



# PAROLA alla DIFESA

rivista bimestrale diretta da  
Beniamino Migliucci, Giorgio Spangher, Giovanni Flora

[www.parolaalladifesa.it](http://www.parolaalladifesa.it)

3-4  
DUEMILADICIOTTO

maggio-agosto

Comitato scientifico:

A. De Caro, F. Dinacci, O. Dominioni, G. Fiandaca, L. Filippi, A. Gaito,  
M. Gallo, A. Gargani, G. Garuti, A. Giarda, F. Giunta, G. Insolera,  
A. Lanzi, S. Lorusso, V. Maiello, V. Manes, A. Manna, A. Marandola,  
N. Mazzacuva, G. Pecorella, D. Siracusano, L. Stortoni



**Pacini  
Giuridica**

La rivista **Parola alla Difesa** è un periodico online gratuito e liberamente consultabile sul sito [www.parolaalladifesa.it](http://www.parolaalladifesa.it). Oltre ai fascicoli pubblicati con cadenza bimestrale, il sito ospita gli aggiornamenti, curati dalla redazione scientifica e dal comitato di redazione, riferiti alle più recenti pronunce provenienti dalle Corti, oltre alle news relative a novità legislative in materia penale. La rivista, senza scopo di lucro, nasce da una iniziativa dell'Unione delle Camere Penali Italiane, nella persona del suo Presidente Avv. Beniamino Migliucci, e dei Proff.ri Giorgio Spangher e Giovanni Flora, i quali hanno coinvolto, nella stesura dei contributi e nei comitati, docenti, ricercatori ed avvocati. Si precisa che tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito.

**Peer review.** Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati in questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review* che garantisce il livello qualitativo della rivista. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da due revisori entrambi scelti dalla Direzione. Un revisore viene selezionato tra i membri del Comitato scientifico per la valutazione; l'altro, invece, tra i membri del Comitato di Direzione o del Comitato Scientifico. I Revisori sono scelti a rotazione, tenendo conto delle loro competenze specifiche, ed esprimono, nel rispetto dei principi di trasparenza ed autonomia, il loro parere – in forma anonima – sulla meritevolezza della pubblicazione e sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. In caso di discordanza di giudizio, è la Direzione a valutare se pubblicare il contributo. La documentazione relativa alla procedura di *peer review* è conservata dalla Direzione della Rivista.

I contributi destinati, invece, alle rubriche web “Aggiornamenti” e “News” sono sottoposti in forma anonima alla valutazione da parte di due revisori, scelti dalla Direzione, uno tra i membri del Comitato di Redazione e uno tra i membri del Comitato Scientifico per la Valutazione i quali, in forma anonima, esprimono il loro parere sulla meritevolezza della pubblicazione. La documentazione relativa alla procedura di *peer review* è conservata dalla Direzione della Rivista.

#### **DIREZIONE**

Beniamino Migliucci; Giorgio Spangher; Giovanni Flora

#### **COMITATO SCIENTIFICO**

Agostino De Caro; Filippo Dinacci; Oreste Dominioni; Giovanni Fiandaca; Leonardo Filippi; Alfredo Gaito; Marcello Gallo; Alberto Gargani; Giulio Garuti; Angelo Giarda; Fausto Giunta; Gaetano Insolera; Alessio Lanzi; Sergio Lorusso; Vincenzo Maiello; Vittorio Manes; Adelmo Manna; Antonella Marandola; Nicola Mazzacava; Gaetano Pecorella; Delfino Siracusanò; Luigi Stortoni

#### **CONSIGLIO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE**

Lucian Chiriac; Artan Hoxha; Carlos Japiassu

#### **CONSIGLIO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE**

David Brunelli; Piermaria Corso; Piero Gualtieri; Carlo Guarnieri; Roberto Guerrini; Luigi Kalb; Lucio Monaco; Gaetana Morgante; Gustavo Pansini; Costantino Visconti

#### **COMITATO DI REDAZIONE**

Fabrizio Galluzzo; Gherardo Minicucci

Valerio Aiuti; Gabriele Aronica; Davide Bianchi; Andrea Borgheresi; Ersi Bozheku; Pasquale Bronzo; Andrea Chelo; Antonella Ciraulo; Guido Colaiacovo; Irma Conti; Giuseppe Della Monica; Laura Dipaola; Federico Emiliani; Costanza Fenyes; Martina Galli; Luana Granozio; Luigi Ludovici; Edoardo Mazzantini; Ottavia Murro; Gherardo Pecchioni; Matteo Piccirillo; Gianrico Ranaldi; Fabio Stancati; Giuseppe Tabasco; Fabio Varone

# Indice

## **Editoriale**

GIORGIO SPANGHER, *Che fare?* .....p. 217

## **Opinioni**

ADELMO MANNA, PIERLUIGI GUERCIA, *L'autoresponsabilità quale argine costituzionale a peculiari forme di paternalismo penale: i casi Cappato e Tarantini*..... » 219

LUANA GRANOZIO, *Avocazione: la (pragmatica) lettura del CSM* ..... » 235

FEDERICO FEBBO, *Consulta faber est suae fortunae: Lussemburgo expugnatur?*..... » 245

## **Dal Parlamento / Al Parlamento**

ALDO CORASANITI, *La (mancata) riforma dell'ordinamento penitenziario*..... » 253

FRANCESCO SPINA, *Trattamento dei dati personali e illeciti penali – Dalla Legge 675/1996 alle nuove prospettive* ..... » 267

SILVIA ASTARITA, *Legge 27 dicembre 2017, n. 205: il legittimo impedimento per le donne avvocate in stato di gravidanza e puerperio* ..... » 275

## **Dalle Corti**

Cassazione, Sez. VI, 19 dicembre 2017 (dep. 29 marzo 2018), n. 14503, con nota di ANGELA COMPAGNONE, *L'emergenza e il diritto penale "degli altri"* ..... » 279

Corte cost., 6 febbraio 2018 (dep. 2 marzo 2018), n. 41, con nota di GHERARDO PECCHIONI, *Ordine di esecuzione sospeso fino a 4 anni di pena: la corte costituzionale pone rimedio alla distonia normativa* ..... » 283

**Stanza di Gaetano** ..... » 295

di GAETANO PECORELLA



# Che fare?

GIORGIO SPANGHER

Editoriale

L'avvio al “rallentatore” della XVIII legislatura, non permette di capire la piega che contrassegna l'azione di Governo e del Parlamento, anche se gli annunci non inducono all'ottimismo. L'affossamento della riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega contenuta nella legge Orlando, al pari dell'annunciato rinvio della riforma delle intercettazioni telefoniche, ancorché largamente preventivate, già nelle vicende delle ultime fasi della precedente legislatura, non possono non risultare significative dell'impianto di segno autoritario che il nuovo esecutivo vuole imprimere alla giustizia penale.

Allungamento della prescrizione o suo superamento, nonché l'eliminazione del divieto della *reformatio in pejus* e l'effettività della pena sono i nuovi orizzonti che si prefigurano.

Quanto al divieto della *reformatio*, si consideri che la questione si prospettò già ai tempi della riforma del Codice Rocco. La reazione dei giuristi ne impedì l'approvazione, limitata all'introduzione dell'appello incidentale del pubblico ministero.

Le prime uscite degli esponenti del governo non danno segnali confortanti, pur se contrassegnate dalla prudenza istituzionale.

Lo *spoils system* ministeriale, seppure in qualche modo fisiologico, si colloca nel contesto del mutamento dei riferimenti politici della nuova maggioranza.

Indicazioni più precise potranno dedursi dalle votazioni dei componenti del Consiglio Superiore della Magistratura, sia nella componente laica, sia in quella togata.

Basterà attendere qualche giorno per qualche riflessione più meditata e comunque non decisiva.

L'avvocatura dovrà avviare da subito una interlocuzione con la nuova compagine governativa, anche per capire i limiti e la direzione che si vorrà assumere da parte dei nuovi “referenti” con i quali comunque bisognerà misurarsi, quali che saranno le scelte – anche forti – che sarà necessario assumere, a fronte di una involuzione autoritaria del sistema penale.

Resta da chiarire se ed in che misura l'avvocatura, soprattutto quella penale, possa trovare nella magistratura un interlocutore ovvero un soggetto con il quale realizzare una sinergia riformatrice.

Il timore è che la Magistratura tenderà a muoversi in proprio come dimostra l'ipotesi dell'allungamento – ipotizzato – dell'età pensionabile.

Ancora una volta non è escluso che l'Avvocatura, soprattutto quella penale, basti da sola ad affrontare il tema della tutela dei diritti e delle garanzie. Non è difficile escludere che continui la “lunga traversata nel deserto” degli avvocati. Fortunatamente l'Avvocatura lo sa e vi è abituata.



**Aiuto al suicidio – Sollevata questione di legittimità costituzionale – Bene giuridico tutelato – Principio di autoresponsabilità – Diritto a morire** (Cost., artt. 2, 3, 13, 25, 27, 117, C.E.D.U., artt. 2, 8, C.p., art. 580)

*È rilevante, e non manifestamente infondata, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio; nella parte in cui prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione*

CORTE D'ASSISE DI MILANO, ord. 14 febbraio 2018 – MANNUCCI PACINI, *Presidente* – SIMI DE BURGIS, *Giudice* – CAPPATO, *Imputato*.

**Reclutamento e favoreggiamento della prostituzione – Sollevata questione di legittimità costituzionale – Principio di autoresponsabilità – Vulnus principio di legalità** (Cost., artt. 2, 3, 13, 25, 27, 41, L. 75/58, art. 3, comma 1, nn. 4 e 8)

*È rilevante, e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dei delitti di reclutamento e di favoreggiamento di chi, per libera scelta, esercita la prostituzione, per contrasto con il diritto alla libertà di autodeterminazione in materia sessuale, alla libertà di iniziativa economica, nonché con il principio di offensività e di determinatezza delle norme penali*

CORTE D'APPELLO DI BARI, SEZIONE TERZA, ord. 6 febbraio 2018 – DE CILLIS, *Presidente* – BLATTMANN D'AMELJ, *Estensore* – TARANTINI *et al.* ricorrenti.

**I testi integrali delle sentenze Corte d'Assise di Milano, ord. 14 febbraio 2018 e Corte d'Appello di Bari, sezione terza, ord. 6 febbraio 2018 sono accessibili sul sito della rivista.**

L'autoresponsabilità quale argine costituzionale a peculiari forme di paternalismo penale: i casi Cappato e Tarantini

**ADELMO MANNA, PIERLUIGI GUERCIA\***

\* Gli autori condividono integralmente l'intera opera. Tuttavia, i §§ 1, 4 e 6 sono da attribuire ad Adelmo Manna ed i restanti a Pierluigi Guercia.

SOMMARIO: 1. Introduzione. La *ratio* giustificante una trattazione congiunta. – 2. La controversa ricostruzione ermeneutica dell'aiuto al suicidio. – 3. Il progressivo ampliamento delle maglie del "diritto a morire": dalla giurisprudenza della Corte EDU alla legge n. 219/2017. – 4. Il "nucleo" dell'ordinanza Cappato: le violazioni costituzionali dell'art. 580 c.p. – 5. La proposizione, *mutatis mutandis*, di affini percorsi argomentativi ad opera dei giudici di Bari. – 6. Reclutamento e favoreggiamento "all'esame" del principio di legalità.

## 1. Introduzione. La *ratio* giustificante una trattazione congiunta.

Nonostante l'apparente divaricazione delle questioni affrontate all'interno delle due pronunce in commento, l'aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) da un lato, il reclutamento ed il favoreggiamento della prostituzione (art. 3, comma primo, nn. 4 e 8 della l. n. 75 del 1958) dall'altro, reputiamo come assolutamente impellente una trattazione congiunta delle pronunce medesime, incardinandola sulla "contiguità"<sup>1</sup> che complessivamente caratterizza il comparto argomentativo delle due Corti. La predetta contiguità incontra, come avremo modo di evidenziare *funditus* nel corso della nostra analisi, quale imprescindibile *trait d'union* la riconfigurazione del bene giuridico tutelato, da identificare integralmente con la libertà di autodeterminazione del singolo. La sollevata questione di legittimità costituzionale, difatti, ha trovato origine in entrambe le decisioni dalla constatazione dell'ineliminabile *vulnus* al principio personalistico consacrato nell'art. 2 della Costituzione, dalla cui prioritaria rilevanza promana la pretesa di illegittimità costituzionale di fattispecie che puniscono condotte di agevolazione indirizzate in favore di chi abbia espresso una libera determinazione, rivolta tanto al suicidio quanto all'esercizio della prostituzione, come tali radicalmente sprovviste del profilo di offensività. In tale *humus* concettuale, emerge limpidamente come il principio di autoresponsabilità si ponga quale argine rispetto alla conservazione di talune tradizionali forme di "*paternalismo penale*"<sup>2</sup>, prefigurate in chia-

<sup>1</sup> In questi termini, MASSARO, *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018, 23 ss., secondo la quale: «Le tematiche relative alle scelte di fine vita e quelle che attengono al libero esercizio della prostituzione si trovano spesso accostate quando si discute della possibile costituzionalità di scelte di criminalizzazione rispondenti, ad avviso di taluno, più a logiche paternalistiche che a effettive esigenze di tutela».

<sup>2</sup> In relazione al paternalismo penale, impossibile prescindere dal richiamo a FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, III, *Harm to Self*, Oxford, 1984-1988, 12 ss., il quale valorizzando l'*harm principle* e la regola per cui *volenti non fit iniuria*, giunge a censurare qualsivoglia forma di *hard paternalism*, che configuri la pretesa di limitare volontarie e consapevoli scelte assunte dal soggetto. In argomento, cfr. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, in *Arch. pen. web*, 2013, 3, 12, il quale rileva limpidamente che: «Una possibile obiezione è che il principio del danno ad altri, preso alla lettera, risulti eccessivamente selettivo nel determinare l'area del penalmente rilevante, dal momento che non sempre sono ravvisabili incriminazioni che producono danni a terzi. Questo, è, però, il vero elemento di novità nella speculazione di Feinberg ed è l'elemento progressista che certamente deve essere mantenuto fermo, dal momento che per il penalista è utile soltanto il principio dell'*Harm to others*, cioè dell'effettivo danno a terzi, che risulta l'unico criterio distintivo, sia per la sua efficacia euristica, che per la sua giustiziabilità, tra ciò che può assumere penale rilevanza e ciò che, invece, può giustificare solo forme di tutela meno intensa». Ulteriori preziose riflessioni sul tema si rinvengono in PULITANO, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli,



ve di “*paternalismo fisico*” per quanto attiene all’ambito materiale dell’aiuto al suicidio e, viceversa, come esplicazione di “*paternalismo morale*” in relazione al versante sessuale<sup>3</sup>. Conseguentemente, la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ha come obiettivo precipuo quello di sovvertire gli anacronistici strascichi di un “*diritto penale ancilla della morale*”<sup>4</sup>, imperniato sull’indiscussa preminenza di interessi superindividuali, rimessi alla incontestabile volontà divina o statale, in luogo di una compiuta affermazione di prioritarie istanze di carattere individuale, liberamente e consapevolmente determinatesi. I processi argomentativi finalizzati al perseguimento del suddetto traguardo, confluiti indifferentemente nelle due ordinanze, rappresentano specifico oggetto delle nostre riflessioni.

## 2. La controversa ricostruzione ermeneutica dell’aiuto al suicidio.

L’architettura concettuale della Corte d’Assise di Milano si dipana dalle considerazioni afferenti alla controversa ricostruzione ermeneutica dell’art. 580 c.p. nel suo complesso, condizionata *ab origine* da un’individuazione, ancora di stringente attualità nelle pronunce della giurisprudenza di legittimità, del suicidio quale «*scelta moralmente non condivisibile, non giustificabile ed avversata dalla stragrande maggioranza dei consociati, a prescindere dalle loro convinzioni religiose e politiche, siccome contraria al comune modo di sentire [...]*»<sup>5</sup>, in base alla quale l’intima *ratio* della norma dovrebbe confluire nella tutela “del bene supremo della vita”, prescindendo completamente dalle deliberazioni del suo titolare: a dir poco lampanti le incrostazioni prefiguranti un “diritto penale ancilla della morale”, poc’anzi richiamate. I giudici milanesi orientano, più nel dettaglio, le proprie prospettazioni in direzione avversativa rispetto alla soluzione interpretativa che attiene alle ipotesi di aiuto al suicidio, fornita dalla Corte di

---

2011, 520 ss.; nonché in SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1210 ss., il quale evidenzia come la prospettiva paternalistica abbia per scopo specifico quello di frenare l’individuo dal cagionare danno a se stesso, limitando la libertà del singolo attraverso il richiamo alla protezione di quest’ultimo come unico fine dell’azione legislativa.

<sup>3</sup> In merito alla suddistinzione tra paternalismo fisico e morale, imprescindibile il richiamo a CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, 223 ss.; nonché ID., *L’incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018, 3, 184 ss.

<sup>4</sup> Sul punto, cfr. MANNA, *Il caso Cappato e il caso Tarantini alla luce del principio di autoresponsabilità (di cui all’art. 2 Cost.)*, in *IV° Open Day U.C.P.I.* dal titolo “70 anni di (sana e robusta?) Costituzione”, Rimini, 8-9 giugno 2018. *Work shop* tematico dell’Osservatorio sulla Corte Costituzionale, in *Unione Camere Penali Italiane, Osservatorio Corte Costituzionale, IV Open day UCPI*, Rimini, 8/9 giugno 2018, 1 ss.; qui per buona parte riprodotta. In tale pregevole relazione, l’A. ha evidenziato, con specifico riferimento alla tematica dell’aiuto al suicidio, come la rilevanza penale delle condotte agevolatrici al suicidio promani da una criticabile configurazione ideologica, moralmente e, soprattutto, religiosamente orientata, del suicidio quale atto riprovevole, prefigurante appunto una concezione del diritto penale quale ancilla della morale, in base alla quale lo stesso diritto penale finisce per dipendere dalle dominanti concezioni morali e religiose.

<sup>5</sup> In questi termini, Cass., Sez. I, 9 maggio 2013, n. 33244, in *Cass. pen.*, 2014, 5, 1787.

cassazione<sup>6</sup> e sostenuta dal c.d. “*diritto vivente*”<sup>7</sup>, la quale ne individua una nozione estremamente ampia, ricomprendendovi qualsiasi forma di aiuto o di agevolazione di altri soggetti relativamente al proposito suicida, realizzabile secondo le modalità più disparate, escludendo rilevanza alcuna all’influenza esercitata nel processo formativo della volontà di togliersi la vita. Rilevata l’indiscriminata vastità della predetta configurazione ermeneutica, passibile, come rileveremo con maggior profusione in seguito<sup>8</sup>, di censure di incostituzionalità per violazione del principio di offensività, la stessa Corte d’Assise appare rivolgere lo sguardo ad una ricostruzione dell’aiuto al suicidio, emersa altresì di recente nella giurisprudenza di merito<sup>9</sup>, tesa a conferire penale rilevanza esclusivamente ai contributi di carattere materiale che incidano direttamente e funzionalmente sul momento esecutivo<sup>10</sup> dell’atto anticonservativo, in quanto manifestante una latente criticità riscontrabile nella punizione di condotte assolutamente indifferenti rispetto ad una volontà liberamente e scientemente deliberatasi.

<sup>6</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 6 febbraio 1998, Munaò, in *Cass. pen.*, 3/1999, 871 ss., con nota di BISACCI, *Brevi considerazioni in margine ad un episodio di doppio suicidio con sopravvivenza di uno dei soggetti*. In tale sentenza, la Suprema Corte, perviene alla considerazione in base alla quale la scelta operata dal legislatore, con l’art. 580 c.p., di differenziare tre forme realizzative della condotta penalmente illecita, esprima chiaramente l’intento di «punire sia la condotta di chi determini altri al suicidio o ne rafforzi il proposito, sia qualsiasi forma di aiuto o di agevolazione di altri del proposito di togliersi la vita, agevolazione che può realizzarsi in qualsiasi modo: ad esempio, fornendo i mezzi per il suicidio, offrendo informazioni sull’uso degli stessi, rimuovendo ostacoli o difficoltà che si frappongono alla realizzazione del proposito ecc, o anche omettendo di intervenire, qualora si abbia l’obbligo di impedire l’evento. L’ipotesi della agevolazione al suicidio prescinde totalmente dall’esistenza di qualsiasi intenzione, manifesta o latente, di suscitare o rafforzare il proposito suicida altrui.[...] Perché si realizzi l’agevolazione sanzionata dalla norma “è sufficiente che l’agente abbia posto in essere, volontariamente e consapevolmente, un qualsiasi comportamento che abbia reso più agevole la realizzazione del suicidio”. Importante sottolineare come la pronuncia del giudice di legittimità fosse intervenuta per contrastare le conclusioni confluite in Ass. Messina, 10 giugno 1997, in *Giur. merito*, 1998, 731 ss., con nota di FELICI, *Doppio suicidio: omicidio del consenziente o aiuto al suicidio?*, in base alle quali: «una interpretazione delle norme conforme a Costituzione impone di circoscrivere le condotte punibili a quelle nelle quali l’aiuto abbia esercitato un’ apprezzabile influenza nel processo formativo della volontà della vittima, che ha trovato nella collaborazione dell’estraneo incentivo e stimolo a togliersi la vita».

<sup>7</sup> Così, letteralmente, Ass. Milano, 14 febbraio 2018, Cappato, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018, 4, con nota di FORCONI, *La Corte d’Assise di Milano nel caso Cappato: sollevata questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p.*

<sup>8</sup> V. par. 4.

<sup>9</sup> Cfr. Trib. Vicenza, 2 marzo 2016, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2017, 308 ss., con nota di SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*. In particolare, la suddetta sentenza, ha precisato come la condotta tipica di aiuto al suicidio, ex art. 580 c.p., debba più precisamente circoscriversi in quella di “agevolazione dell’esecuzione del suicidio”, rintracciabile solo in contegni che si connettano direttamente e strumentalmente all’attuazione materiale del suicidio e che prefigurino comunque condizioni di facilitazione dell’atto suicida.

<sup>10</sup> Sul punto, cfr. MASSARO, *Il “caso Cappato” di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio?*, cit., 21 ss., la quale si mostra favorevolmente orientata nei riguardi di una soluzione che, per via interpretativa, restringa la nozione del concetto di aiuto al suicidio a quelle condotte che in qualche modo incidono sulla fase esecutiva, rilevando come nonostante «le evidenti difficoltà che deriverebbero dalla distinzione tra la fase meramente preparatoria e quella strettamente esecutiva del suicidio, [...] La lettura restrittiva, nondimeno, avrebbe il pregio di assicurare una lettura della fattispecie più conforme ai principi di determinatezza e di offensività». In senso diametralmente contrario, cfr. OMODEI, *L’istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell’art. 580 c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, fasc. 10/2017, 147, il quale rileva che: «Se risulta infatti pregevole lo sforzo di individuare una chiave di lettura della fattispecie astratta costituzionalmente (e convenzionalmente) orientata, non si può negare che la dicitura della legge sia talmente ampia da non consentire all’interprete di escludere dal campo dell’agevolazione i contributi volontari consapevolmente indirizzati alla realizzazione del suicidio. La limitazione del penalmente rilevante ai soli contributi attinenti alla fase esecutiva rischia quindi di risultare arbitraria e contraria alla lettera della legge. Ciò è ancor più vero se si considerano le problematiche attinenti all’individuazione dell’inizio della fase esecutiva, e quindi all’ardua differenziazione tra atti preparatori, incapaci di aggredire il bene protetto, ed atti esecutivi». Ugualmente critico si mostra F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *Giust. pen.*, 2017, II, 38 ss., secondo il quale, più che ad un’interpretazione restrittiva, si addiverrebbe in tal modo ad un’interpretazione abrogativa.

Rivolgendo la lente d'osservazione a quella che risulta essere la conformazione dell'art. 580 c.p., contemplante, alternativamente, le condotte di istigazione, a sua volta articolate nella determinazione, riferibile ai contegni che incidano sul piano dell'insorgenza di un proposito suicida prima inesistente, ed al rafforzamento, declinato quale irrobustimento di un'intenzione già presente nell'individuo, o di aiuto al suicidio, in termini di agevolazione nell'esecuzione prescindente dalle modalità, si pone di palmare rilevanza l'enucleazione di considerazioni avanzate da autorevole dottrina<sup>11</sup>, aventi ad oggetto riserve di costituzionalità delle medesime condotte. In *medias res*, la tesi, finemente argomentata, prefigura rilevanti riserve di natura costituzionale, afferenti tanto alle fattispecie di istigazione, quanto a quelle di aiuto al suicidio, in quanto accomunate dalla medesima strutturazione quali forme speciali di concorso rispetto ad un atto, il suicidio, che non può non considerarsi lecito<sup>12</sup> all'interno del nostro ordinamento che, difatti, non lo considera punibile neppure a livello di tentativo. Le presenti riflessioni, assolutamente condivisibili in linea astratta, pur tuttavia incontrano l'obiezione formulata da altrettanto attenta dottrina<sup>13</sup> in quanto rischiano soprattutto di accantonare un'obiettivo differenza sussistente tra istigazione ed aiuto al suicidio laddove, mentre l'istigazione sicuramente incide sull'autoresponsabilità, quantomeno intensificando il proposito suicidario, al contrario l'aiuto al suicidio non produce alcun tipo di effetto sulle determinazioni assunte con piena libertà e consapevolezza. Da ciò può evincersi, conseguentemente, come sia appunto la fattispecie di aiuto al suicidio a porsi in aperto contrasto con il cardinale principio personalistico, rinvenibile *ex art. 2 Cost.* Nel caso in commento, è bene evidenziarlo in questa sede, l'ordinanza di remissione ha radicalmente escluso, così contrapponendosi alla conformazione del capo d'imputazione, che le condotte poste in essere dall'imputato potessero essere ricomprese nel quadro di un rafforzamento della decisione suicidaria<sup>14</sup>, resistendo unicamente il contegno agevolatore di carattere materiale, rappresentato dall'accompagnamento con l'automobile, presso la sede estera della clinica, per l'effettivo compimento del suicidio. Pertanto non può omettersi, incidentalmente, di rilevare la criticità connessa all'imputazione in punto di effettiva sussistenza del nesso

<sup>11</sup> Cfr. RAMACCI, *Statuto giuridico del medico e garanzie del malato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, III, 1707 ss; nonché GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 79 ss.

<sup>12</sup> In argomento, cfr. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 677, il quale considera il suicidio un atto lecito *tout court*, in quanto estrema manifestazione della personalità morale dell'uomo e quindi della sua libertà.

<sup>13</sup> In tal senso, MANNA, *Il caso Cappato e il caso Tarantini alla luce del principio di autoresponsabilità (di cui all'art. 2 Cost.)*, cit.

<sup>14</sup> Cfr. Ass. Milano, 14 febbraio 2018, Cappato, cit., 3, che sottolinea come i contatti tra il Cappato e l'Antoniani cominciarono a svilupparsi in un momento successivo alla deliberazione di quest'ultimo di porre fine alla propria vita, deliberazione altresì assunta in piena autonomia, con il costante sostegno dei suoi cari e dopo aver verificato con numerosi consulti medici l'impossibilità di cura della sua malattia. A ciò deve aggiungersi che il Cappato in alcun modo condizionò o influenzò la decisione dell'Antoniani di recarsi in Svizzera per realizzare il proposito suicida, attraverso le modalità consentite in quello Stato, avendo al contrario prospettato la possibilità di farlo in Italia mediante l'interruzione delle terapie che lo tenevano in vita ed accertandosi fino all'ultimo della persistente volontà dello stesso. Da tali complessive considerazioni, deve quindi concludersi che la condotta di Marco Cappato non ha inciso sul processo deliberativo di Fabiano Antoniani in relazione alla decisione suicida, dovendo pertanto assolversi l'imputato dall'addebito di averne rafforzato il proposito.

di derivazione funzionale, laddove l'attività concretamente posta in essere dall'imputato sembra presentare indubitabili contorni di fungibilità<sup>15</sup>.

### 3. Il progressivo ampliamento delle maglie del "diritto a morire": dalla giurisprudenza della Corte EDU alla legge n. 219/2017.

L'incedere argomentativo dei giudici meneghini conduce alla ricostruzione del percorso evolutivo, scandito attraverso posizioni di progressivo ampliamento delle maglie del "diritto a morire", registratosi all'interno delle decisioni della Corte EDU. Imprescindibile punto di partenza, per le tematiche che qui ci impegnano, è rappresentato dalla pronuncia Pretty c. Regno Unito<sup>16</sup> del 2002: in tale circostanza, la Corte di Strasburgo aveva assunto un orientamento di ermetica chiusura in relazione ad un possibile riconoscimento del diritto di libera determinazione circa l'interruzione della propria esistenza, poiché ritenuto in aperto contrasto con l'art. 2 C.E.D.U., il quale non avrebbe potuto generare «*un diritto all'autodeterminazione nel senso che darebbe ad ogni individuo il diritto di scegliere la morte piuttosto che la vita*». Inoltre, nel medesimo solco concettuale, veniva rimarcato come il diritto di ciascun individuo di fronte ad arbitrarie ingerenze delle autorità pubbliche, garantito ex art. 8 C.E.D.U., dovesse immancabilmente prestarsi ad un bilanciamento con il diritto alla vita, esprimendo la Corte la necessità di tutelare prioritariamente le persone più deboli e vulnerabili; tale *ratio*, fondante la predetta decisione, potrebbe già intendersi quale implicita divaricazione di spazi autodeterminativi a vantaggio di quei soggetti che non abbisognino di peculiari contegni protettivi<sup>17</sup>. La dimensione progressista della

<sup>15</sup> In argomento, cfr. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte Costituzionale nel caso Cappato*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2018, 28, il quale sottolinea che: «Sembra allora possibile una interpretazione del concetto di agevolazione che, senza procedere sulla sottile linea di confine tra atti preparatori ed atti esecutivi del suicidio, valorizzi il valore meramente solidaristico di condotte estranee alla sfera di formazione della volontà suicidaria e non costituenti antecedente causale necessario del suicidio (in tal senso "fungibili"), quali il mero accompagnamento o l'informazione all'aspirante suicida della clinica estera presso la quale è possibile praticare il gesto finale»; nonché, seppur con riguardo ad altro caso contraddistinto da molteplici analogie, cfr. SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*, cit., *passim.*, la quale aderisce alla soluzione della fungibilità, evidenziando come l'art. 580 c.p. non si riferisca all'agevolazione *tout court*, evocando l'essenziale necessità che essa riguardi l'atto di esecuzione del suicidio, in modo tale da evitare imbarazzanti ed anche discutibili derive interpretative, inevitabili ove si pretenda di applicare il divieto penale a qualsiasi comportamento, anche abbondantemente pregresso, che sia sul piano materiale inserito nell'*iter* delle modalità seguite dall'aspirante suicida nell'organizzazione delle varie fasi della procedura. In senso difforme, cfr. F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, cit., *passim.*, il quale rileva come l'accompagnamento in auto costituisca la "*condicio sine qua non*" per la realizzazione nella sede prescelta del suicidio assistito, e la fungibilità del trasporto si configuri, di conseguenza, quale "mero sofisma" capace esclusivamente di spostare il problema della responsabilità, che verrebbe a riproporsi rispetto ad altro trasportatore inconsapevole.

<sup>16</sup> Corte EDU, Sez. IV, 29 aprile 2002, Pretty v. Regno Unito, in [budoc.echr.coe.int](http://budoc.echr.coe.int). Il caso atteneva alla decisione di Diane Pretty, paralizzata e sofferente a causa di una malattia degenerativa incurabile (SLA), di porre fine alla propria vita mediante la somministrazione di una sostanza letale, a cui avrebbe provveduto il proprio marito. La donna, avendo ricevuto diniego dalla Procura inglese rispetto all'ottenimento di una dichiarazione con cui la magistratura si fosse impegnata a non procedere nei confronti del marito, decise di rivolgersi alla Corte EDU. I giudici di Strasburgo ritennero tuttavia infondato il ricorso, in quanto non risultava violata alcuna norma della Convenzione.

<sup>17</sup> Sul punto, cfr. Ass. Milano, 14 febbraio 2018, Cappato, cit., 10.

Corte EDU ha, però, manifestato contorni contrassegnati da maggiore nitidezza in due sentenze successive: con la prima, Haas c. Svizzera<sup>18</sup>, si delinea già chiaramente il diritto individuale, sorretto da libertà autodeterminativa e capacità di discernimento, di poter decidere i mezzi ed il tempo in cui poter terminare la propria vita, inteso quale specifica applicazione del diritto al rispetto della vita privata (art. 8), seppur ancora ristretto entro l'obbligo di protezione dell'imprescindibile diritto alla vita, posto in capo agli Stati, con riferimento specifico alle situazioni contrassegnate da imponente vulnerabilità. Tuttavia, è con la pronuncia Gross c. Svizzera<sup>19</sup>, che viene portato a definitivo compimento il processo di riconoscimento del «*diritto di un individuo di decidere il mezzo ed il momento in cui la vita debba finire*», ancora intimamente connesso al rispetto della vita privata. Non appare, difatti, controvertibile il rilievo in base al quale possiamo ormai classificare come pregnante il riconoscimento, operato dalla Corte di Strasburgo, di un diritto a morire<sup>20</sup>. Nel medesimo solco ideologico, come rettamente riconosciuto dalla Corte d'Assise

<sup>18</sup> Corte EDU, Sez. I, 20 gennaio 2011, Haas v. Svizzera, in *budoc.echr.coe.int*. La pronuncia aveva ad oggetto un caso in cui il ricorrente, Ernst Haas, affetto da gravi problemi di bipolarismo ed intenzionato a suicidarsi, aveva lamentato la violazione della C.E.D.U. da parte della normativa svizzera la quale, pur prevedendo la possibilità di suicidio assistito, subordinava l'ottenimento della sostanza letale ad una prescrizione medica rilasciata a seguito di un esame psichiatrico approfondito. La Corte propose per l'infondatezza del ricorso, argomentando come la previsione della prescrizione medica per il rilascio di un farmaco letale risultasse assolutamente conforme al dovere di protezione delle persone, gravante sugli Stati, in relazione all'art. 2 C.E.D.U. Su tale decisione, importanti le riflessioni di COLELLA, *La Corte EDU si interroga sulla possibilità che dall'art. 8 CEDU discenda il diritto ad un suicidio dignitoso*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011, *passim*.

<sup>19</sup> Corte EDU, Sez. II, 14 maggio 2013, Gross v. Svizzera, in *budoc.echr.coe.int*. Il caso affrontato e risolto dalla Corte riguardava un'anziana donna, Alda Gross, la quale pur non risultando affetta da alcuna patologia, aveva manifestato la volontà di ottenere una dose letale di farmaci, mediante prescrizione, per poter porre fine alla propria esistenza. La predetta richiesta venne rigettata dalle autorità svizzere, in quanto ritenuta non corroborata dalla sussistenza di una malattia terminale in grado di giustificare la prescrizione. La Corte EDU decise per la fondatezza del ricorso della donna, evidenziando come la legge svizzera, pur offrendo la possibilità di ottenere una dose di *pentobarbital* su prescrizione medica, non risultava provvista delle necessarie *guidelines* che potessero assicurare chiarezza in ordine all'estensibilità di tale diritto. In merito a tale decisione, cfr. PARODI, *Una Corte divisa su una materia divisa: una pronuncia di Strasburgo in materia di suicidio assistito*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013, *passim*; nonché FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte Costituzionale nel caso Cappato*, cit., 24, secondo il quale «Per la Corte, quindi, il diritto al suicidio può essere riconosciuto ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, quale corollario del diritto al rispetto della vita privata, ma la necessità di un suo bilanciamento con il diritto alla vita previsto dall'art. 2 richiede l'individuazione di una disciplina idonea a «salvaguardare la vita, proteggendo le persone deboli e vulnerabili, specialmente quelle che non sono in grado di adottare decisioni con cognizione di causa da atti volti a porre fine all'esistenza o aiutare a morire» (caso Pretty), prevedendo altresì «delle esaustive e chiare linee guida» (caso Gross) per regolare il diritto al suicidio in ogni suo aspetto».

<sup>20</sup> In questo senso, cfr. MANNA, «*Il caso Cappato e il caso Tarantini alla luce del principio di autoresponsabilità (di cui all'art. 2 Cost.)*», cit. Sul medesimo tema, maggiori perplessità possono cogliersi in MASSARO, *Il «caso Cappato» di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, cit., 12 ss., secondo la quale «Sebbene il giudice *a quo* mostri di valorizzare ampiamente le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, non sembra che alle stesse possa attribuirsi una valenza decisiva. L'atteggiamento complessivo della Corte EDU in riferimento a tematiche «eticamente sensibili», in effetti, sembra quello di «rispettare» le scelte dei singoli ordinamenti nazionali attraverso la «clausola del margine di apprezzamento». Per ciò che attiene al suicidio assistito, si sta affermando l'idea per cui l'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) comporti anche il diritto del singolo di decidere il mezzo e il momento in cui la propria vita debba terminare, senza intromissione alcuna da parte delle pubbliche autorità: lo stesso art. 8 CEDU, almeno a certe condizioni, consente però allo Stato di considerare «illecite» forme di aiuto esterno rispetto a tale deliberazione». Queste premesse conducono l'A. verso una conclusione in base alla quale, anche la stessa sentenza Gross c. Svizzera, «lungi dal riconoscere la sussistenza di un vero e proprio diritto al suicidio, [...] richiede che, negli ordinamenti che abbiano optato per una disciplina del suicidio assistito, le condizioni che regolano la procedura siano chiaramente espresse dal legislatore. Si tratta di considerazioni che, altrimenti detto, non possono estendersi automaticamente a quegli Stati che, esercitando il proprio legittimo «margine di apprezzamento», abbiano optato per una illiceità delle pratiche in questione».

di Milano, devono altresì collocarsi gli approdi confluiti nella disciplina di cui alla legge 219/2017, recante “*norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*”; difatti, se da un lato è incontestabile l’orientamento di chiusura nei confronti del “suicidio assistito” preservato dal legislatore nostrano, dall’altro non può mancarsi di accentuare l’introduzione, disciplinata *ex art. 2, comma 2*, della possibilità per il medico, nelle circostanze in cui si riscontrino sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, e con il consenso del paziente, di “accompagnare” il soggetto verso la morte ricorrendo alla *sedazione palliativa profonda continua*, in associazione con la *terapia del dolore*. Deve a ciò aggiungersi l’astensione, imposta al medico, da un’irragionevole ostinazione nelle cure e dal ricorso a trattamenti sproporzionati e privi di alcuna utilità, in tutte le ipotesi in cui le condizioni del paziente si mostrino particolarmente prossime alla morte. Una tale conformazione legislativa disvela un atteggiamento di più consistente apertura nei confronti del diritto di ciascuna persona di poter definire il contesto temporale e modale in cui porre fine alla propria esistenza, divenendo oramai irrefutabile l’osservazione secondo la quale «*Il fatto che non sia possibile sindacare le ragioni per cui una persona addiuvine a questa scelta, è chiaro riconoscimento dei principi stabiliti dagli artt. 2 e 13 della Costituzione, in forza dei quali la libertà di ogni persona a disporre della propria vita non può essere limitata per fini eteronomi*»<sup>21</sup>.

Le riflessioni fin qui svolte, spalancano altresì le porte ad un delicatissimo orizzonte tematico, afferente all’eventualità di poter compiutamente configurare la sussistenza di un vero e proprio “*diritto*” a morire. Sul punto, pur rivolgendo la massima attenzione nei confronti di una declinazione in termini di “*libertà*”<sup>22</sup> di morire, da intendersi quale conseguenza negativa della mancata sottoposizione a trattamenti terapeutici, ci sentiamo, tuttavia, di poter condividere l’autorevole prospettiva ideologica che reclama una derivazione costituzionale del presente diritto, rinvenibile *ex art. 32 Cost.*, il quale, incardinando prioritariamente la salute come diritto individuale e, solo in via subordinata, quale interesse della collettività, e, ancor di più, ricollegando l’obbligatorietà di trattamenti sanitari ad una riserva di legge, intesa solo in relazione a malattie diffuse, pare segnare la strada al

<sup>21</sup> Così, condivisibilmente, Ass. Milano, 14 febbraio 2018, Cappato, cit., 13.

<sup>22</sup> In tal senso, cfr. PARUZZO, *Processo Cappato, tra diritto di morire e reato di aiuto al suicidio: la questione è rimessa alla Corte Costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 2018, *passim.*, il quale, con peculiare riferimento alla legge 219/2017, argomenta come la novella legislativa «non chiama in causa il diritto di morire, ma la libertà (di fatto) di morire come conseguenza negativa del non sottoporsi a trattamenti terapeutici»; nonché, con accezione terminologica afferente al diritto al suicidio, OMODEI, *L’istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell’art. 580 c.p.*, cit., 151 ss. L’A. sottolinea che: «Lo stato dell’arte della nostra legislazione, infatti, riletta alla luce della lente di cui all’art. 32 Cost., non permette di desumere dal diritto a non subire trattamenti sanitari contrari alla propria volontà un problematico diritto al suicidio; [...] Pur quindi risultando coerenti con l’ordinamento le condotte di disponibilità indiretta del bene vita, per il tramite della facoltà di rifiutare qualsiasi trattamento medico, non può dalle stesse logicamente desumersi la rilevanza di diritto delle condotte di disponibilità diretta del medesimo bene, dovendosi concludere infine per l’impossibilità di fondare un vero e proprio diritto al suicidio sul diritto al rifiuto di cure», approdando, altresì, alla considerazione in base alla quale «si potrebbe qualificare l’atto autolesionista alla stregua di una mera libertà, ossia di una posizione di liceità giuridica non sorretta, tuttavia, da corrispondenti pretese di non-impedimento [...]».

riconoscimento del diritto a non curarsi, comprensivo del *diritto* a morire<sup>23</sup>. Tale approdo, peraltro, sembra essere ulteriormente corroborato proprio dalle spinte aperturiste, appena richiamate, in seno tanto alla Corte EDU, quanto da parte del nostro legislatore.

#### 4. Il “nucleo” dell’ordinanza Cappato: le violazioni costituzionali dell’art. 580 c.p.

Giunti al presente livello di avanzamento nella disamina, non appare più procrastinabile una compiuta ricognizione dei profili di illegittimità costituzionale che, secondo la complessiva dimensione contenutistica dell’ordinanza di rimessione della Corte meneghina, irrimediabilmente affliggono la formulazione dell’art. 580 c.p., con particolare accentuazione sulla fattispecie di aiuto al suicidio. Assoluta centralità, negli sforzi ricostruttivi dei giudici milanesi, viene riservata alla corretta individuazione del bene giuridico tutelato dalla disposizione codicistica, rimarcando vigorosamente la trasmutazione da una concezione spiccatamente “clerico-fascista”, – per utilizzare una terminologia di accentuata polemicità, utilizzata soprattutto negli anni ’60-’70 dello scorso secolo – imperniata su di un’immutabile dimensione di sacralità ed indisponibilità della vita umana in relazione ai preminenti obblighi di ciascun individuo, verso una dimensione “costituzionalmente orientata” del medesimo diritto alla vita, principalmente desumibile dal combinato disposto degli artt. 2 e 13 della Carta costituzionale. La cardinale rilevanza dell’affermazione del principio personalistico, attraverso la quale si perfeziona la prioritaria considerazione delle libere opzioni autodeterminative, si propone quale manifesto di una differente concezione della vita, diametralmente svincolata rispetto ad incisioni provenienti da fini eteronomi rispetto al suo titolare, cui deve ulteriormente assommarsi l’inviolabile garanzia della libertà personale nei riguardi di indebite ingerenze dello Stato.

Poste tali solide fondamenta, diviene impellente un mutamento prospettico nella ricostruzione del bene giuridico tutelato dall’art. 580 c.p., che possa incentrare il fuoco protettivo sulla libertà di autodeterminazione<sup>24</sup> del singolo. Il condivisibile percorso espositivo

<sup>23</sup> In questi termini, MANNA, *Omicidio del consenziente ed istigazione od aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in *Reati contro la persona*, a cura di Id., Torino, 2007, 202 ss.; nonché VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e attivismo giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1601 ss. Ancora, in senso conforme, prezioso il rinvio a DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2017, 14. L'A., con riferimento ai celebri casi Welby ed Englaro, rileva: «Per quanto in Italia non sia stato adeguatamente rilevato, il caso Welby e il caso Englaro non sono due esempi del diritto a un aiuto nel morire, ma del diritto di morire. Se è consentito rifiutare trattamenti salvavita in corso di esecuzione (caso Welby), e ciò senza alcun obbligo di motivare il rifiuto, si possiede già il diritto di morire grazie all'aiuto di un medico. Non consiste ciò nel *right to die*, nel diritto alla morte?». In chiave decisamente antitetica, cfr. AMATO, *Eutanasie: il diritto di fronte alla fine della vita*, Torino, 2015, 107 ss.

<sup>24</sup> In senso critico, cfr. MASSARO, *Il “caso Cappato” di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio?*, cit., 18, la quale evidenzia come: «Le argomentazioni portate al riguardo dalla Corte di Assise di Milano propongono di spostare integralmente il fuoco di tutela dell’art. 580 c.p. sulla libertà di autodeterminazione del soggetto. L'impressione, tuttavia, è quella per cui in questo modo la Corte costituzionale invaderebbe il campo di azione riservato al legislatore, *a fortiori* dopo la scelta effettuata con la legge del 2017. A ciò si aggiunga che un intervento sull’art. 580 c.p., che, [...] non distingue tra le “cause” del suicidio, determinerebbe una riscrittura della fattispecie ben oltre l’ambito applicativo delle pratiche di fine vita».

conduce, quale sua naturale destinazione, alla proposizione di una questione di legittimità costituzionale in rapporto a quelle condotte di agevolazione meramente materiale, che in alcun modo abbiano alterato il tragitto psichico prefigurato dal soggetto passivo, ponendosi in chiave eminentemente strumentale rispetto ad una deliberazione intrisa di crismi di autoresponsabilità<sup>25</sup>.

Questione di chiusura, ma non per questo di minore importanza, è quella relativa alla radicale differenziazione che contraddistingue le condotte di aiuto rispetto a quelle istigatrici al suicidio, non corroborata da un'eguale divaricazione di carattere sanzionatorio<sup>26</sup>: in merito, l'ordinanza in commento, riconosce la violazione degli artt. 3, 13, 25, comma 2 e 27, comma 3, Cost. sul precipuo presupposto in base al quale la mancata distinzione fra le condotte, nonostante l'incontrovertibile maggiore incisività dell'istigazione rispetto a meri contegni agevolatori, configuri un sicuro *vulnus* ai canoni di ragionevolezza, offensività e proporzione della pena.

Traendo riassuntivamente le fila della nostra esposizione, non può mancarsi di constatare il ruolo di attore principale giocato dal principio di autoresponsabilità<sup>27</sup>. Il medesimo principio, si pone quale ideale ponte di collegamento rispetto alla pronuncia della Corte d'Appello di Bari in tema di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione.

## 5. La proposizione, *mutatis mutandis*, di affini percorsi argomentativi ad opera dei giudici di Bari.

Nell'approcciare alla trattazione delle argomentazioni confluite nell'ordinanza di rimessione della Corte d'Appello di Bari, non può omettersi l'accentuazione delle molteplici affinità argomentative registrabili rispetto all'ordinanza Cappato, seppur inevitabilmente parametricate al contesto materiale del libero esercizio della prostituzione. In *primis*, l'*iter* ricostruttivo dei giudici baresi muove dalla preliminare considerazione afferente al contesto storico-sociale di emersione della legge 75/1958 (c.d. Legge Merlin), contrassegnato da un accostamento al fenomeno prostituivo intriso di maggiore unitarietà<sup>28</sup>, dal

<sup>25</sup> In tema di autoresponsabilità, con particolare riferimento alle ipotesi di eutanasia attiva consensuale, pregevoli argomentazioni sono rinvenibili in FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009, V, 227, il quale rileva come l'ordinamento «escludendo che la volontà del singolo interessato possa valere a rendere lecita la condotta del terzo che determina o agevola la morte su richiesta, muove dal presupposto che la salvaguardia della vita sia appunto un valore meritevole di essere affermato in ogni caso, anche a dispetto del punto di vista contrario di chi non vorrebbe più continuare a vivere», venendosi così inevitabilmente a configurare «una posizione paternalistica [...] perché sceglie d'autorità ciò che è bene, o comunque preferibile per la società e per gli individui, prescindendo del tutto da dare rilievo alla prospettiva dell'autodeterminazione personale dei singoli».

<sup>26</sup> In argomento, cfr. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte Costituzionale nel caso Cappato*, cit., 28, il quale sottolinea che: «Ad ogni buon conto, l'auspicata riforma dell'art. 580 c.p. nella fattispecie agevolativa appare indispensabile per il superamento dell'evidente irragionevolezza di equiparazione sanzionatoria con le condotte di determinazione e rafforzamento dell'intento suicidario [...]».

<sup>27</sup> In argomento, efficacemente, A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000.

<sup>28</sup> Sul punto, cfr. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, cit., 168, il quale rileva come la prostituzione, ai tempi della legge Merlin, si configurasse come «un fenomeno ben più "unitario" di oggi. La prostitu-



quale però inevitabilmente esulavano determinati comportamenti ancora sconosciuti e, probabilmente, del tutto inconcepibili. Difatti, risulta lapalissiano come la *voluntas legislatoris* fosse allora radicata sulla necessità di affermare una libertà della prostituzione nei confronti di modalità di asservimento ricomprese nell'altrui dimensione organizzativa di sfruttamento, esulando dalla complessità<sup>29</sup> disgregativa assunta dal medesimo fenomeno in tempi posteriori. Rientra indubitabilmente in contesti più evoluti della nozione di "prostituzione" l'emersione della figura della "escort", concettualmente identificata come l'accompagnatrice o, comunque, come la persona che riceve una retribuzione per accompagnare taluno e che risulti, altresì, disponibile a prestazioni sessuali, eludendo di tal guisa – come ritiene il giudice *a quo* – qualsivoglia punto di tangenza con le divergenti forme di prostituzione, giustificate queste ultime da una volontà coartata, piuttosto che da evidenti e necessarie ragioni di bisogno<sup>30</sup>. È appunto la prefigurazione di moderne declinazioni del fenomeno prostituivo a rendere impellente una verifica di costituzionalità della legge Merlin, che possa integralmente dirigersi in direzione di una focalizzazione sulle individuali prerogative autoresponsabilizzanti. In *medias res*, assunta l'incontrovertibilità della proiezione autodeterminativa caratterizzante la condotta di donne le quali, nel caso di specie, hanno liberamente orientato la propria volontà in senso favorevole ad uno "scambio contrattualistico"<sup>31</sup>, consistente nella cessione della propria sessualità finalizzata all'acquisizione di vantaggi economicamente apprezzabili, risulta alquanto lampante come le riserve di costituzionalità, pronunciate dalla Corte barese in relazione alle condotte di reclutamento (art. 3, co. 1, n. 4, L. 75/58) e di favoreggiamento (art. 3, co. 1, n. 8, L. 75/58) della prostituzione, abbiano ancora una volta quale referente principe il riconoscimento del principio di autoresponsabilità *ex art. 2 Cost.* Ampliando gli orizzonti analitici, appare inevitabile la critica concentrazione inerente alla possibilità che contegni di intermediazione agevolativa, radicalmente ininfluenti sui processi decisionali delle "escort" rispetto all'esercizio della prostituzione, possano in qualche maniera comportare incisioni al diritto ad una libera sessualità autodeterminata<sup>32</sup>.

---

zione maschile era quasi assente, cosicché nella quasi totalità dei casi la prostituta era una donna. [...] Si è visto che le donne dedite a questo mestiere lo svolgevano in modo continuativo, passando di "casino" in "casino", al servizio costante dei tenutari delle case chiuse. Non avevano libertà di rifiutare i clienti, e spesso erano costrette a ricevere numerosi clienti nel corso di una sola notte. Di qui, vari caratteri tipici della prostituzione. Essa richiedeva l'offerta indiscriminata e abituale del proprio corpo a fini sessuali da parte di una donna in cambio di un corrispettivo economico da parte dei clienti».

<sup>29</sup> In argomento, cfr. MERZAGORA, TRAVAINI, *Prostituzioni*, in *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, a cura di Cadoppi, Roma, 2014, 38 ss; nonché ID., *Prostituzione: il mestiere più nuovo del mondo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2017, 635 ss. Gli A. pervengono alla individuazione di differenti categorie di prostitute, tanto da discorrere complessivamente non più di "prostituzione", bensì di "prostituzioni": le predette categorie attengono alla prostituzione coattiva, inclusiva delle ragazze di colore o extracomunitarie che vengono trasportate in Italia mediante un pretesto lavorativo per essere poi inserite nel mercato del sesso, piuttosto che alla prostituzione necessitata, tipica espressione di giovani donne costrette a prostituirsi in presenza di un estremo stato di bisogno, o, ancora, alla prostituzione libera o volontaria, nella quale si collocano indubitabilmente le "escort", ragazze che accompagnano ricche persone bisognose di compagnia, prostituendosi occasionalmente, individuando il cliente con la possibilità di rifiutarlo attraverso, appunto, libere scelte.

<sup>30</sup> Cfr. App. Bari, Sez. III, 6 febbraio 2018, Tarantini *et al.* ricorrenti, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018, 10.

<sup>31</sup> Così, letteralmente, App. Bari, Sez. III, 6 febbraio 2018, Tarantini *et al.* ricorrenti, cit., 11.

<sup>32</sup> In argomento, imprescindibile il richiamo, opportunamente operato anche dalla Corte d'Appello di Bari, a Corte cost., 18 dicembre

Tali indispensabili premesse, assumono connotazioni di ancor maggiore pregnanza, disvelandosi qui ulteriori limpide connessioni nei confronti della tematica dell'aiuto al suicidio, per quanto attiene alla puntuale identificazione del bene giuridico protetto, tra le altre, dalle fattispecie di reclutamento e di favoreggiamento; in argomento, autentico *punctum dolens* della legge Merlin attiene al concetto di dignità della prostituta, ivi declinato in chiave esclusivamente *oggettiva*<sup>33</sup>, in quanto intimamente riconnesso a ciò che beni superiori, quali la pubblica moralità o il buon costume, in quanto concepiti in un'ottica di incontrastato predominio statale, potessero qualificare come contegni consoni per una ragazza, sacrificando in *toto* la valenza di una possibile emersione di personali determinazioni. L'anacronistica ricostruzione dianzi richiamata, deve inesorabilmente cedere il passo nei confronti di una tutela il cui fuoco debba incardinarsi sulla libertà di autodeterminazione<sup>34</sup> di ciascun individuo in materia sessuale, che si pone in assoluta linea di compatibilità con una prioritaria rilevanza della dignità *soggettiva* della prostituta. Conseguentemente, non può che sostenersi la necessità di un sovvertimento delle prospettive di carattere superindividuale, in luogo di un'ormai integrale focalizzazione sull'autoresponsabilità individuale, preservando valenza tale approdo concettuale tanto con riguardo alle ipotesi di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione, che qui direttamente ci impegnano, quanto in relazione ai contegni di aiuto al suicidio<sup>35</sup>. In questo complessivo affresco, le fattispecie di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione, sembrano presentare contorni di assai dubbia costituzionalità<sup>36</sup>, e ciò

---

1987, n. 561, in *Foro it.*, 1989, fasc. 7-8, 2113 ss., con nota di MANNELLI, *Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale – Nota a C. Cost. 18 dicembre 1987*, in cui la Consulta, riconosciuta la sessualità come uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, statuisce che «il diritto di disporre liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire».

<sup>33</sup> La distinzione tra dignità oggettiva e soggettiva viene ricostruita da CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, cit., 181 ss., il quale, acutamente, rileva che: «La dignità oggettiva (o “impersonale”) è un qualcosa di esterno alla volontà del soggetto da proteggere, e derivante da parametri di tipo sociale o morale di riferimento derivabili dalla opinione collettiva, o se vogliamo, dalle norme di cultura di una certa società. [...] La dignità soggettiva (o “personale”) è quella che consegue alle libere scelte di un soggetto capace di autodeterminarsi. In questa prospettiva, ciascuno ha una propria dignità e un proprio tipo di dignità, e ogni dignità è diversa da soggetto a soggetto. In materia sessuale, ad esempio, ciò che è dignitoso per qualcuno può essere ripugnante per qualcun altro. E se si riconosce libertà di autodeterminazione in materia sessuale, occorre anche riconoscere che ciascuno si autodefinisce il proprio concetto di dignità anche in materia sessuale».

<sup>34</sup> In questo senso si esprime, condivisibilmente, App. Bari, Sez. III, 6 febbraio 2018, Tarantini *et al.* ricorrenti, cit., 18. L'ordinanza, difatti, evidenzia sul punto che: «La connotazione storicistica dell'identificazione del bene giuridicamente protetto dalle norme affette da significativa dubbio di costituzionalità pare fornire in tal senso utile conforto ricostruttivo: invero il dilemma di appartenenza delle suddette norme al piano della tutela della libertà sessuale autodeterminata ovvero (ed anche) a quello della pubblica moralità e buon costume, appare ormai risolto nel senso del definitivo abbandono delle ragioni che vedono nella Legge Merlin il presidio e garanzia della tutela paternalistica della pubblica moralità, per essere il dettato normativo ormai attualizzato sotto l'egida della tutela della persona umana e della sua libertà di scelta in campo sessuale».

<sup>35</sup> Su tale intima relazione, cfr. MASSARO, *Il “caso Cappato” di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, cit., 24 ss., secondo la quale: «La premessa è quella di una ridefinizione del bene giuridico tutelato, che, affrancato da ogni interesse superindividuale (rilevanza “statale” della vita umana, moralità pubblica, buon costume), risulta integralmente focalizzato sulla libertà di autodeterminazione del singolo. la conseguenza è la pretesa illegittimità di fattispecie che puniscono condotte di agevolazione rivolte a chi si sia liberamente determinato rispetto al suicidio o all'esercizio della prostituzione».

<sup>36</sup> In tema, con peculiare riferimento alle ipotesi di favoreggiamento, cfr. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, cit., 6, il quale evidenzia che: «La condotta di favoreggiamento può assurgere a rilevanza penale solo in un'accezione “oggettiva” della dignità, ma se, invece, ci si riferisce alla dignità declinata in chiave soggettiva,

non solo per quanto concerne il *vulnus* all'art. 2 Cost., ma, altresì, sul piano di una evidente torsione del principio di laicità<sup>37</sup>. Difatti, l'atto del prostituirsi, in seguito ad una libera scelta ed attraverso la selezione dei clienti e l'occasionalità delle prestazioni, come nel caso delle "escort", configura senza dubbio un'opzione morale per molti non condivisibile, ma che, allo stesso tempo, per la medesima prostituta non comporta alcuna lesione alla propria dignità soggettiva, e soprattutto, non inficia la tutela del bene giuridico, essendo valorizzata la libertà di autodeterminazione personale: da ciò, *a fortiori*, deve inesorabilmente concludersi nel senso che contegni di mera intermediazione agevolatrice, a fronte, lo si ribadisce ancora una volta, di una precedente determinazione libera e volontaria alla prostituzione, finiscano per collocarsi al di qua della linea di rilevanza penale. Ne discende, ulteriormente, che la conservazione delle predette ipotesi delittuose non può che collocarsi nell'ambito delle forme più classiche di "paternalismo penale" il quale, nel caso specifico della prostituta, assume i contorni tipologici di un *paternalismo morale*<sup>38</sup>.

Le articolazioni fin qui proposte si pongono, nelle argomentazioni dei giudici baresi, quale naturale aggancio per l'affermazione della deficitaria configurazione delle condotte propriamente reclutative, nel senso dell'intermediazione nell'incontro tra domanda ed offerta di libero esercizio prostituivo, e di quelle di favoreggiamento, quali incidenti sulla fase esecutiva del medesimo esercizio, altresì in punto di rispetto del principio di offensività<sup>39</sup>. L'ordinanza di rimessione, contrariamente ma, altrettanto, dovremmo aggiungere, condivisibilmente, evidenzia come le ipotesi appena ricostruite, lungi dall'arrecare un danno ad alcun bene giuridico meritevole di tutela, configurino un vantaggio per il medesimo bene giuridico, qualificandosi, nei confronti della "escort", quali "agenti facilitatori" nell'espletamento della propria libera volontà autodeterminatasi.

In assoluta conformità a quanto finora analizzato, si pone l'indispensabile esplicitazione concernente la concreta individuazione delle condotte di reclutamento e di favoreggiamento difettose sul versante dell'offensività: dovranno ricomprendersi il complesso dei

---

cioè come libertà di autodeterminazione della prostituta, c'è seriamente da domandarsi se abbia ancora un senso e, soprattutto, se sia legittimo costituzionalmente continuare ad incriminare il favoreggiamento della prostituzione».

<sup>37</sup> Sul punto, cfr. MANNA, *ibid.*, 16, il quale pregevolmente rileva che «In questa visione di paternalismo *soft*, vale a dire di forme attenuate di tutela della morale da parte dello Stato, le condotte di favoreggiamento presenti nella legge Merlin risulterebbero legittime, dal momento che, nella società postsecolare, la prostituzione viene ritenuta contraria alla morale (o ad "una" morale). Senonché, simili conclusioni devono essere respinte, dal momento che rischiano di continuare a legittimare condotte offensive soltanto di sentimenti e, soprattutto, di beni giuridici di scarsa consistenza e, comunque, del tutto "inafferrabili"».

<sup>38</sup> Cfr. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, cit., 185. Con peculiare riguardo all'ambito della prostituzione, l'A. sottolinea come «in questo caso, si tratterebbe di paternalismo morale. E il paternalismo morale è – fra i vari paternalismi giuridici – quello che più unanimemente viene condannato dagli studiosi. Invero, ammettendo un intervento paternalistico di tipo morale nell'ambito del diritto penale, si finirebbe a tutelare col più terribile dei diritti la pura morale, cosa che configgerebbe addirittura con il principio di laicità dello Stato e con altri diritti e libertà costituzionalmente garantiti. Si punirebbe il "modo di essere" delle persone, e nel caso di specie addirittura un esercizio di una libertà di autodeterminazione in materia sessuale».

<sup>39</sup> In argomento, cfr. CADOPPI, *ibid.*, 188, il quale rileva che: «Si può pensare che alcune delle fattispecie della legge del '58, sotto questo profilo, possano mantenere profili di offensività anche di fronte a "libere scelte": si può pensare allo sfruttamento (almeno a certe condizioni) o alla induzione (o almeno a certe forme di essa). Ma nell'ambito del reclutamento o del favoreggiamento, [...] non vi sarà mai alcuna lesione del bene giuridico tutelato se il bene è la libertà di autodeterminazione della donna in materia sessuale e se la scelta è stata libera».

conegni che non interferiscano minimamente sulla libertà di autodeterminazione all'esercizio della prostituzione, sconfinandosi, in caso contrario, nelle divergenti figure dell'induzione o, a seconda delle peculiarità delle differenti ipotesi, dello sfruttamento, queste sì meritevoli di una risposta di carattere repressivo, appunto perché foriere di una manipolazione della libera volontà della prostituta.

## 6. Reclutamento e favoreggiamento "all'esame" del principio di legalità.

Questione di notevole importanza, all'interno della proliferazione espositiva della Corte barese, è quella attinente alla presunta incostituzionalità delle fattispecie di reclutamento e di favoreggiamento della prostituzione sotto il profilo della violazione del principio di legalità, *ex art 25*, comma 2, Cost., con particolare riguardo al sottoprincipio di determinatezza-tassatività. In argomento, pienamente condivisibili gli orientamenti ideologici desumibili da autorevole dottrina<sup>40</sup>, tesi alla dimostrazione della congenita indeterminatezza caratterizzante entrambe le disposizioni, così come elaborate nell'ambito della legge Merlin. In primo luogo, con puntuale richiamo alla nozione di reclutamento, non può mancare la sottolineatura circa i condizionamenti storico-sociali, di indiscutibile impatto sulla *voluntas legislatoris*, che incisero profondamente nel solido legame costituitosi tra la stessa nozione ed il versante organizzativo del fenomeno prostituivo, laddove si riscontri pianamente l'origine "militaresca" dell'espressione terminologica reclutamento. L'abbandono della predetta configurazione, ormai totalmente superata, non ha incontrato un opportuno avvicendamento da parte di un'univoca prospettazione ermeneutica, capace di racchiudere al proprio interno le divergenti forme di "prostituzioni" ormai riscontrabili, determinando, viceversa, un eccessivo ampliamento della cornice di riferibilità alla fattispecie di reclutamento, in aperto iato con le esigenze di determinatezza<sup>41</sup> normativa. Senza dubbio alcuno, però, la formulazione legislativa maggiormente contrastante con il principio di legalità, sul piano della determinatezza, è quella relativa al favoreggiamento della prostituzione, come può chiaramente evincersi dalle sterminate possibilità ricomprendibili nel novero delle condotte che "*in qualsiasi modo*" agevolino l'esecuzione dell'attività prostituiva. Una porzione della giurisprudenza di legittimità<sup>42</sup>, aveva finito con l'assumere posizioni alquanto discutibili in argomento, ritenendo sussistenti gli estremi del favoreggiamento addirittura nella

<sup>40</sup> In argomento, imprescindibile il riferimento, ancora una volta, a CADOPPI, *ibid.*, 172 ss.

<sup>41</sup> In senso contrario, App. Bari, Sez. III, 6 febbraio 2018, Tarantini *et al.* ricorrenti, cit., 24. L'ordinanza dei giudici baresi, sul punto, evidenzia come: «Il problema non si intende porre in relazione alle fattispecie di reclutamento ai fini di esercizio della prostituzione poiché la formulazione della fattispecie normativa [...] esige soltanto una forma di attualizzazione interpretativa della nozione di reclutamento; nozione evidentemente connessa al momento storico di approvazione della normativa suddetta, finalizzata alla rimozione dello sfruttamento della prostituzione siccome esercitata nelle cosiddette case chiuse».

<sup>42</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 9 novembre 2012, P.A., n. 45250, in *Mass. Uff.*, n. 254003; nonché Trib. Perugia, 21 novembre 2000, Lotti, in *Riv. pen.*, 2000, 1042.

condotta del cliente che, dopo aver consumato il rapporto sessuale con la prostituta, si limitasse a riaccompagnarla nel medesimo luogo in cui si era verificato l'incontro iniziale, per consentirle di attendere il prossimo cliente: ciò rileva, nella nostra analisi, al solo fine di testimoniare l'estensibilità potenzialmente sprigionantesi da una nozione così lata di favoreggiamento. Egualmente, non sembra incontrare alcun impatto risolutivo, la distinzione operata dalla Suprema Corte<sup>43</sup> tra "favoreggiamento della prostituzione" e "favoreggiamento della prostituta", sulla base del restringimento delle condotte penalmente rilevanti alla prima eventualità: la presente articolazione, in realtà, finisce con il preservare i medesimi caratteri di indeterminatezza, laddove risulta nondimeno manipolabile, a seconda del punto di osservazione oggettivo, piuttosto che soggettivo, di uno stesso contegno<sup>44</sup>.

In definitiva, deve ritenersi che, soprattutto, la fattispecie di favoreggiamento presenti indubitabili estremi di indeterminatezza e/o carenza di precisione che, assieme alle altre ipotizzate violazioni ai principi costituzionali, ci consentono di esprimere un, seppur moderato, ottimismo, in ordine all'accoglimento delle due ordinanze di remissione, a meno che non prevalga, in seno alla Corte costituzionale, un atteggiamento "paternalistico" e quindi contrario al principio di laicità, magari celato sotto l'usbergo dell'"*horror vacui*".

<sup>43</sup> Cfr. Cass., Sez. III, 9 novembre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, 454 ss.

<sup>44</sup> Così, App. Bari, Sez. III, 6 febbraio 2018, Tarantini *et al.* ricorrenti, cit., 23 ss., nella quale si legge: «Invero la cennata distinzione si traduce in una vera e propria forzatura concettuale ove si consideri che le due condotte sono naturalmente avvinte da un legame di reciprocità in ragione del quale la condotta favoreggiante ha il duplice risvolto di essere riguardabile sia dal punto di vista soggettivo, come aiuto alla prostituta, sia da quello oggettivo, come aiuto alla prostituzione».



# Avocazione: la (pragmatica) lettura del CSM

Opinioni

LUANA GRANOZIO

SOMMARIO: 1. Natura dell'avocazione. "Discrezionalità selettiva". – 2. Finalità e presupposti dell'intervento del CSM. – 3. Interpretazione del *dies a quo* – termine di durata massimo delle indagini vs. termine "in concreto". – 4. Casi di avocazione: Inerzia effettiva e non "meramente apparente". – 5. Comunicazione alla procura generale. Iter della avocazione. – 6. Applicazione di magistrati di primo grado per la trattazione di procedimenti avvocati. – 7. Rapporti della procura generale con la polizia giudiziaria. – 8. Procedimenti in materia di mafia/terrorismo. – 9. La responsabilità disciplinare.

Ad un anno dalla entrata in vigore della riforma Orlando<sup>1</sup> merita una riflessione ed una attenta analisi la produzione di circolari e risoluzioni in tema di avocazione.

Attraverso le linee guida, buone prassi e circolari si legge la sorte dell'istituto e (tra le righe) della riforma.

Il legislatore, con dichiarato intento di ridurre i tempi della fase procedimentale, ha modificato l'articolo 407-*bis* c.p.p. – Termini di durata massima delle indagini preliminari – interpolando il comma 3 *bis*, che introduce un termine per l'esercizio dell'azione penale.

Tale modifica decorre dal 03 agosto 2017 e si applica ai procedimenti relativi a notizie di reato iscritte, nell'apposito registro, successivamente alla data di entrata in vigore della legge.

La novella ha inteso chiaramente delineare un dovere in capo al pubblico ministero, rafforzato dal correlato onere di comunicazione alla procura generale di tutti i casi in cui, spirato tale termine, non siano state assunte determinazioni.

La previsione è posta in relazione a quanto sancito dalla nuova formulazione dell'art. 412 comma 1 c.p.p. nella quale è stabilito che il procuratore generale presso la Corte di appello "se il pubblico ministero non esercita l'azione penale o non richiede l'archiviazione nel termine previsto dall'art. 407, comma 3-*bis*, dispone, con decreto motivato, l'avocazione delle indagini preliminari."

---

<sup>1</sup> Legge 23 giugno 2017, n. 103.

L'istituto della avocazione per inerzia è stato, quindi, oggetto della circolare dal titolo "criteri orientativi e buone prassi in materia di avocazione" emanata dalla procura generale della Corte di Cassazione in data 24 aprile 2018. E le linee guida sono state condivise infine dal Consiglio Superiore della Magistratura che, nella seduta del 16 maggio 2018, ha approvato la risoluzione elaborata dalla VII commissione.

In entrambi i casi i lavori sono stati preceduti da un intenso dibattito e, se ne dà atto negli elaborati, dalla raccolta ed analisi dei dati e delle informazioni relativa alla situazione concreta nei singoli distretti giudiziari.

In particolare sono state sentite, in due diverse audizioni, le cinque maggiori procure (Torino, Milano, Roma, Napoli, Palermo), confermando una prassi che rende le "big five" una sorta di unico interlocutore istituzionale.

Il Consiglio Superiore della Magistratura, pur riconoscendo che le novità in tema di avocazione si iscrivono "in una dimensione tipicamente processuale, in quanto tale sottratta al potere regolativo dell'organo di governo autonomo" ha ritenuto di verificare, nell'ambito delle proprie attribuzioni, se e quali siano le conseguenze che derivano dalla novella, sul piano ordinamentale e dell'organizzazione degli uffici giudiziari.

## 1. Natura dell'avocazione. "Discrezionalità selettiva".

Preliminarmente viene affermata la natura facoltativa della avocazione per inerzia "ovvero la sua automaticità a fronte del solo verificarsi dei presupposti oggettivi indicati dalla norma" e viene ravvisato in tale innovazione un "momento di controllo e di indiretto stimolo sollecitatorio".

In secondo luogo si ribadisce che tale istituto non deve essere ritenuto espressione di una strutturazione gerarchica della magistratura inquirente. Questo aspetto viene ripetutamente rimarcato nella delibera, che sottolinea di contro le prerogative esclusive degli uffici requirenti di primo grado.

Il presupposto oggettivo è dunque, l'inerzia del pubblico ministero che dopo la chiusura delle indagini non assuma alcuna determinazione.

Nel sistema, l'avocazione è prevista quale "garanzia contro l'inerzia del pubblico ministero"<sup>2</sup> che opera allorché sia consumato il potere di indagine della procura della Repubblica e "serve a consentire al procuratore generale di svolgere direttamente le ulteriori indagini o le investigazioni suppletive"<sup>3</sup>.

Nelle precedenti delibere sul tema<sup>4</sup> l'organo di governo autonomo della magistratura aveva rimarcato la necessità di circoscrivere "l'obbligo di avocazione ai soli casi in cui, nel lasso di tempo originario o prorogato, il procuratore della Repubblica non sia ancora in

---

<sup>2</sup> Corte Costituz. n. 462 del 1993.

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> Vds. delibera consiliare CSM P-97-13159 del 16 luglio 1997 e del 12 settembre 2007.



grado di concludere per la necessità di compiere atti di indagine da utilizzare nel dibattito”. E oggi tali considerazioni restano immutate ed efficaci.

## 2. Finalità e presupposti dell'intervento del CSM.

Il potenziale impatto della novella costituisce dunque l'occasione per tratteggiare un quadro unitario sull'istituto della avocazione per inerzia.

In tale ottica viene citata la “circolare sulla organizzazione degli Uffici di procura”<sup>5</sup> che, in un gioco di richiami, evocava la delibera consiliare.

La circolare anticipava la necessità di protocolli con i procuratori della Repubblica del distretto, in merito ad un registro penale informatizzato ministeriale ed alla trasmissione degli elenchi di notizie di reato, con specifiche e comuni indicazioni.

Il CSM muove dalla affermazione che i principi di ragionevole durata del processo e del rispetto dei termini di durata delle indagini preliminari siano “uno dei cardini dell'organizzazione complessiva dell'ufficio del pubblico ministero ed il canone orientativo dell'esercizio delle prerogative del procuratore della Repubblica rispetto all'impiego delle risorse”.

Tuttavia, in ragione di un approccio “pragmatico e ragionevole”, ritiene maggiormente coerente con la *ratio* delle norme una “non automaticità dell'avocazione” che viene definita “**discrezionalità selettiva**” “opzione che differenzia il trattamento delle ipotesi conseguenti ad effettiva inattività del pubblico ministero – sia esso o meno, si ribadisce, a lui imputabile- da quello delle situazioni in cui l'inerzia sia in realtà solo apparente”.

## 3. Interpretazione del *dies a quo* – termine di durata massimo delle indagini vs. termine “in concreto”.

La questione, di grande rilievo pratico, afferisce il momento dal quale decorre il termine entro il quale il pubblico ministero deve assumere le proprie determinazioni.

Il punto di partenza va ricondotto alla articolata previsione dell'art. 407 che “in astratto” prevede:

- procedimenti “comuni”, per i quali il termine massimo di indagine è di diciotto mesi (ed opera la sospensione feriale dei termini), se a questo termine dovesse ricondursi il *dies a quo*, il pubblico ministero in tali casi sarebbe tenuto ad esercitare l'azione penale (o a richiedere l'archiviazione) entro ulteriori tre mesi, pertanto gli effetti della riforma sarebbero operativi a far data da giugno 2019;
- procedimenti elencati al secondo comma dell'art. 407, che rientrano in una categoria di “eccezioni” che riunisce reati “gravi” (lett. a), ovvero che prevedano indagini complesse

<sup>5</sup> Delibera del 16 novembre 2017.

(lett. b) o da svolgersi all'estero (lett. c) ovvero infine richiedano il coordinamento investigativo (lett. d), in questi casi il termine di durata delle indagini è di due anni.

Con riferimento alle notizie di reato che prevedano indagini complesse (art. 407 comma 2 lett. b) è stata introdotta la facoltà per il pubblico ministero di richiedere al procuratore generale una ulteriore proroga del termine per l'esercizio dell'azione penale per non più di tre mesi; in tali casi, il termine per assumere una decisione sarebbe posticipabile al febbraio 2020.

Inoltre il termine per l'esercizio dell'azione penale è sempre di un anno e tre mesi, anziché di tre mesi, per alcuni dei reati "gravi" (comma 2, lettera a, numeri 1, 3 e 4 - strage, associazione di stampo mafioso, terrorismo, associazione sovversiva aggravata, banda armata): pertanto in tali casi, il termine non potrebbe spirare prima di febbraio 2021.

Per gli altri reati che rientrano nelle eccezioni dell'art. 407 secondo comma - lettera a) numero 2 e da 5 a 7-*bis*; lettere c) e d) - la novella sarebbe operativa da novembre 2019.

- Soltanto per alcuni reati "socialmente gravi" (maltrattamenti in famiglia, omicidio o lesioni colpose per violazione norme antinfortunistiche, omicidio stradale o lesioni gravi o gravissime per incidente stradale, stalking) per i quali è comunque consentita una sola proroga dall'art. 406 comma 2-*ter* c.p.p., sarebbe operante già dopo dicembre 2018 il dovere di esercizio dell'azione penale (ovvero di richiesta di archiviazione) da parte del pubblico ministero.

Il CSM evidenzia come la scelta di far decorre il termine considerando la previsione "in astratto" "sposterebbe l'orizzonte di riferimento e consentirebbe di programmare e realizzare in tempi meno serrati gli opportuni adempimenti", e tale argomento sembra esercitare un certo fascino, in quell'ottica "pragmatica e ragionevole".

Segue l'elencazione di sette punti (invero formali) a sostegno di tale tesi:

1. la *ratio* delle disposizione;
2. la rubrica del 407 c.p.p.;
3. la lettera dei commi 1 e 2;
4. la previsione di inutilizzabilità prevista dal comma 3;
5. la collocazione del comma 3-*bis* (dopo i commi 1 e 2);
6. la disposizione di cui all'art. 412 novellato che rinvia al termine di cui all'art. 407 comma 3-*bis*;
7. la diversa terminologia degli articoli 405 e 406 che non fanno riferimento al "termine massimo" ma al "termine".

Milita in senso opposto la evidente "considerazione di ordine logico" per cui tale interpretazione determinerebbe "una sorta di limbo" nei casi in cui non venga richiesta in concreto alcuna proroga.

In tali casi non sarebbe possibile svolgere utilmente indagini da parte della procura presso il Tribunale (se svolte sarebbero inutilizzabili) e neppure potrebbe essere esercitato il potere di avocazione, in surroga, da parte della procura generale.

Applicando il termine "in concreto", quindi, per i procedimenti iscritti dopo il 3 agosto 2017 per i quali non siano state richieste proroghe, il termine di tre mesi per le determinazioni del PM è già decorso da marzo e spirato a giugno 2018; nei casi in cui vi siano state proroghe il termine andrà valutato caso per caso.

Il CSM rimette tale scelta alla giurisdizione ed ai suoi attori, poiché non collegate alle competenze organizzative ed ordinamentali che le sono proprie, “anche in considerazione del fatto che in ordine a questo aspetto è intervenuta l’interpretazione del procuratore generale presso la Corte di Cassazione nel senso della durata massima “in concreto”.

Proprio la circolare citata affermava, infatti, che dovesse essere prescelta una interpretazione costituzionalmente orientata “la quale non può che essere l’opzione ermeneutica che colloca l’inizio della fase valutativa in coincidenza con la scadenza del termine per le indagini relative allo specifico procedimento”. Ed anzi, in contrasto col primo punto della elencazione sopra riportata, affermava che l’opposta lettura “porrebbe l’art. 407, comma 3-*bis* c.p.p. in potenziale conflitto, oltre che con l’intento del legislatore del 2017, con il principio costituzionale di ragionevole durata del processo, consacrato nell’art. 111, comma 2, Costituzione.”

Tuttavia, l’esitazione dell’organo di governo dei magistrati ha innescato il ripensamento della magistratura associata che ha manifestato il proprio favore per una interpretazione del termine “in astratto”, proprio in ragione dell’impatto sull’organizzazione degli uffici requirenti<sup>6</sup>.

#### 4. Casi di avocazione: Inerzia effettiva e non “meramente apparente”.

Con l’intento di una “proficua cernita” dei procedimenti che sarebbe opportuno escludere dalla avocazione, vengono analizzati diversi casi esemplificativi, dichiaratamente non esaustivi.

- Procedimenti non prioritari. Il CSM Richiama le priorità previste nelle disposizioni di attuazione (art. 132-*bis* disp. att. c.p.p.) e le scelte compiute ad opera della circolare sull’organizzazione degli uffici di procura, che individuano i procedimenti da trattarsi in coda a quelli prioritari, in tali casi in linea di principio si esclude che siano da sottoporre al procuratore generale per l’avocazione, nei casi, eccezionali, in cui fosse ritenuta opportuna, il provvedimento necessiterebbe di una motivazione “rafforzata”.

- Richieste del PM, in attesa di riscontro o perfezionamento notifiche. Analogamente nei casi in cui il pubblico ministero abbia posto in essere adempimenti prodromici ad una scelta definitiva, condivisibilmente, non si ritiene possa considerarsi “inerte”. Ci si riferisce ai casi di citazione diretta a giudizio, laddove sia stata richiesta l’indicazione della data di udienza; alle richieste di misure cautelari (personali o reali); ovvero di incidente probatorio; ai casi in cui sia in corso la notifica della richiesta di archiviazione alla persona offesa ovvero dell’avviso di conclusione delle indagini preliminari all’indagato.

- Plurime iscrizioni. Appare opinabile, invece, la valutazione relativa ai casi in cui si tratti di iscrizioni successive (a carico dello stesso soggetto per reati diversi, oppure di sog-

<sup>6</sup> Vds. Comunicato stampa ANM del 10 maggio 2018.

getti diversi per i medesimi fatti). In proposito la risoluzione del CSM si limita ad affermare che “al fine di accertare l’eventuale effettività dello stallo processuale, appare congruo attendere la conclusione complessiva delle indagini nei confronti di tutti gli indagati, in tal senso deponendo evidenti esigenze di segretazione e di valutazione complessiva delle risultanze investigative... anche con riferimento alla tempistica della discovery degli atti”. Va rilevato che, allo stato, non è possibile alcun controllo giurisdizionale sulla scelta del momento in cui ciascun nominativo è iscritto nel registro degli indagati, con la conseguenza che l’interpretazione data da CSM rende “poco più che teoriche” le ipotesi di avocazione riferite a procedimenti che prevedono indagini complesse.

- Ritardo imputabile alla polizia giudiziaria ovvero alla inefficienza della struttura dell’ufficio. Infine, il documento annovera nel catalogo dei casi di inerzia “meramente apparente” una previsione di chiusura che offrirà sempre un rimedio residuale. Si potrà dunque giustificare l’inerzia processuale con l’insufficienza delle risorse disponibili, le condizioni degli uffici, la mole dei procedimenti ovvero l’attesa dell’informativa finale. Tale scelta appare finalizzata a disinnescare del tutto gli imponenti effetti della riforma che la magistratura valutava negativamente<sup>7</sup>.

## 5. Comunicazione alla procura generale. Iter della avocazione.

L’impostazione data alla risoluzione, rimarca la finalità di “evitare avocazioni prive di pratica utilità, senza per questo colorare l’istituto in chiave di indebita intromissione nelle prerogative dell’ufficio requirente di primo grado, o addirittura, ad inocularvi germi di controllo gerarchico”.

Tale aspetto si rivela, come si è detto, particolarmente “sensibile”.

Il punto è fondamentale poiché “attiene alla delimitazione dei poteri conoscitivi spettanti al procuratore generale in relazione ai procedimenti che risultino suscettibili di avocazione per inerzia” dal momento che, si sottolinea, “l’accesso al contenuto del fascicolo è riservato al titolare del dato, il procuratore della Repubblica, mentre è solo l’effettivo esercizio del potere avocatorio che determina la traslazione del procedimento in capo all’organo avocante”.

I rilievi svolti inducono il CSM ad auspicare un “urgente adeguamento del Sistema Informativo della Cognizione Penale (SICP) che consenta di estrarre, attraverso apposite *queries*<sup>8</sup>, i dati occorrenti” che sono così esemplificati: numero del procedimento, titolo di reato e data di iscrizione, generalità e numero degli indagati, data di scadenza del termine delle indagini preliminari “in concreto” per ciascun reato oggetto di iscrizione; indicazione se sia stata svolta o meno attività di indagine; segnalazione dello svolgimento di ulteriori indagi-

<sup>7</sup> Vds. Comunicato stampa ANM del 10 maggio 2018.

<sup>8</sup> Strumento di ricerca.

ni, priorità; nominativo del PM titolare; proroghe; segnalazione casi di inerzia “apparente” (con indicazione dei casi); ma anche la indicazione se nel procedimento sia implicato una magistrato (come indagato, persona offesa o danneggiato).

Infine il provvedimento ribadisce la necessità che il procuratore della Repubblica (in concerto con il magistrato assegnatario del fascicolo) autorizzi il procuratore generale, ad accedere agli atti ogni volta dovesse essere necessario per consentire un’ultima valutazione sulla eventuale avocazione.

Attraverso tale esegesi il Consiglio Superiore indica nel metodo cooperativo e nel principio di leale collaborazione, la strada maestra per applicare la novella e sembra attenta a rimarcare il ruolo della procura della Repubblica, sterilizzando i paventati “germi del controllo gerarchico”.

Ma per altro verso, non può ignorare che il dibattito su tale punto è “nevralgico ed intercetta quello distinto, ma non del tutto estraneo, delle modalità attraverso le quali rendere effettiva la verifica del procuratore generale<sup>9</sup>, dell’osservanza delle disposizioni relative all’**iscrizione della notizia di reato**”<sup>10</sup>.

La riflessione su questo aspetto deve essere indubbiamente approfondita, considerato che appare ineludibile per l’equilibrio complessivo del sistema.

L’istituto della avocazione viene dunque declinato in chiave di “sinergica cooperazione tra uffici” anziché in chiave gerarchico-sanzionatoria e per questa ragione si suggerisce la creazione di “opportuni canali di interlocuzione finalizzati ad individuare le più efficaci modalità di gestione del ritardo nella definizione del procedimento”, nonché di “meccanismi di “allarme” e di sollecitazione “propedeutiche” all’avocazione “alla quale comunque non si darebbe corso in caso di conformazione, sia pure tardiva, da parte delle procure della Repubblica”.

Tale indicazione introduce una procedura che travalica il dettato normativo e non sfugge al rischio di riaprire, in modo generalizzato, i termini previsti dalla norma e sostanzialmente disapplicare l’istituto dell’avocazione.

Ancor più palese è l’effetto ipotizzato ed auspicato sui procedimenti non prioritari, per i quali è oramai innegabile la opinabilità e discrezionalità di esercizio dell’azione penale, giustificata, sempre pragmaticamente, da ragioni organizzative.

A tal proposito il CSM segnala la esemplare circolare della procura generale di Reggio Calabria che si attribuisce arbitrariamente il termine “più ampio e ragionevole” di un anno per la valutazione dell’inerzia nei procedimenti non prioritari.

<sup>9</sup> D. lgs. 106/2006 – Art. 6: Attività di vigilanza del procuratore generale presso la corte di appello – 1. Il procuratore generale presso la corte di appello, al fine di verificare il corretto ed uniforme esercizio dell’azione penale ed il rispetto delle norme sul giusto processo, nonché il puntuale esercizio da parte dei procuratori della Repubblica dei poteri di direzione, controllo e organizzazione degli uffici ai quali sono preposti, acquisisce dati e notizie dalle procure della Repubblica del distretto ed invia al procuratore generale presso la Corte di cassazione una relazione almeno annuale.

<sup>10</sup> Vds. sul punto circolare in tema di “Osservanza delle disposizioni relative all’iscrizione delle notizie di reato” emanata dalla procura della Repubblica di Roma in data 2 ottobre 2017 che illustra i principi in base ai quali i pubblici ministeri devono valutare quando e soprattutto dove iscrivere le notizie di reato.

## 6. Applicazione di magistrati di primo grado per la trattazione di procedimenti avvocati.

La possibilità che in seguito alla avocazione, magistrati dell'ufficio di procura presso il Tribunale possano essere applicati al procedimento, viene circoscritta al solo titolare originario, ma viene affermata la natura straordinaria ed eccezionale di tale evenienza che dovrà essere adeguatamente motivata e non potrà prescindere dal parere, obbligatorio e vincolante, del procuratore della Repubblica.

## 7. Rapporti della procura generale con la polizia giudiziaria.

Il Csm auspica che le attività investigative successive alla avocazione siano circoscritte a quanto strettamente indispensabile per superare l'inerzia procedimentale.

Si esclude che la procura generale possa disporre di aliquote di polizia giudiziaria, ponendo eventualmente affidare il completamento delle indagini alla stessa unità che se ne era precedentemente occupata.

## 8. Procedimenti in materia di mafia/terrorismo.

Come si è visto la previsione normativa stabilisce, per i reati di associazione mafiosa (e quelli aggravati *ex art. 7 L. 203/1991*) un termine assai ampio non solo per le indagini, ma anche per le determinazioni del pubblico ministero, che avrà sempre a disposizione diciotto mesi dopo la chiusura delle indagini.

Se a questo si aggiunge l'interpretazione data dal CSM sulle iscrizioni frazionate che comportano il decorso del termine dall'ultima iscrizione, appare incontestabile l'affermazione che, in tale ambito l'avocazione "si va dipingendo come *extrema ratio*".

Viene inoltre rimarcata la specificità della ipotesi di avocazione prevista dall'art. 371-bis, comma secondo, lett h) n. 1 c.p.p, fondata su presupposti peculiari che riguardano il fallimento del coordinamento investigativo.

Ciononostante il CSM esorta "tutti gli attori alla massima responsabilità" nel valutare le eventuali ipotesi di applicazione della novellata avocazione, segnalando il potenziale disequilibrio del sistema in tali casi e sollecitando "interventi diversi e meno invasivi".

## 9. La responsabilità disciplinare.

Infine la risoluzione afferma molto chiaramente che l'istituto "non ha finalità disciplinari, né para-disciplinari, ma neppure di verifica delle modalità di conduzione dell'indagine da parte del magistrato requirente".

La stessa segnalazione al CSM, prevista all'esito della avocazione, viene intesa come mero strumento conoscitivo del funzionamento degli uffici di procura, ovvero di valutazione della correttezza dell'operato del solo organo avocante.

Si ribadisce che la giurisprudenza disciplinare configura l'illecito disciplinare come illecito di evento che richiede l'esistenza di un *ingiusto danno* e un *indebito vantaggio*, oggetto di una valutazione distinta rispetto al mero decorso dello *spatium deliberandi*.

In conclusione la delibera esorta i magistrati "a fornire una risposta responsabile e professionale per la corretta attuazione del nuovo istituto, da valorizzare per una migliore risposta complessiva alle attese di giustizia dei cittadini e, al tempo stesso, da attuare secondo linee di sostenibilità organizzativa evitando soluzioni meramente burocratiche e difensive".

\*\*\*

L'allarme per le conseguenze disciplinari, in caso di mancato rispetto del termine per l'esercizio dell'azione penale, "da più parti attivato", trova nella delibera, argomenti tranquillizzanti ed anche gli altrettanto diffusi timori per i "germi del controllo gerarchico" sono stati dissipati dall'intervento del CSM.

Benché la novella abbia introdotto il dovere per il pubblico ministero di assumere le proprie determinazioni entro un termine, la lettura data dal Consiglio Superiore della Magistratura, dell'istituto della avocazione, sembra lasciare la previsione senza conseguenze e con limitati effetti. E questo al netto di *soluzioni burocratiche e meramente difensive*.

Se quel che resta inciderà in qualche modo sulla fase procedimentale, è rimesso alla giurisdizione ed ai suoi attori.





# Consulta *faber* *est suae fortunae*: Lussemburgo *expugnatur?*

Opinioni

FEDERICO FEBBO

SOMMARIO: 1. La Corte Costituzionale è artefice del suo (*rectius* nostro) destino. – 2. È stata però vinta solo una battaglia. – 3. Rilevi conclusivi.

## 1. La Corte Costituzionale è artefice del suo (*rectius* nostro) destino.

La Corte Costituzionale, riassumendo il giudizio a seguito del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e proprio alla luce del chiarimento ermeneutico offerto dai Giudici di Lussemburgo, con la sentenza interpretativa di rigetto n. 115, depositata lo scorso 31 maggio 2018, ha chiuso la c. detta “saga Taricco”.

È doveroso osservare che il Giudice delle Leggi ha raccolto i frutti del dialogo da esso stesso innestato con la Corte UE, cui aveva rimesso la questione per un nuovo e più meditato esame, portandolo coerentemente a compimento dopo la parziale retromarcia dei giudici di Lussemburgo nella seconda pronuncia sul *case law* Taricco (convenzionalmente nota come *Taricco-bis*).

La Consulta ha infatti osservato che l'ultimo arresto della Corte di Giustizia ha operato su due piani connessi:

a) ha chiarito che la “regola Taricco” non può essere applicata ai fatti commessi prima dell'8 settembre 2015;

b) ha demandato all'autorità giudiziaria nazionale il compito di verificarne la compatibilità con il principio di determinatezza in materia penale.

La Corte Costituzionale (relatore il presidente Giorgio Lattanzi) ha statuito, anzitutto, che tutte le questioni sollevate dai giudici rimettenti fossero non fondate perché la “regola Taricco” doveva ritenersi inapplicabile nei rispettivi giudizi, nei quali si procedeva per fatti

avvenuti prima dell'8 settembre 2015, sicché l'applicabilità degli artt. 160 terzo comma e 161 secondo comma del Codice penale e la conseguente prescrizione dei reati oggetto dei procedimenti *a quibus* erano escluse dalla stessa pronuncia della Corte UE, che aveva eccezzuato esplicitamente gli effetti della “regola Taricco” ai reati commessi prima di tale data.

Tuttavia la Consulta non ha utilizzato il divieto di retroattività *in malam partem* della legge penale quale *commodus discessus* per concludere diplomaticamente il “confronto” con la Corte di Giustizia, astenendosi quindi da una presa di posizione sulle spinose questioni che sono originate ma hanno travalicato ampiamente la rilevanza nel caso concreto.

La Corte ha statuito, infatti, che indipendentemente dalla collocazione temporale dei fatti, “il giudice comune non può applicare loro la “regola Taricco” perché essa è in contrasto con il principio di determinatezza in materia penale, consacrato dall'art. 25 secondo comma, Cost.” (cfr. § 10 della sentenza).

Per giungere a tale tagliente conclusione il Giudice delle Leggi ha ribadito esplicitamente il presupposto della natura sostanziale dell'istituto della prescrizione che, in quanto incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso del tempo l'effetto di impedire l'applicazione della pena, “nell'ordinamento giuridico italiano rientra nell'alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale, enunciato dall'articolo 25 secondo comma della Costituzione con formula di particolare ampiezza” (cfr. ancora § 10 della sentenza).

Per l'effetto, “appare evidente il deficit di determinatezza che caratterizza sia l'art. 325, paragrafi 1 e 2 TFUE (per la parte da cui si evince la “regola Taricco”) sia la “regola Taricco” in sé”<sup>1</sup>.

Quest'ultima, per la porzione che discende dal paragrafo 1 dell'art. 325 TFUE, è stata ritenuta irrimediabilmente indeterminata nella definizione del “numero considerevole di casi” in presenza dei quali può operare, perché il giudice penale non dispone di alcun criterio applicativo della legge che gli consenta di trarre da questo enunciato una regola sufficientemente definita. Né a tale giudice può essere attribuito il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge al quale è invece soggetto (articolo 101, secondo comma, Costituzione).

In sostanza, il diritto Ue non può fissare al giudice italiano obiettivi di risultato in violazione del principio di legalità e tassatività della fattispecie penale (articolo 25 Costituzione) ed a costo, quindi, di snaturare il nostro assetto ordinamentale nei suoi principi fondamentali.

Ancor prima, è stato ritenuto indeterminato l'art. 325 TFUE perché il testo non permette alla persona di prospettarsi la vigenza della “regola Taricco” e una scelta relativa alla punibilità deve essere autonomamente ricavabile dal testo legislativo al quale i consociati hanno accesso.

---

<sup>1</sup> Così, testualmente, il comunicato stampa della Corte costituzionale del 31 maggio 2018, pubblicato in pari data a cura dell'Ufficio Stampa sul sito istituzionale.

Fermo restando – ha aggiunto la Corte costituzionale – che compete alla sola Corte di giustizia interpretare con uniformità il diritto dell’Unione e specificare se esso abbia effetto diretto, è anche indiscutibile che, come ha riconosciuto la sentenza M.A.S., un esito interpretativo non conforme al principio di determinatezza in campo penale non possa avere cittadinanza nel nostro ordinamento<sup>2</sup>.

Un rilievo analogo è stato svolto anche per la porzione della “regola Taricco” tratta dal paragrafo 2 dell’art. 325 TFUE.

In questo caso, infatti, se anche il principio di assimilazione (in base al quale le norme poste a presidio delle violazioni fiscali in danno dell’Unione devono rivestire pari ampiezza a quelle poste a presidio della violazioni fiscali in danno dello Stato) non desse luogo, sostanzialmente, ad un procedimento analogico *in malam partem* e potesse permettere al giudice penale di compiere un’attività priva di inaccettabili margini di indeterminatezza, ciò comunque non potrebbe avvenire sulla base del paragrafo 2 dell’art. 325 TFUE dal quale una persona “comune”, nell’esercizio dell’ordinaria diligenza, non potrebbe desumere i contorni della “regola Taricco”.

In altri termini, “qualora si reputasse possibile da parte del giudice penale il confronto tra frodi fiscali in danno dello Stato e frodi fiscali in danno dell’Unione, al fine di impedire che le seconde abbiano un trattamento meno severo delle prime quanto al termine di prescrizione, ugualmente l’art. 325, paragrafo 2 TFUE non perderebbe il suo tratto non adeguatamente determinato per fungere da base legale di tale operazione in materia penale, posto che i consociati non avrebbero potuto, né oggi potrebbero sulla base del solo quadro normativo, raffigurarsi tale effetto” (cfr. § 11 della sentenza).

Degna di nota anche la presa di posizione per così dire “culturale” della Corte Costituzionale laddove, misurandosi con la diversa concezione del diritto penale che possiede rispetto alla Corte di Giustizia, afferma a chiare lettere la necessità che le scelte di diritto penale sostanziale siano conoscibili in base al testo della disposizione rilevante e, se del caso, con l’aiuto dell’interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici per cui, “rispetto a tale origine nel diritto scritto di produzione legislativa”, l’ausilio interpretativo del giudice penale “non è che un *posterius* incaricato di scrutare eventuali zone d’ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo” (cfr. ancora § 11 della sentenza).

Primazia, quindi, del diritto (penale) scritto di origine parlamentare.

Non solo ma la Consulta ha affermato seccamente, a futura memoria, onde *in claris non fit interpretatio*, che l’unica autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di Giustizia è la Corte Costituzionale, “cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell’Unione è in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale e in particolare i diritti inviolabili della persona”, residuando al giudice diffuso solo di

<sup>2</sup> Così ancora testualmente il comunicato stampa della Consulta.

“porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto” (cfr. ancora § 7 della sentenza).

Ciò posto, la Corte ha concluso che «l'inapplicabilità della “regola Taricco”, secondo quanto riconosciuto dall'ultima sentenza della Corte di Giustizia, ha la propria fonte non solo nella Costituzione repubblicana, ma nello stesso diritto dell'Unione» e che quindi non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate nel presupposto che tale regola fosse invece applicabile.

## 2. È stata però vinta solo una battaglia.

La Corte Costituzionale merita indubbiamente un plauso per avere presidiato alcuni pilastri del nostro Ordinamento, tuttavia non è revocabile in dubbio che i giudici di Lussemburgo (ci) hanno anche rammentato perentoriamente, nella sentenza che ha definito l'ultimo rinvio pregiudiziale, che l'impossibilità di disapplicare le norme sulla prescrizione lascerebbe “in ogni caso ferma la responsabilità della Repubblica italiana per avere ommesso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell'Unione o in violazione del principio di assimilazione e, in particolare, per avere compresso temporalmente l'effetto degli atti interruttivi della prescrizione”.

Il monito è ancorato al diritto positivo e, in specie, alla recente direttiva 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (§ 44 della sentenza) la quale, entrata in vigore il 17 agosto 2017, dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il prossimo 6 luglio 2019.

La direttiva ha determinato una parziale armonizzazione del regime della prescrizione applicabile nell'Unione ai reati in materia di IVA: rilevante è la considerazione, contenuta nel paragrafo 1 dell'art. 12, del termine di prescrizione come tempo “che consenta di condurre le indagini, esercitare l'azione penale, svolgere il processo e prendere la decisione giudiziaria in merito ai reati”, configurando la prescrizione come istituto di natura processuale piuttosto che quale causa estintiva del reato.

Il recepimento della direttiva europea imporrà, quindi, agli Ordinamenti ribelli la previsione della prescrizione come istituto di natura processuale quanto meno (ma tale ermeneusi non potrebbe che avere portata generale) con riferimento ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

Ecco allora che la pronuncia della Corte di Giustizia è stata improntata, da una parte, alla diplomazia, con una virtuosa apertura al principio di “Constitutional Tolerance”, inoculato sapientemente dal rinvio pregiudiziale della Consulta la quale, successivamente, lo ha prontamente recepito nella pronuncia in commento; dall'altra ha ribadito il primato del diritto euro centrico, seppur in forma meno radicale rispetto alle le statuizioni della prima sentenza Taricco, con prognosi di subvalenza in un eventuale conflitto con i principi fondamentali degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, come rilevato puntualmente dalla Corte Costituzionale.

Sullo sfondo resta tuttavia la nuova direttiva UE, per effetto della quale l'apertura diplomatica della Corte di Giustizia, quanto alla prescrizione, “è a termine”.

E i giudici euro unitari non hanno esitato a confermare, d'altronde, anche nella pronuncia conclusiva del secondo rinvio pregiudiziale, la precedente interpretazione dell'art. 325 TFUE, evidenziando il “nesso diretto tra la riscossione del gettito dell'IVA nell'osservanza del diritto dell'Unione applicabile e la messa a disposizione del bilancio dell'Unione delle corrispondenti risorse IVA, dal momento che qualsiasi lacuna nella riscossione del primo determina potenzialmente una riduzione delle seconde” (§ 31), con la conseguente attribuzione agli Stati membri del compito di “garantire una riscossione effettiva delle risorse proprie dell'Unione” (§ 32) anche attraverso la previsione di sanzioni penali (§ 34), dotate di carattere effettivo e dissuasivo (§ 36) nei casi di gravi frodi, che ledano appunto gli interessi finanziari dell'Unione in materia di IVA, atteso che gli Stati membri devono assicurare “che le norme sulla prescrizione previste dal diritto nazionale consentano una repressione effettiva dei reati legati a frodi siffatte” (§ 36).

D'altronde, in base all'art. 325, primo periodo “L'unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione” ed in base al successivo periodo “gli Stati membri devono adottare, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, in particolare in materia di IVA, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari”, dotandosi di una normativa compatibile con gli obblighi di risultato che pone l'art. 325 TFUE, spettando ai “giudici nazionali competenti” di darvi piena efficacia, eventualmente disapplicando “disposizioni interne, in particolare riguardanti la prescrizione che, nell'ambito di un procedimento relativo a reati gravi in materia di IVA, ostino all'applicazione di sanzioni effettive e dissuasive per combattere le frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione” (§ 39).

E la Grande Sezione ha ribadito, ulteriormente, che è compito precipuo del legislatore nazionale “stabilire norme sulla prescrizione che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall'art. 325 TFUE”, garantendo che “il regime nazionale di prescrizione in materia penale non conduca all'impunità in un numero considerevole di casi di frode grave in materia di IVA o non sia, per gli imputati, più severo nei casi di frode lesivi degli interessi finanziari dello Stato membro interessato rispetto a quelli che ledono gli interessi finanziari dell'Unione” (§ 41). Con la precisazione “che il fatto che un legislatore nazionale proroghi un termine di prescrizione con applicazione immediata, anche con riferimento a fatti addebitati che non sono ancora prescritti, non lede, in linea generale, il principio di legalità dei reati e delle pene (§ 42).

Ecco allora che la seconda sentenza della Corte di Giustizia, con cui si è misurata la Corte Costituzionale nella definizione della saga Taricco, come già osservato in questa

rivista nella relativa nota di commento<sup>3</sup>, ha rivelato una doppia anima: una *cortese*, che ha fatto concludere alla Grande Sezione, alla luce di queste premesse e considerato, in specie, che “alla data dei fatti di cui al procedimento principale, il regime della prescrizione applicabile ai reati in materia di IVA non era stato oggetto di armonizzazione da parte del legislatore dell’Unione”, che l’Italia era “libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene” (§ 45); l’altra ‘*Farisala*’, non essendo revocabile in dubbio che, a seguito dell’adozione della direttiva (UE) 2017/1371 del 5 luglio 2017 contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale (§ 44), l’apertura della Corte di Giustizia ha un termine di decadenza che coincide con la *deadline* di recepimento della nuova direttiva da parte degli Stati membri.

### 3. Rilievi conclusivi.

In definitiva, la Consulta ha avuto indubbiamente il merito di costruire un dialogo “cortese” con la Corte UE, la cui decisione in esito al secondo rinvio pregiudiziale è stata improntata, da una parte, ad una “ragionevolezza temporale”, che rispondeva all’esigenza di evitare un’abnorme dilatazione della sfera di operatività dell’istituto della prescrizione, “allargata” anche a frodi IVA commesse anteriormente al primo pronunciamento Taricco, il cui assolvimento sarebbe stato particolarmente problematico (*rectius* impraticabile) nel nostro ordinamento alla luce della natura sostanziale riconosciuta all’istituto; dall’altra, è stata improntata al rispetto dei diritti fondamentali degli ordinamenti nazionali, laddove i Giudici di Lussemburgo hanno affermato che “i giudici nazionali competenti, quando devono decidere, nei procedimenti pendenti, di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione, sono tenuti ad assicurarsi che i diritti fondamentali delle persone accusate di avere commesso un reato siano rispettati” (§ 46).

Come tuttavia rilevato, in futuro il diritto positivo sovranazionale, già coniato, obbligherà gli Stati membri ad adeguare la relativa disciplina.

Se ne ricava che la saga Taricco giunge alla conclusione di una lunga “battaglia” ma il confronto tra Corti Europee e Corte Costituzionale è pronto a riaccendersi ogni qualvolta sarà devoluto al Giudice delle Leggi il contrasto tra il diritto euro unitario ed un pilastro del diritto interno, sottratto a quella cessione di quote di sovranità su cui si fonda la partecipazione all’Unione europea atteso che, come annotato già in sede di commento alla seconda sentenza Taricco, “lungi dal configurarsi quale atto eversivo, rappresenta lo stesso presupposto logico della teoria dei contro limiti: se non si ammettesse che una norma

<sup>3</sup> Si consenta il rinvio a FEBBO, *Taricco-bis (ma non in idem): tutte le strade non portano a Roma*, in *questa Rivista*, 2018, 2.

possa risultare conforme al diritto dell'Unione e, al tempo stesso, non conforme ai principi e ai diritti di un singolo ordinamento nazionale, i contro limiti risulterebbero privati del necessario substrato logico<sup>4</sup>.

Un confronto assiologico e culturale, un dialogo a tratti tra “sordi” nel quale l'Ordinamento UE non riesce sempre a comprendere e condividere il significato metagiuridico sotteso ad alcune scelte del nostro Ordinamento: d'altronde, parafrasando il chiaro Autore, “la macchina della giustizia è indispensabile, eppure – questo è il punto – resta fatta da congeniti (non già occasionali, momentanei), tremendi pericoli e da immoralità intrinseche, non eludibili”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> BERNARDI, *I contro limiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di Bernardi, Napoli, 2017, XVIII.

<sup>5</sup> NOBILI, “*L'immoralità necessaria*” - *Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna, 2009.





# La (mancata) riforma dell'ordinamento penitenziario

ALDO CORASANTI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Disposizioni per la riforma dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario. – 3. Disposizioni per la semplificazione dei procedimenti. – 4. Disposizioni in materia di automatismi e preclusioni nel trattamento penitenziario. – 5. Disposizioni in materia di misure alternative. – 6. Disposizioni in tema di vita penitenziaria. – 7. Riflessioni conclusive.

## 1. Premessa.

Il mancato inserimento dei decreti legislativi attuativi della legge n. 103/2017 nei lavori delle Commissioni parlamentari speciali, la sempre più vicina scadenza del termine annuale per l'esercizio della delega normativa e le recenti dichiarazioni del Ministro della Giustizia in occasione della presentazione al Parlamento della Relazione del Garante dei detenuti<sup>1</sup> rendono, oramai, i timori circa la mancata conclusione del percorso di riforma dell'Ordinamento Penitenziario sempre più concreti.

Non sembrano essere serviti, a riguardo, le proteste<sup>2</sup> e gli appelli, provenienti dal mondo accademico, dall'avvocatura, dalla magistratura, dal volontariato e dalla società civile, per incoraggiare l'approvazione definitiva di un intervento normativo che si ritiene non possa essere più a lungo dilazionato. L'urgenza che caratterizza tale intervento riformatore può essere percepita efficacemente prestando attenzione all'intitolazione originaria del disegno di legge delega, che individuava il proprio obiettivo nell'assicurare l'"effettività rieducativa della pena"<sup>3</sup>. L'esigenza di garantire l'effettività del finalismo rieducativo della pena, a settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione, ed a più di quarant'anni dalla legge che ha introdotto l'Ordinamento Penitenziario, che tali principi si proponeva ambiziosamente di realizzare, denuncia quanto radicata sia ancora l'impostazione meramente custodiale dell'esecuzione penale.

Tale processo di riforma nasce, come è noto, dalla crisi. Sebbene la cd. questione penitenziaria sia risalente nel tempo, è nel quinquennio 2008-2013 che il già cronicamente

---

<sup>1</sup> L'intervento completo del Ministro della Giustizia può essere consultato su Giustizia newsonline, il quotidiano telematico del Ministero della Giustizia, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>2</sup> Il testo della delibera del 12 aprile 2018, con la quale la Giunta dell'Unione delle Camere Penali ha proclamato l'astensione collettiva dalle udienze e da ogni attività giudiziaria nel settore penale, per i giorni 2 e 3 maggio, può essere consultato in [www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it).

<sup>3</sup> Ci si riferisce al ddl. n. 2798/C del 23 dicembre 2014.

alto livello del sovraffollamento carcerario si attesta su percentuali mai raggiunte prima<sup>4</sup>, con facilmente immaginabili conseguenze sulla qualità del trattamento rieducativo e, più in generale, sulla qualità della vita negli istituti di pena.

Del “carattere strutturale e sistemico” di tale situazione ha preso atto la Corte europea dei diritti dell’uomo, in occasione dell’umiliante condanna, per violazione dell’articolo 3 della Convenzione, inflitta all’Italia con la celebre sentenza Torreggiani dell’8 gennaio 2013. È in tale contesto che si colloca l’inizio del processo di riforma dell’esecuzione penale, con la decretazione d’urgenza del biennio 2013-2014<sup>5</sup>, attraverso la quale il nostro sistema penitenziario si è dotato di quei rimedi preventivi e compensativi ritenuti condizione imprescindibile dai giudici di Strasburgo.

La consapevolezza che la questione penitenziaria, per la sua importanza e complessità, non può essere risolta con interventi emergenziali e settoriali ha sorretto l’istituzione degli Stati Generali dell’esecuzione penale, i cui lavori dei relativi tavoli tematici<sup>6</sup> hanno costituito, insieme ad altri contributi<sup>7</sup>, un prezioso supporto per l’elaborazione dei contenuti della legge 23 giugno 2017, n. 103, contenente, tra le altre cose, la delega per la riforma dell’Ordinamento Penitenziario<sup>8</sup>.

La riforma, si è detto, viaggia ormai su un binario morto. Cionondimeno sembra essere operazione utile l’analisi delle proposte più qualificanti che ne costituiscono il contenuto, anche per sottoporre a rigorosa verifica la tratteggiata affermazione per cui esse sarebbero in grado di mettere a rischio la certezza della pena.

Lo schema di decreto legislativo del quale in questa sede si propone, senza pretese di completezza, il commento è stato approvato durante il Consiglio dei Ministri n. 74 del 16 marzo 2018, tenendo conto dei rilievi espressi dalle competenti Commissioni parlamentari rispetto allo schema di decreto approvato in seguito al primo esame preliminare<sup>9</sup>. Tale schema è composto da 26 articoli, suddivisi in 6 capi dedicati rispettivamente alla riforma dell’assistenza sanitaria in ambito penitenziario, alla semplificazione dei procedimenti, all’eliminazione di automatismi e preclusioni nel trattamento penitenziario, alle misure alternative, al volontariato ed alla vita penitenziaria.

<sup>4</sup> Cfr. la tabella contenente la serie storica dei detenuti presenti negli Istituti di pena negli anni 1991-2017 nella sezione “statistiche” in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>5</sup> Ci si riferisce al decreto legge 1 luglio 2013, n. 78, convertito con legge 9 agosto 2013, n. 94, al decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con legge 21 febbraio 2014, n. 10 ed al decreto legge 26 giugno 2014, n. 92, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 117.

<sup>6</sup> Il documento conclusivo degli Stati Generali dell’esecuzione penale può essere liberamente consultato in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>7</sup> Si vedano le proposte in CARCERI, *materiali per una riforma. Working paper*, a cura di Giostra, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2015.

<sup>8</sup> Cfr. P. BRONZO, *La delega per la riforma dell’ordinamento penitenziario*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 2018; F. FIORENTIN, *La delega di riforma in materia di esecuzione penitenziaria*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di Bene, Marandola, Milano, 2017; FURGIUELE, *La riforma del sistema penitenziario: un progetto ambizioso*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di Scalfati, Torino, 2017.

<sup>9</sup> Lo Schema di decreto legislativo, la Relazione illustrativa, l’Analisi tecnico normativa e l’Analisi di impatto della regolamentazione possono essere reperiti in [www.governo.it](http://www.governo.it)

## 2. Disposizioni per la riforma dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario.

Il capo I dello schema di decreto legislativo, comprendente gli articoli da 1 a 3, contiene disposizioni in materia di sanità penitenziaria, in attuazione dell'art. 1, co. 85, lettera D) della delega normativa. La legge n. 103 del 2017 delega infatti il Governo alla *“revisione delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario alla luce del riordino della medicina penitenziaria disposto dal decreto legislativo 22 giugno 1999, n. 230, tenendo conto della necessità di potenziare l'assistenza psichiatrica negli istituti di pena”*.

La legge individua pertanto due criteri direttivi per indirizzare il legislatore delegato nella riforma della sanità penitenziaria. In primo luogo, si richiede una revisione generale della disciplina dell'assistenza sanitaria contenuta nell'Ordinamento Penitenziario, da svolgersi alla luce dei principi espressi in sede di riordino della materia ad opera del decreto legislativo n. 230 del 1999. In secondo luogo, al legislatore delegato si chiede di prestare un'attenzione particolare alle esigenze di valorizzazione dell'assistenza psichiatrica negli istituti penitenziari.

Lo schema di decreto legislativo, intercettando altresì le esigenze evidenziate dalla giurisprudenza nazionale<sup>10</sup> e sovranazionale<sup>11</sup>, oltre che dall'associazionismo volontario che opera in carcere<sup>12</sup>, contiene in materia di sanità penitenziaria importanti innovazioni. Queste ultime sembrano essere riconducibili a tre aree di intervento, riguardanti rispettivamente l'equiparazione della grave infermità psichica del detenuto alla infermità fisica, l'istituzione di sezioni a prevalente gestione sanitaria per detenuti con infermità ed un riordino generale della disciplina della medicina penitenziaria contenuta nell'Ordinamento Penitenziario.

Sotto il primo profilo, l'articolo 1 dello schema propone l'abrogazione dell'art. 148, cp e la modifica l'art. 147, co. 1, n. 2, cp, estendendo in tal modo la disciplina del rinvio facoltativo della pena anche nei confronti di chi si trovi in condizioni di grave infermità

<sup>10</sup> Così Cass., Sez. 1 Pen., 23 marzo 2017, n. 27766, nella quale si precisa che a determinare l'incompatibilità con il regime carcerario è *“ogni stato morboso o scaldamento fisico capace di determinare un'esistenza al di sotto della soglia di dignità che deve essere rispettata pure nella condizione di restrizione carceraria”*.

<sup>11</sup> Sebbene non vi sia nessuna disposizione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che lo garantisca espressamente, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha ricostruito progressivamente la tutela del diritto alla salute dei detenuti attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 3, CEDU. In particolare, i giudici di Strasburgo hanno stabilito che integrano i *“trattamenti inumani e degradanti”* di cui all'art. 3 della Convenzione le seguenti ipotesi: insufficienza o precarietà delle condizioni igieniche, mancanza o inadeguatezza della somministrazione di cure mediche necessarie o tempestive ed incompatibilità delle condizioni di detenzione con lo stato di salute del detenuto. Per un'analisi approfondita della tutela del diritto alla salute dei detenuti nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo v. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2017; MANCA, *La corte dei diritti dell'uomo torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art. 3 CEDU*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2014.

<sup>12</sup> Si veda a riguardo quanto riportato, in materia di salute in carcere, dal quattordicesimo rapporto annuale sulle condizioni di detenzione a cura dell'associazione Antigone in [www.antigone.it](http://www.antigone.it).

psichica. L'estensione del perimetro applicativo dell'art. 147, cp determinerebbe altresì l'apprezzabile effetto di permettere, ai condannati con infermità psichica sopravvenuta, di beneficiare della concessione della misura alternativa della detenzione domiciliare, anche nelle ipotesi in cui la pena superi il limite richiesto per la sua applicazione in virtù del rinvio contenuto nell'art. 47-ter, co. 1-ter, O.P.<sup>15</sup>

Sotto il secondo profilo, l'art. 2 dello schema propone la modifica l'articolo 65, O.P., disponendo l'introduzione, negli istituti di pena, di "sezioni per detenuti con infermità" a prevalente gestione sanitaria. Con tale formula si intende assegnare la gestione del trattamento terapeutico e riabilitativo, all'interno delle sezioni per detenuti con infermità, al Servizio Sanitario Nazionale, mantenendo al contempo ferme le attribuzioni in capo all'Amministrazione Penitenziaria in materia di sicurezza e vigilanza. La caratteristica distintiva delle istituende sezioni deve essere individuata nella natura specialistica del trattamento terapeutico che con l'introduzione di appositi spazi e di personale a ciò qualificato si vuole agevolare. Alle sezioni in esame dovranno essere assegnati, qualora non sia applicabile una misura alternativa alla detenzione che meglio garantisca il trattamento terapeutico, i condannati a pena diminuita ai sensi degli artt. 89 e 95, cp, nonché i condannati affetti da infermità fisiche o psichiche, anche sopravvenute, o per i quali non sia stato possibile disporre il rinvio dell'esecuzione della pena ai sensi dell'art. 147, cp.

Infine, l'art. 2 dello schema in commento propone di modificare, riscrivendolo quasi integralmente, l'articolo 11, O.P., introducendo diversi e significativi cambiamenti alla disciplina dell'assistenza medica negli istituti di pena. Si stabilisce innanzitutto, ribadendo quanto previsto dal d.lgs. n. 230/1999, che spetta al Servizio Sanitario Nazionale la garanzia di un servizio medico e di un servizio farmacologico che rispondano alle esigenze di cura della salute dei detenuti e degli internati (co. 1 e 2), oltre alla messa a disposizione, per gli stessi, della Carta dei servizi sanitari adottata da ogni A.S.L. (co. 3). Viene poi modificata la disciplina delle autorizzazioni a cure ed accertamenti sanitari che non possono essere garantiti all'interno degli istituti di pena, valorizzando il principio per cui l'individuazione dell'autorità giudiziaria competente deve tenere conto della posizione giuridica degli internati (co. 4). Significative sono poi le innovazioni apportate alla disciplina della prima visita all'atto di ingresso in istituto (co. 7), che danno incarico al medico di annotare nella cartella clinica del detenuto, fra le altre cose, ogni informazione relativa a segni o indicazioni che facciano desumere che la persona possa aver subito violenze o maltrattamenti, e di darne comunicazione al direttore dell'istituto ed al magistrato di sorveglianza.

Si riconosce inoltre il diritto dei detenuti e degli internati ad avere informazioni complete sul loro stato di salute all'atto di ingresso in istituto, durante il periodo di detenzione ed

<sup>15</sup> Stabilisce infatti l'art. 47-ter, co. 1-ter, O.P. che "Quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 del codice penale, il tribunale di sorveglianza, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1, può disporre la applicazione della detenzione domiciliare, stabilendo un termine di durata di tale applicazione, termine che può essere prorogato l'esecuzione della pena prosegue durante la esecuzione della detenzione domiciliare."

al termine di esso. Si riconosce infine al detenuto il diritto alla continuità terapeutica (co. 9 e 10) ed a richiedere, a proprie spese, visite, trattamenti medici, chirurgici e terapeutici da parte di un esercente la professione sanitaria di loro fiducia.

### 3. Disposizioni per la semplificazione dei procedimenti.

Il capo II dello schema, composto dagli art. 4 e 5, contiene disposizioni finalizzate alla semplificazione dei procedimenti, in attuazione dell'art. 1, co. 85, lettera a) della delega. La legge n. 103 del 2017 delega infatti il Governo a *“prevedere la semplificazione delle procedure, anche con la previsione del contraddittorio differito ed eventuale, per le decisioni di competenza del magistrato e del tribunale di sorveglianza, fatta eccezione per quelle relative alla revoca delle misure alternative alla detenzione”*.

Le innovazioni che lo schema di decreto propone di apportare, soddisfano esigenze di varia natura: ridurre i tempi dei reclami giurisdizionali *ex art. 35-bis*, O.P. e di altri procedimenti attinenti all'esecuzione penale, con il conseguente alleggerimento del carico di lavoro della magistratura di sorveglianza, rivisitare le modalità di accesso alle misure alternative ed infine adeguare il procedimento di sorveglianza di cui all'art. 678, c.p.p. ai principi costituzionali del giusto processo<sup>14</sup>.

A riguardo, tra le modifiche proposte dall'art. 4 dello schema, quella più significativa consiste nella novella dell'art. 35-*bis*, O.P., nella parte in cui viene eliminato il reclamo al tribunale di sorveglianza avverso le decisioni dell'omonimo magistrato. La *ratio* dell'intervento può essere colta nella volontà di evitare la dilazione nel tempo dell'efficacia concreta della decisione sul reclamo, nella consapevolezza che però, in tal modo, si sacrifica il secondo grado di merito, rimanendo esperibile esclusivamente il ricorso per Cassazione. Si prevede poi di consentire all'Amministrazione Penitenziaria di stare in giudizio personalmente, in forza del rilievo per cui, data la peculiarità dell'oggetto del contenzioso, appare maggiormente idoneo alla difesa tecnica dell'Amministrazione Penitenziaria il personale della stessa. Ulteriori interventi di carattere semplificatorio vengono introdotti in materia di competenza alle autorizzazioni di deroga temporanea alle prescrizioni delle misure alternative dell'affidamento in prova *ex art. 47*, O.P., in materia di competenza ad adottare i provvedimenti di limitazione della corrispondenza *ex art. 18-ter*, O.P. ed in materia di competenza per la concessione di alcune tipologie di permessi *ex art. 30*, O.P.

Non meno significative appaiono le modifiche che l'art 5 dello schema propone di introdurre al codice di procedura penale, con particolare riferimento agli artt. 656, 677 e 678.

Si propone innanzitutto di modificare l'art. 656, co. 5, c.p.p., innalzando da tre a quattro anni il limite massimo di pena ai fini della sospensione dell'ordine di esecuzione per la

<sup>14</sup> Cfr. FILIPPI, SPANGHER, CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2016, 339-345.

presentazione dell'istanza di ammissione alle misure alternative alla detenzione<sup>15</sup>. Viene in questo modo superata l'asimmetria tra il limite di tre anni di cui alla vecchia formulazione del comma in questione ed il limite di pena di quattro anni richiesto, *de iure condito*, per la concessione dell'affidamento in prova nelle ipotesi di cui all'art. 47, co. 3-*bis*, O.P. e, *de iure condendo*, dallo schema in commento per le misure alternative alla detenzione in generale.

Di notevole rilevanza è poi la proposta di modifica del comma 2-*bis* e di introduzione del comma 2-*ter* dell'art. 677, c.p.p., in ordine agli adempimenti obbligatori ai fini della presentazione dell'istanza di ammissione alle misure alternative. In particolare, si propone, fermo restando l'obbligo per il condannato non detenuto di dichiarare o eleggere domicilio con la presentazione della domanda, di eliminare la necessaria incidenza dell'inosservanza di tale obbligo sulla validità della domanda, affidando al giudice della sorveglianza la valutazione della reale gravità di tale inadempimento ai fini della concessione della misura.

Con riferimento all'art. 678, c.p.p. si propone, attraverso la modifica del comma 1-*bis*, di estendere l'insieme dei casi in cui il Tribunale di sorveglianza decide con rito semplificato, a norma dell'articolo 667, co. 4, c.p.p.<sup>16</sup>, alle ipotesi di dichiarazione della estinzione del reato conseguente alla liberazione condizionale e di differimento dell'esecuzione della pena nei casi previsti dall'art. 146, co. 1, nn. 1 e 2, c.p. Si propone poi di introdurre, attraverso il nuovo comma 1-*ter*, una nuova procedura semplificata ed a contraddittorio eventuale e differito per la concessione delle misure alternative nelle ipotesi in cui la pena da scontare non sia superiore ad un anno e sei mesi<sup>17</sup>.

Di particolare importanza risulta infine l'intervento in tema di partecipazione dell'interessato *in vinculis* al procedimento di sorveglianza, sulla cui legittimità costituzionale dottrina e giurisprudenza hanno in più occasioni dubitato<sup>18</sup>. Ai sensi del combinato disposto degli artt. 666, co. 4 e 678, co. 1, c.p.p., infatti, la partecipazione dell'interessato al procedimento viene fatta dipendere da due condizioni: dalla circostanza che l'interessato si trovi in stato di libertà o meno e, in quest'ultimo caso, dalla collocazione geografica del luogo ove è detenu-

<sup>15</sup> La modifica in questione recepisce, sul punto, quanto recentemente stabilito da Corte cost., 6 febbraio 2018, n. 41, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 656, co. 5, c.p.p. "*nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospende l'ordine di esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni*".

<sup>16</sup> L'art. 667, co. 4, c.p.p. disciplina il cd procedimento *de plano*, che si caratterizza per il carattere meramente eventuale e differito del contraddittorio. Nel procedimento in esame, applicabile esclusivamente alle ipotesi tassativamente indicate dalla legge, il giudice decide senza formalità con ordinanza comunicata al pubblico ministero e notificata all'interessato. Se il pubblico ministero, l'interessato o il difensore propongono, entro il termine di quindici giorni, opposizione, si instaura il procedimento di cui all'articolo 666, c.p.p.

<sup>17</sup> Il modello procedimentale del quale si propone l'introduzione si articola nei seguenti passaggi: il presidente del tribunale di sorveglianza, dopo aver acquisito i documenti e le necessarie informazioni, designa il magistrato di sorveglianza cui compete la decisione, ove ne sussistano i presupposti, sulla concessione provvisoria della misura richiesta, con ordinanza adottata senza formalità. L'ordinanza di concessione provvisoria è comunicata al pubblico ministero e notificata all'interessato ed al difensore, e resta sospesa per il termine di dieci giorni, durante il quale tali soggetti possono proporre opposizione. Decorso tale termine, il tribunale di sorveglianza conferma senza formalità la decisione del magistrato di sorveglianza. Nelle ipotesi in cui non sia stata emessa o confermata l'ordinanza di concessione provvisoria, o qualora sia stata proposta opposizione, il tribunale di sorveglianza procede a norma del procedimento "ordinario" di cui all'articolo 678, c.p.p.

<sup>18</sup> Si veda, anche per gli ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, Art. 678, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda, G. Spangher, Milano, III, 2017, 342-347.

to o internato. L'interessato che si trovi in stato di libertà può infatti scegliere se partecipare direttamente all'udienza, mentre qualora egli si trovi *in vinculis*, e ne faccia espressamente richiesta, la sua partecipazione è condizionata dalla collocazione geografica del *locus custodiae* all'interno della circoscrizione del giudice precedente o, se all'esterno, dalla decisione di quest'ultimo di ordinarne la traduzione. All'interessato che si trovi detenuto o internato all'esterno della circoscrizione del giudice è riconosciuta solamente un'audizione di fronte al magistrato di sorveglianza territorialmente competente, al quale spetterà poi di trasmettere al giudice precedente il relativo verbale. La proposta in questione tiene conto, oltre che dei rilievi espressi circa l'evidente diversità tra le funzioni del procedimento di sorveglianza e del procedimento d'esecuzione e delle esigenze organizzative dell'Amministrazione Penitenziaria, anche delle critiche che hanno riguardato l'audizione delegata nelle varie sedi in cui è prevista nel codice di rito<sup>19</sup>. Si propone, in particolare, l'introduzione della partecipazione a distanza, mediante collegamenti audiovisivi, dell'interessato che risulti detenuto o internato in un luogo posto al di fuori della circoscrizione del giudice precedente, ferma restando la facoltà per quest'ultimo di ordinarne comunque la traduzione.

#### 4. Disposizioni in materia di automatismi e preclusioni nel trattamento penitenziario.

Il capo III dello schema, composto dagli artt. da 6 a 13, contiene disposizioni in materia di automatismi e preclusioni nel trattamento penitenziario, in attuazione dell'art. 1, co. 85, lett. e) della delega normativa. La legge n. 103 del 2017 delega infatti il Governo ad *“eliminare gli automatismi e le preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato, nonché revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale”*.

Lo schema, tenuto conto dell'ambito di intervento consentito dai criteri esplicitamente previsti dalla delega, peraltro di non facile interpretazione<sup>20</sup>, intercetta solo parzialmente le istanze di quella parte della dottrina<sup>21</sup> che da tempo sottolinea l'esigenza di una revisione profonda degli automatismi preclusivi contenuti nell'Ordinamento Penitenziario.

Le innovazioni più significative sono apportate dall'art. 7, che interviene sulle disposizioni di cui all'art. 4-bis, O.P. Si propone, innanzitutto, la modifica dell'art. 4-bis, co. 1, ri-

<sup>19</sup> da poco, si noti, è stata superata nell'udienza di riesame grazie alla legge n. 47/2015.

<sup>20</sup> Si veda quanto riportato in *Relazione illustrativa*, 23-24.

<sup>21</sup> v. relazione conclusiva del tavolo XVI degli Stati Generali dell'esecuzione penale, dedicato agli “Ostacoli normativi all'individuazione del trattamento rieducativo” in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

ducendone il perimetro applicativo: 1) ai condannati per delitti di mafia e terrorismo, per i quali la disciplina tuttora in vigore rimane immutata; 2) ai condannati per alcuni delitti, già annoverati nell'elenco della disciplina attuale, che nonostante il loro aspetto formalmente monosoggettivo implicano l'esistenza di profili organizzativi. Si tratta dei delitti di cui agli artt. 600, 600-*bis*, co. 1, 601, 609-*octies*, c.p.; 3) ai condannati che abbiano rivestito ruoli di primo piano in associazioni per delinquere finalizzate alla commissione dei delitti di cui agli artt. 600, 600-*bis*, co. 1, 600-*ter*, co. 1-2, 601, 602, 609-*octies*, 630, c.p. ed agli artt. 12, co. 1 e 3 del testo unico sull'immigrazione, 291-*quater* del testo unico doganale e 74 del testo unico sugli stupefacenti. Restano fuori dall'ambito applicativo della preclusione i semplici partecipanti a tali sodalizi, con l'eccezione delle associazioni finalizzate al contrabbando e dallo spaccio di stupefacenti.

Le altre ipotesi precedentemente contemplate dal comma 1 ed espunte dalla sua nuova formulazione vengono ricomprese nel novero del comma 1-*ter* dell'art. 4-*bis*, ai sensi del quale i benefici possono essere concessi a condizione che non vengano acquisiti elementi tali da far ritenere sussistente l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

Apprezzabile è poi la proposta di modifica dell'art. 4-*bis*, co. 3-*bis*, O.P., relativamente al cd. potere di veto del Procuratore nazionale antimafia ed antiterrorismo<sup>22</sup>. Si propone, in merito, di attribuire alla comunicazione circa "*l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata*" natura facoltativa e meramente informativa. La proposta in esame recepisce, in tal modo, un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo il quale tali comunicazioni non possono vincolare il giudice della sorveglianza, che è tenuto viceversa a sottoporle a rigorosa verifica prima di pronunciarsi.

Ugualmente recettiva degli insegnamenti della Suprema Corte è poi la proposta di introduzione dell'articolo 4-*ter*, rubricato "*Scioglimento del cumulo*"<sup>23</sup>. In particolare, si prevede che la pena o la frazione di essa, relativa a uno dei reati indicati nell'articolo 4-*bis*, O.P., si consideri "*separatamente ed espiata per prima*", qualora ne derivino effetti favorevoli al condannato.

<sup>22</sup> Introdotto dal decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito con legge 7 agosto 1992, n. 356 e recentemente modificato dal decreto legge 18 febbraio 2015, convertito con legge 17 aprile 2015, n. 43, il comma 3-*bis* dell'articolo 4-*bis*, O.P. attribuisce al Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo il potere di precludere, a prescindere dalle procedure di cui ai commi 2 e 3 del medesimo articolo, la concessione del lavoro all'esterno, dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione attraverso la segnalazione, di propria iniziativa o su segnalazione del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente, dell'attualità dei collegamenti tra l'interessato e la criminalità organizzata. Secondo l'orientamento costante della giurisprudenza di legittimità, tuttavia, il giudice della sorveglianza non deve ritenersi vincolato dalla comunicazione in questione, ma deve sottoporla a verifica e, eventualmente, disattenderla. Cfr., *ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. 1, 13 settembre 2016, n. 51878; Cass. Pen., Sez. 1, 20 marzo 2015, n. 16374; Cass. Pen., Sez. 1, 5 giugno 2013, n. 40823.

<sup>23</sup> Istituto di matrice giurisprudenziale, oggetto di un vivace dibattito in giurisprudenza fino all'intervento delle Sezioni Unite in Cass. Pen., Sez. Un., 30 giugno 1999, n. 14, in *Cass. Pen.*, 1999, 570, lo scioglimento del cumulo permette di sciogliere idealmente il cumulo di pene inflitte per titoli di reato diversi e solo in parte rientranti nel novero di cui all'articolo 4-*bis*, considerando espiata per prima la pena o la sua frazione scontata a titolo di condanna per il reato ostativo, al fine di permettere, durante l'espiazione della pena a titolo di reato non ostativo, la concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative.



## 5. Disposizioni in materia di misure alternative.

Il capo IV dello schema, composto dagli articoli da 14 a 22, contiene disposizioni in materia di misure alternative alla detenzione, in attuazione dell'art. 1, co. 85, lett. b) della delega. La legge n. 103 del 2017 delega infatti il Governo a *“rivedere le modalità e i presupposti di accesso alle misure alternative sia con riferimento ai presupposti soggettivi sia con riferimento ai limiti di pena, al fine di facilitare il ricorso alle stesse, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità e in particolare per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale”*.

La legge delega fissa quindi, quale criterio direttivo per la sua attuazione, l'ampliamento del ricorso alle misure alternative alla detenzione, da realizzarsi attraverso la revisione delle loro modalità e dei relativi presupposti d'accesso. Lo schema di decreto raccoglie queste indicazioni, proponendo significative modifiche finalizzate ad ampliare il ricorso alle misure alternative, viste come *“risposta strutturale alla questione del sovraffollamento carcerario”*<sup>24</sup>, valorizzandone però al contempo anche il contenuto riabilitativo. Muovendo lungo queste direttrici lo schema in esame contiene proposte di modifica alla disciplina dell'affidamento in prova al servizio sociale di cui all'art. 47, O.P., della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter, O.P. e del regime di semilibertà di cui agli artt. 48-51, O.P.

L'art. 14 interviene sulla disciplina dell'affidamento in prova al servizio sociale, proponendo di inserire, nella nuova formulazione dell'articolo 47, O.P., varie e significative novità. In attuazione del criterio direttivo contenuto, in materia di misure alternative alla detenzione, nella legge delega, si favorisce innanzitutto il ricorso all'affidamento in prova attraverso l'innalzamento della soglia richiesta per la concessione della misura, in ogni caso, a quattro anni, anche residui di maggior pena. Nella stessa direzione vanno poi le proposte relative alla rivisitazione delle competenze in materia di osservazione della personalità, che per le pene inferiori ai sei mesi cessa di essere necessaria, alla previsione di luoghi pubblici di cura, assistenza o accoglienza cui destinare i richiedenti che non dispongano di una propria abitazione e, infine, alla valorizzazione del potere di concessione provvisoria della misura. Particolarmente rilevante risulta poi, sotto il profilo delle potenzialità risocializzanti, la proposta di arricchimento del contenuto rieducativo della misura attraverso l'inserimento, tra le prescrizioni che il condannato dovrà osservare, della partecipazione a progetti di pubblica utilità a favore della comunità.

Anche con riferimento alla detenzione domiciliare l'art. 15 interviene, principalmente, allo scopo di ampliarne le ipotesi applicative. Si propone, innanzitutto, l'innalzamento della soglia richiesta per la concessione della cd “detenzione domiciliare generica” di cui al co. 1-bis dell'articolo 47-ter a quattro anni, anche residui di maggior pena. Nella stessa direzione vanno poi le proposte di modifica relative, rispettivamente alla eliminazione

<sup>24</sup> V. *Analisi di impatto della regolamentazione*, 6.

dell'automatica preclusività, per il detenuto ultrasettantenne, delle dichiarazioni di abilitazione, professionalità e tendenza al reato e della recidività ed all'aumento delle ipotesi di concessione della misura ex art. 47-ter, co. 1, O.P.<sup>25</sup> Con la proposta di modifica del comma 4 si tenta poi di dotare anche la misura alternativa della detenzione domiciliare, per definizione priva di un contenuto positivo di segno rieducativo, di una propria valenza riabilitativa, attraverso l'inserimento delle attività utili al reinserimento sociale tra le possibili prescrizioni che il tribunale di sorveglianza può disporre, all'atto della concessione.

Infine, l'art. 16 interviene sulla disciplina del regime di semilibertà. Si propone, in particolare, di inserire il volontariato e le attività di rilevanza sociale tra i requisiti che consentono l'accesso alla misura, ampliandone al contempo le ipotesi applicative ed il possibile contenuto risocializzante. Di particolare rilevanza è poi la previsione della possibilità di accedere al regime di semilibertà per i condannati all'ergastolo che abbiano fruito di permessi premio per almeno cinque anni consecutivi.

## 6. Disposizioni in tema di vita penitenziaria.

Il capo VI dello schema, composto dal solo articolo 25, contiene molteplici disposizioni genericamente riferite alla "vita penitenziaria", dando attuazione ai principi espressi dalla legge di delega all'art. 1, co. 85, lettere o), r), t) e v). Il richiamo così generico della rubrica del capo VI si giustifica alla luce della eterogeneità delle proposte di modifica ivi contenute, che intervengono sulla disciplina degli aspetti più concreti della quotidianità dei detenuti e degli internati.

Lo schema di decreto interviene innanzitutto sulla disciplina dell'alimentazione all'interno degli istituti di pena, proponendo la modifica dell'art. 9, O.P. Si propone, in particolare, di garantire ai detenuti che ne facciano richiesta un vitto rispettoso delle regole alimentari prescritte dal loro credo religioso e, in quanto possibile, delle loro abitudini alimentari. La proposta in esame, che eleva, rafforzandolo ulteriormente, al rango di norma primaria il principio espresso dall'articolo 11, co. 4, Reg. Esec., appare particolarmente apprezzabile, nell'ottica di una più generale spinta verso il rafforzamento dei processi di integrazione in una realtà, quella del sistema penitenziario, caratterizzata da una sempre più marcata multietnicità, e del contrasto al tristemente noto fenomeno della radicalizzazione dei soggetti a rischio all'interno degli istituti di pena.

Particolarmente apprezzabile, poiché finalizzata al miglioramento della qualità della vita negli istituti di pena, appare poi la proposta di modifica dell'articolo 10, O.P., attraverso la quale viene innalzato da due a quattro il numero minimo di ore quotidiane che devono essere destinate alle attività all'aperto. Tale soglia minima, nella nuova formulazione dell'artico-

<sup>25</sup> Nella formulazione dell'art. 47-ter, co. 1, O.P. proposta dallo schema si fa infatti riferimento, tra i requisiti che ne legittimano la concessione, anche al "figlio affetto da grave disabilità".

lo in questione, può essere ridotta fino ad un minimo di due ore, a fronte della vigente disciplina secondo la quale può essere ridotta ad un'ora, ma solo per giustificati motivi e comunque per tempi brevi e determinati.

Significativa è poi la proposta di modifica dell'articolo 15, O.P., che mira ad inserire, tra gli elementi del trattamento rieducativo, la formazione professionale e la partecipazione a progetti di pubblica utilità, che attualmente costituiscono strumenti scarsamente utilizzati<sup>26</sup>, a fronte delle evidenti potenzialità risocializzanti.

Importanti sono poi le varie ed eterogenee novelle che lo schema di decreto propone di apportare all'art. 18, O.P. in materia di colloqui, con i difensori e con i familiari, di corrispondenza e di informazione. Sotto il primo profilo si propone, in particolare, di garantire ai detenuti e agli internati di poter conferire con il difensore sin dall'inizio dell'esecuzione della pena o della misura, fermo quanto stabilito dall'articolo 104 del codice di procedura penale, recependo in tal modo quanto stabilito dalla Corte costituzionale<sup>27</sup>. Con riferimento ai colloqui con i familiari si propone, invece, di favorirne la riservatezza e di assicurare una cura particolare nei confronti di quelli svolti con i minori di quattordici anni. Lo schema di decreto interviene poi sulla disciplina della corrispondenza telefonica di cui all'art. 18, co. 5, O.P. Si propone, in particolare, fatte salve le cautele previste dal regolamento e con l'esclusione dal novero dei destinatari dei detenuti e degli internati per reati di cui all'articolo 4-bis, di introdurre la possibilità di effettuare tale corrispondenza anche attraverso programmi informatici di conversazione visiva, sonora e di messaggistica istantanea attraverso la rete internet. L'ultima proposta di modifica dell'articolo in questione riguarda la disciplina dei mezzi di informazione di cui all'art. 18, co. 6, O.P. Si propone, in particolare, di garantire il diritto di ogni detenuto alla libera informazione, attraverso l'accesso a quotidiani e l'utilizzo di ogni moderno strumento tecnologico.

Di particolare rilevanza appare infine la proposta di modifica relativa all'articolo 42, O.P., del quale viene riscritto integralmente il secondo comma, dedicato ai trasferimenti dei detenuti. Nella nuova formulazione, la disposizione in questione prevede che *“nel disporre i trasferimenti i soggetti sono comunque destinati agli istituti più vicini alla loro dimora o a quella della loro famiglia ovvero al loro centro di riferimento sociale. L'amministrazione penitenziaria dà conto delle ragioni che ne giustificano la deroga”*. La proposta in esame rafforza il principio di territorialità dell'esecuzione della pena, contribuendo alla realizzazione di quanto previsto dall'articolo 28, O.P., ai sensi del quale *“particolare cura è riservata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie”*.

<sup>26</sup> Le tabelle relative all'effettivo utilizzo di tale elemento del trattamento rieducativo possono essere consultate nella sezione “statistiche” del sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>27</sup> Quello dei colloqui dei detenuti con il difensore è un aspetto normativamente trascurato, tanto dal codice di rito quanto dall'ordinamento penitenziario. Sul punto è intervenuta la Corte costituzionale, che con la sentenza 17 giugno 1997, n. 212 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 18, O.P., per contrasto con l'articolo 24, Cost., nella parte in cui non prevede che il detenuto, condannato in via definitiva, abbia il diritto di effettuare colloqui con il proprio difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena detentiva.

## 7. Riflessioni conclusive.

La riforma dell'ordinamento penitenziario, già sfrondata in corso d'opera di alcuni tra i suoi più innovativi profili, sta oramai scivolando lungo binari che puntano verso la mancata attuazione della delega normativa.

Delle aspirazioni e dei contenuti del progetto di riforma si è tentato, seppur brevemente, di dare esplicazione. Rimane ora da chiedersi quali siano state le ragioni che hanno sorretto tale accantonamento e, quindi, sottoporle a verifica.

Dalla rassegna dei giudizi critici che hanno accompagnato la mancata approvazione del decreto legislativo è agevole constatare come queste motivazioni possano essere, per lo più, ricondotte al timore che le innovazioni, in esso contenute, avrebbero potuto mettere a rischio la “certezza della pena”.

Volendo mettere a fuoco le proposte di intervento nelle quali avrebbe dovuto concretizzarsi l'esercizio della delega normativa, è possibile osservare come esse possano essere ascritte a due distinti itinerari normativi: il miglioramento della qualità della vita penitenziaria, e del trattamento rieducativo che in essa deve trovare dimora, e la valorizzazione delle misure alternative alla detenzione<sup>28</sup>.

Ora, è evidente che per verificare la fondatezza delle sopradette ragioni ci si debba soffermare prevalentemente sulla seconda di queste aree di intervento. Quello sulla certezza della pena, e sulle ricadute negative che su di essa avrebbero le misure alternative alla detenzione, è un dibattito risalente, che spesso appare alimentato più dal senso di insicurezza collettiva percepito dall'opinione pubblica – a tacere degli *slogan* ripetutamente utilizzati in occasione delle competizioni elettorali – che da una seria e pacata riflessione sulle funzioni della pena e sugli strumenti dei quali l'ordinamento dispone per adempiere alle stesse.

Si ritiene, infatti, che si tratti di un luogo comune quello per cui il disegno di un'esecuzione penale nella quale venga attuato un trattamento rieducativo individualizzato che, nei confronti di chi vi si trovi sottoposto, si dimostri aperto alla possibilità di riconquistare progressivamente la libertà, attraverso l'utilizzo di forme di espiazione extramuraria, si traduca in uno svilimento della certezza della pena.

A ben vedere, infatti, come la dottrina non ha mancato di segnalare, la questione della certezza della pena – e della crisi che sta attraversando – dovrebbe essere più propriamente collegata ad altri ordini di fattori, i quali in nessun modo riguardano le misure alternative alla detenzione<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> In questi termini DELLA CASA, *L'urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell'era della riscoperta centralità del carcere*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2018.

<sup>29</sup> Cfr. DELLA CASA, *Misure alternative ed effettività della pena: una ricognizione della situazione odierna e delle prospettive di riforma: atti del convegno Casarano – Gallipoli, 27-29 ottobre 2000*, Milano, 86; GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2018; MARGARA, *Le parole, le cose e le pietose bugie*, in *Il vaso di Pandora*, Roma, 1997, 167-173.

Ebbene, si ritiene che tale diffuso luogo comune trovi le sue radici in un equivoco di fondo, ossia nella convinzione per cui le misure di cui si discute costituirebbero una alternativa integrale alla pena. Ma si tratta di un assunto da respingere: la Corte costituzionale, con la sentenza 12 giugno 1985, n. 185 ha chiarito da tempo che le misure alternative alla detenzione, in virtù delle modalità con le quali vengono attuate, devono essere considerate una vera e propria pena o, se si vuole, una “*modalità di esecuzione della stessa*” ritenuta maggiormente idonea al raggiungimento delle finalità che l'ordinamento le assegna.

In altre parole, chi si trovi a beneficiare della concessione di una misura alternativa alla detenzione continua, durante l'applicazione della stessa, ad espiare la pena comminatagli all'esito del processo, ma con modalità che meglio garantiscano il raggiungimento dello scopo in vista del quale la stessa gli è stata applicata.

Tale maggiore idoneità al raggiungimento delle finalità della pena, cui fa riferimento la Corte costituzionale, denota quindi come l'utilizzo delle misure in questione abbia l'effetto di rendere la stessa non meno certa, ma più effettiva. E se, come si ritiene, la pena raggiunge la sua finalità allorquando chi ne concluda l'espiazione si trovi ad avere prospettive future diverse e migliori di quando l'ha cominciata, appare legittimo affermare che le proposte contenute nel progetto di riforma avrebbero contribuito a riportare la pena nel ruolo ad essa affidato dalla Costituzione: quello di ricucire lo strappo, venuto in essere con la commissione del reato, tra l'individuo e la comunità, alla quale egli dovrà, prima o poi, necessariamente fare ritorno.



# Trattamento dei dati personali e illeciti penali – Dalla Legge 675/1996 alle nuove prospettive

FRANCESCO SPINA

SOMMARIO: 1. Il perché di questo contributo. – 2. Dalla Legge 675/1996 al D.Lvo 196/2003. – 3. Il Codice della privacy. – 4. Fra Codice e Regolamento. – 5. Lo schema di Decreto Legislativo.

## 1. Il perché di questo contributo.

L'attuale scenario giuridico, in materia di privacy, appare caratterizzato da una profonda incertezza che offusca i diritti, i doveri, le responsabilità e gli adempimenti dei soggetti interessati. Neppure le sanzioni previste per le singole violazioni risultano certe.

Come giustamente sottolineato nell'*incipit* del parere reso dalla Commissione speciale<sup>1</sup>, incaricata di esprimersi sullo schema di decreto legislativo attualmente in discussione, al momento esistono (almeno) due fonti normative in materia di privacy: il regolamento europeo e il codice della privacy; vedremo nel prosieguo come, in realtà, la situazione sia ancora più complessa. Se a questo si aggiunge la facile considerazione che il Regolamento, per sua stessa natura, è immediatamente esecutivo e non necessita per sé di una normativa nazionale di recepimento, ben si comprendono le difficoltà che sono chiamati a superare da un lato gli interpreti, dall'altro il legislatore delegato.

Quest'ultimo, al fine di armonizzare il codice della privacy con il Regolamento, ha di fronte una prima alternativa: abrogare e sostituire integralmente il codice o procedere con modifiche e integrazioni mirate. Il Governo in carica, diversamente da quanto fatto dal proprio predecessore<sup>2</sup>, ha scelto la seconda strada, con l'intento dichiarato di *"escludere il rischio di un eccesso di delega"*:

Il prossimo ventuno agosto scadrà il termine, già prorogato, previsto per l'esercizio della delega; entro tale data, dovrà essere approvato in via definitiva il decreto attualmente in discussione che, in considerazione della ristrettezza dei tempi, appare candidato a

<sup>1</sup> <http://documenti.camera.it/leg18/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2018/06/20/leg.18.bol0024.data20180620.com66.pdf>.

<sup>2</sup> Il primo schema di decreto legislativo circolato a marzo prevedeva l'abrogazione dell'attuale codice privacy; per una riflessione sulla razionalità della scelta v. G. FINOCCHIARO, *Gdpr, perché abrogare il Codice Privacy è la scelta migliore e che cosa comporta*, in <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy/gdpr-perche-abrogare-il-codice-privacy-e-la-scelta-migliore-e-che-cosa-comporta>.

rappresentare sostanzialmente il testo definitivo. In vista di tale appuntamento, il presente contributo ripercorre brevemente le tappe che hanno segnato il cammino della normativa italiana sulla privacy, con particolare attenzione alle fattispecie penali. La speranza è che, al momento in cui il decreto verrà approvato, questa riflessione possa agevolare lo sforzo di coloro che saranno chiamati a interpretare le nuove prescrizioni.

## 2. Dalla Legge 675/1996 al D.Lvo 196/2003.

Sono oramai passati quasi ventidue anni dall'autunno del 1996, un tempo piuttosto breve se misurato con il metro degli interventi normativi, specialmente quelli italiani in ambito penale: basti pensare che, talvolta, l'aggettivo "nuovo" è ancora utilizzato per descrivere il vigente codice di procedura penale. Eppure si tratta di un tempo molto lungo, se misurato con il metro dei progressi tecnologici, specialmente quelli in ambito elettronico e informatico, la cui evoluzione ha inevitabilmente comportato nuove esigenze di tutela: nel 1996 la corrispondenza era ancora prevalentemente cartacea, i nerd di tutto il mondo stavano scoprendo ICQ, i manager sfoggiavano orgogliosamente il proprio Nokia 9000 Communicator e Mark Zuckerberg, all'epoca dodicenne, non avrebbe messo on-line Facebook per altri 8 anni.

Come a tutti noto, il 31 dicembre 1996, in attuazione della Direttiva 95/46/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, vedeva la luce la Legge n. 675, che forniva la prima copertura normativa in materia di tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali. Fino a quel momento, in Italia, nella riflessione della dottrina e della giurisprudenza, la tutela dei dati personali aveva faticato ad affrancarsi dalla tutela della riservatezza, quale bene talora confuso con l'onore<sup>3</sup>.

Quanto alle condotte penalmente rilevanti, la Legge n. 675/1996 introduceva quattro fattispecie delittuose: "omessa o infedele notificazione" (art. 34), "trattamento illecito di dati personali" (art. 35), "omessa adozione di misure necessarie alla sicurezza dei dati" (art. 36), "inosservanza dei provvedimenti del Garante" (art. 37). L'art. 39, infine, puniva con la sanzione amministrativa chiunque omettesse di fornire al Garante le informazioni e i documenti richiesti.

Una prima modifica di questo assetto si ebbe con il Decreto Legislativo n. 467/2001, contenente "disposizioni correttive ed integrative della normativa in materia di protezione dei dati personali, a norma dell'art. 1 della legge n. 127 del 24 marzo 2001". Con questo intervento, il delitto di cui all'art. 36 venne trasformato in una contravvenzione, ampliando lo spazio ricoperto dalle prescrizioni del Garante, e venne introdotta la nuova fattispecie delittuosa di "falsità nelle dichiarazioni e nelle notificazioni al Garante" (art. 37-bis).

Nel frattempo, in Europa, veniva adottata la Direttiva 2002/58/CE del Parlamento Euro-

<sup>3</sup> Per una riflessione sull'evoluzione del concetto di privacy, v. M. LAMANUZZI, *Diritto penale e trattamento dei dati personali. I reati previsti dal Codice della privacy e la responsabilità amministrativa degli enti alla luce del regolamento 2016/679/UE*, in <http://jus.vitaepensiero.it/news-papers-diritto-penale-e-trattamento-dei-dati-personali-codice-della-privacy-novita-introdotte-dal-regolamento-2016-679-ue-e-nuove-responsabilita-per-gli-en-4763.html>.



peo e del Consiglio, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche. Pertanto, anche in attuazione degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee, il 30 giugno 2003 il Governo Italiano approvò il Decreto Legislativo n. 196, “Codice in materia di protezione dei dati personali”, subito ribattezzato “Codice della Privacy”.

### 3. Il Codice della Privacy.

Il Decreto Legislativo n. 196/2003, entrato in vigore il 1 gennaio 2004, è nato con lo scopo dichiarato di costituire il testo unico in materia di privacy; pertanto, coerentemente con tale premessa, ha abrogato e sostituito integralmente la Legge n. 675/1996.

Per quanto qui interessa, è sufficiente ricordare che il Titolo III del Codice si occupa al Capo I delle violazioni amministrative, mentre al Capo II fornisce l'elenco delle fattispecie penali in materia di trattamento dei dati personali. Si tratta di un elenco in buona parte riconducibile a quanto già conosciuto nella previgente normativa.

Appare opportuno, in questa sede, riportare brevemente tali prescrizioni, anche al fine di comprendere, nel prosieguo, le implicazioni derivanti dall'entrata in vigore del Regolamento Europeo:

art. 167, trattamento illecito di dati: comprende due fattispecie delittuose, distinte in relazione alla natura dei dati oggetto di trattamento (dati comuni da un lato, dati sensibili e giudiziari dall'altro), che puniscono chiunque, al fine di trarne profitto o di recare danno, proceda al trattamento dei dati personali in violazione delle disposizioni del codice;

art. 168, falsità nelle dichiarazioni e notificazioni al Garante: il delitto in parola punisce chiunque, nelle comunicazioni o notificazioni al Garante, dichiara o attesti falsamente notizie o circostanze, o produca al Garante atti o documenti falsi;

art. 169, misure di sicurezza: introduce una fattispecie contravvenzionale che punisce chiunque, essendovi tenuto, ometta di adottare le misure minime prescritte dal Codice;

art. 170, inosservanza di provvedimenti del Garante: fattispecie delittuosa che, come le precedenti, ricalca sostanzialmente quanto già disciplinato dalla L. 675/1996;

art. 171, altre fattispecie: la norma, nonostante la genericità della rubrica, rimanda specificamente allo Statuto dei lavoratori per i reati in materia di impianti audiovisivi e altri strumenti per il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e di strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e per la registrazione degli accessi e delle presenze.

In questa sede non è possibile fornire un'analisi dettagliata delle singole fattispecie di reato; bastino pertanto alcune considerazioni, con particolare riferimento alla tecnica redazionale.

Anzitutto, occorre sottolineare come, nonostante tali norme individuino l'autore del reato ricorrendo genericamente al termine “chiunque”, i reati contenuti nel Codice della Privacy debbano in realtà considerarsi reati propri, giacché le condotte sanzionate possono essere com-

messe solo dal titolare, dal responsabile o dall'incaricato del trattamento<sup>4</sup>, a cui gli articoli 28, 29 e 30 del Codice attribuiscono il dovere di assicurare la correttezza del trattamento dei dati.

Quanto poi agli artt. 167 e 168, questi ripropongono la clausola di sussidiarietà espressa “*salvo che il fatto costituisca più grave reato*”, volta a risolvere il concorso apparente con altre norme incriminatrici (si pensi all'utilizzazione di segreti d'ufficio ex art. 326 c.p.<sup>5</sup>; all'ipotesi sanzionata dall'art. 617-*quater*, comma II c.p.; ancora, alla rivelazione del contenuto di documenti segreti, punita dall'art. 621 c.p.).

Da ultimo, preme sottolineare come tutte le norme sopra richiamate rinvino, per la descrizione del fatto tipico, ad altre norme del Codice (o, nel caso dell'art. 171, dello Statuto dei lavoratori), le quali, a loro volta, rinviano a regolamenti o atti del Garante della Privacy, seguendo il ben noto (e altrettanto problematico) schema delle norme penali in bianco<sup>6</sup>.

#### 4. Fra Codice e Regolamento.

Come oramai noto, il 4 maggio 2016 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale Europea il Regolamento UE 2016/679 che, insieme alla Direttiva 2016/680, di cui diremo *infra*, va a comporre il c.d. “pacchetto europeo di protezione dei dati”. L'accelerazione del progresso tecnologico e la conseguente moltiplicazione dei rischi per la privacy hanno fatto emergere chiaramente la necessità di una nuova disciplina in materia, coerente e armonizzata all'interno dell'Unione.

Di fronte alla necessità di uniformare le normative Statali, l'art. 99 del Regolamento ha disposto un periodo di *vacatio* di due anni, così che il provvedimento è entrato in vigore lo scorso 25 maggio; da quel momento è stata altresì abrogata la Direttiva 95/46/CE, sulla base della quale, come detto, erano stati approvati la Legge 675/96 e il Codice della Privacy. L'esigenza dietro alla scelta di sostituire la Direttiva con un Regolamento sta, ovviamente, nella natura dei due strumenti normativi: la Direttiva è difatti finalizzata alla armonizzazione delle legislazioni nazionali e questo, nel tempo, “*non ha impedito la frammentazione dell'applicazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione, né ha eliminato l'incertezza giuridica*”<sup>7</sup>. Da qui, dunque, la necessità di adottare un Regolamento, atto legislativo direttamente vincolante e, almeno in larga parte, direttamente applicabile negli ordinamenti interni degli Stati membri<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Per le definizioni si rimanda all'art. 4 D.Lgs. 196/2003 e art. 4 RGPD.

<sup>5</sup> V. Cass. pen. Sez. VI, 21/02/2013, n. 9726 (rv. 254594), secondo cui “*la condotta di utilizzazione di notizie di ufficio che devono rimanere segrete integra il solo reato previsto dall'art. 326, comma terzo, cod. pen. e non anche quello di trattamento illecito di dati personali previsto dall'art. 167 D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, in quanto quest'ultimo ha ad oggetto il più generale trattamento di dati personali in violazione delle prescrizioni del citato D.Lgs. ed è fattispecie residuale rispetto ad illeciti più gravi per effetto della clausola di riserva contenuta nella disposizione che lo contempla*”. In CED Cassazione, 2013.

<sup>6</sup> V. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XV Ed., 52 ss.; per una approfondita riflessione sul tema v. S. MARANI, *Principio di determinatezza e norma integratrice del precetto penale*. Tesi di Dottorato in <https://flore.unifi.it/>

<sup>7</sup> V. Considerando 9 del Regolamento.

<sup>8</sup> Sul punto si veda il considerando 11, che precisa come si tratti di garantire “*il rafforzamento e la disciplina dettagliata dei diritti*

Le differenze di impostazione sistematica fra i due strumenti si apprezzano anche per quanto riguarda le indicazioni fornite in tema di sanzioni penali. La Direttiva 95/46/CE, difatti, si limitava a prescrivere agli Stati membri di adottare “*le misure appropriate per garantire la piena applicazione*” delle disposizioni ivi contenute e, in particolare, di stabilire le sanzioni da applicare in caso di violazione delle disposizioni introdotte in ossequio alla Direttiva stessa. Il Regolamento, invece, al fine di non violare il principio di riserva di legge in materia penale e nel rispetto dei principi del TFUE in punto di legislazione penale<sup>9</sup>, dedica alla questione il Considerando n. 149, di cui vale la pena riportare il testo integrale: “*gli Stati membri dovrebbero poter stabilire disposizioni relative a sanzioni penali per violazioni del presente regolamento, comprese violazioni di norme nazionali adottate in virtù ed entro i limiti del presente regolamento. [...]. Tuttavia, l'imposizione di sanzioni penali per violazioni di tali norme nazionali e di sanzioni amministrative non dovrebbe essere in contrasto con il principio del ne bis in idem quale interpretato dalla Corte di giustizia*”.

La norma appena richiamata, come tutti i Considerando, non ha valore immediatamente precettivo ma sorregge l'interpretazione dell'art. 84 del Regolamento, a mente del quale “*gli Stati membri stabiliscono le norme relative alle altre sanzioni per le violazioni del presente Regolamento*” che non siano già soggette alle sanzioni amministrative di cui all'art. 83 e “*adottano tutti i provvedimenti necessari per assicurarne l'applicazione*”; tali sanzioni, precisa il Regolamento, oltre che effettive e dissuasive, devono essere proporzionate.

Anche senza entrare nella problematica questione della successione mediata delle norme penali incriminatrici, non è agevole stabilire quali dei reati contenuti nel Codice siano sopravvissuti all'entrata in vigore del Regolamento. In considerazione della tecnica redazionale sopra richiamata, per trovare una risposta a tale quesito occorre compiere una attenta operazione ermeneutica, verificando di volta in volta la compatibilità, da un lato fra tali norme e le altre norme del codice richiamate per la descrizione del fatto tipico, dall'altro con le disposizioni del RGPD.

Seguendo tale impostazione, alcune fattispecie debbono ritenersi tuttora vigenti: si pensi ad esempio all'art. 169, il cui richiamo alle misure minime di sicurezza pare compatibile con il regime delineato dal Codice; altre, invece, risulterebbero implicitamente abrogate: si pensi alle ipotesi riconducibili al combinato disposto degli artt. 167, 123 e 126 del Codice, in quanto queste ultime due norme, dedicate rispettivamente al trattamento dei dati

---

*degli interessati e degli obblighi di coloro che effettuano e determinano il trattamento dei dati personali, nonché poteri equivalenti per controllare e assicurare il rispetto delle norme di protezione dei dati personali e sanzioni equivalenti per le violazioni in tutti gli Stati membri*”.

<sup>9</sup> L'art. 83, par. 2 del TFUE stabilisce che “*allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttiva*”.

comuni e dei dati sensibili, sono state superate da quelle, più dettagliate, contenute nel Regolamento<sup>10</sup>.

Prima di passare all'esame dello schema di decreto legislativo, occorre ricordare che lo stesso giorno in cui veniva approvato il Regolamento Europeo, il 27 aprile 2016, veniva altresì approvata la già ricordata Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa alla protezione delle persone fisiche, con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti ai fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

Trattandosi appunto di un Direttiva, era necessaria una normativa interna di recepimento che, in Italia, è arrivata con il Decreto Legislativo n. 51 del 18 maggio 2018. In questa sede preme evidenziare come il Capo VI del Decreto, rubricato "illeciti penali", agli articoli da 43 a 45 abbia introdotto delle fattispecie di reato che, al momento, in parte sostituiscono e in parte affiancano quelle già contenute nel Codice della privacy<sup>11</sup>.

## 5. Lo schema di Decreto Legislativo.

Come già accennato, le vicende politiche interne hanno fatto sì che il percorso di armonizzazione fra normativa interna e Regolamento sia stato lungo e travagliato e non sia, malauguratamente, ancora giunto a conclusione.

Il Governo Italiano è stato delegato ad adottare i decreti necessari con Legge di delegazione europea n. 162/2017, entrata in vigore il 21 novembre dello stesso anno. Tale provvedimento prevedeva che venissero preliminarmente acquisiti i pareri delle competenti commissioni parlamentari e del Garante per la protezione dei dati personali. I lavori della Commissione nominata presso il Ministero della Giustizia si sono svolti fra gennaio e la metà di marzo del 2018. Al termine, è stata trasmessa una prima bozza di decreto legislativo, nella quale spiccava la scelta di considerare come illeciti amministrativi tutte le violazioni in materia di privacy.

Tale soluzione, adottata per evitare problemi derivanti dalla duplicazione di sanzioni penali e amministrative, non ha mancato di sollevare forti critiche<sup>12</sup>. Le passate elezioni politiche e la impasse governativa che ne è seguita hanno fatto sì che la materia sia stata affidata alla Commissione speciale; nel frattempo, lo scorso 22 maggio, il Garante italiano della privacy ha reso, a maggioranza, il parere<sup>13</sup> sullo schema di decreto legislativo di ade-

<sup>10</sup> Per una dettagliata analisi v. LAMANUZZI, *Diritto penale e trattamento dei dati personali. I reati previsti dal Codice della privacy e la responsabilità amministrativa degli enti alla luce del regolamento 2016/679/UE*, sub nota 3.

<sup>11</sup> Per una panoramica si rimanda a S. CARRER, *Privacy e diritto penale: approvato in via definitiva il d.lgs. 51/2018 che attua la direttiva europea sulla tutela dei dati personali a fini di pubblica sicurezza e penali*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 5.

<sup>12</sup> Per tutti, v. L. BOLOGNINI in <https://www.corrierecomunicazioni.it/digital-economy/gdpr-bolognini-da-schema-di-riordino-del-governo-rischi-di-incostituzionalita>.

<sup>13</sup> <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9163359>.

guamento al RGPD. Tale parere ha sottolineato numerosi profili di criticità, in particolare quanto alla mancanza di sanzioni penali. In conseguenza, lo scorso 20 giugno, la Commissione speciale ha approvato un nuovo parere in ordine allo schema di Decreto legislativo, nel quale (v. art. 15) emergono numerose disposizioni penali.

Si tratta in parte di modifiche apportate a norme già contenute nel Codice della Privacy, in parte di norme nuove. Così, viene riformulato l'art. 167, che continua a punire il trattamento illecito dei dati personali, con la pena della reclusione da 6 a 18 mesi ma che, nel caso di violazione concernenti il trasferimento internazionale di dati, può arrivare fino a 3 anni. Singolare appare la previsione per cui *“la pena è diminuita”*, nel caso in cui agli stessi fatti venga applicata anche una sanzione amministrativa a norma del Codice o del Regolamento.

Ancora, nello schema di decreto vengono mantenuti i reati previsti dall'art. 171 del Codice, nonostante i problemi interpretativi creati dalla riformulazione delle norme sul controllo a distanza dei lavoratori, da parte del Jobs Act<sup>14</sup>. Parimenti, viene mantenuto l'art. 168, a cui viene però aggiunto un secondo comma, il quale, sulla falsariga dell'art. 340 c.p., sanziona con la reclusione sino a un anno *“chiunque intenzionalmente cagiona un'interruzione o turba la regolarità di un procedimento dinanzi al Garante o degli accertamenti svolti”*.

Fra i nuovi reati devono essere ricordati gli artt. 167-*bis* e 167-*ter*, che puniscono rispettivamente la comunicazione e diffusione illecita di dati personali riferibili a un rilevante numero di persone e l'acquisizione fraudolenta di dati personali.

Da ultimo, occorre sottolineare come vengano invece depenalizzate le condotte di cui all'art. 169 e venga proposta l'abrogazione dell'art. 170 del Codice. Quest'ultima, in particolare, è stata oggetto delle critiche del Garante, secondo cui, ove venisse mantenuta in sede di approvazione definitiva, realizzerebbe una irragionevole disparità di trattamento rispetto alla analoga fattispecie, in tema di dati personali in materia penale, introdotta a seguito dell'attuazione della già richiamata Direttiva 2016/680.

In attesa della approvazione del testo definitivo, l'auspicio è che non si cerchi di colmare il ritardo oramai accumulato a causa della contingente situazione politica, sacrificando un momento di ulteriore riflessione che appare certamente opportuno e, sotto taluni profili, necessario.

<sup>14</sup> V. C. COSCIA, *Le modifiche all'art. 4. Stat. Lav.: dignità e riservatezza del lavoratore continuano a prevalere sulla tutela del patrimonio aziendale*, in *DirittoPenale e Processo*, 7/2918, 872 ss.



# Legge 27 dicembre 2017, n. 205: il legittimo impedimento per le donne avvocato in stato di gravidanza e puerperio

SILVIA ASTARITA

SOMMARIO: 1. Il legittimo impedimento per le mamme avvocato prima della legge di riforma. – 2. Le nuove disposizioni normative.

## 1. Il legittimo impedimento per le mamme avvocato prima della legge di riforma.

Sino all'entrata in vigore della Legge 27 dicembre 2017, n. 205, tanto in sede processuale penale quanto civile, non era prevista alcuna disposizione normativa che tutelasse il diritto delle donne avvocato in stato di gravidanza e nei primi mesi di nascita del figlio ad astenersi, legittimamente, si come ogn'altra lavoratrice madre, dallo svolgimento della professione e, segnatamente, dalla partecipazione alle udienze.

Invero, le uniche "forme" di tutela avevano un contenuto meramente patrimoniale, avendo diritto l'avvocato donna in caso di maternità, ovvero in caso di adozione ed affidamento preadottivo, ad omonima indennità, corrisposta in unica soluzione ed erogata dalla Cassa di previdenza ed assistenza forense, determinata secondo criteri di calcolo previsti dalla legge<sup>1</sup>, per un periodo compreso fra i due mesi di gravidanza antecedenti la data presunta del parto ed i primi tre successivi alla data effettiva dell'evento, per un totale di cinque mensilità, e ciò, invero, indipendentemente dalla circostanza che la professionista si astenesse o meno dallo svolgere la propria attività. È arresto giurisprudenziale consolidato in sede civile, infatti, che *«l'indennità di maternità... spetta per i periodi di gravidanza e di puerperio considerati dalla norma, anche se in detti periodi la professionista non si*

---

<sup>1</sup> Nello specifico, l'indennità di maternità, prevista dal d.lgs. n. 151 del 2001 è determinata in modo puntuale nella misura pari all'80% di 5/12 del reddito professionale Irfep netto prodotto nel 2° anno anteriore al verificarsi dell'evento parto. Indipendentemente dal reddito, tuttavia, non può essere inferiore a quella stabilita in base alle tabelle INPS vigenti nell'anno del parto (pari ad € 4.958,70 lordi per l'anno 2017) né superiore, di contro, a cinque volte l'importo minimo di cui sopra (pari ad € 24.793,50 lordi, per l'anno 2017). In caso di indennità di maternità corrisposta per adozione o affidamento preadottivo, si fa riferimento al reddito professionale Irfep netto prodotto nel 2° anno anteriore all'ingresso del minore nella casa materna.

*sia astenuta dall'attività lavorativa, considerata in particolare la finalità di speciale tutela perseguita dalla legge medesima che ha voluto che la professionista, per assolvere in modo adeguato alla funzione materna, non sia turbata da alcun pregiudizio alla sua attività professionale*<sup>2</sup>.

Così strutturata, e per quanto apprezzabile, l'indennità di maternità è apparsa immediatamente strumento inadeguato a fronteggiare le difficoltà oggettive che molte donne avvocate incontrano nel quotidiano esercizio della professione forense, non facilmente conciliabile con esigenze personali e familiari, specie in caso di gravidanza e nei primi mesi di vita del bambino.

Peraltro, nelle concrete applicazioni giurisprudenziali, la gravidanza in sé, anche prossima al termine, non ha mai costituito legittimo impedimento giustificante *ex art. 420-ter*, co. 5, c.p.p. il differimento dell'udienza. In tali casi, in linea con il generale orientamento in tema di legittimo impedimento in forza del quale *«l'impedimento del difensore a comparire in udienza non comporta l'obbligo di nominare un sostituto processuale o di indicare le ragioni della mancata nomina solo qualora esso sia dovuto a ragioni di salute imprevedibili, oltre che adeguatamente documentate e tempestivamente comunicate»*<sup>3</sup>, in più di una occasione la S.C. è giunta ad affermare che, essendo la gravidanza una condizione certo non "imprevedibile", è necessario, onde vagliarne l'ostatività quale impedimento legittimo giustificante il rinvio, che dalla certificazione medica allegata alla richiesta e comprovante la data presunta del parto, si evinca in concreto un *«pericolo derivante dall'espletamento delle attività ordinarie o professionali»*<sup>4</sup>.

In forza di tale indirizzo interpretativo, talora sorretto anche dal riferimento ad esigenze di speditezza processuale in ossequio al principio di "ragionale durata", il Giudice del merito ha sempre esercitato un ampio potere discrezionale nel valutare la prova dell'assoluto impedimento a comparire con giudizio che, se congruamente motivato, si sottrae ad ogni censura in sede di legittimità, giungendo financo al S.C. ad escludere, a mero titolo esemplificativo, che potesse giustificare un rinvio dell'udienza lo stato di gravidanza giunto alla 37<sup>a</sup>5 ovvero alla 39<sup>a</sup>6 settimana, o addirittura al termine, ove la richiesta fosse formulata il giorno precedente la data presunta del parto<sup>7</sup>.

Invero, alcuni tentativi volti a colmare un evidente *deficit* di tutela sono stati compiuti nelle diverse sedi giudiziarie mediante la sottoscrizioni di accordi e/o protocolli siglati con gli organismi rappresentativi dell'avvocatura operanti sul territorio, accentuando oltremo-

<sup>2</sup> *Ex plurimis*, Cass. civ., Sez. Lav., 13 luglio 1999, sent. n. 7447 del 1999, in *C.E.D.* 528577 - 01; Id., Sez. Lav., 19 maggio 2003, sent. n. 7857 del 2003.

<sup>3</sup> Cass. pen., S.U., 21 luglio 2016, Nifo Sarrapochiello e altri, in *C.E.D.*, 267747, in una fattispecie in cui la S.C. ha censurato il provvedimento con cui il giudice di merito aveva rigettato l'istanza di rinvio dell'udienza motivandola in via esclusiva sulla mancata designazione, da parte del difensore impedito, del sostituto processuale.

<sup>4</sup> Cass. pen., Sez. V, 14 febbraio 2007, Diavila e altri, in *C.E.D.*, 236526.

<sup>5</sup> Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 46564 del 2004.

<sup>6</sup> Cass. pen., Sez. V, 14 dicembre 2005, Santelli.

<sup>7</sup> Cass. pen., Sez. V, 18 aprile 2013, Di Rocco, sent. n. 21262 del 2013.



do il rischio di prassi difformi a discapito delle professioniste madri e soprattutto senza la previsione di specifiche invalidità processuali conseguenti alla inosservanza di volta in volta della disciplina concordataria.

## 2. Le nuove disposizioni normative.

L'esigenza di un intervento normativo in materia deriva dunque dalla constatazione di un effettivo vuoto di tutela, in pregiudizio non solo del diritto alla salute della donna, sì come del nascituro e del bambino previsto dall'art. 32 Cost. che rende al contempo priva di significato la previsione costituzionale secondo la quale, premesse pari opportunità di accesso e di permanenza nel mondo del lavoro, le condizioni alla donna riservate in tale ambito devono *“consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare ed assicurare alla madre ed al bambino una speciale, adeguata protezione”* (art. 37 Cost.), ma altresì il diritto alla effettività della difesa, da garantirsi in ogni stato e grado del giudizio, sia da un punto di vista sostanziale che in senso strettamente tecnico, derivante dalla stretta *“personalità”* della prestazione professionale.

Tali premesse hanno posto le basi per la riforma legislativa in commento.

Due le proposte di legge sul tema: la n. AC4000 (a firma on. Di Lello ed altri) e la n. AC4058 (a firma on. Rossomando), entrambe inizialmente piuttosto articolate, tanto nell'indicare termini e modalità di comunicazione *“senza indugio”* e comunque tempestivamente mediante deposito in cancelleria del Giudice che procede, dello stato di gravidanza, espressamente qualificato come legittimo impedimento, tanto nel prevedere una specifica disciplina ad oggetto la sospensione dei termini di prescrizione e nei procedimenti con imputati sottoposti a custodia cautelare.

In una prospettiva di maggiore semplificazione, senza distinzione di sorta, come pure era stato prospettato, fra difensori di fiducia e d'ufficio, la novella normativa è contenuta nell'art. 1, co. 465 e 467 della Legge 27 dicembre 2017, n. 205, in vigore dal 1° gennaio 2018.

Il primo dei citati commi, invero, si riferisce espressamente al procedimento civile, mediante l'inserimento di un ulteriore comma all'art. 81-*bis* disp. att. c.p.c. recante rubrica *“calendario del processo”*.

La nuova disposizione normativa prevede che *“quando il difensore documenta il proprio stato di gravidanza, il giudice, ai fini della fissazione del calendario del processo ovvero della proroga dei termini in esso previsti, tiene conto del periodo compreso tra i due mesi precedenti la data presunta del parto e i tre mesi successivi. La disposizione del primo periodo si applica anche nei casi di adozione nazionale e internazionale nonché di affidamento del minore avendo riguardo ai periodi previsti dall'art. 26 T.U. delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151. Dall'applicazione del presente comma non può derivare grave pregiudizio alle parti nelle cause per le quali è richiesta un'urgente trattazione”*.

Il successivo co. 466, in riferimento al processo penale, dispone l'inserimento nell'art. 420-*ter* c.p.p. di un nuovo comma 5-*bis* a mente del quale: *«5-bis. Agli effetti di cui al comma 5 il difensore che abbia comunicato prontamente lo stato di gravidanza si ritiene*

*legittimamente impedito a comparire nei due mesi precedenti la data presunta del parto e nei tre mesi successivi ad esso».*

Intervenendo in materia di legittimo impedimento in sede di udienza preliminare (ma la previsione, in forza del richiamo contenuto negli artt. 484, 598 e 441 c.p.p. è applicabile anche al giudizio di primo e di secondo grado, nonché in sede di giudizio abbreviato), al Giudice cui sia documentato lo stato di gravidanza non spetta alcun potere discrezionale dovendo egli limitarsi a prenderne atto disponendo il rinvio del processo ad altra data, al di fuori dell'intervallo temporale intercorrente fra i due mesi precedenti la data presunta del parto ed i tre mesi successivi.

Fermo restando che, ai sensi dello stesso art. 420-ter, co. 5, c.p.p. “*tale disposizione non si applica se l'imputato è assistito da due difensori e l'impedimento riguarda uno dei medesimi ovvero quando il difensore impedito ha designato un sostituto o quando l'imputato chiede che si proceda in assenza del difensore impedito*” alcune notazioni si impongono.

In primo luogo, diversamente da quanto parallelamente disposto in sede civile, in ambito processuale penale il periodo di “maternità” non risulta equiparato, ai fini del legittimo impedimento, ai casi di genitorialità derivante da adozione e/o affidamento preadottivo non rinvenendosi a livello di enunciati normativi espressi una previsione analoga a quella inserita nell'art. 81-bis disp. att. c.p.c.

Deve tuttavia apprezzarsi la mancata previsione di termini e forme attraverso le quali il difensore debba far “risultare” l'impedimento.

Deve rimarcarsi, infine, come di recente sottolineato dalla S.C., la natura processuale della norma la cui applicabilità nei procedimenti in corso, in difetto di una specifica disposizione transitoria, è soggetta alla consueta regola del *tempus regit acutum* e non trova applicazione, ora per allora, nemmeno in sede di legittimità, qualora la specifica questione del rigetto della istanza di rinvio per legittimo impedimento formulata in fase di merito abbia formato oggetto di specifico motivo di ricorso<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Cass. pen., Sez. VI, 23 marzo 2018, Tocco, sent. n. 26614 del 2018,

Cassazione, Sez. VI, 19 dicembre 2017 (dep. 29 marzo 2018), n. 14503, Pres. Paoloni – Rel. Silvestri

### **Associazione per fini terroristici – Partecipazione – Gravi indizi di colpevolezza**

I gravi indizi di colpevolezza per il reato di “partecipazione” all’associazione di cui all’art. 270 *bis* cod. pen. possono desumersi dai propositi di partire per combattere “gli infedeli”, dalla vocazione al martirio, dall’opera di indottrinamento, quantomeno in fase cautelare, a condizione che vi siano elementi concreti che rivelino l’esistenza di un contatto operativo che consenta di tradurre in pratica i propositi di morte e che la condotta del singolo si innesti nella struttura, cioè che esista un legame, anche flessibile, ma concreto e consapevole tra la struttura e il singolo.

**Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.**

## L'emergenza e il diritto penale “degli altri”

La sentenza in esame, a proposito dei gravi indizi di colpevolezza per il reato di partecipazione ad associazione per fini terroristici di cui all’art. 270-*bis* c.p. (nel caso di specie, l’*Isis*), tradisce le aspettative suscitate in premessa.

Non può che plaudersi, infatti, a passaggi quali *«l’idea, anche se di natura eversiva, se non accompagnata da programmi e comportamenti violenti, riceve tutela proprio dall’assetto costituzionale, che ha consacrato il metodo democratico e pluralistico e che essa, contraddittoriamente, mira a travolgere»* (§ 7.1), ovvero a considerazioni sul *«rischio che dall’ampliamento dell’ambito applicativo della condotta partecipativa derivi uno svuotamento, una limitazione, una compressione del controllo giurisdizionale della necessaria ed effettiva materialità della stessa e della sua concreta incidenza causale in ordine alla realizzazione della finalità perseguita nel programma criminoso dell’associazione»* (§ 6).

*Idem* a proposito del rilievo secondo cui *«Non potendo la condotta di partecipazione consistere in una mera adesione psicologica al programma criminale dell’associazione, essa presuppone il rigoroso accertamento: a) della esistenza e della effettiva capacità operativa di una struttura criminale, su cui si innesta il contributo partecipativo; b) della consistenza materiale della condotta individuale ovvero del contributo prestato, che non può essere smaterializzato, meramente soggettivizzato, limitato alla idea eversiva, privo di valenza causale ovvero ignoto all’associazione terroristica alla cui attuazione del programma criminoso si intende contribuire. Si tratta di snodi fondamentali che non possono discendere sul piano probatorio da accertamenti sincopati o sbrigativi»* (§ 7).

D’altra parte, la considerazione *«Si coglie in giurisprudenza una tendenza ad allargare l’ambito applicativo del reato di partecipazione ad associazione con finalità di terrorismo»* (§ 5) lascia presagire intenti “restrittivi”.

Richiamata, infatti, una necessaria “bilateralità” del rapporto associativo: *«Per configurare la partecipazione alla associazione internazionale con finalità di terrorismo, è necessa-*

*rio che questa, anche indirettamente, sappia di avere a disposizione, di “poter contare” su un determinato soggetto», ragion per cui «Non paiono condivisibili costruzioni giuridiche che, ai fini della configurabilità della condotta di partecipazione, ritengono sufficiente l’adesione del singolo a proposte “in incertam personam” – quelle del sodalizio internazionale – anche nel caso in cui l’adesione non sia accompagnata dalla necessaria conoscenza, anche solo indiretta, mediata, riflessa, di essa da parte della “struttura” internazionale» e ciò in quanto «la “partecipazione” all’associazione internazionale non può prescindere dalla esistenza di un contatto reale, non putativo, non eventuale, non meramente interiore, con chi a quella associazione è stabilmente legato perché partecipa della cellula madre» (§ 10), la conclusione adottata in senza in ordine ai presupposti circa la configurabilità (o meno) della condotta di partecipazione all’associazione delinquenziale non convince.*

Vuol dirsi: all’esito di un articolato discorso, obiettivo del quale è appunto la «... individuazione del limite inferiore a partire dal quale possa dirsi che un soggetto – che pure compie atti che possono coincidere con quelli attuativi del programma di un’associazione con finalità di terrorismo- “partecipa” alla stessa, ai sensi dell’art. 270-bis, comma 2, cod. pen.» (§ 8), la soluzione del caso concreto risulta grossomodo deludente.

In tale prospettiva, non può utilmente discutersi circa la ritenuta «omessa valutazione sul piano probatorio (n.d.r. da parte del Tribunale) di un tema costitutivo del procedimento, quello relativo al se l’indagato fosse effettivamente in contatto con persone intranee al circuito islamista» (§ 12).

Ciò che fa (non positivamente) riflettere è la considerazione che «Al cospetto delle nuove forme di manifestazione del terrorismo globale e specialmente del terrorismo islamista, l’uso della parola, al di là del tema del contenuto apologetico, assume un ruolo – correttamente definito in dottrina – “costitutivo”, perché può non essere limitato alla semplice divulgazione, alla mera manifestazione del pensiero: incitamento, propaganda, apologia o anche solo manifestazioni di simpatia possono essere componenti di un più ampio raggio di azione finalizzato ad indottrinare, a prospettare cambiamenti di vita, ad infondere idee e senso di potenza nei “fedeli”, ad incrementare l’arruolamento tra le fila radicali, soprattutto nei casi, come quello in esame, in cui l’oggetto della comunicazione non riguarda uno specifico evento, un singolo attentato, quanto piuttosto, la vocazione al martirio, e, soprattutto, la partecipazione ad un gruppo terroristico» (§ 13).

Probabilmente vero, sul piano storico-politico, quanto precede; il suo apprezzamento in termini penalistici appare però problematico, alla luce del principio – evocato in sentenza nel passaggio già citato – per il quale “l’idea, anche se di natura eversiva, se non accompagnata da programmi e comportamenti violenti, riceve tutela proprio dall’assetto costituzionale, che ha consacrato il metodo democratico e pluralistico e che essa, contraddittoriamente, mira a travolgere”.

Mentre laddove, appena più avanti, si legge che «L’esaltazione di un’organizzazione terroristica, l’invito ad aderirvi, la “militanza ideologica” hanno una valenza diversa se compiuti da un soggetto che abbia davvero rapporti con l’associazione terroristica di cui parla, ovvero, viceversa, da una persona del tutto slegata da contesti di criminalità organizzata; si tratta di condotte che possono rendere complessa la distinzione tra la libera po-

*sizione ideologica ed il fatto penalmente rilevante, a sua volta astrattamente riconducibile a diverse fattispecie eterogenee, che vanno dai comuni reati d'opinione, al delitto d'associazione con finalità di terrorismo, passando per un nutrito catalogo di ipotesi intermedie» il "limite inferiore della partecipazione" all'associazione terroristica finisce per potersi attestare sulla predicazione eversiva di chi "abbia rapporti" con l'associazione terroristica.*

Apprezzamento – in termini penalistici – problematico, si diceva, e non a caso.

Il che, infatti, è come dire che discorsi "pro mafia" di chi abbia rapporti con mafiosi attestano l'intraneità di taluno a Cosa Nostra nella misura in cui altri potrebbero maturare l'intenzione di aderirvi.

È dunque il concetto di partecipazione ad essere rappresentato in termini peculiari, probabilmente adeguati – in prospettiva repressiva – all'inedito fenomeno, ma preoccupanti quale espressione di un "diritto penale degli altri".

Fenomeno d'altronde non nuovo perché sperimentato proprio in occasione di altre "emergenze" (quella ormai risalente del terrorismo interno, quella – più attuale – delle associazioni criminali più o meno chiaramente connotate da un sempre meno caratterizzato "metodo mafioso") ma distante "anni luce" dai più meditati (ovvero meno "emergenziali") approdi a SSUU in proposito, pure riportati nella sentenza *de qua* e secondo cui: *«si definisce partecipe colui che, risultando inserito stabilmente e organicamente nella struttura organizzativa dell'associazione (n.d.r.: nel caso di specie, mafiosa), non solo è ma fa parte della (meglio ancora: prende parte alla) stessa: locuzione questa da intendersi non in senso statico, come mera acquisizione di uno status, bensì in senso dinamico e funzionalistico, con riferimento all'effettivo ruolo in cui si è immessi e ai compiti che si è vincolati a svolgere perché l'associazione raggiunga i suoi scopi, restando a disposizione per le attività organizzate della medesima».*

Insomma, la finalità di adeguare in termini di efficienza ed effettività la risposta penale a condotte particolarmente "preoccupanti" – se relazionate ad un determinato periodo storico – offrono, al solito, soluzioni poco convincenti da un punto di vista giuridico, se non altro per il rischio del "deficit" di legalità che inevitabilmente comportano.

ANGELA COMPAGNONE



Corte cost., 6 febbraio 2018 (dep. 2 marzo 2018), n. 41, pres. Red. Lattanzi

### **Ordine di esecuzione – Misure alternative alla detenzione – Finalità rieducativa della pena**

*La Corte Costituzionale, con la sentenza che si commenta, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 5, c.p.p., nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospende l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni, mettendo così fine, dopo anni di ondivaghe prese di posizione delle giurisprudenza di merito e di legittimità, al disallineamento che si era creato con l'introduzione, ad opera del D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, di una particolare forma di affidamento in prova (c.d. "affidamento allargato"), che può essere concessa al condannato che deve espiaire una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione.*

**Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.**

## Ordine di esecuzione sospeso fino a 4 anni di pena: la corte costituzionale pone rimedio alla distonia normativa

SOMMARIO: 1. Genesi di un disallineamento inspiegato e irragionevole. – 2. Interpretazioni letterali ed evolutive: le giravolte della giurisprudenza di merito e di legittimità. – 3. La sentenza della Corte Costituzionale. – 4. Effetti, immediati e potenziali, della declaratoria di illegittimità costituzionale. – 5. La finalità rieducativa della pena: un faro nella notte scura.

### **1. Genesi di un disallineamento inspiegato e irragionevole.**

Come è noto, con la sentenza *Sulejmanovic c. Italia*, la Corte Europea dei diritti dell'uomo riconobbe che il sovraffollamento carcerario costituiva una violazione dell'art. 3 della CEDU, spalancando così le porte ad una serie di ulteriori ricorsi contro lo Stato italiano<sup>1</sup>. Si giunse così, tre anni e mezzo più tardi, all'ancor più nota sentenza *Torregiani e a. c. Italia* che, assumendo la veste di sentenza pilota e censurando nettamente il sistema penitenziario nostrano, assegnò all'Italia il termine di un anno dal passaggio in giudicato della pronuncia per adottare misure idonee a porre rimedio alla sistematica violazione dell'art. 3 CEDU<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Corte EDU, Sez. II, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, ric. n. 22635/03.

<sup>2</sup> Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torregiani e a. c. Italia*, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e

In questo contesto di forzato adeguamento del sistema carcerario italiano ai principi della CEDU, e sulla scia delle numerose sollecitazioni in tal senso provenienti da più parti, si inserisce il D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito, con modificazioni, nella Legge 21 febbraio 2014, n. 10. Uno degli strumenti introdotti dal decreto al fine di arginare il drammatico fenomeno del sovraffollamento carcerario è dato dal nuovo art. 47, comma 3-*bis*, ord. penit., con il quale è stata inserita un'ulteriore ipotesi di affidamento in prova (c.d. "affidamento allargato"), in aggiunta a quella tradizionale. Tale disposizione prevede che la misura alternativa in questione possa essere concessa *"al condannato che deve espia- re una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione, quando abbia serbato, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di misura cautelare ovvero in libertà, un comportamen- to tale da consentire il giudizio di cui al comma 2"*; e quest'ultimo comma stabilisce che l'affidamento in prova è concesso sulla base dei risultati dell'osservazione della persona- lità, quando si ritiene che contribuisca alla rieducazione del condannato, prevenendo il pericolo di commissione di ulteriori reati.

Nessuna modifica è stata però apportata contestualmente all'art. 656, comma 5, c.p.p., che pertanto ha mantenuto ferma la soglia triennale entro la quale deve essere sospeso l'ordine di carcerazione. Si è così creato uno scollamento tra il limite di pena previsto per l'accesso all'affidamento in prova, ora individuato in quattro anni in virtù dell'art. 47, comma 3-*bis*, e quello relativo alla sospensione dell'ordine di carcerazione, rimasto invariato nella misura di tre anni, con la conseguenza che, almeno secondo l'interpretazione più restrittiva prevalentemente adottata prima dell'intervento della Corte Costituzionale, tutti coloro che dovevano scontare una pena detentiva compresa tra tre anni e un giorno a quattro anni erano costretti a fare ingresso in carcere per poter avanzare la richiesta di affidamento in prova, secondo un effetto di "porte girevoli" difficilmente in linea con il dichiarato fine di riduzione della popolazione carceraria.

Se tale disallineamento sia stato il frutto di una scelta ponderata o di una mera svista del legislatore è questione che è stata oggetto di dibattito dottrinale, che in questa sede interessa solo nella misura in cui di tale dibattito troviamo traccia – come vedremo più avanti – negli opposti orientamenti giurisprudenziali che si sono avvicendati in merito a quale fosse il limite al di sotto del quale sospendere l'ordine di esecuzione e persino nel giudizio davanti al Giudice delle leggi<sup>3</sup>.

---

37818/10. Per un'analisi più approfondita, si veda VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013. Merita comunque di essere evidenziato anche quel passaggio della sentenza (§ 95), troppo spesso taciuto, in cui la Corte, facendo proprie le raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, esorta *"i procuratori e i giudici a ricorrere il più possibile alle misure alternative alla detenzione e a riorientare la loro politica penale verso il minimo ricorso alla carcerazione allo scopo, tra l'altro, di risolvere il problema della crescita della popolazione carceraria"*.

<sup>3</sup> Per un approfondimento della questione si veda BARONTINI, *L'affidamento in prova al servizio sociale "allargato" e mancato allarga- mento del termine di sospensione dell'ordine di esecuzione*, in *Dir. pen. cont.*, 5 febbraio 2016; MENTASTI, *Disallineamenti e allinea- menti forzati: ultime novità in tema di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva e affidamento in prova "allargato"*,



È stato sostenuto, da una parte, che un percorso deflattivo unicamente in uscita e non in entrata striderebbe con le finalità del decreto, che nel preambolo sottolinea “*la straordinaria necessità ed urgenza di adottare misure per ridurre con effetti immediati il sovraffollamento carcerario*”, e pertanto il disallineamento andrebbe imputato ad una mera distrazione del legislatore.

Dall'altra parte, però, è stato evidenziato che se una svista poteva essere la conseguenza dei brevissimi tempi che hanno caratterizzato la decretazione di urgenza, altrettanto non poteva valere per il Parlamento intervenuto in sede di conversione. A sostegno di questa tesi è stato spesso citato un parere reso dal C.S.M. in data 23 gennaio 2014, che suggeriva di alzare a 4 anni anche la soglia per la sospensione dell'ordine di esecuzione; il che dimostrerebbe come il legislatore avesse ben chiara la questione e come, nonostante ciò, abbia deliberatamente e consapevolmente scelto di non allineare il termine di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p. a quello di cui al nuovo art. 47, comma 3-bis, ord. penit.<sup>4</sup>

Quale che sia la risposta corretta alla questione – e ammesso che ne esista una – resta il fatto che il difetto di coordinamento tra i due limiti appare del tutto irragionevole, oltre ad aver prodotto non pochi problemi interpretativi, di cui è opportuno dar conto brevemente prima di analizzare la decisione della Corte Costituzionale.

## 2. Interpretazioni letterali ed evolutive: le giravolte della giurisprudenza di merito e di legittimità.

Se in un primo momento le Procure si sono limitate a prendere atto del mancato innalzamento del termine di sospensione dell'ordine di esecuzione, imponendo l'ingresso in carcere di tutti coloro che dovevano scontare una pena residua superiore a tre anni di detenzione, a partire dal 2016 la giurisprudenza ha iniziato a produrre soluzioni ermeneutiche contrapposte, che in poco tempo hanno portato all'inaccettabile situazione per cui gli ordini di esecuzione per pene comprese tra tre anni e un giorno e quattro anni venivano sospesi o meno a seconda della Procura territorialmente competente. Il contrasto si è verificato in seno alla prima Sezione della Corte Suprema, la quale, inizialmente, forzando la lettera dell'art. 656, comma 5, c.p.p., ha consentito la sospensione dell'ordine di esecuzione fino a quattro anni di pena, salvo poi tornare sui propri passi in ossequio al canone interpretativo letterale<sup>5</sup>.

La prima pronuncia favorevole ad estendere a quattro anni il termine per la sospensione dell'ordine di esecuzione è stata la n. 37848 del 2016, seguita a ruota, e con le medesime

in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2017; PALMA, *L'affidamento in prova al servizio sociale: la “terra di mezzo” tra il nuovo art. 47, comma 3-bis, ord. penit. e il vecchio art. 656, comma 5, c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2017, 7-8, 2891 ss.

<sup>4</sup> Nel parere si afferma che “ragioni di coerenza sistematica potrebbero suggerire l'allineamento tra le previsioni del riformato art. 47 ord. penit. e quelle dell'art. 656, comma 5, c.p.p. in tema di sospensione dell'esecuzione della pena, così come segnalato dalla Commissione Mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza nel corso della seduta del 20.01.2014”.

<sup>5</sup> Sul punto di veda BOCELLARI, *Decisioni in contrasto*, in *Proc. pen. giustizia*, 2018, 1, 47 ss.

argomentazioni, dalla n. 51864 del 2016. In entrambe la questione è stata affrontata in modo estremamente scarno poiché vi si legge unicamente che “[i]l richiamo dell’art. 656, comma 5 secondo periodo, cod. proc. pen. all’art. 47 ord. pen. nella sua interezza, consente, infatti, di interpretare la prima norma avvalendosi del criterio sistematico e di quello evolutivo, pur in mancanza del dato formale di una sua esplicita modifica che, tenendo conto del recente inserimento del comma 3-bis nell’art. 47 ord. pen., introduca il richiamo specifico dell’ipotesi prevista da tale nuovo comma nel testo letterale della disposizione del codice di rito”<sup>6</sup>. Il principale limite delle due pronunce è rappresentato dal fatto che non vengono in alcun modo approfondite le ragioni per cui si ritiene possibile superare il canone letterale a vantaggio di quello sistematico e di quello evolutivo.

Minimamente più argomentate, ma in modo ancora largamente insufficiente, appaiono invece le altre due pronunce conformi della Suprema Corte, inspiegabilmente rimaste molto più in sordina rispetto a quelle appena citate. Esse, dopo aver ripreso quasi letteralmente quanto elaborato dalle precedenti, aggiungono una riflessione in ordine alla conformità dell’interpretazione adottata alla *ratio* della novella legislativa del 2013. Si afferma, infatti, che tanto l’art. 656 c.p.p. quanto l’art. 47 ord. penit. perseguono la “*stessa finalità di ridurre in forme controllate la popolazione carceraria e di evitare l’ingresso negli istituti penitenziari di soggetti che possano usufruire di misure alternative*” e ciò autorizzerebbe un’interpretazione che mantenga il parallelismo tra i limiti di pena delle due disposizioni<sup>7</sup>.

L’assenza di un solido substrato motivazionale, che caratterizza, in misura più o meno maggiore, tutte le pronunce della Suprema Corte ascrivibili all’orientamento “sistematico-evolutivo”, rende però opportuno l’esame anche di alcuni provvedimenti dei giudici merito, molto più approfonditi e meglio argomentati: in particolare, degne di nota sono due ordinanze del Tribunale di Milano in funzione di giudice dell’esecuzione.

La prima, del 16 marzo 2017, parte dalla lettera dell’art. 47, comma 3-*bis*, ord. penit., che espressamente prevede che l’affidamento in prova “allargato” possa essere concesso anche al condannato che si trova “*in libertà*”, per poi evidenziare, da una parte, che la *ratio* del nuovo istituto è chiaramente quella di impedire l’ingresso in carcere a chi ha i requisiti per godere del beneficio e, dall’altra, che la sospensione dell’ordine di esecuzione è “*strutturalmente e funzionalmente*” collegata all’accesso alla misura alternativa, in quanto entrambi gli istituti si fondano su una “*presunzione di ridotta pericolosità del condannato*” e mirano al “*duplici obiettivo della deflazione carceraria e della funzione rieducativa e special-preventiva della pena*”. Inoltre, le condizioni di accesso all’affidamento ordinario e a quello “allargato” sono del tutto simmetriche, posto che in entrambi i casi è previsto un periodo di osservazione del reo e la relativa decisione della magistratura di sorveglianza.

<sup>6</sup> Cass., sez. I, 4 marzo 2016, n. 37848, in *CED Cassazione Penale*, 2016; identiche argomentazioni si ritrovano in Cass., sez. I, 31 maggio 2016, n. 51864, in *Cass. pen.*, 2017, 7-8, 2889 ss.

<sup>7</sup> Cass., sez. fer., 24 agosto 2017, n. 39889, in *De jure*; nello stesso senso anche Cass., sez. I, 9 novembre 2016, n. 53426, in *De jure*.

Pertanto, l'unica interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 656, comma 5, c.p.p. è quella che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione per pene detentive fino a quattro anni<sup>8</sup>.

La seconda, del 24 agosto 2017, giunge invece alle medesime conclusioni in virtù dell'entrata in vigore della Legge 23 giugno 2017, n. 103, con la quale si delega il Governo ad attuare una serie di riforme, tra cui l'innalzamento a quattro anni del limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione. Secondo il giudice ambrosiano, infatti, coordinando l'art. 656, comma 5, c.p.p. tanto con il riformato art. 47 ord. penit. quanto con la citata legge delega, dunque prediligendo il canone ermeneutico sistematico a scapito di quello letterale, non si può che adottare la soluzione indicata<sup>9</sup>.

A questo orientamento, inizialmente univoco nella giurisprudenza di legittimità anche se penetrato con difficoltà all'interno delle Procure, se ne è contrapposto un altro più recente, che ha immediatamente preso il sopravvento sul primo. A dar vita a tale *renversement* è stata la sentenza n. 46562 del 2017, certamente meglio argomentata delle pronunce di segno contrario<sup>10</sup>. In essa si afferma, innanzitutto, che il canone dell'interpretazione evolutiva, su cui si fonda il contrapposto indirizzo, già controverso in ambito civile, “è tradizionalmente escluso nel settore penale poiché si scontra sia con il principio costituzionale della riserva di legge, sia con quello della separazione dei poteri”. Inoltre, consentendogli di sospendere l'ordine di esecuzione per pene detentive comprese tra tre anni e un giorno e quattro anni, il Pubblico Ministero andrebbe impropriamente ad anticipare una valutazione discrezionale che compete unicamente al Tribunale di sorveglianza. Infine, la delega contenuta nella Legge 23 giugno 2017, n. 103, diversamente da quanto sostenuto dal Tribunale meneghino, corroborerebbe proprio l'interpretazione letterale dell'art. 656, comma 5, c.p.p.

Tale nuovo orientamento si è imposto molto velocemente, per mezzo di successive pronunce che sostanzialmente hanno ripreso le argomentazioni della sentenza n. 46562<sup>11</sup>. Tra queste merita un cenno la sentenza n. 10733 del 2017, di annullamento della già citata ordinanza del Tribunale di Milano del 16 marzo 2017, per la parziale diversità delle motivazioni addotte a sostegno della tesi restrittiva e per la critica rivolta ad una delle ragioni chiave poste a fondamento di tale indirizzo<sup>12</sup>. Vi si afferma, infatti, che il Pubblico Ministero, nel sospendere l'ordine di esecuzione in relazione a pene fino a quattro anni, non eserciterebbe alcuna discrezionalità, posto che la sospensione opererebbe automaticamente al

<sup>8</sup> Trib. di Milano, sez. XI, ord. 16 marzo 2017, in *Giurisprudenza penale*, 25 aprile 2017, con relativo commento di ALBERTA, *Sospensione delle pene sino a 4 anni di reclusione e affidamento “allargato”: il Tribunale di Milano adotta l'interpretazione costituzionalmente orientata*.

<sup>9</sup> Trib. di Milano, sez. fer., ord. 24 agosto 2017, in *Giurisprudenza penale*, 28 agosto 2017.

<sup>10</sup> Cass., sez. I, 21 settembre 2017, n. 46562, in *Ilpenalista.it*, 29 novembre 2017.

<sup>11</sup> In questo senso cfr. Cass., sez. I, 26 settembre 2017, n. 54128, in *De iure*; Cass., sez. I, 30 novembre 2017, n. 1784, in *Plusplus24*; Cass., sez. I, 22 dicembre 2017, n. 3644, in *Plusplus24*; Cass., sez. I, 31 gennaio 2018, n. 10247, in *Plusplus24*; Cass., sez. I, 23 febbraio 2018, n. 11916, in *Plusplus24*.

<sup>12</sup> Cass., sez. I, 27 ottobre 2017, n. 10733, in *Plusplus24*.

verificarsi delle condizioni di legge, come d'altronde vale per le pene non superiori a tre anni. Il motivo per preferire la tesi restrittiva deve piuttosto essere rinvenuto nel fatto che il legislatore avrebbe scelto consapevolmente di produrre un disallineamento tra i due limiti di pena e l'unica ragione logica che giustifica tale scelta starebbe nella presunta maggiore pericolosità sociale di chi ha subito una condanna superiore ai tre anni, rispetto a chi deve scontare pene inferiori.

È comunque doveroso mettere in luce che ciascuna delle argomentazioni impiegate a sostegno dell'orientamento restrittivo – la volontarietà della scelta del legislatore nel rompere il parallelismo tra i due limiti di pena, la delega contenuta nella Legge 23 giugno 2017, n. 103, che altrimenti non avrebbe motivo di esistere e il rischio di attribuire al Pubblico Ministero un potere di valutazione sul merito del comportamento del condannato – erano già state utilizzate in un'ordinanza della Corte d'appello di Bologna che, tra l'altro, aveva anche escluso di poter sollevare d'ufficio la questione di legittimità costituzionale per manifesta infondatezza, atteso che apparteneva alla discrezionalità del legislatore stabilire quali soggetti, nell'ambito di situazioni tra loro diverse, avessero o meno diritto al beneficio della sospensione dell'ordine di esecuzione<sup>13</sup>.

In questo contesto, quando ormai sembrava che l'indirizzo "sistematico-evolutivo" fosse superato senza neppure il bisogno di rimettere la questione alla Sezioni Unite, è finalmente intervenuto il Giudice delle leggi.

### 3. La sentenza della Corte Costituzionale.

Una strada diversa e ulteriore rispetto ai due indirizzi sopra esaminati è stata seguita dal Tribunale di Lecce, sezione Gip, in funzione di giudice dell'esecuzione<sup>14</sup>. Questi, infatti, ritenendo di non poter superare in via ermeneutica il limite numerico dei tre anni indicato nell'art. 656, comma 5, c.p.p. e dunque di non poter adottare un'interpretazione conforme ai principi costituzionali, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della disposizione, con riferimento agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., nella parte in cui non prevede la sospensione dell'ordine di esecuzione anche nei casi di pena non superiore a quattro anni. Secondo il Gip di Lecce, infatti, la norma censurata violerebbe, da una parte, il principio di uguaglianza, determinando un'ingiustificata disparità di trattamento tra coloro che possono beneficiare della sospensione dell'ordine di esecuzione e coloro che, pur potendo accedere alla misura alternativa, restano esclusi dal predetto beneficio, attesa la simmetria tra le condizioni di accesso ai due tipi di affidamento in prova; dall'altra, il principio della finalità rieducativa della pena, poiché il condannato a pena compresa tra tre anni un giorno e quattro anni che si trovi in stato di libertà e abbia compiuto un percorso rieducativo

<sup>13</sup> Corte d'appello di Bologna, sez. fer., ord. 5 settembre 2017, con nota di MENTASTI, *op. cit.*

<sup>14</sup> Trib. di Lecce, sez. Gip, ord. in 13 marzo 2017, in *Giurisprudenza penale*, 16 marzo 2017, con relativo commento di MOLFETTA, *Ordine di sospensione della pena ex art. 656 c.5 c.p.p.: sollevata questione di legittimità costituzionale.*

che gli consenta di accedere alla misura alternativa, sarebbe, ciò nonostante, costretto a far ingresso in carcere.

L'Avvocatura di Stato, riprendendo argomentazioni già note, si è difesa sostenendo che il disallineamento tra i due limiti di pena non sarebbe “*il risultato di un mancato raccordo tra norme*”, come ritenuto dal Gip di Lecce, bensì il frutto di una precisa scelta del legislatore, fondata sulla più elevata pericolosità sociale del condannato a pena superiore a tre anni, che giustificerebbe il suo ingresso in carcere onde esaminare più attentamente la sua personalità.

La Corte opera, innanzitutto, un *excursus* storico sull'istituto della sospensione dell'ordine di esecuzione, al fine di dimostrare la “*natura servente*” dello stesso rispetto all'accesso alle misure alternative; infatti, sin dalla sua introduzione con la Legge 27 maggio 1998, n. 165, vi è sempre stato un parallelismo tra i limiti di pena dell'uno e delle altre. Così, quando, con il D.L. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, nella Legge 21 febbraio 2006, n. 49, è stata innalzata a sei anni l'entità della pena detentiva espiabile in affidamento in prova per l'alcol dipendente e il tossicodipendente sottoposti a programma terapeutico, parimenti è stato elevato il limite stabilito ai fini della sospensione dell'ordine di esecuzione. Ugualmente, con il D.L. 1 luglio 2013, n. 78, convertito, con modificazioni, nella Legge 9 agosto 2013, n. 94, è stato portato a quattro anni il termine per la sospensione ai fini della concessione della detenzione domiciliare, con lo scopo di adeguarlo a quello previsto dal nuovo art. 47-*ter* ord. penit.

Si tratta allora di capire se la rottura di questo parallelismo ad opera del D.L. 23 dicembre 2013, n. 146 possa trovare una giustificazione non irragionevole. Infatti, se è vero che il legislatore nella sua discrezionalità ha il potere di “*selezionare ipotesi di cesura, quando ragioni ostantive appaiano prevalenti*”, come avviene ad esempio per i reati indicati nell'art. 656, comma 9, lett a), per la particolare pericolosità di cui essi sono indice, “*è proprio la dimensione normativa ancillare della sospensione rispetto alle finalità delle misure alternative che rende particolarmente stretto il controllo di legittimità costituzionale riservato a dette ipotesi*”.

Orbene, nel caso di specie, è la stessa modalità con cui il legislatore ha configurato l'affidamento “allargato” a presupporre, “*quale corollario*”, la corrispondente sospensione dell'ordine di esecuzione. Infatti, il nuovo art. 47, comma 3-*bis*, ord. penit. si rivolge tanto ai detenuti quanto a coloro che si trovano in stato di libertà, come risulta espressamente dalla lettera della disposizione e come d'altronde è implicito nell'inciso “anche residua” relativo alla pena *espianda*. Dunque, proprio perché il legislatore ha equiparato i condannati detenuti a quelli in libertà ai fini dell'accesso alla misura *de quo* – coerentemente, tra l'altro, con lo scopo di deflazionare le carceri – è necessario che l'ordine di esecuzione sia sospeso anche in relazione alle pene detentive comprese tra tre anni e un giorno e quattro anni, altrimenti avremmo “*una previsione in concreto irrealizzabile, per quanto*

*normativamente stabilita e voluta*<sup>15</sup>. Infatti, senza la sospensione dell'ordine di esecuzione, sarebbe impossibile concedere l'affidamento in prova "allargato" prima dell'ingresso in carcere, e ciò nonostante che la norma preveda la possibilità che la misura sia richiesta anche dal condannato in stato di libertà. In sostanza il legislatore, omettendo di adeguare il termine per la sospensione dell'ordine di esecuzione a quello per l'accesso alla misura, "smentisce se stesso, insinuando nell'ordinamento una incongruità sistematica capace di ridurre gran parte dello spazio applicativo riservato alla normativa principale".

Inevitabile la conclusione della Corte: generando un trattamento normativo differenziato in relazione a situazioni da reputarsi uguali, il legislatore è incorso nella lesione dell'art. 3 Cost., circostanza che rende assorbita la questione sollevata con riferimento all'art. 27, comma 3, Cost.

#### 4. Effetti, immediati e potenziali, della declaratoria di illegittimità costituzionale.

La pronuncia della Corte Costituzionale è destinata a produrre effetti assai rilevanti, sia per ciò che attiene, nell'immediatezza, agli ordini di esecuzione illegittimamente non sospesi, sia, almeno potenzialmente, sotto altri profili.

Per quanto riguarda i primi, infatti, anche se nel momento in cui si scrive non sono ancora chiare le conseguenze pratiche della declaratoria di illegittimità costituzionale, è evidente che in materia non si potrà fare appello alla regola del *tempus regit actum*, in ossequio all'ormai datato *dictum* della Corte Suprema in virtù del quale "le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione, non riguardando l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma soltanto le modalità esecutive della stessa, non hanno carattere di norme penali sostanziali"<sup>16</sup>. Infatti, così argomentando, non terremmo conto né del fatto che la pronuncia di incostituzionalità ha natura meramente dichiarativa del vizio, che determina la perdita di efficacia *ex tunc* della norma colpita di illegittimità costituzionale, né dell'evoluzione giurisprudenziale che ha caratterizzato gli ultimi anni in tema di pena *contra legem*, a partire dalla ormai celebre sentenza *Gatto*<sup>17</sup>.

Ne consegue che l'ordine di esecuzione, una volta emesso, non potrà di per sé dar luogo ad un "rapporto esaurito", rispetto al quale la pronuncia della Corte non avrebbe

<sup>15</sup> È interessante notare come la Corte non prenda affatto in considerazione le perplessità talora sollevate in merito al presunto esercizio di un potere discrezionale da parte del Pubblico Ministero nel sospendere l'ordine di esecuzione in relazione a pene fino a quattro anni. Evidentemente la Corte ha ritenuto che si tratti in buona sostanza non di una valutazione di merito, rimessa come sempre al tribunale di sorveglianza, bensì di una sospensione automatica al verificarsi delle condizioni di legge. Sul punto si veda ALBERTA, *Con l'affidamento allargato pena sospesa fino a 4 anni: incostituzionale il quinto comma dell'art. 656 c.p.p.*, in *Giurisprudenza Penale*, 2018, 3.

<sup>16</sup> Cass., sez. un., 30 maggio 2006, n. 24561, in *Cass. Pen.* 2006, 12, pp. 3963 ss.

<sup>17</sup> Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, in *CED Cassazione Penale*, 2014.

effetti. Infatti, è solo nei casi in cui il condannato detenuto abbia già presentato una richiesta di affidamento in prova e la stessa sia stata rigettata dal tribunale di sorveglianza che saremmo in presenza di una situazione ormai esaurita; mentre laddove tale richiesta non sia stata ancora formulata o, se formulata, non sia ancora intervenuta una pronuncia del tribunale di sorveglianza, ci troveremmo di fronte ad un rapporto ancora in corso, rispetto al quale la declaratoria di incostituzionalità deve produrre effetti<sup>18</sup>.

È pertanto auspicabile, rispetto a questo tipo di situazioni, che gli ordini di esecuzione relativi a pene residue comprese tra tre anni e un giorno e quattro anni siano immediatamente revocati dai pubblici ministeri, con contestuale emissione del decreto di sospensione e conseguente liberazione del condannato.

Quanto invece agli effetti potenziali, vi è un passaggio assai significativo nella pronuncia della Corte, con il quale la stessa rivendica per sé – quasi come se si trattasse di un monito per il legislatore – un controllo di legittimità costituzionale “*particolarmente stretto*” in relazione a tutte quelle ipotesi, già esistenti o ancora da scrivere, di cesura del tradizionale collegamento tra l’istituto della sospensione dell’ordine di esecuzione e i casi di accesso misure alternative. E l’esito di tale controllo dipenderà dalla “*adeguatezza degli indicatori che nella visione del legislatore dovrebbero opporsi all’esigenza della coerenza sistematica, fino a poter prevalere su di essa*”.

A tal proposito, è utile ricordare che la Corte Costituzionale, con la sentenza 6 aprile 2016 (dep. il 1 giugno 2016), n. 125, ha già dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 656, comma 9, lettera a) c.p.p. nella parte in cui stabilisce che non può essere disposta la sospensione dell’esecuzione nei confronti delle persone condannate per il delitto di furto con strappo. Alla luce di tale pronuncia, e di quanto oggi il giudice delle leggi rivendica, potrebbe trovare accoglimento un’identica questione, sollevata con riferimento agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., in relazione al furto in abitazione, che tra l’altro comprende condotte assai eterogenee, a loro volta indici di differenti gradi di pericolosità (si pensi, ad esempio, alla diversità che corre tra chi, scavalcando una blanda recinzione, ruba un pezzo di ferro in un giardino privato e chi, invece, sfidando sofisticati antifurti, ruba gioielli e quadri d’autore in una villa).

Inoltre, come è già stato autorevolmente sottolineato, un’ulteriore questione potrebbe porsi in relazione all’art. 275, comma 2-*bis*, c.p.p. che vieta l’applicazione della custodia cautelare in carcere ove il giudice ritenga che, all’esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni<sup>19</sup>. Tale limite, infatti, è chiaramente in connessione con quello previsto per la sospensione dell’ordine di esecuzione, poiché già nel preambolo del D.L. 26 giugno 2014, n. 92, convertito, con modificazioni, nella Legge 11 agosto 2014, n. 117, che ha introdotto l’attuale versione della norma, si afferma “*la straordinaria necessità*

<sup>18</sup> In questo senso, VICOLI, *Sospensione dell’ordine di esecuzione e affidamento in prova: la Corte Costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2018, IV, 89 ss.

<sup>19</sup> VICOLI, *op.cit.*

*e urgenza di modificare il comma 2-bis dell'articolo 275 del codice di procedura penale, al fine di rendere tale norma coerente con quella contenuta nell'articolo 656, in materia di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva*"<sup>20</sup>. È auspicabile, pertanto, che la questione venga presto sollevata.

## 5. La finalità rieducativa della pena: un faro nella notte scura.

La pronuncia della Corte appare largamente apprezzabile, sia con riferimento alla decisione assunta che alle argomentazioni sviluppate. Era infatti necessario porre fine quanto prima ad una distonia normativa irragionevole che, tra soluzioni ermeneutiche mutevoli e prassi differenti in funzione della Procura territorialmente competente, aveva dato luogo ad un'intollerabile disparità di trattamento tra condannati a pene identiche, oltre che una generale confusione. Né era facilmente percorribile la strada dell'interpretazione costituzionalmente conforme, stante l'ostacolo del dato numerico dei tre anni contenuto nell'art. 656, comma 5, c.p.p. e l'oggettiva difficoltà di far prevalere un canone ermeneutico sussidiario sulla lettera della norma.

Resta però un rammarico, che è quello di non aver affrontato la questione con riferimento all'art. 27, comma 3, Cost., in quanto assorbita dall'accertata lesione dell'art. 3 Cost. È infatti sul principio della finalità rieducativa della pena, mai pienamente attuato in settant'anni di vigenza della carta costituzionale, che si giocano le principali sfide del futuro.

Negli anni più recenti, a fronte della progressiva crescita di un sentimento di insicurezza nella collettività, alimentato da ampi settori della politica per ragioni elettorali e senza alcun riscontro negli effettivi dati criminologici, si è sempre più diffusa una prospettiva "carcerocentrica" dell'esecuzione penale, sull'errato presupposto che il carcere sia la panacea di ogni male contemporaneo. E così è miseramente naufragata l'auspicata riforma penitenziaria, schiacciata tra le grida scomposte di chi soffiava sul fuoco dell'insicurezza sociale, agitando lo spettro dei criminali in libera uscita, e i timori dei partiti di governo di veder ancor più assottigliata la loro già fortemente ridotta base elettorale. Ad uscire sconfitta, però, non è stata soltanto la pur sacrosanta idea di una pena più umana, ma paradossalmente proprio quella sicurezza asseritamente perseguita da chi ripete come un mantra che serve la certezza della pena, che, secondo le intenzioni di chi la invoca, assecondando l'imbarbarimento generale del linguaggio, dovrebbe spesso coincidere con il gesto di "buttare via le chiavi"<sup>21</sup>.

Infatti, i dati sulla recidiva stanno inesorabilmente a dimostrare come la pena scontata in un regime carcerario rispettoso della dignità del condannato, che favorisca la partecipazione dello stesso ad un progetto di riabilitazione e che, almeno in parte, sia eseguita

<sup>20</sup> Sullo stretto collegamento tra la norma in questione e l'art. 656 c.p.p. si veda anche VIGANÒ, *Una norma da eliminare: l'art. 8 del D.L. 92/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 7 luglio 2014.

<sup>21</sup> GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2018.



in misura alternativa, riduca di molto la possibilità che lo stesso, una volta libero, torni a delinquere.

In sostanza, una pena realmente finalizzata alla rieducazione, che garantisca al condannato un progetto di risocializzazione, preservando nello stesso il diritto alla speranza, è l'unica vera garanzia di maggiore sicurezza nella collettività, per quanto ogni giorno schiere sempre più numerose di politici, trasmissioni televisive che somministrano paura e giornali che risaltano esclusivamente determinati fatti di cronaca, cerchino di convincerci del contrario.

E allora, in conclusione, non si può non esprimere la più netta contrarietà alle proposte di riforma – dall'estensione illimitata della legittima difesa alla modifica del regime relativo all'imputabilità, dalla revisione del giudizio abbreviato alla riforma della prescrizione, dall'abrogazione degli istituti della non punibilità per la particolare tenuità del fatto e dell'estinzione per condotte riparatorie all'innalzamento delle (già elevate) pene per il furto e la violenza sessuale, dalla riforma dell'ordinamento penitenziario in senso carcerocentrico alla rivisitazione delle misure premiali – contenute nel contratto di governo sottoscritto dalle attuali forze di maggioranza, espressione di un approccio securitario e giustizialista, che ignora i dati di realtà a favore di una logica populista ben lontana dalla visione liberal-democratica propria degli ordinamenti moderni<sup>22</sup>.

Pertanto, pur senza scadere nel pregiudizio prima di aver sotto mano il testo delle riforme che saranno effettivamente proposte, sarà opportuno tener alto il livello di guardia, ben sapendo che anche nella notte più scura il faro dell'art. 27, comma 3, Cost. sarà lì a illuminare la strada, e su quella strada l'Avvocatura intera saprà essere pronta a sollecitare i ricorsi alla Corte Costituzionale ogni qualvolta saranno traditi i principi espressi dalla carta.

GHERARDO PECCHIONI

---

<sup>22</sup> Si veda a riguardo la nota della Giunta dell'Unione delle Camere Penali, *La giustizia penale in un "vincolo" cieco*, del 18 maggio 2018, in *camerepenali.it*



## IL GIUDICE CREATIVO

SOMMARIO: 1. Vincolatività della legge e “autonomia” della giurisdizione. – 2. Si può salvare la imparzialità del giudice.

### 1. Vincolatività della legge e “autonomia” della giurisdizione.

Tutto ciò che si è sostenuto sui condizionamenti politici dei giudici<sup>1</sup> potrebbe prestare il fianco ad una critica, in apparenza ragionevole, fondata sulla supremazia della legge: i giudici, come “*bocca della legge*”, sono vincolati ad applicarla, secondo il senso delle parole, ragion per cui alla stessa debbono attenersi, tra l’altro rispettando le regole del giudizio (legalità processuale). Perciò, quali che possano essere le eventuali future aspettative, gli intrecci tra politica e giurisdizione, e persino i supremi interessi della Nazione, il giudice avrebbe le mani legate dovendo decidere secondo la legge e le prove.

Ciò è vero in linea del tutto teorica. In qualunque tempo, ed in qualunque luogo, il giudice può dare alla legge diverse letture, così come può valutare diversamente le prove. Se così non fosse non esisterebbe la giustizia politica, che invece è stata una delle levatrici della storia: ancora nell’800 uno dei massimi giuristi italiani, Francesco Carrara, scriveva che quando la politica entra dalla porta, la giustizia esce dalla finestra.

La situazione italiana, poi, è del tutto particolare. Non è il caso di ripercorrere la storia che ha portato i giudici italiani a ritenersi in qualche misura svincolati dalla volontà del legislatore, storia che ha le sue radici in una idea male intesa di autonomia, secondo la quale il giudice conforma l’interpretazione della legge ai suoi valori di riferimento, anche politici. Il rinvio è fatto ad una specie di legalità sostanziale, e cioè agli interessi di una parte della società, talora i lavoratori, talaltra i capitalisti, oppure, agli interessi superiori dello Stato o della collettività. Ha scritto Luciano Violante, magistrato, già Presidente della Camera dei deputati, ed ora acuto scrittore sui problemi della giustizia, che il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale “ha portato con sé un profondo mutamento del rapporto tra politica e giurisdizione. Lo Stato costituzionale di diritto vive del primato della Costituzione, pone perciò limiti ferrei alla legge”. “Tutto ciò è positivo, ma non privo di costi. Uno dei costi principali è costituito dalla pervasività delle diverse giurisdizioni che escono dal terreno dell’accertamento delle responsabilità, che sarebbe loro proprio, per entrare in quello della regolazione del conflitto sociale”. “Conseguenza di questa impostazione è la proiezione verso visioni sostanzialistiche delle giurisdizioni e il conseguente invito al giudice a liberarsi dei vincoli del testo di legge”<sup>2</sup>.

Questo ribaltamento del rapporto legge-giudice, viene da lontano, e coincide, più o meno, con la nascita delle correnti e, più in generale, con la politicizzazione della magistratura italiana. Nella Relazione annuale sullo stato della giustizia del Consiglio Superiore della magistratura, recante la data del 1970, si legge: “Si è

---

<sup>1</sup> v. “*Il giudice politico*”, in questa rivista, 2017, n. 6; “*Il giudice ambizioso*”, in questa rivista, 2018, n. 2; “*Il giudice corporativo*” in questa rivista, 2018, n. 2.

<sup>2</sup> VIOLANTE, prefazione a MONTEDORO, *Il giudice e l’economia*, Roma, 2015.

dovuto riconoscere che, anche per quel che riguarda la portata e il significato della norma, il procedimento dell'interprete avanza nell'incertezza, in un continuo aprirsi ad alterne possibilità; in una continua scelta tra più strade tutte logiche, ma di cui solo alcune rispondono ad esigenze di giustizia non soltanto formale, ma anche e soprattutto sostanziale. Inoltre si è dovuto ammettere che non può affermarsi che la legge applicata al caso concreto possa fornire sempre e soltanto una decisione corretta, che l'esattezza giuridica di tale decisione trovi il suo fondamento nelle legge stessa, che l'organo dell'interpretazione ponga in azione solo il suo intelletto e non la sua volontà. In realtà si è venuti sempre più comprendendo che la norma non ha un suo certo ed obiettivo significato, in quanto si avvale, per esprimersi, di un linguaggio che, essendo creazione artificiale dell'uomo, è per lo più vago, ambiguo, in qualche misura polivalente; che la norma non è qualcosa di statico, strettamente legato alla volontà del legislatore che l'ha creata, ma è qualcosa di vivo: una volta emanata, essa continua a camminare nel mondo e ad adeguarsi alle nuove realtà che si profilano e che chiedono di essere egualmente disciplinate da essa; che la norma, per la sua astrattezza e genericità, lascia necessariamente un largo spazio all'interprete, il quale deve colmare lacune, deve sviluppare il principio generale in tutte le sue necessarie implicazioni, deve dare un contenuto ad espressioni necessariamente vaghe. Appare evidente che il giudice non può ridursi a mero lettore del testo normativo, ma dev'essere anche l'esperto della vita sociale e deve saper cogliere in essa i valori che qualificano la norma; deve realizzare l'equilibrio tra durata ed evoluzione che costituisce il *proprium* del diritto; deve sentirsi impegnato a *dicere Jus*, a cercare cioè di dare, se appena possibile, alla norma da interpretare quel significato e quella portata che si presenta come più aderente ai valori che emergono dalla vigente realtà umana e sociale. Il giurista non è né può essere il custode di un ordine cristallizzato; egli deve essere partecipe del processo costruttivo di una società umana che attraverso la legge – la quale vive una vita sua propria, autonoma da quella che intendeva darle il legislatore che un giorno l'ha emanata – tende costantemente ad evolversi<sup>3</sup>.

Il fenomeno non è soltanto italiano, perché il giudice creatore del diritto si ritrova, ed in misura ancora maggiore, nei Paesi di *common law*. Sennonché, in quegli ordinamenti sussistono dei contrappesi che da noi mancano del tutto, quali la vincolatività del precedente e la responsabilità politica del giudicante.

Qualche anno dopo, rispetto alla Relazione del CSM, Alessandro Pizzorno, sociologo e politologo di fama internazionale, professore nell'Università di Milano, annotava: "Quella italiana è una magistratura particolare, per il grado di libertà di cui gode dal potere politico, per la sua storia di recente emancipazione da concezioni burocratiche e gerarchiche del suo ruolo, e per gli effetti di una socializzazione almeno parzialmente movimentista"<sup>4</sup>. Citava, a conferma, un mio scritto di quei tempi: La magistratura diventa "il supremo regolatore di un grande conflitto (...), le si assegna un compito predeterminato, quello di risolvere un problema sociale, e non di decidere soltanto in ordine al problema specifico del singolo processo, a carico della singola persona, per singoli fatti (...) è indubbio che ogni volta in cui attribuisce a se stesso una missione il magistrato si allontana sempre più dall'essere il mero interprete della legge per diventare l'amministratore di una complessa realtà sociale: distribuisce i premi e le punizioni, da sicurezza alla collettività, conferma l'ordine esistente o, viceversa, propone un nuovo ordine economico o politico"<sup>5</sup>. "Questo è accaduto in Italia"<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> *Realtà sociale e amministrazione della giustizia, Relazione annuale sullo stato della giustizia, SCM, 1970, 154.*

<sup>4</sup> PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, 1998, 94.

<sup>5</sup> PECORELLA, *La difesa negata*, in *Il governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, a cura di Bruti Liberati, Ceretti, Giansanti, 1996, 125.

<sup>6</sup> PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, cit. *supra* nota 29, 5.

## 2. Si può salvare la imparzialità del giudice.

Un forte richiamo ai giudici della portata degli effetti delle loro decisioni, al di là degli aspetti più strettamente giuridici, e nel senso di cui si è detto sin qui, è contenuto nella Relazione sull'Amministrazione della giustizia nell'anno 2007, letta dal Presidente della Cassazione, Vincenzo Carbone: "È necessario che ciascuno valuti non soltanto le ragioni del 'caso concreto', ma le conseguenze complessive dell'esercizio di tale potere-servizio; tenendo conto non solo di quelle dirette, endoprocessuali, sulle parti, ma anche di quelle che, inevitabilmente, si producono *erga omnes*, e che oggi assumono una rilevanza nuova e inconsueta". Tutto ciò è stato ben espresso con una sintesi, assai felice, da Pier Luigi Zanchetta, magistrato dal 1981: "La norma non ha un significato; è un significato, il prodotto della interpretazione di un giudice"<sup>7</sup>. La Corte Costituzionale, poi, ha dato una veste istituzionale alla creazione del diritto come prerogativa del giudice, introducendo la categoria del diritto vivente, e cioè di quella norma che nasce dalla giurisprudenza, e che costituisce il modello a cui riferirsi per i giudizi di costituzionalità (v., tra le molte, la sentenza n. 201 del 15.10.2015).

Tutto ciò dimostra che l'autonomia del giudice, nella interpretazione, e soprattutto il riferimento a valori, o interessi, extralegali fanno sì che, ove sussistano influenze esterne, l'imparzialità del giudice può affievolirsi, o piegarsi davanti ad aspettative di carattere personale, o politico.

Ancora una volta è doveroso ripetere che ciò potrebbe accadere, ma non vi è alcuna prova che accadrà: tuttavia, i diritti, vanno tutelati prima della loro violazione, e dal rischio, anche soltanto eventuale, e persino remoto, che la violazione si verifichi.

La situazione della giustizia italiana, oggi, non sembra in grado di assicurare al cittadino un giusto processo, sotto il profilo della imparzialità del giudice, soprattutto se sono in gioco elevati interessi politici ed economici. Ciò è dovuto agli intrecci tra magistratura e politica, alle eventuali aspettative di incarichi extragiudiziari, a cui aspirano molti magistrati, all'esistenza di correnti – contigue ai partiti – che, indirettamente, possono condizionare l'attività dei giudici, alla giurisprudenza che si ispira a scelte sostanzialistiche, accadendo che il magistrato legga le norme in base ai suoi valori di riferimento<sup>8</sup>.

Si può salvare la imparzialità del giudice? Probabilmente è ormai tramontato il mito ottocentesco del giudice "bocca della legge". Tuttavia il giudice, senza vincoli, diventa arbitro assoluto dell'identità, e dell'esistenza stessa dei cittadini.

Non solo. Manca, così, quella certezza che da stabilità alla vita sociale ed economica.. L'imprenditore conta sul futuro e, dunque, anche su aspettative di carattere giuridico, sia nei rapporti con le pubbliche istituzioni, che nei contratti privati<sup>9</sup>. Il costo di tutto ciò è molto alto. La soluzione non può che essere un mutamento radicale degli attuali assetti istituzionali tagliando ogni legame tra la politica e la giurisdizione.

<sup>7</sup> P. L. ZANCHETTA, *Legittimazione e consenso*, in *Giustizia. La parola ai magistrati*, a cura di Pepino, Bari, 2010, 95.

<sup>8</sup> V. G. INSOLERA, *I percorsi di una egemonia*, in *Anatomia del potere giudiziario*, a cura di Guarnieri, Insolera, Zilletti, 2016, 88: "È il potere giudiziario che direttamente fa politica mettendo in campo un formidabile armamentario di strumenti invasivi e coercitivi delle libertà individuali".

<sup>9</sup> V., in tema, *Calcolabilità giuridica*, a cura di Carleo, Bologna, 2017.

