è emessa all'esito di un'apposita udienza, «fissata per il quinto giorno successivo alla scadenza del termine indicato al comma 1, con tempestivo avviso al pubblico ministero e ai difensori» (art. 268 *quater*, comma 3, c.p.p.)¹⁶.

¹⁵ *Relazione illustrativa allo schema del decreto legislativo*, p. 4, nella relazione è specificato che il deposito è contemplato con riferimento all'integrale compendio di documenti e atti (annotazione, verbali, registrazioni, decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione); e ciò al fine di garantire l'esercizio del diritto di difesa e il controllo sulle scelte di esclusione effettuate dal pubblico ministero. La polizia giudiziaria è tenuta ad informare con le annotazioni il pubblico ministero sui contenuti di conversazioni che potrebbero, data la loro irrilevanza, non essere trascritte in verbale. L'esame delle annotazioni da parte della difesa rappresenta uno strumento utile per esaminare il materiale registrato, vista la nuova struttura dei verbali.

¹⁶ *Relazione illustrativa allo schema del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216*, p. 4, nella quale è spiegato che si è optato per una procedura bifasica, che prevede il deposito delle conversazioni e delle comunicazioni, oltre che dei relativi atti, e la successiva acquisizione, a cui il giudice provvede sulla base di un contraddittorio tra le parti di tipo cartolare; poi nel caso sia necessario, il giudice fissa una udienza, con la partecipazione del pubblico ministero e dei soli difensori, per provvedere, all'esito, all'acquisizione e al contestuale stralcio, con destinazione del materiale irrilevante e quello inutilizzabile all'archivio riservato.

Con l'ordinanza acquisitiva viene meno il segreto e gli atti e i verbali delle conversazioni e comunicazioni sono inseriti nel fascicolo delle indagini. Su questo terreno è previsto che il giudice per le indagini preliminari «ordin[i] la trascrizione sommaria, a cura del pubblico ministero, del contenuto delle comunicazioni o conversazioni acquisite su richiesta dei difensori», se non altro quando «nel verbale delle operazioni di cui all'articolo 268, comma 2, sono indicate soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta» (art. 268 *quater*, comma 3, c.p.p.).

Per quanto riguarda gli atti e i verbali relativi a comunicazioni e conversazioni non acquisite, essi «sono immediatamente restituiti al pubblico ministero per la conservazione nell'archivio riservato di cui all'articolo 269, comma 1» (art. 268 *quater*, comma 5, c.p.p.).

Siffatto procedimento, per come è strutturato, non migliorerà la selezione tra rilevante e irrilevante, vuoi per il congegnoso meccanismo di ascolto delle registrazioni e di elaborazione della documentazione negli stringati termini previsti, vuoi per un procedimento che non prevede la partecipazione obbligatoria delle parti a pena di invalidità della procedura¹⁷, al fine di realizzare un'effettiva selezione delle comunicazioni a tutela del diritto alla riservatezza e di evitare nell'interesse pubblico un'acquisizione di elementi estranei all'oggetto del processo.

La valutazione del giudice, in sostanza, fonda sulle indicazioni delle parti, salvo che le comunicazioni siano manifestamente irrilevanti, e sulle non indicazioni dei difensori in virtù della difficoltà operativa, oltre che di una cernita insidiosa per la complessità del materiale analizzabile e, quindi, non propriamente in salute in tema di irrilevanza.

Da questa prospettiva, è utile far notare che la natura – irripetibilità – della comunicazione intercettata non consente una disponibilità delle parti sul risultato investigativo nell'ambito della selezione, bensì richiede una partecipazione necessaria ed utile al provvedimento di acquisizione delle comunicazioni¹⁸. La necessità di tutelare la riservatezza, con complessa valutazione delle comunicazioni estranee all'interesse pubblico, anche di quelle dei terzi coinvolti occasionalmente dallo strumento intercettazione, fa emergere il diritto probatorio a non far escludere ciò che potrà essere rilevante nell'ottica delle parti; sicché, nell'alveo del procedimento ordinario di acquisizione delle comunicazioni o conversazioni vi dovrebbe essere un confronto obbligatorio sull'integrale materiale d'indagine captato, consentendo al giudice un controllo logico-formale a tutela della riservatezza e delle comunicazioni rilevanti ai fini probatori.

Si potrebbe, tra l'altro, aprire una finestra di riflessione su un'adeguata motivazione per le sole comunicazioni rilevanti, al fine di conferire valore al rapporto tra argomentazione e ordinanza acquisitiva (sul piano della rilevanza probatoria), con ricaduta positiva sull'efficacia della procedura di selezione e sulla conseguente pubblicità degli elementi di interesse pubblico¹⁹.

Un'ordinanza di acquisizione, dunque, che fa venir meno il segreto senza un'adeguata procedura di selezione non consente di raggiungere lo scopo prefissato dalla riforma, poiché sarebbero oggetto di interesse pubblico anche elementi estranei al processo sui quali non è intervenuta selezione in virtù della iniziativa (disponibilità) delle parti, fermo restando che la caduta del segreto, con la pubblicabilità del

¹⁷Secondo il riformato impianto normativo in particolare si prevede una partecipazione facoltativa delle parti anche nel momento integrativo delle richieste di acquisizione, al di là del fatto che il pubblico ministero procede a norma dell'art. 268 *bis* ss. c.p.p., con il relativo elenco delle comunicazioni da acquisire.

¹⁸*Relazione illustrativa allo schema del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216*, p. 4. Nella relazione, tuttavia, si evidenzia che il «pubblico ministero è tenuto ad elencare le comunicazioni e conversazioni ritenute utili nella prospettiva dell'accusa, selezionando cioè fin da subito il materiale ritenuto utile ai fini di prova, e quindi oggetto della verosimile trascrizione in forma di perizia. Ciò significa che i difensori sono così posti nelle condizioni per apprendere immediatamente quale potrà essere il contenuto delle richieste di acquisizione del pubblico ministero». Dalla relazione risulta, in qualche modo, la concezione della prospettiva dell'accusa ai fini di prova (delle parti) in tale contesto, ancorché il presupposto dell'impianto normativo dovrebbe essere rivolto alla selezione delle comunicazioni o conversazioni irrilevanti, in virtù di elementi indisponibili; e ciò non implica il venir meno del contraddittorio rappresentativo (anzi), come strumento necessario per discutere sull'irrilevanza e rilevanza delle comunicazioni nell'ottica di una giusta acquisizione, nel senso che l'irrilevante non debba divenire di fatto rilevante, quando una procedura non sia propriamente efficace.

¹⁹In generale sull'essenza delle prospettive interpretative elaborate dalle parti e la loro influenza sulla motivazione cfr. M. Menna, *La motivazione nel giudizio penale*, Napoli, Jovene, 2000, p. 72 ss., e poi, p. 36. In tema di motivazione e sua conoscibilità, sia pure su provvedimenti di natura decisoria, si è evidenziato come «un ulteriore corollario dell'obbligo costituzionale di motivazione è rappresentato dalla pubblicità della motivazione in quanto è evidente che senza quest'ultima si impedisce alla società civile la possibilità di controllare la decisione».

materiale intercettato, dopo la selezione-acquisizione dello stesso, è un aspetto importante, ma non decisivo, per le ragioni rappresentate.

Per quanto concerne, poi, l'introduzione del comma 4 *bis* dell'art. 422 c.p.p. («se la richiesta di cui al comma 1 ha ad oggetto conversazioni o comunicazioni intercettate e non acquisite si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 268-*ter* e 268-*quater*») la nuova disposizione normativa genera perplessità sia per il potere del giudice confinato alla decisività della sentenza di non luogo a procedere²⁰, sia perché non è chiaro se sia svincolato dalla richiesta delle parti²¹, in virtù degli artt. 422 commi 1 c.p.p. («il giudice può disporre anche d'ufficio») e 4 *bis*, come anche non è chiara la compatibilità con l'istituto delle regole (modalità) previste dagli artt. 268 *ter* e *quater* c.p.p.

A questo proposito è utile evidenziare che il potere del giudice non è limitato ad elementi sopravvenuti e/o a fatti nuovi²² ai fini della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, poiché nel caso in cui non si sia proceduto per qualsiasi ragione all'acquisizione delle comunicazioni nella precedente fase di separazione, il giudice dell'udienza preliminare, in linea con *ratio* dell'art. 422 c.p.p., può attivare il suo potere anche per elementi preesistenti e per fatti già contestati con la richiesta di rinvio a giudizio.

Una riapertura di selezione nella fase processuale (udienza preliminare), sia pure coordinata con le regole della stessa, farà instaurare un contraddittorio nella medesima udienza, escludendo la decisione *de plano* di cui all'art. 268 *quater*, comma 1, c.p.p.²³; il che implica una garanzia per una giusta decisione processuale, salvaguardando, infatti, sia il diritto al non processo di merito sia l'economia processuale, nell'ipotesi in cui le conversazioni o comunicazioni da acquisire portino alla sentenza di non luogo a procedere.

Per la fase di merito, poi, in virtù degli sviluppi processuali e anche di un nuovo e ragionevole controllo su richieste di acquisizione non accolte in precedenza – elementi da non disperdere a tutela del giudizio – la riforma, su “invito” della Corte costituzionale²⁴, ha previsto all'art. 472, comma 1, c.p.p. che «il giudice dispone che si proceda a porte chiuse alle operazioni di cui all'articolo 268 *ter* quando le parti rinnovano richieste non accolte o richiedono acquisizioni, anche ulteriori, e quando le ragioni della rilevanza a fini di prova emergono nel corso dell'istruzione dibattimentale».

Un'ulteriore valutazione riguarda il brogliaccio di ascolto e la perizia trascrittiva, la quale è rimessa all'iniziativa delle parti (art. 493 *bis* c.p.p.; art. 438, comma 5, c.p.p.)²⁵.

A questo proposito, nella previgente disciplina la trascrizione sommaria doveva avere esclusivo va-

²⁰ Sul punto v. F. Caprioli, *La nuova procedura di selezione delle comunicazioni rilevanti*, cit., p. 159, secondo cui il criterio della decisività ai sensi dell'art. 422 c.p.p. «suona ingiustificatamente restrittivo quando si tratti di acquisire al fascicolo atti di indagine già compiuti»; ancora, «delle intercettazioni rilevanti si sarebbe dovuto consentire il recupero alle stesse condizioni previste per l'acquisizione di prove documentali o il deposito della documentazione di indagine difensiva»; tale ragionamento è condiviso da S. Renzetti, *Una riforma (radicale?) per tornare allo spirito originario della legge: la nuova disciplina acquisitiva delle intercettazioni tra legalità, diritto vivente e soft law*, cit., p. 60.

²¹ C. Gabrielli, *Dall'esecuzione delle operazioni di ascolto all'acquisizione delle captazioni*, cit., p. 28 ss., sul punto si ritiene che il «più selettivo riferimento dell'art. 422 comma 4 *bis* alla richiesta di cui al comma 1 [...] esclude che a disporre l'inserimento di captazioni nel fascicolo delle indagini possa essere il giudice dell'udienza preliminare in assenza di un impulso di parte».

²² In tema cfr. P.P. Rivello, *Il procedimento acquisitivo delle intercettazioni e l'archivio riservato presso il pubblico ministero*, in O. Mazza (a cura di) *Le nuove intercettazioni*, cit., p. 96, il quale osserva come nell'ipotesi di cui all'art. 472 comma 1 c.p.p. le «ragioni della rilevanza ai fini di prova emerg[ono] solo nel corso dell'istruzione dibattimentale» Nella situazione di cui all'art. 422 c.p.p. invece «dette ragioni derivano da qualche fatto nuovo verificatosi, verosimilmente, nel corso dell'udienza preliminare».

²³ C. Gabrielli, *Dall'esecuzione delle operazioni di ascolto all'acquisizione delle captazioni*, cit., p. 28 ss., la quale evidenzia che trattandosi di una parentesi nell'ambito dell'udienza preliminare «induce ad escludere l'opzione della decisione *de plano* contemplata dall'art. 268 *quater* comma 1».

²⁴ C. Cost., 5 novembre 2012, n. 255, in *www.cortecostituzionale.it*. La Corte nel dichiarare la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 224 del codice di procedura penale, sollevata, in riferimento agli articoli 2 e 15 della Costituzione, rileva, come ultimo motivo, che il giudice rimettente ha ommesso di prendere in considerazione la praticabilità di una soluzione interpretativa costituzionalmente orientata, vale a dire, la possibilità, per il giudice, di disporre che limitatamente al momento di acquisizione delle intercettazioni (ossia alla selezione delle comunicazioni utilizzabili e non manifestamente irrilevanti, destinate alla trascrizione mediante perizia, con stralcio delle rimanenti) il dibattimento si svolga a porte chiuse, in applicazione (se del caso, estensiva) dell'art. 472, comma 2, c.p.p.

²⁵ V. nota n. 30.

lore di agevolare l'ascolto della fonte originaria, anche nell'ambito cautelare²⁶. Rispetto alla vicenda cautelare si è, però, dovuto attendere la Corte costituzionale per razionalizzare il logico rapporto tra la fonte originaria e la trascrizione sommaria nell'ambito cautelare²⁷.

Del resto era opportuno un intervento sistematico del legislatore, per prevedere che gli atti posti a fondamento della misura restrittiva seguissero (registrazioni ed atti relativi) l'iter del procedimento cautelare senza condizionarli ad un'istanza del difensore per ottenere copia della registrazione anche se non depositata, giacché l'accesso alle registrazioni è la principale fonte "probatoria" da sviscerare anche ai fini di un corretto controllo, diversamente dall'impiego della trascrizione sommaria utile ad agevolare l'ascolto delle comunicazioni captate, non potendo quest'ultima da sola acquisire valore cautelare. A maggior ragione per il fatto che in tale contesto non era possibile disporre logicamente una trascrizione delle intercettazioni successiva allo stralcio di cui all'abrogato settimo comma dell'art. 268 c.p.p.

Con la riforma il brogliaccio di ascolto ha comunque una limitata valenza probatoria nella fase cautelare e nei riti alternativi al giudizio ordinario²⁸, senza che si possa ottenere la copia delle registrazioni non inserite nel fascicolo di cui all'art. 373, comma 5, c.p.p.; mentre, nell'ipotesi del rinvio a giudizio, nel fascicolo del dibattimento dovranno trasmigrare le registrazioni come elementi di prova irripetibile e successivamente l'eventuale trascrizione del perito, non confluendo in esso le trascrizioni sommarie della polizia giudiziaria che non sono qualificabili come atti irripetibili.

Di qui la sola facoltà di esame e di ascolto – non di copia – delle registrazioni conservate nell'apposito archivio, non inserite nel fascicolo di cui all'art. 373, comma 5, c.p.p., pone l'interrogativo sul se il legislatore abbia posto un limite eccessivo a tutela della riservatezza, comprimendo l'esercizio delle facoltà e dei diritti per effettuare una approfondita e complessa analisi delle comunicazioni utili al procedimento cautelare; a maggior ragione, come evidenziato, per il fatto che non vi è alcun profilo di salvaguardia della segretezza delle indagini, dal momento che è consentito l'esame e l'ascolto delle registrazioni.

Tale limitazione risulta discutibile, inoltre, nei termini di concreta partecipazione alla selezione ordinaria, poiché non è possibile avere copia delle registrazioni fin quando non acquisite al fascicolo di cui all'art. 373, comma 5, c.p.p. (artt. 268 *quater*, commi 3 e 4, c.p.p. e 269, commi 1 e 1 *bis*, c.p.p.).

²⁶ Cass., sez. VI, 7 aprile 1995, Celone, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p. 156, secondo cui i "brogliacci di ascolto" non hanno alcuna rilevanza probatoria, la quale è invece riconosciuta ai documenti fonici e ai verbali.

²⁷ C. cost., 10 ottobre 2008, n. 336, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 215; la Consulta – per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 268, comma 4, c.p.p., nella parte in cui non prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate – ha ritenuto che i difensori «devono avere il diritto incondizionato ad accedere, su loro istanza, alle registrazioni poste a base della richiesta del pubblico ministero e non presentate a corredo di quest'ultima, in quanto sostituite dalle trascrizioni, anche sommarie, effettuate dalla polizia giudiziaria», implicando il diritto di accesso la naturale conseguenza di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni medesime, allo scopo di verificare l'effettivo significato probatorio delle stesse, nonché per «esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali». Sul punto sono intervenute poi le Sezioni unite, Cass., sez. un., 22 aprile 2010, Lasala, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 804: il giudice di legittimità ha affermato che la consegna delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate, è finalizzata alla verifica della effettiva corrispondenza del contenuto cartaceo a quello auditivo «il che, ovviamente, presuppone che la parte sia posta in condizione di eventualmente proporre quella richiesta e quelle contestazioni, mercé il concreto esercizio del diritto di difesa nei termini riconosciuti dalla sentenza della Corte Costituzionale». Ancora, il medesimo giudice specifica che qualora al difensore sia stato ingiustificatamente impedito il diritto di accesso alle registrazioni poste a base della richiesta del pubblico ministero, non si determina la nullità del genetico provvedimento impositivo, legittimamente fondato sugli atti a suo tempo prodotti a sostegno della sua richiesta dal pubblico ministero, né si verifica la inutilizzabilità degli esiti delle captazioni effettuate, dato che questa scaturisce solo nelle ipotesi indicate dall'art. 271, comma 1, c.p.p.; non può, altresì, verificarsi la perdita di efficacia della misura, giacché la revoca e la perdita di efficacia della misura cautelare conseguono solo nelle ipotesi espressamente previste dalla legge (artt. 299, 300, 301, 302 e 303 c.p.p., art. 309, comma 10, c.p.p.). Sulla tesi che la domanda cautelare deve essere accompagnata dalla trasmissione delle registrazioni cfr. G. Pierro, *Ancora incertezze giurisprudenziali, sull'acquisizione difensivo alle intercettazioni telefoniche utilizzate in sede cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 475; A. Vele, *Rimedi processuali nel caso di inerzia del pubblico ministero di fronte alla richiesta difensiva al rilascio della fonte originaria dell'atto intercettativo nell'ambito del procedimento de libertate*, in *Giust. pen.*, 2012, p. 317 ss.

²⁸ *Relazione illustrativa allo schema del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216*, p. 6. Nella relazione si «ribadisce quanto ripetutamente sostenuto circa il valore probatorio della intercettazione in sé, e non già della trascrizione sommaria nei c.d. brogliacci; ed infatti: la trascrizione (anche quella peritale) non costituisce la prova diretta di una conversazione, ma va considerata solo come un'operazione rappresentativa in forma grafica del contenuto di prove acquisite mediante la registrazione fonica».

È bene riprendere il ragionamento sulla perizia, dal momento che la riforma, invece di correggere la deriva giurisprudenziale su una disposizione oggi abrogata (268, comma 7, c.p.p.), ma coerente con l'originaria impostazione del complesso risultato probatorio (in quanto la medesima prevedeva l'obbligo di perizia – peraltro disatteso dalla giurisprudenza – a seguito dello stralcio delle comunicazioni), con perplessità ha previsto che la richiesta di trascrizione è rimessa all'iniziativa delle parti in dibattimento, con il rischio, in caso di inerzia delle parti, di incidere sulla qualità del giudizio di primo grado; l'eventuale trascrizione viene dunque collocata nella fase delle richieste di prova in sede dibattimentale, in modo da non disperdere tempo e risorse nel caso in cui il giudizio si concluda con il rito abbreviato o un patteggiamento.

In chiave di riforma, l'art. 507 c.p.p. non potrà che assumere una significativa garanzia del risultato probatorio e quindi della decisione, qualora le conversazioni per diverse ragioni necessitassero dell'attivazione del potere probatorio (manomissioni, incomprendibilità anche per motivi tecnici, etc.); di conseguenza il giudice, rispetto alle registrazioni, dovrebbe porsi nell'ottica di un successivo controllo fisiologico, poiché la perizia trascrittiva è rimessa all'iniziativa delle parti.

Per comprendere le motivazioni sui dubbi nutriti nei confronti della riforma è opportuno richiamare, *a fortiori*, le ragioni dell'obbligo di perizia secondo la regola previgente (art. 268, comma 7, c.p.p.) – al di là dell'orientamento giurisprudenziale sull'obbligatorietà della perizia al fine di garantire la genuinità del valore probatorio sulle comunicazioni da acquisire²⁹; in effetti quel dovere era previsto per "acquisire" una prova "autentica" per il giudizio di merito, in ragione della peculiarità dell'atto intercettativo che richiede un'apposita attività "tecnica" per sviscerare sotto i diversi profili la comunicazione intercettata (art. 431 c.p.p.)³⁰. Il giudice non aveva alcuna discrezionalità in tema di perizia trascrittiva, nel senso che, a norma dell'art. 268, comma 7, c.p.p. abrogato, egli «dispone[va]», e, quindi, non solo «p[oteva] disporre», la trascrizione integrale delle registrazioni. La differenza si coglieva anche con il mezzo di prova (perizia) disposto nella fase dibattimentale, giacché la trascrizione delle intercettazioni mediante perizia non necessitava né di una iniziativa delle parti né di una valutazione discrezionale del giudice.

La normativa di riferimento era (ed è fino all'entrata in vigore della riforma) quella delle intercettazioni (art. 268, comma 7, c.p.p. abrogato) e non la disposizione *ex art.* 224 c.p.p. del mezzo di prova della perizia, che consente al giudice di disporla anche d'ufficio, diversamente dalla disciplina delle intercettazioni, che prevedeva, secondo la rappresentata impostazione, l'obbligo di perizia da parte del giudice, prescindendo da qualsivoglia iniziativa delle parti³¹; fermo restando che il legislatore aveva previsto (art. 268, comma 7, c.p.p. pre-vigente) ed ha ristabilito (art. 493 *bis*, comma 2, c.p.p.) la trascrizione del rilevante oggetto intercettato attraverso un mezzo tipico e con modalità tassative, in modo di garantire la legalità processuale e, quindi, la decisione sulla responsabilità penale a seguito del giudizio di

²⁹ Si ritiene, infatti, che il giudice abbia discrezionalità nel disporre con perizia la trascrizione delle intercettazioni; sul punto, più di recente, cfr. C. cost., 17 luglio 2012, n. 204, in *www.cortecostituzionale.it*, che a supporto del ragionamento interpretativo richiama altra decisione della Corte costituzionale (11 febbraio 1999, n. 33), ove si afferma che «il giudice, senza necessità di disporre perizia, può legittimamente desumere elementi di prova dall'esame dei consulenti tecnici dei quali le parti si siano avvalse» e ancora «quando è stata effettuata una consulenza tecnica è possibile che solo nel dibattimento questa si riveli insufficiente». Dal versante, poi, più in linea con le ragioni osservate nel testo in tema di obbligatorietà di perizia si afferma, invece, che «la stessa giurisprudenza di legittimità è ugualmente costante ed uniforme nello stabilire che la trascrizione (anche quella peritale) non costituisce la prova diretta di una conversazione, ma va considerata solo come un'operazione rappresentativa in forma grafica del contenuto di prove acquisite mediante la registrazione fonica (*ex plurimis*, tra le più recenti, Cassazione penale, sentenza n. 4892 del 2003, sentenza n. 10890 del 2005)» così, C. cost., 10 ottobre 2008, n. 336, cit.; cfr. altresì Cass., sez. un., 22 aprile 2010, Lasala, cit., 804.

³⁰ Sull'impostazione delle operazioni tecniche necessarie per garantire la genuinità dei risultati delle intercettazioni e quindi dell'obbligo di perizia cfr. M. Ciappi, *Stralcio e trascrizione delle intercettazioni telefoniche nell'iter procedimentale*, in *Giur. it.*, 1995, p. 126; A. Diddi, *In tema di trascrizione di intercettazioni telefoniche in rapporto al principio di disponibilità delle prove*, in *Giust. pen.*, III, 1994, p. 316; F. Dinacci, sub art. 267, in A. Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale*, ipertestuale, Torino, Utet, 2001, p. 885; L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., p. 151; G. Illuminati, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 134; A. Vele, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale. Tra garanzie e prospettive di riforma*, cit., 170 ss.

³¹ C. cost., 17 luglio 2012, n. 204; la Consulta in ordine, però, al profilo dell'assenza della richiesta di parte rileva «che né nella fase delle indagini, né in quella del dibattimento occorre una richiesta di trascrizione da parte del pubblico ministero: l'art. 268, comma 7, c.p.p. prevede infatti che sia il giudice a disporre direttamente «la trascrizione integrale delle registrazioni», e la stessa regola dovrebbe valere anche nel dibattimento, quando nella fase delle indagini non si è svolta la selezione delle intercettazioni prevista dall'art. 268, comma 3, c.p.p.

battimentale, che non può prescindere dall'acquisizione della prova secondo il metodo del contraddittorio, in relazione ad elementi che per loro natura implicano il rispetto della garanzia soggettiva (parti) ed oggettiva (giurisdizione).

Su questo terreno argomentativo sorgono, dunque, dei dubbi sulla riforma che ha eliminato l'obbligo (dovere) di disporre la perizia a prescindere dall'iniziativa delle parti; con l'art. 493 *bis*, comma 1, c.p.p. infatti è previsto che il «giudice dispone, su richiesta delle parti, la trascrizione delle registrazioni»³².

DISOMOGENEITÀ TRA IL PROCEDIMENTO DI SELEZIONE CAUTELARE E ORDINARIO. DISTRUZIONE DEI DATI OGGETTO DI STRALCIO.

In premessa, prima della riforma, il nodo da sciogliere riguardava la pubblicazione delle intercettazioni a seguito dell'applicazione del provvedimento cautelare, poiché la conoscenza degli atti d'indagine faceva venir meno il segreto investigativo, legittimando la pubblicazione di comunicazioni intercettate attinenti pure alla sfera privatistica.

In tal caso era necessaria stabilire una limitata pubblicazione del contenuto dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare, giacché essa coinvolge un bene primario, quale la libertà della persona, in un contesto anticipativo di giudizio sulla responsabilità penale. Doveva, poi, rimanere il segreto sulle intercettazioni fino alla deliberazione di separazione da parte del giudice del materiale irrilevante, con divieto di pubblicazione del complessivo contenuto intercettato, con esclusione delle sole comunicazioni essenzialmente poste a fondamento dell'ordinanza cautelare.

Per ragioni di coerenza processuale era necessario prevedere un autonomo potere-dovere del pubblico ministero di selezionare la massa indifferenziata di conversazioni, evitando, per certi versi, che nei provvedimenti cautelari venissero riversati interi "blocchi" di conversazioni intercettate senza alcuna attinenza delle stesse con l'oggetto cautelare³³.

Analizziamo ora come il legislatore ha cercato di risolvere i rapporti tra la procedura selettiva cautelare e quella ordinaria.

Nel procedimento *de libertate* il pubblico ministero a sostegno della domanda cautelare deve presentare al giudice gli elementi su cui la richiesta si fonda, nonché tutti gli elementi a favore dell'indagato-imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate. Il pubblico ministero, quindi, può gestire in maniera autonoma e discrezionalmente gli elementi "a carico" raccolti, evitando di compromettere il buon esito delle indagini. Tale gestione dovrebbe rimanere, sia pur complicata, per le intercettazioni "a carico" non poste a fondamento della misura cautelare; discorso diverso, alla luce della riforma, è l'esame e l'ascolto del materiale irrilevante non posto a fondamento della misura cautelare che confluirà nell'archivio riservato.

Il legislatore, in ragione della tutela della riservatezza, introduce nel comma 1 dell'art. 291 c.p.p. l'obbligo per il pubblico ministero di operare una prima selezione al momento della formazione della richiesta cautelare, trasmettendo tra gli elementi posti a fondamento della stessa «i verbali di cui all'art. 268 comma 2, limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti» e, su questa scia, ai sensi dell'art. 92, comma 1 *bis*, disp. att. è attribuito al giudice, successivamente all'accoglimento della richiesta e «contestualmente» alla trasmissione dell'ordinanza al pubblico ministero, il compito di restituire «al pubblico ministero per la conservazione nell'archivio riservato di cui all'art. 89 bis gli atti contenenti le comunicazioni e conversazioni intercettate ritenute dal giudice non rilevanti o inutilizzabili».

Nel contesto del procedimento cautelare si realizza una preliminare selezione senza contraddittorio,

³² *Relazione illustrativa allo schema del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216*, p. 8. Nella stessa si specifica che «la scelta perseguita con lo schema di decreto è quindi quella di procedere alle onerose attività di trascrizione solo quando ciò sia necessario per esigenze proprie di natura probatoria». Ancora tale attività è affidata «alle attività di richiesta della prova in fase dibattimentale», ancorché la previsione della trascrizione in tale fase non preclude un'attività peritale ad esempio nel giudizio abbreviato condizionato proprio ad una tale domanda di prova. Inoltre è evidenziato che non è di «ostacolo a che una simile richiesta possa essere presentata già in fase di udienza preliminare, ai sensi dell'art. 422 c.p.p., ove si ritenga la decisività [della stessa ai fini] della sentenza di non luogo a procedere». Infine, la richiesta di prova trova «collocazione successivamente alle procedure di selezione e di acquisizione, ogni volta che la progressione processuale consente l'esercizio del diritto alla prova».

³³ In tema v. V. Grevi, *Le intercettazioni come mero "mezzo di ricerca di riscontri probatori?"*, cit., p. 848; sulla stessa linea, volendo, A. Vele, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale. Tra garanzie e prospettive di riforma*, cit., p. 163.

ma non essendo essa coordinata con la selezione ordinaria si determina la vanificazione della tutela della riservatezza. Nel caso in cui il materiale intercettativo rilevante sia stato già utilizzato per l'applicabilità del provvedimento cautelare ed inserito nell'apposito fascicolo la procedura di selezione ordinaria successiva al procedimento cautelare è soltanto eventuale, essendo rimessa ad una valutazione discrezionale del pubblico ministero.

L'art. 268 *ter*, comma 1, c.p.p. introduce, difatti, un'autonoma selezione nel caso di adozione di misura cautelare³⁴. Le comunicazioni o conversazioni utilizzate nel corso delle indagini preliminari, poste a fondamento della misura cautelare, valutate dal giudice cautelare e riportate nell'ordinanza secondo il criterio dell'indispensabilità dei rilevanti brani essenziali (art. 292, comma 2 *quater*, c.p.p.), sono acquisite dal pubblico ministero, con «inserimento dei verbali e degli atti ad esse relativi nel fascicolo di cui all'art. 373 comma 5»; la relativa documentazione va altresì depositata ai sensi dell'art. 293, comma 3, c.p.p. nella cancelleria del giudice della cautela, con diritto dei difensori «di esame e di copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate» e «in ogni caso» con «diritto alla trasposizione, su supporto idoneo alla riproduzione dei dati, delle relative registrazioni».

Qui è evidente l'effettiva compressione del diritto di difesa e l'incidenza in negativo sul controllo cautelare in generale, dal momento che pur essendovi il diritto di accesso all'archivio riservato successivamente all'adozione della misura cautelare, non vi è diritto di copia dei verbali delle comunicazioni ritenute irrilevanti, in quanto coperte da segreto (art. 269 c.p.p.)³⁵, al solo fine di evitare il rischio della pubblicazione delle stesse.

La novità dell'archivio riservato è importante per conservare e controllare la consultazione del materiale intercettato, ma porre dei limiti di conoscenza concreta (diritto di copia) al difensore, nonché addirittura di accesso dell'indagato-imputato (è consentito solo al difensore), evidenzia uno sbilanciamento tra diritto alla riservatezza e interesse individuale alla funzione giurisdizionale, utile quest'ultimo, nell'ottica di un contributo ad esso riconducibile per l'accertamento.

In sostanza la tutela della *privacy* delle conversazioni che, peraltro, possono essere esaminate ed ascoltate, non dovrebbe limitare il predetto diritto di copia, *a fortiori* per il fatto che le comunicazioni intercettate richiedono una complessa analisi: vanno interpretate, confrontate tra loro e con altri atti del procedimento; tale elaborazione è utile sia nella fase genetica che durante la vita della misura cautelare, oltre che per la difesa nel corso del procedimento penale.

Quindi, la disciplina riformata è criticabile per la sua tortuosità e/o incoerenza sistematica, poiché tutti gli atti in questione e i loro contenuti dovrebbero rimanere non pubblicabili, a prescindere dalla loro conoscenza ed utilizzabilità, fino alla selezione ordinaria, ed il procedimento di acquisizione delle comunicazioni dovrebbe essere unico, anche quando è adottata la misura cautelare, rimanendo ferma l'eccezione di pubblicabilità dell'ordinanza cautelare per l'elevato interesse pubblico. Più nel dettaglio, non è comprensibile la novità dell'introduzione del doppio binario processuale di separazione delle conversazioni (cautelare e ordinario) in ragione della pubblicabilità del materiale intercettato, mentre bisognerebbe ragionare su un'unica procedura di stralcio delle comunicazioni o conversazioni, a garanzia della riservatezza delle comunicazioni o conversazioni irrilevanti; pertanto, anche quando richiesta e provvedimento cautelare si fonda su comunicazioni o conversazioni captate, dovrebbe operare, nella fase conclusiva delle indagini, la procedura di stralcio, previo contraddittorio tra le parti, con pubblicabilità delle sole conversazioni rilevanti.

³⁴ Relazione illustrativa allo schema del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216, p. 5, nella quale si evidenzia che «la procedura è solo eventuale; per il caso in cui il materiale intercettativo rilevante sia stato già utilizzato per l'emissione di un provvedimento cautelare, è lo stesso pubblico ministero a provvedere all'acquisizione al fascicolo delle attività di indagine». Di conseguenza l'utilizzazione in fase cautelare consente di «sfruttare il controllo selettivo che esercita il giudice della cautela, il quale, ove tra gli atti allegati alla richiesta, vi siano verbali di comunicazioni o conversazioni irrilevanti, ordina la restituzione al pubblico ministero per la custodia nell'archivio».

³⁵ A. Scalfati, *Tomografia di una riforma*, in Id. (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 11, il quale osserva come «non è pensabile, soprattutto nei procedimenti dove le intercettazioni hanno avuto una lunga durata o riguardano una pluralità di soggetti, che la difesa risulti effettiva se le si consente la sola disseminazione del materiale nei locali della Procura della Repubblica senza ottenere copia su un supporto informatico». T. Bene, *La riforma parziale (e il gorilla invisibile)*, in Id. (a cura di) *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., p. 20, secondo la quale la difesa si troverà in una «posizione svantaggiata, poiché solo attraverso l'ascolto diretto delle conversazioni potrà verificare l'irrelevanza delle conversazioni per il procedimento o il loro contenuto sensibile o non pertinente» p. 20; Id., *La legge delega per la riforma delle intercettazioni*, in A. Scalfati (a cura di) *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, cit., p. 298.

E ciò a maggior ragione per il fatto che la selezione richiede un necessario confronto dialettico delle parti (non previsto logicamente nella fase cautelare) e, tra l'altro, come da prassi, coincide con la fase conclusiva delle indagini, se dal deposito, nel momento terminale delle operazioni di intercettazione, può derivare un grave pregiudizio per le indagini. Del resto, un'effettiva selezione delle comunicazioni o conversazioni richiederebbe anche l'integrale conoscenza degli atti d'indagine, una volta venuta meno la segretezza interna (fase conclusiva delle indagini), in modo da operare una valutazione complessiva e verificarne la manifesta estraneità degli stessi rispetto al fatto oggetto del procedimento penale.

Su questo terreno potrebbe avere senso la disposizione di cui al comma 6 dell'art. 268 *ter* c.p.p., pure essendo sottoposta la sua attuazione all'esercizio delle facoltà delle parti, nel caso fosse stato previsto un unico binario processuale sul c.d. stralcio.

Tuttavia, oggi, tale disposizione sembra poco coerente con la logica di tutela della riservatezza (di proteggere e/o di evitare la diffusione dell'irrilevante), nel momento in cui il pubblico ministero dovesse chiedere al giudice «in relazione alle comunicazioni o conversazioni», utilizzate per l'adozione della misura cautelare, di cui al comma 1 dell'art. 268 *ter* c.p.p., «l'eliminazione dal fascicolo dei verbali e delle registrazioni di cui ritiene, per elementi sopravvenuti, l'irrilevanza» (art. 268 *ter*, comma 6, c.p.p.), poiché i verbali e le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni acquisite dal fascicolo di cui all'art. 375, comma 5, c.p.p. non sarebbero più coperti da segreto (artt. 269, comma 1 *bis*, e 268 *ter*, comma 1, c.p.p.); né vi sarebbe una questione di reviviscenza del segreto, perché una volta abolito il medesimo con l'allegazione delle conversazioni alla richiesta cautelare, non lo si potrebbe ripristinare, fermo restando l'eventuale recupero di tale materiale nel caso dovesse risultare la sua successiva rilevanza nel corso del procedimento penale.

Infine, l'intervento di riforma suscita perplessità in ordine alla eliminazione dal comma 3 dell'art. 269 c.p.p. dell'ingente presupposto fissato nella locuzione «quando la documentazione non è necessaria per il procedimento» che consentiva agli interessati di chiedere la distruzione delle registrazioni a tutela della riservatezza prima della sentenza irrevocabile³⁶.

La *ratio* della conservazione – della distruzione e dei limiti della stessa – della documentazione inerente all'intercettazione risiede nell'esigenza di tutelare sia la riservatezza in ordine a circostanze e fatti estranei al procedimento penale sia la non dispersione di elementi che potrebbero, invece, essere oggetto successivamente di interesse processuale.

L'eccesso di garanzie previste per la riservatezza si giustificava, secondo la disposizione pre-vigente, con la mancanza di una copertura della segretezza sul materiale stralciato (il riferimento è alla possibilità eccezionale di distruggere il materiale prima della sentenza irrevocabile, nonché in via ordinaria di quello inutilizzabile).

Con l'istituzione dell'archivio riservato e relativa protezione, distruggere il materiale irrilevante (non più il non necessario), prima della sentenza irrevocabile, risulta un'operazione non più necessaria, in quanto la riforma offre maggiori garanzie³⁷, in vista dell'imprevedibile interesse processuale sul materiale probatorio.

³⁶ Comparando, difatti, il parametro del manifestamente irrilevante e del non necessario pare che la distruzione della documentazione presupponga una valutazione più ingente o significativa, non essendo in sostanza la documentazione indispensabile o essenziale (necessaria) per il procedimento.

³⁷ *Relazione illustrativa allo schema del decreto legislativo*, cit., p. 6. Qui si evidenzia che il nuovo sistema ruota intorno alla novità dell'archivio riservato, luogo della segretezza investigativa, in cui sono collocati sin da subito i risultati delle operazioni di intercettazione.

Indici | *Index*AUTORI | *AUTHORS*

Teresa Alesci Sezioni Unite	1390
Marco Bastianello Corte europea dei diritti dell'uomo / <i>European Court of Human Rights</i>	1377
Carlo Bonzano <i>Nemo tenetur se detegere</i> e procedimento amministrativo: per la Consulta, la sanzione "punitiva" impone il <i>due process of law</i> / <i>Nemo tenetur se detegere and administrative procedure: for the Constitutional Court, the 'punitive' sanction requires due process of law</i>	1448
Francesco Callari Il ricorso per cassazione avverso una sentenza di patteggiamento e l'illegalità della misura di sicurezza / <i>The Appeal to the Court of Cassation against the Italian 'Patteggiamento' and the Illegality of the Safety Measure</i>	1403
Danila Certosino I colloqui difensivi dal codice Rocco alla riforma dell'ordinamento penitenziario / <i>The defensive interviews from the Rocco code to the reform of the penitentiary system</i>	1510
Marilena Colamussi <i>De jure condendo</i> Rassegna bibliografica	1371 1394
Paola Corvi Decisioni in contrasto	1392
Glauco Giostra Primi spunti per una più efficace comunicazione delle ragioni della giustizia penale / <i>First ideas for a more effective communication on criminal justice's reasons</i>	1359
Andrea Marino Corte costituzionale	1386
Rossella Mastrototaro Crisi del <i>Welfare</i> e ineffettività della funzione rieducativa della pena: il rilancio del lavoro penitenziario / <i>Welfare crisis and ineffectiveness of the rehabilitative function of the penalty: the re-launch of prison work</i>	1495
Francesca Romana Mittica La corrispondenza tra detenuto e difensore / <i>The mail between prisoner and lawyer</i>	1483
Francesco Peroni Sospensione condizionale della pena in appello: quale rimedio all'inerzia del giudice? / <i>Suspended sentence in appeal trial: what remedy to the inaction of the court of appeal?</i>	1424
Francesca Proia Corte di Giustizia UE / <i>Court of Justice EU</i>	1383

Marco Torre Indagini informatiche e principio di proporzionalità / <i>Digital investigations and proportionality rule</i>	1433
Francesca Tribisonna Quanta umanità in tre metri quadrati? Indirizzi interpretativi circa i criteri di calcolo dello spazio vitale intramurario e problematica del bagno "a vista" / <i>How much humanity is there in three square meters? Interpretative addresses about the criteria for calculating the intramural living space and the problem of the bathroom "on sight"</i>	1461
Antonio Vele Riforma delle intercettazioni, riservatezza e selezione dei dati / <i>The privacy interception reform in the selection process</i>	1526
Elena Zanetti Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i>	1364

PROVVEDIMENTI | MEASURES

<i>Corte costituzionale</i>	
C. cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117	1438
C. cost., sent. 12 luglio 2019, n. 176	1386
C. cost., sent. 18 luglio 2019, n. 187	1387
C. cost., sent. 18 luglio 2019, n. 188	1388
<i>Corte di cassazione – Sezioni Unite penali</i>	
sentenza 22 maggio 2019, n. 22533	1415
sentenza 24 settembre 2019, n. 38954	1390
<i>Corte di cassazione – Sezioni semplici</i>	
Sezione III, sentenza 17 dicembre 2018, n. 20781	1398
Sezione V, sentenza 2 maggio 2019, n. 18316	1430
<i>Decisioni in contrasto</i>	
Sezione V, sentenza 4 luglio 2019, n. 29396	1393
Sezione II, sentenza 11 settembre 2019, n. 37614	1392
<i>Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	
Corte e.d.u., 25 luglio 2019, <i>Svanidze v. Georgia</i>	1379
Corte e.d.u., 30 luglio 2019, <i>Harun Gürbüz c. Turkey</i>	1381
Corte e.d.u., 5 settembre 2019, <i>Rizzotto v. Italia</i>	1377
<i>Corte di giustizia dell'Unione europea</i>	
C. giust. UE, Prima Sezione, 29 luglio 2019, C-38/18	1384
C. giust. UE, Terza Sezione, 19 settembre 2019, C-467/18	1383
<i>Novità sovranazionali</i>	
Legge di ratifica della Convenzione di Dublino (l. 19 luglio 2019, n. 66)	1364
Legge di ratifica degli Accordi Italia-Serbia (l. 24 luglio 2019, n. 87)	1369
Legge di ratifica dei Protocolli addizionali alle convenzioni europee di assistenza giudiziaria e di estradizione (l. 24 luglio 2019, n. 88)	1366

De jure condendo

- Proposta di legge C. 1580 «*Modifiche al codice penale e alle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 488, in materia di imputabilità dei minori e di pene applicabili a essi nel caso di partecipazione ad associazione mafiosa*» 1373
- Proposta di legge C. 1780 «*Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di rinvio dell'esecuzione della pena nei confronti di donne incinte o madri di prole di età inferiore a tre anni, di sospensione dell'esercizio della potestà genitoriale a seguito di ordine di esecuzione della pena detentiva nonché di divieto di ingresso della prole negli istituti penitenziari*» 1371
- Proposta di legge C. 1620 «*Modifica all'articolo 444 del codice di procedura penale, concernente l'esclusione dell'applicazione della pena su richiesta nei procedimenti per violenza domestica, violenza sessuale e atti persecutori*» 1375

MATERIE | TOPICS**Archiviazione**

- ◇ L'iscrizione del provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto nel casellario giudiziale (*Cass., sez. un., 24 settembre 2019, n. 38954*) 1390

Difesa e difensori

- ◇ Illegittima limitazione del diritto di difesa (*Corte e.d.u., 30 luglio 2019, Harun Gürbüz c. Turkey*) 1381
- ◇ Ricovero psichiatrico coatto e diritto all'informazione sui propri diritti (*C. giust. UE, Terza Sezione, 19 settembre 2019, C-467/18*) 1383

Esecuzione

- ◇ Ripensamenti in tema di rinvio dell'esecuzione della pena e divieto di ingresso della prole in carcere (P.d.l. C. 1780 «*Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di rinvio dell'esecuzione della pena nei confronti di donne incinte o madri di prole di età inferiore a tre anni, di sospensione dell'esercizio della potestà genitoriale a seguito di ordine di esecuzione della pena detentiva nonché di divieto di ingresso della prole negli istituti penitenziari*») 1371

Estradizione

- ◇ Aggiornamenti per gli accordi multilaterali in materia di estradizione e di assistenza giudiziaria [*Legge di ratifica della Convenzione di Dublino (l. 19 luglio 2019, n. 66); Legge di ratifica degli Accordi Italia-Serbia (l. 24 luglio 2019, n. 87); Legge di ratifica dei Protocolli addizionali alle convenzioni europee di assistenza giudiziaria e di estradizione (l. 24 luglio 2019, n. 88)*] 1364

Giustizia penale

- ◇ Primi spunti per una più efficace comunicazione delle ragioni della giustizia penale / *First ideas for a more effective communication on criminal justice's reasons*, di Glauco Giostra 1359

Immediatezza (principio di)

- ◇ Mutamento del giudice e violazione del principio di immediatezza (*Corte e.d.u., 25 luglio 2019, Svanidze v. Georgia*) 1379
- ◇ Modifica del collegio giudicante e rinnovazione dibattimentale (*C. giust. UE, Prima Sezione, 29 luglio 2019, C-38/18*) 1384

Impugnazioni

- ◇ Resta saldo il potere di impugnazione della parte civile nel processo penale (C. cost., sent. 12 luglio 2019, n. 176) 1386

Intercettazioni

- ◇ Riforma delle intercettazioni, riservatezza e selezione dei dati / *The privacy interception reform in the selection process*, di Antonio Vele 1526

Misure cautelari

- ◇ Riesame della liceità della detenzione e *status* di latitante (Corte e.d.u., 5 settembre 2019, *Rizzotto v. Italia*) 1377

Nullità

- ◇ La natura della nullità conseguente all'omesso avviso all'indagato della data d'udienza di riesame (Cass., sez. II, 11 settembre 2019, n. 37614) 1392

Ordinamento penitenziario

- ◇ Gli automatismi nell'ordinamento penitenziario. Ancora una pronuncia di incostituzionalità (C. cost., sent. 18 luglio 2019, n. 187) 1387
- ◇ I reati ostativi ancora al vaglio della Consulta: la *ratio legis* sottesa all'art. 4-bis ord. pen. (C. cost., sent. 18 luglio 2019, n. 188) 1388
- ◇ Quanta umanità in tre metri quadrati? Indirizzi interpretativi circa i criteri di calcolo dello spazio vitale intramurario e problematica del bagno "a vista" / *How much humanity is there in three square meters? Interpretative addresses about the criteria for calculating the intramural living space and the problem of the bathroom "on sight"*, di Francesca Tribonna 1461
- ◇ La corrispondenza tra detenuto e difensore / *The mail between prisoner and lawyer*, di Francesca Romana Mittica 1483
- ◇ Crisi del *Welfare* e ineffettività della funzione rieducativa della pena: il rilancio del lavoro penitenziario / *Welfare crisis and ineffectiveness of the rehabilitative function of the penalty: the re-launch of prison work*, di Rossella Mastrototaro 1495
- ◇ I colloqui difensivi dal codice Rocco alla riforma dell'ordinamento penitenziario / *The defensive interviews from the Rocco code to the reform of the penitentiary system*, di Daniela Certosino 1510

Patteggiamento

- ◇ Nuovi limiti oggettivi all'applicazione della pena su richiesta delle parti (P.d.l. C. 1620 «Modifica all'articolo 444 del codice di procedura penale, concernente l'esclusione dell'applicazione della pena su richiesta nei procedimenti per violenza domestica, violenza sessuale e atti persecutori») 1375
- ◇ Il potere del giudice di disporre con la sentenza di patteggiamento l'espulsione dello straniero a titolo di sanzione sostitutiva della pena detentiva (Cass., sez. V, 4 luglio 2019, n. 29396) 1393
- ◇ Sentenza di patteggiamento ed omessa pronuncia sull'applicabilità della misura di sicurezza prevista per legge (Cass., sez. III, 17 dicembre 2018, n. 20781) 1398

Processo minorile

- ◇ Torna la proposta di abbassare la soglia dell'imputabilità (P.d.l. C. 1580 «Modifiche al codice penale e alle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 488, in materia di imputabilità dei minori e di pene applicabili a essi nel caso di partecipazione ad associazione mafiosa») 1373

Sanzioni amministrative

- ◇ Sanzioni amministrative di natura "punitiva" e diritto al silenzio (C. cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117) 1438

Sequestro probatorio e principio di proporzionalità

- ◇ Sequestro probatorio e principio di proporzionalità (*Cass., sez. V, 2 maggio 2019, n. 18316*) 1430

Sospensione condizionale della pena

- ◇ La mancata applicazione della sospensione condizionale della pena non chiesta in appello, non può essere dedotta in Cassazione (*Cass., sez. un., 22 maggio 2019, n. 22533*) 1415