

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

Rivista Giuridica Trimestrale



3/4 2017 • ANNO V

EDITORI
Mario Covelli, Aldo Cimmino

DIRETTORE RESPONSABILE
Clelia Iasevoli

DIRETTORE SCIENTIFICO
Giuseppe Riccio

COMITATO SCIENTIFICO
Claudio do Prado Amaral (San Paolo),
Raul Cervini (Montevideo),
Javier De Luca (Buenos Aires),
Maria José Jimenez Diaz (Granada),
Ricardo Jacobsen Gloeckner (Porto Alegre),
Sergio Moccia (Napoli),
Vincenzo Ruggiero (Londra),
Klaus Volk (Monaco di Baviera)

COMITATO DI DIREZIONE
Pasquale Andria, Antonio Baldassarre,
Teresa Bene, Antonio Bonajuto, Aldo Cafiero,
Beniamino Calabrese, Antonio Cavaliere,
Melita Cavallo, Domenico Ciruzzi,
Alessandro Cocchiara, Claudio De Angelis,
Agostino De Caro, Patrizia Esposito,
Roberto Gentile,
Fausto Izzo, Alessandro Jazzetti,
Carlo Longobardo, Alarico Mariani Marini,
Mariano Menna, Ugo Pastore,
Vincenzo Pezzella, Alessandro Piccirillo,
Egle Pilla, Maria Francesca Pricoco,
Maria Vittoria Randazzo, Sandra Recchione,
Nicola Russo, Rossella Salvati,
Giuseppe Sassone, Paolo Sceusa,
Gustavo Sergio, Antonino Sessa,
Gemma Tuccillo, Mario Zevola

COMITATO DI REDAZIONE
Mario Afeltra, Piero Avallone, Paola Brunese,
Geremia Casaburi, Gianfederico Cecanese,
Anna Maria Covelli, Mariangela Covelli,
Annamaria D'Andrea, Maria de Luzenberger,
Marco de Martino, Fabiana Falato,
Arturo Frojo, Mario Griffo, Silvio Mancini,
Valentina Masarone, Antonio Nappi, Rossella
Nicodemo (caporedattore), Gennaro Demetrio
Paipais
Maurizio Pierantoni, Ornella Riccio, Sabatino
Romano, Daniela Savy,
Massimo Sensale, Paolo Troisi, Adele
Viciglione

COMITATO DI REVISIONE
Claudia Cesari, Carlo Fiorio, Glauco Giostra,
Elio Lo Monte, Luca Marafioti,
Oliviero Mazza, Paolo Patrono, Mauro Ronco,
Giancarlo Scalese, Francesco Schiaffo,
Vania Patanè

SEGRETERIA DI REDAZIONE
Giuseppe Liguori

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

*DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE è una rivista trimestrale pubblicata in Napoli.
Si propone di trattare rilevanti questioni di diritto sostanziale e di diritto proces-
suale penale, nonché di giustizia minorile, in una prospettiva teorica e pratica, sia
de lege lata sia de lege ferenda. L'accesso alla rivista è gratuito.*

Rivista fondata da Mario Covelli

Registrazione presso il Tribunale di Napoli, al n. 9 del 05 marzo 2012
ANNO 2015, CODICE ISSN 2280-4323
Inserita nell'archivio del CINECA: "DirGiusMinorile" n. E217312
Sede legale: Via Bernardo Cavallino 6, 80128 Napoli

www.dirittoegiustiziaminorile.it | info@dirittoegiustiziaminorile.it

INDICE

L'OPINIONE

Qualche considerazione sugli aspetti di diritto sostanziale della riforma Orlando	
SERGIO MOCCIA	5

Ancora abusi in materia di intercettazioni	
CLELIA IASEVOLI	11

ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

DIRITTO SOSTANZIALE	Le misure di contrasto al terrorismo del decreto legge 18 febbraio 2015, n. 7, alla luce del “diritto penale del nemico” di Günther Jacobs	
	CAROL RUGGIERO	19

DIRITTO PROCESSUALE	Il sequestro preventivo alla prova dell'unicità del contesto di azione	
	GIUSEPPE CARLINO	33

Il limite apparente alla custodia cautelare in carcere previsto dall'art. 275 bis co. 2 c.p.p. (art. 8 del d. L. 92/2014, convertito con modificazioni nella l. 11 agosto 2014, n. 117)	
RAFFAELE COPPOLA	54

Il minore ‘fonte di prova debole’ e l'obbligo della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale	
MARIA CARLA IAZZETTI	69

L'OPINIONE

Qualche considerazione sugli aspetti di diritto sostanziale della riforma Orlando

SERGIO MOCCIA

ABSTRACT

With regard to procedural legality, the Orlando reform raises many

Sul piano della legalità penale, ed ancor prima della “scienza della legislazione”, la cosiddetta riforma Orlando si presenta come una sorta di provvedimento ‘millemodifiche’, secondo il peggior costume delle leggi finanziarie e ‘millepropoghe’, anziché come un disegno organico.

La parte di diritto penale sostanziale del provvedimento mette disordinatamente insieme norme di legge e deleghe al Governo. Sul primo versante, vengono introdotti aumenti di pena per reati contro il patrimonio e per il patto politico-mafioso, una nuova causa di estinzione del reato legata a condotte riparatorie, singole modifiche alla disciplina della prescrizione prevalentemente in tema di interruzione e sospensione dei termini; sul secondo, si delega il Governo ad attuare modifiche all’ordinamento penitenziario ed alle pene accessorie – ma non al sistema delle pene principali –, a riformare le misure di sicurezza personali, addirittura ad attuare “tendenzialmente” la riserva di codice.

L’articolato della riforma è in realtà, mi si passi l’espressione, un ‘commato’: si tratta, infatti, di un unico articolo di 95 commi. Essi riguardano materie assai diversificate e sono, naturalmente, privi di rubrica, il che rende ancor meno ‘digeribile’ il testo; l’impianto è disorganico; la tecnica di redazione mescola in maniera farraginoso aspetti sostanziali e procedurali, basti pensare al primo comma della riforma, che introduce il nuovo art.162-ter c.p., in materia di estinzione del reato conseguente a riparazione del danno.

Ma, al di là dei difetti tecnici, l’intero provvedimento nasce sotto il segno della mortificazione della sovranità del Parlamento. L’iter di approvazione del provvedimento, infatti, ha subito una svolta, dopo una tormentata elaborazione, con la sostituzione dell’intero testo discusso per anni in Parlamento con un maxiemendamento del Governo, costituito per l’appunto dall’articolo unico di 95 commi, su cui è stata posta la questione di fiducia. La democrazia parlamentare è stata, dunque, offesa, in una materia delicatissima come quella penale, sostanziale e processuale, al cui interno la garanzia della stretta legalità, presa sul serio, dovrebbe ergersi a difesa dei diritti fondamentali dell’individuo.

C’è pure un ulteriore, delicato profilo, a cavallo tra diritto e processo penale, sotto il quale il principio di legalità e la soggezione dei giudici soltanto alla legge – ma, sotto altro aspetto, anche il diritto di difesa – rischiano uno strisciante ridimensionamento. Mi riferisco

al co.66, che introduce un nuovo co.1-*bis* dell'art.618 c.p.p., secondo cui «se una sezione della Corte [di Cassazione] ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso». In tal modo, viene introdotto nel nostro sistema penale – dopo che ciò era già avvenuto nei settori civile ed amministrativo – il principio della vincolatività del precedente giudiziale delle Sezioni unite.

In tal modo, si ritiene di porre un argine all'incertezza ed all'imprevedibilità delle decisioni giurisprudenziali che ormai regna sovrana nel sistema penale italiano, in contrasto con le più elementari esigenze di uno stato di diritto, tanto più nella materia penale, retta dal principio di stretta legalità. Tuttavia, la novella rappresenta, a mio avviso, un rimedio che si inserisce proprio nello stesso percorso involutivo della legalità che si intende contrastare: un percorso che affida la legalità penale al potere giudiziario.

Il principio di legalità dovrebbe comportare determinatezza, ossia chiarezza e precisione delle norme penali e verificabilità empirica delle fattispecie. E la funzione della determinatezza è quella democratica e liberale di separazione dei poteri legislativo e giudiziario, soggezione del giudice alla legge, limitazione del potere arbitrario del giudice di 'determinare' di sua iniziativa l'ambito del punibile. Certamente il giudice, tanto più di fronte a leggi poco chiare, ha un ampio spazio di interpretazione: ma tale spazio dovrebbe essere limitato dal divieto di analogia, dalle regole legali contenute nelle preleggi, dal dovere di interpretazione conforme alla Costituzione e, in subordine, alle Carte internazionali ed al diritto primario dell'Unione europea. Il giudice ordinario non può essere, invece, vincolato alle pronunce di altri giudici ordinari; in tal modo si rischia un irrigidimento conservatore della magistratura, con conseguente difficoltà per il giudice dissenziente e, quindi, per lo stesso difensore di contrastare il peso dei precedenti persino con interpretazioni costituzionalmente più corrette. Ma soprattutto, si erigono le Sezioni unite, in sostanza, a fonti di diritto penale. Oltretutto, che ciò serva realmente ad esigenze di nomofilachia è più che dubbio, vista la percentuale assolutamente esigua di ricorsi sottoposti alle Sezioni unite rispetto alla massa di quelli trattati dalle Sezioni singole.

La via d'uscita dall'attuale crisi della legalità dovrebbe risiedere in una vera riforma globale, strutturale del sistema penale. E da questo punto di vista siamo lontani anni luce da quanto prospettato nella l.n.103/2017, il cui co.85 contiene, all'interno – udite udite – della delega al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario, una lettera *q*, che affida all'esecutivo, testualmente, l'«attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena, presupposto indispensabile perché l'intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali, attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminoso previste da disposizioni di legge in vigore, che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare, i valori della persona umana, e tra questi, il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della

sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato».

Questo breve testo potrebbe essere commentato per ore per la sua vaghezza, approssimatività, arbitrarietà dell'individuazione dei cosiddetti beni giuridici.

La legge 'novantacinquecommi' prevede significative modifiche 'a macchia di leopardo' in alcuni settori del sistema sanzionatorio, considerati in ordine 'sparso' – pene accessorie (co.85 lett.u), misure di sicurezza personali (co.16), estinzione del reato per riparazione (co.1) o per prescrizione (co.10-15), procedibilità a querela (co.16), ordinamento penitenziario (co.85) -. Il carattere magmatico del provvedimento tradisce chiaramente l'assenza di un orientamento politico-criminale univoco: al contrario, mentre alcune opzioni di delega al Governo, ad esempio in materia di ordinamento penitenziario o di pene accessorie, possono apparire orientate nel senso di un'umanizzazione dell'intervento punitivo, altre risentono del privilegio di prospettive di deterrenza, sovente simboliche, non immuni dalle suggestioni del diritto penale d'autore, o del nemico.

È il caso, in particolare, degli aumenti di pena previsti per furto in abitazione e scippo, rapina, estorsione e patto elettorale politico-mafioso. La finalità perseguita sembrerebbe evidentemente quella deterrente: ma, in primo luogo, è – per usare un eufemismo – estremamente improbabile che il potenziale autore di quei fatti, semmai ne venga a conoscenza, si lasci convincere dall'aumento della pena di un paio d'anni del minimo edittale o di qualche centinaio d'euro; ed in secondo luogo, il punto è l'effettività del perseguimento dei reati, che in rapporto ai reati menzionati è bassissima. La ragionevolissima speranza dell'impunità rende quasi risibile il provvedimento, i cui reali destinatari sono i consociati, ai quali l'ordinamento mostra illusoriamente i muscoli, per esigenze di assicurazione collettiva e, quindi, di raccolta di facili consensi.

Oltretutto, in materia di reati contro il patrimonio e, in particolare, di furti, gli aumenti di pena incidono su un contesto di astratta ipercriminalizzazione, proveniente dal codice Rocco ed oggetto di ulteriori inasprimenti in età repubblicana. Anche qui il discorso potrebbe durare ore.

Mi limito a fare un esempio. Rubare la busta della spesa strappandola di mano alla vittima comporterà, in base al co.6 lett.a) della riforma, la reclusione non più da 1 a 6 anni, ma da 3 a 6 anni, ovvero una pena minima uguale al massimo edittale del furto semplice e una pena massima uguale al doppio del massimo previsto per il furto semplice. Se, poi, l'autore è in motorino ed ha il casco, si configura una delle aggravanti di cui all'art.625 c.p., ed anche per l'ipotesi aggravata la riforma, al co.6 lett.b), aumenta la pena: si va da quattro a dieci anni, più la multa, anch'essa aumentata. Ma non basta: la lett.c) del co.6 introduce anche in rapporto allo scippo il noto meccanismo della deroga al bilanciamento: le circostanze attenuanti non possono mai essere considerate né equivalenti, né prevalenti alle aggravanti come quella citata.

Nei casi in cui troveranno applicazione, gli aumenti di pena previsti risulteranno sicuramente carcerogeni – ma è proprio questa la *ratio* apparente del provvedimento: minacciare, e

quindi rischiare di eseguire, più pene detentive, alzando il minimo edittale – specialmente in rapporto ai soliti ultimi della società: non abbienti, tossicodipendenti ed altri emarginati, specie se recidivi. E per loro, come ben si sa, la prescrizione non interverrà.

Le modifiche alla disciplina della prescrizione si iscrivono anch'esse in una logica emergenziale, sotto diversi profili: infatti, esse lasciano intatti gli inconvenienti strutturali della disciplina, risultanti in particolare dalla l.n.251/2005, nota come “ex-Cirielli”; si tratta di singole modifiche puntiformi, piuttosto che di una riforma complessiva; alcune modifiche forniscono una risposta meramente contingente, ‘sintomatica’; altre innovazioni introducono vistose diseguaglianze di trattamento prive di adeguata giustificazione.

L'istituto della prescrizione coinvolge problemi complessi: da un lato, esso ha – contrariamente a quanto diffusamente ed anche autorevolmente sostenuto – un fondamento costituzionale in finalità di prevenzione generale e speciale e, sotto il profilo processuale, nel diritto ad una ragionevole durata della soggezione al processo. Detto in breve, con il passare del tempo dal reato – sempre che sia stato commesso e che l'imputato ne sia responsabile – l'allarme o la conflittualità sociale diminuisce e trasmuta in istanza di pace sociale; e sotto il profilo personalistico e del reinserimento sociale, la punizione perde il suo senso se interviene dopo tanto tempo, da potersi dire che l'autore sia diventato un'altra persona.

D'altronde, seppure il principio della ragionevole durata del processo di cui all'art.111 co.2 Cost. venga inteso in senso oggettivo, esso ha sicuramente un riflesso soggettivo nel dato per cui la sottoposizione a procedimento penale è ‘pena’, limitazione di diritti fondamentali, e perciò dev'essere contenuta in un ambito temporale ragionevole.

D'altro canto, la prescrizione, se interviene prematuramente o, comunque, quando le condizioni predette non si sono realizzate – cioè, ad esempio, non è cessato l'allarme sociale –, disorienta i consociati e viene percepita come frustrazione di obiettivi di tutela di beni giuridici, sovente dovuta a mancato o tardivo avvio delle indagini o lentezza del procedimento penale. Fenomeni che, a loro volta, sono dovuti ad una pluralità di fattori convergenti, fra i quali certamente non secondario è il rapporto tra il carico complessivo delle notizie di reato – che dipende a sua volta significativamente dall'ipertrofia penalistica - e le risorse umane e strumentali a disposizione dell'amministrazione della giustizia.

Il corretto funzionamento dell'istituto della prescrizione dipende, allora, anzitutto dalla realizzazione di un diritto penale che sia *extrema ratio*; tutto il contrario della situazione attuale. E dipende, ancora, dagli investimenti statuali nell'amministrazione della giustizia. Una riforma della prescrizione che non incida su tali aspetti ha un respiro corto.

Ma anche un intervento limitato alla disciplina della prescrizione dovrebbe almeno essere complessivo: a cominciare dalla ragionevolezza dei termini di prescrizione in rapporto alla gravità dei fatti, piuttosto controversa in rapporto alla l.ex Cirielli. Anche qui, per la verità, il discorso si complica, perché se è corretto legare il termine di prescrizione alla gravità del reato, effetti gravemente distorsivi derivano da quella che autorevolmente è stata definita la frantumazione del sistema sanzionatorio: basti pensare, ad esempio, al processo per i fatti

avvenuti nella scuola Diaz a Genova nel 2001, laddove si prescrivessero le lesioni gravi, ma non la falsità ideologica commessa in un verbale di polizia.

Ad ogni modo, una riforma organica, seppure limitata alla prescrizione, avrebbe dovuto affrontare inconvenienti strutturali anche sotto il profilo dell'illegittima discriminazione 'per tipi d'autore' dei recidivi ad opera della l.n. 251/2005. Il 'primo' falso in bilancio in una società quotata si prescrive in otto anni, che aumentati di un quarto – tenuto conto del 'tetto' alle interruzioni della prescrizione per i delinquenti primari – diventano dieci. Il secondo furto con strappo della busta della spesa da parte del tizio con il casco, se viene applicata la recidiva aggravata, si prescrive in quindici anni, che, tenuto conto del diverso 'tetto' alle interruzioni, quello della metà previsto per i recidivi aggravati, diventano ventidue e mezzo!

Ma anche una riforma 'minima' della prescrizione, che rimuovesse le cause strutturali di effetti così insostenibili della disciplina, non era evidentemente nelle intenzioni o alla portata del Governo. Le modifiche si limitano, infatti, ad intervenire, in via generale, sulla sospensione della prescrizione, salvo aggiungere interventi derogatori, da tipo d'autore, su decorso del termine e interruzione della prescrizione.

La modifica più significativa è quella prevista dal co.11, ossia la sospensione dei termini fino ad un anno e mezzo dal deposito della motivazione della sentenza di primo grado alla pronuncia del dispositivo della sentenza che definisce il grado successivo di giudizio, e fino ad un altro anno e mezzo dal deposito della motivazione della sentenza di condanna di secondo grado alla pronuncia del dispositivo della sentenza definitiva.

Dal punto di vista delle opzioni politico-criminali, la modifica privilegia la finalità di tutela di beni giuridici, *sub specie* 'non dispersione della condanna' di primo o di secondo grado, su ogni altro interesse, pur costituzionalmente rilevante: è evidente, infatti, che sul piano della ragionevole durata del processo e del relativo interesse dell'imputato la riforma comporta semplicemente una possibilità di allungare il processo di altri tre anni, procrastinando la prescrizione. Ciò viene realizzato anche a costo di una forzatura dell'istituto della sospensione della prescrizione, che configura allo stesso tempo un'indebita lesione di interessi dell'imputato: la sospensione si fonda infatti sul principio "*contra non valentem agere non currit praescriptio*", mentre il co.11 concede una sospensione dei termini durante l'*agere* processuale, scaricandone le conseguenze sull'imputato.

Per altro verso, sul piano dell'effettività, l'impatto reale della riforma rischia di risultare deludente; basti pensare che, com'è noto dai dati statistici da tempo pubblicati, ben più della metà dei procedimenti si prescrive nella fase delle indagini preliminari e le percentuali di prescrizioni in fase di appello e di Cassazione sono entrambi inferiori al 10%.

Basterebbe quanto detto a ridimensionare la sbandierata portata risolutiva delle modifiche in tema di prescrizione. Ma va aggiunto che le modifiche in tema di prescrizione contengono anche norme discriminatorie, che si aggiungono a quelle precedentemente introdotte.

Mi riferisco, in primo luogo, alla previsione di cui al co.10, secondo cui, per i reati di cui all'art.392 co.1-bis c.p.p. se commessi nei confronti di un minorenne il termine decorre

dal raggiungimento della maggiore età, salvo che l'azione penale sia stata esercitata precedentemente. La *ratio* consiste in una comprensibile esigenza di tutela della vittima minorenni a fronte di gravi abusi sessuali; tuttavia, gli effetti sul tempo necessario a prescrivere possono risultare tali da rendere draconiana una punizione che intervenga ad enorme distanza dal fatto, specialmente quando quel fatto, compreso in un elenco che risponde a finalità processuali, non è invece contrassegnato, secondo il legislatore, da spiccata gravità.

Ad esempio, l'elenco di cui all'art. 392 co.1-*bis* c.p.p. comprende l'adescamento di minorenni, un atto meramente preparatorio punibile fino con la reclusione massima di tre anni; ebbene, se l'atto di mero 'adescamento' fu commesso nei confronti di un bambino di otto anni da un autore trentenne, il termine di prescrizione di sei anni, prolungabili a sette e mezzo, decorrerà da quando l'autore avrà quarant'anni e scadrà quando ne avrà quarantasette e mezzo, senza contare la sospensione – senza limiti massimi – di tre anni per le impugnazioni.

A proposito di questa disposizione, un'inquietante svista legislativa risulta dall'inclusione nell'elenco di cui all'art. 392 co.1-*bis* c.p.p. della detenzione di materiale pedopornografico virtuale: anche il termine di prescrizione per quest'ultima dovrebbe cominciare a decorrere da quando il minorenne virtuale diventa maggiorenne!

Una seconda disposizione discriminatoria è quella che prevede il raddoppio del 'tetto' alle interruzioni della prescrizione per i soli reati di corruzione e di truffa in sovvenzioni pubbliche. Basta fermarsi al confronto con altri gravi reati di pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione per convincersi dell'arbitrarietà della deroga *in malam partem*, che vale per la corruzione e non, ad esempio, per la concussione o il peculato.

Ancora abusi in materia di intercettazioni

CLELIA IASEVOLI

ABSTRACT

The delegation about the interceptions doesn't reduce the discretionary spaces of a means of proof's research that lends itself to process the history, politics and people's lives

«Nel nostro beato Paese, chiunque controlla chiunque, comunque e dovunque gli piaccia, in barba alla giustizia, alla polizia, in barba alla Costituzione, alla *privacy* dei cittadini e allo Stato», così scriveva Giuliano Vassalli in un articolo pubblicato il 15 marzo del 1973.

Da allora nulla è cambiato, sebbene «la giustizia sia amministrata *in nome del popolo*» (art.101 comma 1 Cost.); principio che impone al pubblico ministero e al giudice la lontananza, nell'esercizio delle proprie funzioni, dai condizionamenti delle proprie 'passioni politiche'. Amministrare la giustizia in nome del popolo significa osservare la legalità processuale, la cui violazione *ferisce* la democrazia.

La delega in materia di intercettazioni (art.1 comma 84, lett. a, b, c, d, l. n.103 del 2017) non riduce gli ambiti di discrezionalità inerenti all'uso di un mezzo di ricerca della prova così insidioso, che si presta a *processare la storia, la politica e la vita delle persone*. Il pubblico ministero o il giudice, che abusano della funzione violano il vero principio etico della democrazia: l'osservanza delle regole in un sistema multilivello dei diritti.

Eppure, in questa riforma vi è traccia dell'idea del processo penale come mezzo di 'contrasto' e/o di prevenzione. Non è un caso che la delega preveda la semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, introducendo, ancora, 'binari' differenziati.

Ed è ovvio che, in quest'ottica, le forme della procedura ovvero le modalità di tutela dei diritti, appaiano sterili formalismi, orpelli che intralciano la giustizia; – si dice – intralciano la durata ragionevole del processo; e si dimentica – troppo spesso! – che la durata ragionevole è anche un diritto dell'imputato previsto dalla Costituzione e, per questa ragione, sottratto ad un'operazione di bilanciamento affidata al giudice.

In questo contesto, si celebrano le prassi, che applicano e/o disapplicano regole, mediante torsioni sostanzialistiche in nome dell'efficientismo: le regole previste per le intercettazioni cedono a fronte della tentazione di 'scovare' la notizia di reato, annullando i contenuti di garanzia dei presupposti e delle forme (art. 267 c.p.p.).

Ma è responsabilità del giudice dare atto delle ragioni, che giustificano la limitazione dei diritti inviolabili della persona; dover esplicitare, cioè, il presupposto dei gravi indizi di

reato e quello dell'assoluta indispensabilità dello strumento secondo il principio di proporzionalità, la cui cartina di tornasole è da rinvenirsi nella motivazione del decreto autorizzativo.

Si ricorda che la funzione di garanzia della motivazione del provvedimento risiede nell'individuazione della specifica vicenda criminosa alla quale l'autorizzazione si riferisce, (Cass. pen., sez. V, n. 1407 del 17/11/2016, Rv. 268900; sez. III, n. 14954 del 02/12/2014, Carrara, Rv. 263044). Il che significa che l'intercettazione non può essere disposta per illeciti meramente ipotetici, richiedendo l'art. 267 c.p.p. l'esistenza di un fatto storico, integrante una determinata ipotesi di reato, sia pure in chiave altamente probabilistica, o nel caso di reati di criminalità organizzata, la sufficienza indiziaria. È legittimo ricorrere all'intercettazione, qualora altri strumenti siano inutili e qualora il giudice – nella motivazione – indichi il nesso di collegamento tra l'indagine in corso e l'intercettando.

Questo consolidato approdo ermeneutico, pur rappresentando una conquista importante nella prospettiva della tutela delle libertà fondamentali, sul piano applicativo, non si è rivelato idoneo né a prevenire il rischio di autorizzazioni in bianco, né ad impedire che l'intercettazione, da mezzo di ricerca della prova, mutasse in mezzo di ricerca della notizia di reato.

E se la giurisdizione di garanzia si concretizza nella motivazione, è sotto gli occhi di tutti la disattenzione della legge delega quanto alla struttura della stessa.

Vero è che il modello di motivazione è condizionato dall'oggetto della funzione giurisdizionale, se di accertamento oppure di garanzia; motivazione e oggetto della funzione sono correlate: la prima risente della specificità della seconda. Ciò che non varia è la logica del giudice, che è sempre argomentativa, basata su procedimenti induttivi che conducono non alla certezza, ma alla probabilità. La mancanza ed i vizi della motivazione feriscono la legalità del *procedere*, incidendo sui diritti fondamentali della persona.

Dicevo: ciò nonostante la delega non fa riferimento ad uno schema dettagliato del decreto autorizzativo motivato, sebbene esso sia servente allo scopo costituzionale di controllo democratico sull'attività di *ius dicere*. Sarebbe stato, invece, opportuno predisporre il modello legale con la previsione del requisito dell'autonoma valutazione, così, come di recente, è avvenuto per la struttura dell'ordinanza coercitiva. La lacuna lascia spazio all'elaborazione giurisprudenziale, che avalla la motivazione *per relationem* dei provvedimenti, che autorizzano l'avvio dell'intercettazione e di quelli che successivamente ne prorogano la durata.

Ad esempio, nella prassi la proroga si riduce al mero rinvio all'informativa di polizia giudiziaria allegata alla richiesta del pubblico ministero, nella quale spesso sono riportate solo talune conversazioni reputate utili dall'operatore delegato all'ascolto, se non il mero elenco dei contatti considerati significativi.

Ma vi è di più. Si ritiene anche che la sanzione dell'inutilizzabilità delle comunicazioni intercettate operi limitatamente all'ipotesi in cui la motivazione manchi oppure quando sia apparente, ma non quando essa sia inadeguata.

Su questo delicato versante, era necessario un intervento chiarificatore. La legge delega non prevede modificazioni, riconoscendo implicitamente l'opera del diritto giurisprudenziale che, sul piano applicativo, ha costruito un sistema che si estende ai confini dell'istituto e ai

limiti di utilizzabilità, essendo questi gli spazi indeterminati della disciplina, perciò, inadeguati a difendere la sfera privata da indebite interferenze esterne.

La delega avrebbe dovuto evidenziare la necessità di definire in maniera più dettagliata i presupposti, le forme del provvedimento e le modalità esecutive delle operazioni; dal momento che da essi dipende la legittimità del potere di intercettare.

Il giurista fedele allo stato sociale di diritto non può fare a meno di sottolineare che l'art. 1 comma 84 lett. a) della legge n. 103 del 2017 confonde valori costituzionali e piani procedurali, che vanno tenuti ben distinti, per le immediate ricadute sulla tipizzazione legislativa dell'area all'interno della quale è ammessa la limitazione della libertà e della segretezza di ogni forma di comunicazione.

La delega omette ogni riferimento al valore costituzionale della "segretezza", cioè, a quel valore che richiede la dettagliata descrizione dei presupposti e delle condizioni di legittimità del potere di intercettare. Nella lettera a) si rinviene il riferimento esclusivamente alla "riservatezza", che concerne, invece, i limiti alla divulgazione esterna delle notizie intercettate, specie quando esse attengano a terzi o a fatti penalmente irrilevanti.

Chiaramente l'art. 1 comma 84 l. n. 103 del 2017 si muove nell'ottica di arginare l'epifenomeno delle propalazioni di tanti brandelli di vita, che non hanno nulla a che vedere con il nobile ed irrinunciabile diritto-dovere di informare; prevedere la tutela della riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni delle persone occasionalmente coinvolte nel procedimento e delle comunicazioni irrilevanti ai fini della giustizia penale, si traduce nella volontà di porre un 'freno' ad una cronaca giudiziaria 'scandalistica', che in quanto tale ha 'abdicato' all'alta funzione di controllo sul modo di amministrare la giustizia.

Al riguardo, la Corte edu ha affermato che «la regolamentazione delle intercettazioni è compatibile con la preminenza del diritto necessaria in una società democratica, solo se garantisce una protezione adeguata contro il pericolo di abusi lesivi della riservatezza, dovendo disciplinare in modo sufficientemente preciso le categorie di persone assoggettabili al mezzo di ricerca della prova, la natura dei reati che vi possano dare luogo, l'indipendenza dell'organo deputato ad autorizzare lo strumento investigativo e le precauzioni da osservare per garantire la *privacy* degli interlocutori, che siano causalmente coinvolti nelle attività captative, senza aver alcun collegamento con l'oggetto delle indagini in corso» (Corte edu, 2009).

Da questo orientamento si evince la priorità di un'opera legislativa volta ad identificare: 1) i soggetti che possono essere sottoposti ad attività captativa, specificando, ad esempio, il nesso tra la notizia di reato e l'utenza o l'ambiente da sottoporre a controllo; 2) la natura dei reati e, quindi, l'individuazione qualitativa sulla base di un nesso tra il ricorso a questo mezzo di ricerca della prova e le verosimili difficoltà di indagine intrinsecamente connesse a talune fattispecie criminose; 3) il giudice, come l'organo al quale dovrebbe spettare il compito di stabilire modalità e durata dell'operazione autorizzata; 4) e, infine, le precauzioni volte a garantire la *privacy* degli interlocutori.

Anche nel contesto europeo, quindi, costituisce un dato acclarato, che con l'espandersi delle intercettazioni aumenta il rischio di una divulgazione all'esterno di notizie appartenenti

alla sfera privata, poiché l'attività captativa, per sua natura, coinvolge chiunque venga a contatto con la fonte controllata. Ne consegue che la lesione della riservatezza non è altro che l'effetto di un ricorso alle intercettazioni che è eccessivo, sproporzionato e non controllato.

Se è così, il legislatore interno è inadempiente rispetto ad un'opera di revisione che, in via preliminare, avrebbe dovuto avere ad oggetto il potere di intercettare ed una più puntuale comminatoria della sanzione dell'inutilizzabilità dei risultati per le situazioni di abuso.

Si ricorda che la Corte costituzionale nella nota pronuncia del 1973, sia pure con riferimento alla previgente disciplina, affermò espressamente che le «attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti dei cittadini non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»; e, in quell'occasione, ritenne che le intercettazioni effettuate fuori dai casi consentiti dalla legge, o in difformità delle relative prescrizioni, fossero inesistenti, per cui nessun effetto probatorio potesse derivarne. Da qui i divieti di utilizzazione contenuti nell'art. 271 c.p.p.; in particolare, la locuzione fuori dai casi consentiti dalla legge costituisce una formula di sintesi dagli alti contenuti di garanzia, interpretata, tuttavia, in chiave restrittiva dalla giurisprudenza per salvare le inchieste investigative e, quindi, per salvaguardare l'efficienza.

Eppure il nesso di antecedenza logica tra causa ed effetto, che si rinviene tra affievolimento sproporzionato della segretezza e lesione della riservatezza, avrebbe dovuto indurre il legislatore ad intervenire a monte irrigidendo i presupposti legittimanti.

Purtroppo così non è stato!

L'art. 1 comma 84 l. 103 del 2017 ignora questo rapporto di antecedenza logica e si preoccupa esclusivamente dell'effetto-divulgazione del contenuto dell'intercettazione, trascurando del tutto la causa che l'ha determinato. Altro riscontro è offerto dal criterio direttivo alla lettera b) cioè, «prevedere che costituisca delitto punibile con la reclusione non superiore a quattro anni, la diffusione, al solo fine di recare danno alla reputazione o all'immagine altrui, di riprese audiovisive o registrazioni di conversazioni».

Già Paolo Ferrua nel 1997 osservava che la scelta politica di tutelare la riservatezza a scapito della segretezza è tipica di un regime poliziesco, rispetto al quale, paradossalmente, è preferibile l'incontrollata divulgazione delle notizie intercettate, almeno così sono visibili gli incivili e devastanti effetti sui diritti della persona, causati dall'eccessivo ricorso allo strumento.

Vero è che all'interno della sequenza acquisitiva, così come disciplinata, si rinvengono molteplici punti di cedimento proprio sul fronte della riservatezza.

Il primo coincide col deposito del materiale intercettato: esso determina la caduta del segreto interno e, con esso, del divieto di pubblicazione del contenuto delle registrazioni (artt. 114 commi 1 e 7 e 329 comma 1 c.p.p.), sebbene non del divieto di pubblicare testualmente le conversazioni o comunicazioni intercettate. Ciò significa che di qualunque tenore sia il contenuto delle registrazioni esso – il contenuto – diviene da questo momento pubblicabile. Tuttavia, il deposito precede la fase selettiva del materiale rilevante per l'accertamento in corso, vale a dire, che il sipario si alza su tutte le conoscenze acquisite e, in tal modo, il procedimento

diviene l'occasione per il disvelamento di fatti privati della più varia natura.

La vera novità contenuta nella delega è il riferimento sia a prescrizioni che incidano sulle modalità di utilizzazione cautelare dei risultati delle captazioni, sia ad una precisa scansione procedimentale per la selezione del materiale nel rispetto del contraddittorio tra le parti, fatte salve le esigenze di indagine. A ben vedere si colma una lacuna, recependo nella delega una delibera del CSM sulle buone prassi in materia di intercettazioni.

Ebbene, nel caso specifico di una domanda cautelare (*ex art. 291 c.p.p.*), il pubblico ministero presenta al giudice per le indagini preliminari gli elementi su cui si fonda la richiesta e quelli a favore dell'indagato.

Non ci sono dubbi che questo sia lo snodo procedimentale dalle ricadute più immediate sul diritto alla riservatezza. È noto a tutti che l'art. 293 comma 3 c.p.p. prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione, l'ordinanza cautelare è depositata nella cancelleria del giudice insieme alla richiesta del pubblico ministero ed agli atti presentati con la stessa; da essi sono estratte copie, le quali rappresentano la condizione necessaria per l'esercizio del diritto di difesa. Insomma, gli atti depositati non sono più coperti da segreto; ciò significa che il loro contenuto tende a diffondersi.

La delega per prevenire la pubblicazione di captazioni irrilevanti per le indagini oppure contenenti dati personali sensibili attribuisce al pubblico ministero il compito di selezionare gli atti trasmessi a sostegno della richiesta cautelare.

In buona sostanza, il pubblico ministero si deve limitare ad inviare al giudice il materiale che ha una valenza indiziaria o che suffraga le esigenze di cautela; nonché gli elementi che hanno un rilievo nell'ottica difensiva; deve escludere le registrazioni che contengano comunicazioni o conversazioni vietate dalla legge, nonché quelle che reputa manifestamente irrilevanti e, soprattutto, quelle che, oltre ad essere manifestamente irrilevanti, contengano appunto "dati sensibili".

La necessità di un'accurata selezione è strettamente connessa alla naturale idoneità dell'ordinanza coercitiva ad essere oggetto di attenzione mediatica. Tuttavia, l'organo dell'accusa potrebbe escludere, inavvertitamente, una captazione rilevante per la difesa, a causa del segmento procedimentale in cui avviene la valutazione.

Si tratta però di un rischio arginato dal dato che il pubblico ministero conserva le tracce audio registrate ed i relativi brogliacci, che saranno disponibili per la difesa nel momento dell'attivazione dell'udienza di stralcio, *ex art. 268 comma 6 c.p.p.* Tale momento è necessario all'interno della scansione procedimentale, ad esso fa riferimento la delega, ponendo fine ad una prassi largamente diffusa, che evitava il ricorso ad una procedura, espressamente prevista.

La delega rinvia, quindi, ad una sequenza di atti, che è diretta a preservare l'indagato ed i terzi interlocutori, estranei al processo, dalla diffusione e dalla pubblicazione di fatti personali e riservati, che siano manifestamente irrilevanti rispetto ai temi d'indagine. Difatti, il punto 2 dell'art. 1 comma 84 lett. a) l. n. 103 del 2017 dispone che «gli atti non allegati a sostegno della richiesta di misura cautelare siano custoditi in apposito archivio riservato, con

facoltà di esame e di ascolto, ma non di copia da parte dei difensori e del giudice, fino al momento della conclusione della procedura di stralcio in contraddittorio ai sensi dell'art. 268 commi 6 e 7 c.p.p.», il limite temporale in cui viene meno il divieto di cui all'art. 114 c.p.p.

L'intervento del giudice è finalizzato all'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche indicate dalle parti, da cui sono stralciate due categorie di registrazioni: quelle «di cui è vietata l'utilizzazione»; quelle «manifestamente irrilevanti». Nel primo caso, la disposizione fa riferimento alle intercettazioni inutilizzabili a norma di legge, in particolare in base all'art. 271 c.p.p. In questa prospettiva, la procedura mira a tutelare la legalità della prova, evitando che tra il materiale probatorio possano trovare spazio registrazioni vietate dalla legge. Nella seconda ipotesi, il giudice compie un giudizio di irrilevanza probatoria che deve essere "manifesta", conducendo, pertanto, all'esclusione soltanto dei dialoghi palesemente estranei all'accertamento della responsabilità per i reati per i quali si procede. Tuttavia, le maglie del filtro non sono adeguate allo scopo di tutela delle situazioni soggettive protette implicate.

Soltanto all'esito di tale procedura, i difensori delle parti possono ottenere copia degli atti e trascrizione in forma peritale delle intercettazioni, ritenute rilevanti dal giudice ovvero il cui rilascio sia stato autorizzato dal giudice nella fase successiva alla conclusione delle indagini preliminari: ciò significa che il controllo giurisdizionale sul materiale intercettato si espande all'interno della progressione processuale.

A questo punto, non può essere omessa qualche osservazione sull'*incipit* della delega, che contiene il riferimento alla necessità di prevedere disposizioni dirette a garantire la riservatezza delle comunicazioni dei difensori nei colloqui con l'assistito.

Per la verità si tratta di un'area ampiamente tutelata da norme del diritto positivo, costituzionale e sovranazionale, ma mai abbastanza tutelata sul piano interpretativo. Non a caso la Cassazione, pur osservando che la *ratio* del divieto di intercettazioni di conversazioni di cui all'art. 103 c.p.p., va rinvenuta nella tutela dell'esercizio della funzione difensiva e, pertanto, di un diritto costituzionalmente protetto, puntualizza poi che il divieto di utilizzabilità, previsto dal combinato disposto dell'art. 103 c.p.p. comma 7 e dell'art. 271 c.p.p., non concerne tutte le conversazioni di chi rivesta la qualità di difensore, *a contrario*, esso non è invocabile: a) se la conversazione non sia pertinente all'attività professionale svolta; b) se la conversazione integra essa stessa un'ipotesi di reato.

Sicché non ogni colloquio fra cliente e difensore può essere qualificato come rientrante nel mandato difensivo, ma solo quello che, in considerazione del contenuto complessivo della conversazione, possa far ritenere che l'avvocato, in quell'occasione, abbia svolto il suo tipico ruolo di difensore, ruolo che si esplica in consigli, strategie difensive, richieste di chiarimenti ecc. Da qui il principio di diritto secondo cui «in tema di garanzie di libertà dei difensori il divieto di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni non riguarda indiscriminatamente tutte le conversazioni di chi rivesta la qualità di difensore e per il solo fatto di tale qualifica, ma solo le conversazioni che attengono alla funzione esercitata».

A ciò si aggiunga che vi è una prassi giudiziaria, che utilizza il comma 7 dell'art. 103

c.p.p. non tanto come una forma di tutela tardiva, posticipata della libertà del difensore, quanto piuttosto come lo strumento giustificativo di ogni intrusione captativa in quelle libertà, che hanno di fatto assunto la connotazione paradossale di libertà 'vigilata' o 'monitorata' dal pubblico ministero; dall'altro, si riscontra una lettura dell'art. 103 c.p.p. radicalmente opposta che ammette l'ispezione, la perquisizione, l'intercettazione del difensore solo quando egli stesso abbia assunto la qualità di indagato e/o di imputato, situazione che si potrebbe verificare anche nell'ambito di uno specifico incarico difensivo.

A fronte di tale disorientamento, mi preme richiamare l'attenzione sul dato che valorizzare il segreto del difensore significa valorizzare il contraddittorio tra le parti, il quale sarebbe innegabilmente pregiudicato dalle interferenze dell'accusa nell'attività difensiva, sbilanciando a proprio favore il confronto dialettico davanti al giudice. Forse questa è propria l'ottica in cui si spiega la tendenza ad interpretare le garanzie di libertà di cui all'art. 103 c.p.p., aprendo varchi all'interno della tassatività della *littera legis*, che prevede esclusivamente lo *status* di indagato e/o di imputato come condizione ostativa all'operatività delle garanzie di libertà.

L'auspicio è che si pongano le premesse normative per una maggiore tutela, che tenga in debito conto anche il principio affermato dalla Corte costituzionale (sentenza n. 1 del 2013), sia pure con riferimento al divieto di intercettazione assoluto nel caso del Presidente della Repubblica, laddove per il difensore il divieto è relativo alla funzione, secondo cui il momento di tutela della riservatezza della conversazione si sposta da quello preventivo a quello successivo ed inerisce ai profili non solo della inutilizzabilità processuale dell'intercettazione, ma anche a quello della distruzione con modalità che ne impediscano una illecita divulgazione. Il legislatore dovrebbe espressamente prevedere l'obbligo di interruzione di un'attività captativa illecita.

Su questo fronte, si condivide pienamente la battaglia legalitaria che ha denunciato l'illegittima spettacolarizzazione e diffusione di atti investigativi al solo fine di ricercare la sponda mediatica per condizionare l'opinione pubblica.

Che la sentenza si radichi su un 'giudizio sociale preesistente' è stato già denunciato da Antoine Garapon, secondo cui il 'ben giudicare' implica di mettere da parte le valutazioni di tipo politico, sociale, culturale, che possano influenzare il libero convincimento del giudice. La preoccupazione non può non essere condivisa dal momento che oggi si assiste ad uno strano fenomeno: la cultura della legalità della prova è travolta dall'empatia con cui la società segue l'operato dei magistrati sui giornali, in televisione, sui *social network*, le cui attività processuali sono state delocalizzate, cioè, strappate al ritualismo delle aule giudiziarie.

Da qui la sensazione che questa sia l'epoca dell'inquisitorio postmoderno che attraverso l'abuso delle intercettazioni privilegia la *vox populi*: ma su di essa, nella Storia, si è eretta più di una colonna infame di manzoniana memoria. Altra cosa è, invece, amministrare la giustizia in nome del popolo.

ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

Le misure di contrasto al terrorismo del decreto legge 18 febbraio 2015, n. 7, alla luce del “diritto penale del nemico” di Günther Jacobs

CAROL RUGGIERO

ABSTRACT

Following the most recent incidents of terrorism, the legislator once again regulates this matter with Decree Law n. 7/2015 (converted with amendments into Law No. 43 of 17 April 2015).

The paper's purpose is to highlight, in addition to the main problems of this legislative change, the progressive approach in criminal matters to a modern theorization known as "criminal law of the enemy".

SOMMARIO: 1. Allarme sociale e legislazioni eccezionali: la “perenne emergenza”. – 2. Le nuove misure di contrasto al terrorismo del d.l. 18 febbraio 2015, n. 7: anticipazione dell'intervento penale e nuove fattispecie di reato. – 2.1 Segue. Ampliamento dei soggetti destinatari delle misure di prevenzione. – 3. La pericolosa deriva verso il “diritto penale del nemico” di Günther Jacobs. – 3.1 Segue. Caratteristiche del “diritto penale del nemico” e profili di incompatibilità con lo Stato sociale di diritto. – 4. Conclusioni.

1. I tragici attentati che si sono drammaticamente susseguiti nel corso degli ultimi mesi, in note capitali europee e non, hanno inevitabilmente riportato all'attenzione generale dei *mass media*, delle classi politiche dirigenti e dell'opinione pubblica, il fenomeno del terrorismo internazionale di matrice islamica.

Ancora una volta, i telegiornali ed i quotidiani nazionali sono tornati a sottolineare l'estrema gravità dei sempre più frequenti attacchi sferrati al “democratico Occidente” ad opera dei “soliti fanatici islamisti”, talvolta con toni eccessivamente retorici e generalizzanti.

Accanto all'informazione mediatica, poi, non si sono di certo fatti attendere i proclami politici di lotta al terrorismo¹ che, esaltando la centralità dei dispositivi di sicurezza nelle moderne liberaldemocrazie, hanno auspicato anche il ridimensionamento di qualche garanzia personale di troppo in favore del supremo bene della “sicurezza”².

¹ A titolo meramente esemplificativo si consideri l'Informativa urgente del ministro dell'Interno Angelino Alfano – relazionata alla Camera dei Deputati il 9 gennaio 2015, e dunque all'indomani dell'attentato di Parigi del 7 gennaio 2015 – il quale, dopo aver ricordato che “il nostro Paese è da sempre stato in prima linea nella lotta contro il terrorismo islamico”, ha evidenziato la necessità di un “immediato rafforzamento dei dispositivi di vigilanza” che è massima “non solo su siti istituzionali e luoghi di culto” ma anche per “sedi di giornali, tv e personalità pubbliche”.

² Cfr. A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. ANASTASIA - M. PALMA, Milano, 2001, 19 ss.; A. CAVALIERE, *Può la “sicurezza” costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, a cura di W. HASSEMER - E. KEMPF - S. MOCCIA, München, 2009, 111 ss.

Ed è proprio con l'agire congiunto di questo tipo di comunicazione, mediatica e politica, che nell'opinione pubblica si è progressivamente determinata una pericolosa confusione tra la valutazione inerente alla gravità dei suddetti fatti di reato, da un lato, ed il riconoscimento imprescindibile delle garanzie fondamentali del diritto penale in capo agli autori di questi episodi, dall'altro. Si ritiene, in particolare, che queste garanzie – o quantomeno alcune di esse – possano anche non trovare applicazione in presenza di fatti criminosi particolarmente gravi, o che comunque hanno suscitato un importante clamore mediatico, come, appunto, quelli attinenti al terrorismo. Sembra ormai pacifico, infatti, che all'efficienza degli strumenti normativi penalistici corrisponda inevitabilmente la compressione delle garanzie e dei diritti dei consociati.

Il vero problema si ha quando a questi proclami di guerra, lanciati sul *web* o in televisione a mo' di *slogan* pubblicitari, seguono provvedimenti normativi, aventi per lo più natura penale, che vanno ad incidere brutalmente sulla libertà personale di individui in carne ed ossa.

Difatti, sono proprio le situazioni di proclamato allarme sociale a costituire il terreno più fertile per la nascita e per la stabilizzazione normativa di legislazioni emergenziali caratterizzate da un'accentuata carenza di garanzie individuali. Non a caso, la costante reiterazione di tali modelli normativi ha dato vita ad una prassi politico-legislativa, molto frequente in Italia, che autorevole dottrina ha acutamente definito "la perenne emergenza"³.

In effetti, come è stato evidenziato da numerosi studiosi, «introdurre norme penali e processuali penali non costa alcunché – almeno a prima vista – ed è anzi remunerativo in termini di assicurazione simbolica, di statistiche sul consenso popolare e, in prospettiva, di voti. E così, ad ogni emergenza, vera o presunta, si cede alla narrativa dell'insufficienza degli strumenti repressivi vigenti e all'illusoria esaltazione dell'efficacia dell'intervento punitivo e, quindi, dell'utilità della sua espansione ed anticipazione quanto maggiore possibile»⁴.

Non suscita, pertanto, particolare sorpresa il fatto che il recentissimo decreto legge in materia antiterrorismo del 18 febbraio 2015, n. 7, convertito nella legge 17 aprile 2015, n. 43⁵, vada ad inserirsi proprio in un siffatto contesto di allarme sociale ed in una simile logica propagandistico-elettorale.

³ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2011, 1 ss.

⁴ A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *penalecontemporaneo.it*, 31 marzo 2015, 2.

⁵ Decreto legge 18 febbraio 2015, n. 7, convertito con modificazioni dalla l. 17 aprile 2015, n. 43, recante "Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione", in G.U. del 20 aprile 2015, n. 91.

Come sottolineato da numerosi commentatori, questo intervento normativo nasce soprattutto dall'esigenza di conformare l'ordinamento interno a fonti recenti del diritto internazionale ed europeo in materia, dalle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite (n. 2170 del 15 agosto 2014 e n. 2178 del 24 settembre 2014) al Regolamento U.E. n. 98/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 gennaio 2013.

2. Il provvedimento in esame ha apportato importanti modifiche al sistema penale vigente, sia dal punto di vista sostanziale che da quello più strettamente processuale⁶.

Sotto il primo profilo emerge, in primo luogo, l'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici e l'estensione delle condotte penalmente rilevanti rispetto a numerose norme previgenti, soprattutto nell'ambito del Titolo I ("Dei delitti contro la personalità dello Stato"), Capo I ("Dei delitti contro la personalità internazionale dello Stato") del secondo libro del codice penale⁷.

Con riferimento alle principali modifiche da esaminare, merita particolare attenzione l'aggiunta di un secondo comma all'art. 270-*quater* c.p., in base al quale: «*Fuori dei casi di cui all'articolo 270-bis, e salvo il caso di addestramento, la persona arruolata è punita con la pena della reclusione da cinque a otto anni*».

Così mentre al primo comma dell'art. 270-*quater* c.p. resta ferma la punibilità dell'arruolatore, secondo un quadro edittale che va dai sette ai quindici anni di reclusione, al secondo comma, invece, ha ora assunto rilevanza penale anche la condotta del soggetto arruolato, seppur con un trattamento sanzionatorio leggermente più mite rispetto a quello previsto al primo comma.

Uno dei principali obiettivi perseguiti dal legislatore attraverso l'introduzione di questa nuova disposizione è stato quello di sottrarsi alle critiche di quanti avevano evidenziato che, all'indomani delle modifiche apportate al codice ad opera della l. 31 luglio 2005, n. 155, era emersa un'incongruenza normativa consistente nel prevedere la punibilità del soggetto addestrato (ai sensi del novellato art. 270-*quinqies* c.p.) e non anche quella del soggetto arruolato⁸.

Una volta colmata tale "lacuna", tuttavia, il legislatore non si è minimamente preoccupato di descrivere i tratti essenziali della nuova condotta incriminata, la quale sembrerebbe configurarsi anche in presenza del mero impegno verbale da parte di un soggetto ad aderire ad un gruppo terroristico.

Sul punto, invero, «la dottrina maggioritaria ritiene che il concetto di arruolamento, illuminato anche dall'elaborazione teorica sviluppatasi in seno agli artt. 244 e 288 c.p., debba essere inteso in senso restrittivo e fortemente offensivo»⁹, richiedendosi, in particolare, l'inserimento organico del soggetto arruolato in una struttura militare o paramilitare¹⁰.

Tuttavia, al di là dei pur apprezzabili sforzi ermeneutici compiuti dagli interpreti, risulta evidente la violazione del principio di determinatezza della fattispecie di reato in esame, con importanti

⁶ Cfr. A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, cit., 1 ss.; S. COLAIOCCO, *Prime osservazioni sulle nuove fattispecie antiterrorismo introdotte dal decreto-legge n. 7 del 2015*, in *Archivio penale*, 2015, 1 ss.; F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 918 ss.; R. KOSTORIS - F. VIGANÒ (a cura di), *Il nuovo 'pacchetto' antiterrorismo*, Torino, 2015, 1 ss.; F. VIGANÒ, *Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il nuovo decreto legge in materia di contrasto al terrorismo*, in *penalecontemporaneo.it*, 23 febbraio 2015, 1 ss.

⁷ Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Speciale*, Bologna, 2012, 1-146; M. PELISSERO, *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Torino, 2010, 23 ss.

⁸ Cfr. Ivi, 51.

⁹ F. FASANI, *op. cit.*, 934.

¹⁰ Questa interpretazione, invero, sembra smentita dalla relazione illustrativa del d.d.l. in cui si sottolinea che il soggetto arruolato deve mettersi "seriamente e concretamente a disposizione come milite [...] pur al di fuori e a prescindere dalla messa a disposizione con assunzione di un ruolo funzionale all'interno di una compagine associativa" (Relazione al d.d.l., n. 6, Atti Camera, n. C-2893).

ricadute anche sul piano dell'offensività¹¹, atteso che il dato testuale della norma sembra incriminare il mero accordo tra arruolatore ed arruolato, a prescindere dall'effettiva "presa di servizio" di quest'ultimo.

Un'altra rilevante novità da prendere in considerazione riguarda, poi, la previsione, all'art. 270-*quater*.1 c.p., di una nuova fattispecie di reato, rubricata "Organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo", la quale stabilisce che: «Fuori dai casi di cui agli articoli 270-*bis* e 270-*quater*, chiunque organizza, finanzia o propaganda viaggi in territorio estero¹² finalizzati al compimento delle condotte con finalità di terrorismo di cui all'art. 270-*sexies* c.p., è punito con la reclusione da cinque a otto anni». Sembrerebbe dunque esclusa da tale disposizione la condotta del soggetto che partecipa al viaggio il quale, casomai, potrà essere chiamato a rispondere dei reati di arruolamento o di addestramento.

Si tratta di una norma che, proprio come quella precedentemente esaminata, pone importanti problemi sotto il profilo della determinatezza e dell'offensività della fattispecie di reato. Anche qui, infatti, l'eccessiva anticipazione dell'intervento penale rispetto alla concreta lesione o messa in pericolo del bene giuridico tutelato, impedisce la descrizione delle condotte oggetto di incriminazione, le quali saranno inevitabilmente riempite di contenuto dall'attività interpretativa della giurisprudenza.

In particolare, risulta estremamente difficile l'individuazione dell'esatto significato del termine "organizzazione", la quale potrebbe dirsi sussistente in presenza di una qualsiasi forma di ausilio o supporto logistico teso alla buona riuscita del viaggio, finalizzato a sua volta allo svolgimento di attività terroristiche.

A questa condotta si affiancano, poi, quella di «finanziamento, ossia l'apprestamento delle risorse economiche necessarie per la realizzazione del viaggio, e [quella di] propaganda [...], attraverso la repressione di una modalità persuasiva persino più indiretta della tradizionale istigazione a delinquere, perché concentrata non sull'atto di terrorismo in sé, ma sulla scelta di intraprendere un viaggio finalizzato alla realizzazione di condotte di tal genere»¹³.

Con riferimento all'elemento psicologico del reato, merita, infine, di essere evidenziata l'eccessiva soggettivizzazione¹⁴ della fattispecie in esame che va ad incriminare un certo comportamento (di organizzazione, finanziamento o propaganda) "finalizzato" al compimento di condotte "con finalità" di terrorismo. Questa esasperata proiezione della norma sul dolo specifico del soggetto agente testimonia, invero, la tendenza del legislatore ad attribuire sempre maggior importanza alla mera intenzione di chi pone in essere simili fattispecie di reato, piuttosto che alla sua condotta concreta,

¹¹ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale. Criterio ermeneutico. Parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 209 ss. Sulla costituzionalizzazione del principio di offensività, *ex multis*, cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 449 ss.

¹² Si segnala come il legislatore in sede di conversione, aggiungendo le parole "in territorio estero" alla disposizione in esame, abbia recepito l'indicazione, suggerita da gran parte dei primi commentatori, volta a limitarne l'applicazione ai soli trasferimenti tra Paesi diversi e non anche a quelli interni al territorio nazionale.

¹³ F. FASANI, *op. cit.*, 939.

¹⁴ Cfr. A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, cit., 8.

favorendo il progressivo “scivolamento” da un diritto penale “del fatto” ad un diritto penale “dell’intenzione” (o “dell’atteggiamento interiore”)¹⁵.

L’ultima rilevante fattispecie delittuosa introdotta dal decreto legge in esame si ritrova, infine, all’art. 270-*quinquies* c.p., rubricato “Addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale”, in cui è stata estesa la reclusione da cinque a dieci anni, già prevista per il soggetto addestratore e quello addestrato, anche alla «*persona che avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere comportamenti finalizzati alla commissione delle condotte di cui all’articolo 270-sexies*».

Pertanto, oltre alla condotta dell’addestratore e a quella del soggetto addestrato da un terzo, a seguito dell’entrata in vigore del provvedimento in commento ha assunto rilevanza penale anche l’azione di colui che, “autoaddestrandosi” in qualche modo alle tecniche terroristiche, pone in essere comportamenti volti a tale finalità.

Proprio quest’ultima modifica normativa rappresenta una delle maggiori violazioni dei principi di determinatezza ed offensività presenti in questa novella legislativa. Difatti se nelle norme precedentemente esaminate il legislatore non descriveva le condotte penalmente rilevanti ma quantomeno le menzionava, qui, invece, manca totalmente l’individuazione della condotta incriminata e si attribuisce rilevanza penale a qualsiasi comportamento posto in essere dal soggetto agente, purché sia preceduto dall’autonoma acquisizione di istruzioni e sia “univocamente” finalizzato allo scopo terroristico. Laddove poi si consideri il fatto che anche la definizione delle condotte con finalità di terrorismo di cui all’art. 270-*sexies* c.p. risulta particolarmente vaga e sfuggente, ci si rende conto di come in queste fattispecie si pervenga ad «un’espansione davvero incontrollabile della punibilità»¹⁶.

D’altro canto, nella ricerca di una maggiore compatibilità con l’attuale sistema penale, non è mancato chi ha evidenziato la possibilità di interpretare questa disposizione in maniera del tutto contigua alla categoria giuridica del tentativo¹⁷. Difatti il dolo specifico richiesto dalla norma, secondo un costante orientamento della giurisprudenza¹⁸, andrebbe letto in termini di concreta idoneità della condotta alla realizzazione dello scopo perseguito. Pertanto, quest’ultimo elemento, combinato con l’avverbio “univocamente”, darebbe luogo ad una fattispecie tentata, «non potendosi chiamare in altro modo la punizione di comportamenti (cioè atti) idonei e finalizzati ‘univocamente’ alla realizzazione di condotte con finalità di terrorismo»¹⁹.

¹⁵ Cfr. C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, p. 168, il quale sottolinea che “il diritto penale può reagire, di regola, soltanto alle azioni in cui il pericolo di una lesione di beni si manifesti come fatto; e che, altrettanto di regola, esso non può curarsi delle intenzioni – ancorché manifestate – quando non si traducano in un inizio di attività esecutiva del tentativo di una lesione di beni”.

¹⁶ L’espressione è di A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, cit., 9.

¹⁷ Cfr. S. COLAIOLLO, *Le nuove norme antiterrorismo e le libertà della persona: quale equilibrio*, in *Archivio penale*, 2015, 4.

¹⁸ Cfr. Cass., sez. VI, sent. 20 luglio 2011, n. 29670, nella quale la Suprema Corte sostiene che devono ravvisarsi “nei reati a dolo specifico caratterizzati dall’assenza di un evento in senso naturalistico, delle ipotesi di reato di pericolo concreto entro il quale allo scopo perseguito deve corrispondere [...] l’oggettiva idoneità della condotta a realizzare l’evento costituente l’obiettivo della condotta”.

¹⁹ F. FASANI, *op. cit.*, p. 944, il quale tuttavia evidenzia l’assenza nel codice di una norma di riferimento rispetto alla quale la disposizione in commento potrebbe rappresentare la corrispondente fattispecie tentata.

Ancora una volta, tuttavia, si tratta solo di una delle possibili soluzioni ricavate in via interpretativa che poco potrebbe garantire nell'applicazione pratica.

A chiusura della breve disamina delle principali fattispecie antiterroristiche introdotte da tale decreto, va da ultimo segnalata anche la previsione di nuove contravvenzioni aventi ad oggetto sia la detenzione abusiva (art. 678-bis c.p.) che l'omessa denuncia di furto o sparizione (art. 679-bis c.p.) dei cc.dd. "precursori di esplosivi", ossia di quelle sostanze di uso comune che possono essere impiegate per costruire ordigni del suddetto tipo, per la cui definizione ed individuazione il provvedimento in esame rimanda all'Allegato I del Regolamento U.E. n. 98/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 gennaio 2013.

Il dato più rilevante riconducibile a tali nuove fattispecie si ritrova sicuramente in un'esasperata anticipazione dell'intervento penale. Il legislatore, infatti, va ad incriminare, con l'arresto fino a 18 mesi e l'ammenda fino a 1.000 euro, la semplice detenzione (o l'omessa denuncia di furto o sparizione) di meri precursori di esplosivi, tra i quali rientrano discutibilmente anche sostanze di frequente uso comune come il perossido di idrogeno (acqua ossigenata) ed il clorato di sodio (diserbante). Per questi motivi parte della dottrina ha giustamente affermato che in tali fattispecie «la tutela penale viene anticipata fino ai reati-ostacolo di un reato-ostacolo, o di pericolo presunto»²⁰, in assoluto contrasto con i principi fondamentali di un diritto penale costituzionalmente orientato.

2.1 Oltre all'introduzione di nuove fattispecie di reato, ciò che sul piano sostanziale preme poi sottolineare rispetto al contenuto di tale decreto è l'accresciuta interazione tra gli strumenti giuridici tipici della "lotta alla criminalità organizzata" e quelli propri della normativa antiterrorismo.

Tale intento traspare chiaramente, in primo luogo, dalla modifica della denominazione della Direzione nazionale "antimafia" e della Procura nazionale "antimafia", in Direzione nazionale ed in Procura nazionale "antimafia e antiterrorismo", attraverso una serie di modifiche apportate alle relative norme presenti all'interno del c.d. "Codice antimafia" (d.lgs. n. 159/2011) e del codice di procedura penale.

Tuttavia la vera connessione tra la normativa antimafia e quella antiterrorismo sembra essersi realizzata sul piano dei presupposti soggettivi di applicazione delle misure di prevenzione²¹.

Tale provvedimento, infatti, ha ampliato il ventaglio dei possibili destinatari delle misure di prevenzione personali (ed anche patrimoniali)²² di cui al d.lgs. 159/2011, aggiungendo all'art. 4, co. 1, lett. d), il riferimento a coloro che, operando in gruppi o isolatamente, pongono in essere atti pre-

²⁰ Cfr. A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, cit., p. 9. L'eccessivo arretramento della soglia della punibilità rischia di compromettere soprattutto i principi di materialità ed offensività. In tal senso cfr. G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, p. 15 ss.; N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983, 171 ss.

²¹ Cfr. F. Menditto, *La riforma delle misure di prevenzione*, in *Libro dell'anno del Diritto*, Roma, 2013, p. 669 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, op. cit., p. 494 ss.; F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, 434 ss.

²² Cfr. A. BALSAMO, *Decreto antiterrorismo e riforma del sistema delle misure di prevenzione*, in *penalecontemporaneo*, 2 marzo 2015, 1-2.

paratori, obiettivamente rilevanti, diretti «a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270-sexies del codice penale».

Proprio nei confronti di tali soggetti, inoltre, il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 9 del c.d. “Codice antimafia”, ha introdotto la possibilità per il questore, in sede di proposta applicativa della sorveglianza speciale, di disporre una misura d'urgenza avente ad oggetto il ritiro temporaneo del passaporto e la sospensione della validità ai fini dell'espatrio di ogni altro documento equipollente, da convalidare nelle novantasei ore successive alla sua adozione.

A formale tutela dell'osservanza dei provvedimenti appena menzionati, il legislatore ha poi previsto, sempre all'interno del c.d. “Codice antimafia”, una nuova fattispecie delittuosa all'art. 75-*bis*, in base alla quale: «il contravventore al divieto di espatrio conseguente all'applicazione delle misure di cui ai commi 1 e 2-*bis* dell'articolo 9 è punito con la reclusione da uno a cinque anni».

3. La novella normativa brevemente esaminata nei paragrafi precedenti costituisce l'ennesima dimostrazione di come, ancora una volta, con il pretesto di dover rafforzare la tutela della sicurezza individuale e collettiva, vengano progressivamente messe da parte le conquiste di civiltà giuridica faticosamente raggiunte nel corso degli ultimi secoli.

Si tratta di una tendenza da sempre esistita negli ordinamenti moderni, costantemente celata dietro lo spauracchio di situazioni emergenziali di volta in volta individuate dal legislatore di turno e disciplinate in via esemplare ed eccezionale²³. Emblematiche a tal proposito sono “l'emergenza mafiosa”²⁴, esplosa tra gli anni Ottanta e Novanta, la più recente “emergenza immigrazione”²⁵, le nuovissime “emergenze ambientali”²⁶, nonché la sempre attuale “emergenza terrorismo”²⁷.

Il perenne interrogativo che si pone in queste situazioni dinanzi all'opinione pubblica, e ancor di più tra gli operatori del diritto, è sempre lo stesso: è possibile mantenere un atteggiamento garantista e democratico nei confronti di chi non si rivela tale? È possibile applicare le normali garanzie sostanziali e processuali vigenti in materia penale a chi nel delinquere contesta proprio tali principi?

Istintivamente, il convincimento di ogni consociato, quotidianamente esposto al bombardamento politico-mediatico caratterizzato dai toni allarmistici precedentemente evidenziati (*supra*, par. 1), sarebbe portato a dare risposta negativa a tale quesito. E la stessa posizione pare sia stata presa anche dalla maggior parte degli ordinamenti giuridici occidentali – *in primis* da quello statunitense²⁸

²³ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., 1 ss.

²⁴ *Ivi*, 53 ss.

²⁵ Cfr. A. CAPUTO, *Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009, p. 389 ss.; L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione giustizia*, 2009, 5, 11 ss.

²⁶ Cfr. C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2011, *passim*.

²⁷ Cfr. V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, 35 ss.

²⁸ Si fa riferimento, in particolare, allo U.S.A. *Patriot Act* e al *Presidential Military Order*, adottati rispettivamente nell'ottobre e del novembre 2001, nonché al più recente *Military Commission Act* del 2006.

– che, sull’onda dell’emergenza, hanno elaborato legislazioni di contrasto al terrorismo piuttosto discutibili sotto il profilo sia dogmatico che politico-criminale²⁹.

Si tratta, infatti, di provvedimenti che nella sostanza operano una netta distinzione «tra cittadini comuni e nemici, attivando anche nell’ambito della giustizia penale la nozione di guerra preventiva», attraverso la previsione di “una procedura speciale e segreta [...], con l’utilizzazione delle fonti di *intelligence* come prova e l’istituzione di giudici speciali militari»³⁰.

Tali indirizzi politico-criminali, volti a differenziare il trattamento giuridico-penale nei confronti di taluni soggetti, in senso naturalmente derogativo rispetto ai principi fondamentali vigenti in tale ambito, sembrano ormai raccogliere sempre più consensi non soltanto tra l’opinione pubblica, i *mass media* e le classi politiche dirigenti, ma anche tra alcuni autorevoli esponenti del mondo accademico.

È questo il caso del giurista tedesco Günther Jacobs che propone di distinguere un “diritto penale del cittadino” (*Bürgerstrafrecht*), rivolto a coloro che delinquono sporadicamente senza mai mettere in discussione i fondamenti dell’ordinamento giuridico in cui agiscono, da un “diritto penale del nemico” (*Feindstrafrecht*), riservato invece a coloro che si pongono in un sistematico ed insanabile contrasto con l’ordine costituito, non riuscendo ad offrire mai sufficienti garanzie di lealtà al diritto.

Il rapporto esistente tra queste due diverse discipline giuridiche è chiarito dallo stesso Autore che sottolinea come non si tratti «di contrapporre due sfere indipendenti del Diritto penale, ma di descrivere due poli di un unico sistema, ovvero di esplicitare due tendenze opposte all’interno di un contesto giuridico-penale unitario»³¹. Difatti, ferma restando la contrapposizione tra *Bürgerstrafrecht* e *Feindstrafrecht*, è ben possibile che nella realtà normativa il “diritto penale del cittadino” presenti espressioni giuridiche tipiche del “diritto penale del nemico” e viceversa.

Jacobs, dunque, avallando tale distinzione, contesta la concezione universalistica dei diritti fondamentali dell’individuo, negando che questi – o alcuni di essi – vadano riconosciuti a talune categorie soggettive che etichetta come “nemici”. Di conseguenza, l’affermazione secondo la quale “chiunque deve essere trattato come una persona” diviene un semplice postulato, un modello astratto per una società che non corrisponde necessariamente ad una società esistente³².

²⁹ Per l’ordinamento italiano basti ricordare, oltre al provvedimento in commento, la legge n. 438/2001, recante “Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale”; la legge n. 155/2005, recante “Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale”. Sul punto cfr. V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, cit., 177 ss.

³⁰ A. GAMBERINI - R. ORLANDI, *Delitto politico e diritto penale del nemico. Considerazioni introduttive*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. GAMBERINI - R. ORLANDI, Bologna, 2007, p. 31. Tali misure normative cancellano radicalmente qualsiasi statuto giuridico dei soggetti che ne sono destinatari, i quali si riducono ad entità non qualificabili secondo le tradizionali categorie giuridiche. Basti pensare soltanto agli uomini detenuti nel campo militare di Guantánamo che non godono dello statuto di prigionieri di guerra secondo la Convenzione di Ginevra, né dello *status* di imputati secondo le leggi americane. Come osserva Agamben, questi individui “sono oggetto di una pura signoria di fatto, di una detenzione indefinita non solo in senso temporale, ma quanto alla sua stessa natura, perché del tutto sottratta alla legge e al controllo giudiziario” (G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 12-13).

³¹ G. JACOBS, *Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. DONINI - M. PAPA, Milano, 2007, 7.

³² Cfr. G. JACOBS, *Diritto penale del nemico? Un’analisi sulle condizioni della giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 110.

Tuttavia se, da un lato, l'Autore nega al "nemico" il riconoscimento generale dei diritti fondamentali propri della persona umana, dall'altro, sostiene che non gli vada applicato nemmeno «un mero diritto di polizia, poiché al diritto penale del nemico deve essere comunque attribuita almeno una parte delle garanzie del diritto penale materiale e processuale al fine di renderlo sopportabile per uno Stato di diritto»³³.

Difatti, secondo Jacobs, il «Diritto penale del nemico non rappresenta affatto una regola di annientamento illimitato, ma costituisce, nell'ambito dello Stato di diritto governato in modo assennato, un'ultima *ratio* che in modo consapevole viene utilizzata come eccezione, come qualcosa che non è adatto a essere adottato in via duratura»³⁴.

Il *Feindstrafrecht*, dunque, si configura come una disciplina necessariamente giuridica che, in quanto eccezionale, va individuata e delimitata con precisione onde evitare possibili, seppur naturali, commistioni con il "diritto penale del cittadino".

3.1 Una volta inquadrata la natura del "diritto penale del nemico", appare necessario comprendere meglio cosa Jacobs intenda con i termini "cittadino" e "nemico" e qual è la disciplina normativa loro riservata.

Sul punto l'Autore sostiene che il cittadino è «colui che offre una sufficiente garanzia cognitiva di tenere il comportamento che si addice ad una persona, e ciò deriva dall'idea che ogni concetto normativo necessita di una stabilizzazione cognitiva per poter essere reale»³⁵.

I nemici, invece, sono «individui che nella loro attitudine (ad esempio, in relazione ai delitti sessuali), nella loro condotta di vita per quanto attiene alla dimensione della gestione economica (così, ad esempio, nel caso della criminalità organizzata), ovvero in ragione del loro inserimento in una organizzazione (così nel caso di terrorismo, della criminalità organizzata, finanche dell'associazione per delinquere) si sono estromessi dal Diritto, non prestando pertanto la garanzia cognitiva minima necessaria per il trattamento alla stregua di persona»³⁶.

Alla luce di tale distinzione il cittadino è penalisticamente trattato alla stregua di "persona" cui sono riconosciuti tutti i diritti fondamentali della tradizione penale liberal-illuminista.

Il nemico, invece, è qualificato come "non-persona" cui non si applicano, o comunque non interamente, le garanzie sostanziali e processuali tipiche dello Stato sociale di diritto.

Difatti soltanto colui che mostra in qualche misura fedeltà all'ordinamento può essere considerato titolare di una legittima pretesa ad essere trattato come persona, mentre "chi non offre simile garanzia in modo credibile, tendenzialmente viene trattato da non cittadino; gli vengono sottratti diritti [...]. Nella misura in cui gli vengono tolti dei diritti, egli non viene trattato come persona in diritto»³⁷.

³³ G. INSOLERA, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 246.

³⁴ G. JACOBS, *Diritto penale del nemico? Un'analisi sulle condizioni della giuridicità*, cit., 119.

³⁵ G. JACOBS, *Diritto penale del nemico*, cit., 24.

³⁶ *Ivi*, 17.

³⁷ G. JACOBS, *Diritto penale del nemico? Un'analisi sulle condizioni della giuridicità*, cit., 118.

Di conseguenza al “nemico” va applicata una disciplina penalistica, con connotazioni fortemente antigarantiste ed illiberali, che ruota attorno a tre caratteristiche essenziali.

In primo luogo “il diritto penale del nemico” di Jacobs risulta caratterizzato da una forte anticipazione dell’intervento penale rispetto alla concreta commissione di una fattispecie di reato realmente offensiva, in termini di lesività o messa in pericolo, di un bene giuridico meritevole di tutela. Secondo Jacobs, infatti:

«Il Diritto penale conosce due poli o tendenze delle sue discipline. Da un lato, il trattamento del cittadino, nel quale si ripongono aspettative sino a quando egli esteriorizzi le sue azioni, reagendo solo allora, al fine di confermare la struttura normativa della società; e dall’altro il trattamento del nemico, che è immediatamente bloccato già nello stadio precedente e che si combatte in quanto pericoloso. Un esempio del primo paradigma è rappresentato dal trattamento riservato ad un omicida che sarà punibile unicamente dal momento in cui si accinga in via immediata alla realizzazione della fattispecie; un esempio del secondo paradigma può invece ricondursi al caso del trattamento riservato per il capo od il mandante di un’associazione terrorista, che prevede la comminatoria di una pena solo lievemente ridotta rispetto a quella relativa all’ipotesi di tentato omicidio, per il solo fatto di avere fondato l’associazione o per avervi partecipato, eventualmente anche diversi anni prima della realizzazione di un fatto, previsto più o meno vagamente»³⁸.

In sostanza, mentre il “diritto penale del cittadino” punisce condotte che ledono, o quantomeno pongono in pericolo, beni giuridici, il “diritto penale del nemico”, invece, incrimina comportamenti solo potenzialmente pericolosi e temporalmente molto lontani dalla concreta offesa ad interessi penalmente rilevanti.

Sotto tale profilo, una simile scelta politico-criminale nel nostro ordinamento si porrebbe in aperto contrasto con i principi fondamentali del diritto penale costituzionalmente sanciti agli artt. 25, co. 2, e 27, co. 3, Cost.

L’eccessiva anticipazione dell’intervento penale, infatti, violerebbe i principi di materialità e necessaria offensività del reato di cui agli artt. 13, 25, co. 2, 27, co. 1 e 3, Cost., i quali richiedono, ai fini della configurazione di una fattispecie criminosa, che la volontà del soggetto agente si concretizzi in un fatto oggettivo che leda o quantomeno ponga in pericolo beni giuridici meritevoli di tutela.

Inoltre, un eccessivo arretramento della soglia della rilevanza penale porrebbe nel vuoto le funzioni di prevenzione generale e speciale positiva della pena di cui all’art. 27, co. 3, Cost. Difatti, la mancanza di offensività della fattispecie concreta renderebbe «difficilmente percepibile il disvalore del fatto sia per la generalità dei consociati, sia per l’eventuale reo, che potrà non rendersi affatto conto, all’atto dell’inflizione e dell’esecuzione della sanzione, della gravità [...] della sua condotta»³⁹.

La seconda caratteristica essenziale che contraddistingue la disciplina penale riservata al “nemico jacobiano” consiste nella predisposizione di un sistema sanzionatorio differenziato rispetto a quello riservato al “cittadino”. Secondo Jacobs, infatti:

³⁸ G. JACOBS, *Diritto penale del nemico*, cit., 19.

³⁹ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., 185.

«nella normalità dei casi di delitto la pena è una forma di risarcimento del danno che viene riscosso coattivamente nei confronti della persona del delinquente: la pena è contraddizione del fatto illecito compiuto dal reo e inflizione di dolore, e questo dolore è dosato in modo tale che la sicurezza cognitiva della norma infranta non venga pregiudicata a causa del fatto delittuoso accaduto»⁴⁰.

Di regola, dunque, la pena è volta alla riaffermazione della vigenza della norma penale violata, necessaria a garantire l'effettività dell'ordinamento giuridico e a stabilizzare la fiducia dei consociati nello stesso.

Tuttavia, tale peculiare declinazione della generalprevenzione non potrebbe valere anche per il “nemico”, in quanto la sua condotta criminosa demolisce qualsiasi aspettativa di futura osservanza del diritto. Nei suoi confronti, pertanto, la pena svolgerà una funzione di mera neutralizzazione che, attraverso un articolato sistema di custodie preventive e pene detentive, impedirà fisicamente al reo di tornare a minacciare la sicurezza collettiva e l'effettività dell'ordinamento giuridico.

A ben vedere, anche questa seconda caratteristica essenziale del “diritto penale del nemico” risulta poco compatibile con il dettato costituzionale in materia penale vigente nel nostro ordinamento. Difatti la delineazione di un sistema sanzionatorio *ad hoc* per il “nemico” risulta lesiva, in primo luogo, dei principi di ragionevolezza ed uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., atteso che il differente trattamento normativo proposto da Jacobs non sembra affatto sorretto da un'adeguata giustificazione causale.

Inoltre, la comminazione di pene eccessivamente rigorose sembra poco rispettosa del principio di proporzione ex art. 3 Cost., e si rivela particolarmente controproducente in ordine alla funzione di prevenzione speciale e generale positiva della pena di cui all'art. 27, co. 3, Cost. Infatti «sul piano individuale, il rispetto del rapporto di proporzione tra fatto, nel suo complesso, e sanzione realizza un presupposto essenziale perché il reo possa in qualche modo considerare, in fase di esecuzione, la restrizione della sua libertà non come un sopruso da parte dello Stato. [...] Sul piano generale, la comminazione di pene eccessive disorienta i destinatari, rendendo poco credibile il sistema»⁴¹.

Infine, anche sotto il profilo della funzione di prevenzione generale negativa della pena, la sproporzione tra fatto e sanzione non sembra produrre gli effetti sperati: «infatti, non è tanto il rigore della sanzione ad avere un effetto criminorepellente, quanto la sua effettività in termini di certezza e prontezza dell'applicazione»⁴².

In terzo e ultimo luogo, la disciplina penalistica che Jacobs riserva al “delinquente-nemico” presenta un forte ridimensionamento delle garanzie processuali generalmente riconosciute nello Stato di diritto, fino ad arrivare, in casi estremi in cui sia necessario evitare un pericolo imminente a più vite umane, all'eventuale legittimazione della c.d. “tortura legale”⁴³. Infatti, se, da un lato, Jacobs

⁴⁰ G. JACOBS, *Diritto penale del nemico? Un'analisi sulle condizioni della giuridicità*, cit., 122.

⁴¹ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., 189.

⁴² *Ibidem*. Sul punto risultano ancora attuali le riflessioni di Cesare Beccaria il quale sosteneva che “la certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione, che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità; perché i mali, anche minimi, quando son certi, spaventano sempre gli animi umani” (C. BECCARIA, *De' delitti e delle pene*, in *Opere Scelte*, Milano, 1839, 45).

⁴³ L'Autore arriva a legittimare tale istituto prendendo in considerazione una nuova norma in materia di sicurezza aerea, introdotta dal legislatore tedesco l'11 gennaio 2005 (e dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale il 15 febbraio 2006),

ammette che nel diritto esiste un divieto assoluto di tortura, dall'altro, egli non si mostra convinto del fatto che lo Stato debba rimanere sempre nel diritto e nei confronti di chiunque⁴⁴.

Di conseguenza la medesima contrapposizione normativa tra "cittadini" e "nemici" esistente nel diritto penale sostanziale si riscontra, inevitabilmente, anche in ambito processuale.

È infatti vero che nel processo penale al "nemico" sono attribuiti tutti i diritti propri dell'imputato "cittadino", tra cui il diritto ad essere ascoltato in giudizio, il diritto a richiedere l'acquisizione di prove, ad assistere agli interrogatori e soprattutto il diritto a non essere ingannato né soggetto a forme di costrizione od induzione. Tuttavia, oltre che soggetto processuale titolare di tali diritti, il nemico è soprattutto destinatario di misure coercitive: dalla carcerazione preventiva al prelievo ematico coattivo, dalla intercettazione delle comunicazioni all'intervento di agenti sotto copertura, e per giustificare il ricorso a simili istituti Jacobs afferma che si tratta di strumenti necessari per difendere la società e comunque destinati ad «individui, rispetto ai quali non è più vigente la presunzione di comportamento fedele al diritto»⁴⁵.

Ancora una volta, dunque, la disciplina del "diritto penale del nemico" si pone in netto contrasto con i valori fondamentali del nostro ordinamento, risultando evidente l'inosservanza dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., nonché la violazione dei principi di personalità e tutela della dignità umana (artt. 2, 3, co. 1, 13, 27, co. 1 e 3, Cost.), oltre che del finalismo rieducativo e del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, co. 3, Cost.). Un simile quadro assiologico, invero, non potrebbe legittimare mai il ricorso a pratiche di tortura, o comunque a strumenti di coercizione fisica o psichica (qualificati addirittura come "legali"), al fine di estorcere informazioni utili all'autorità pubblica.

Ma la contraddizione più esplicita tra l'impostazione jacobsoniana sopra richiamata ed il dettato costituzionale si registra rispetto all'art. 13, co. 4, Cost., il quale prevede espressamente la punibilità

in base alla quale doveva considerarsi lecito l'abbattimento di un aeromobile civile, con conseguente uccisione dei suoi passeggeri, qualora ciò fosse necessario a salvare più vite umane da un attentato terroristico.

Prendendo le mosse dall'analisi di tale norma, Jacobs ha sostenuto che "se lo Stato in caso di estrema necessità non conosce alcun tabù persino nei confronti dei suoi cittadini che per la situazione stessa non sono responsabili, ma compie ciò che è necessario, meno che mai si può imporre alcun tabù nell'adozione di misure dirette contro terroristi, vale a dire contro gli autori della situazione di necessità" (G. JACOBS, *Diritto penale del nemico? Un'analisi sulle condizioni della giuridicità*, cit., pp. 127-128). In sostanza, secondo l'Autore, in questi casi "se possono essere strumentalizzati degli innocenti, a maggior ragione potrebbero esserlo dei terroristi, che sarebbero, dunque, assoggettabili a moderati interventi corporali da parte di organi statali volti ad estorcere informazioni per salvare vite umane in pericolo" (A. CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 272, nota 45).

Tale impostazione è stata accolta anche dal penalista Alan Dershowitz che in proposito ha parlato di un "mandato di tortura" del giudice ricorribile in casi eccezionali nei confronti dei "nemici" quando ciò sia necessario ad evitare un pericolo imminente alla vita umana. Secondo l'Autore statunitense, infatti, "se vogliamo vincere la guerra contro il terrorismo – o, più realisticamente, se non vogliamo perderla – dovremo essere acuti, prudenti e aperti a nuovi modi di pensare [...], ad oltrepassare quel genere convenzionale di saggezza che finora non si è rivelata utile nella battaglia contro il terrorismo" (A. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, Roma, 2002, 19).

⁴⁴ Con questa affermazione Jacobs sembra contraddirsi laddove si consideri che lo stesso Autore aveva qualificato il "diritto penale del nemico" come una disciplina eccezionale avente sempre e comunque natura giuridica, cui addirittura andrebbe necessariamente riconosciuta "almeno una parte delle garanzie del diritto penale materiale e processuale al fine di renderlo sopportabile per uno Stato di diritto" (G. INSOLERA, *op. cit.*, 246).

⁴⁵ G. JACOBS, *Diritto penale del nemico? Un'analisi sulle condizioni della giuridicità*, cit., 125.

di qualsiasi forma di violenza fisica e morale esercitata sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

4. L'esame della disciplina del decreto legge 18 febbraio 2015, n. 7 (convertito nella legge 17 aprile 2015, n. 43), realizzato alla luce della teoria "del diritto penale del nemico" di Günter Jacobs, mira a sottolineare le forti analogie esistenti tra tale novella normativa ed il modello politico-criminale proposto dal su citato giurista tedesco.

In questa sede si è voluta limitare una simile analisi comparativa soltanto ad uno degli ultimi interventi legislativi in materia di contrasto al terrorismo per mere ragioni di ordine temporale. In realtà, lo stesso genere di riflessioni potrebbe essere esteso, andando di poco a ritroso nel tempo, a molti altri provvedimenti di legge del passato prossimo come, per esempio, ad alcuni famigerati pacchetti sicurezza (in particolare il d.l. 92/2008 o il d.l. 94/2009), alla legislazione in materia di immigrazione (dalla c.d. "legge Martelli" fino alla c.d. "legge Bossi-Fini"), o, più in generale, a qualsiasi altra misura normativa che si suole denominare di "lotta" contro un pericolo affermato⁴⁶.

Quello che, infatti, si è cercato di evidenziare in questa sede, senza alcuna pretesa di completezza data l'enorme quantità di legislazione analizzabile, è che la teoria del "diritto penale del nemico" – o, in termini più generali, la configurazione di discipline penali differenziate aventi natura eccezionale – si ritrovi già in gran parte attuata in numerosi ordinamenti giuridici occidentali che, attraverso tali scelte legislative, assumono sempre di più le fattezze tipiche di Stati autoritari, piuttosto che di democrazie partecipative.

Una volta preso atto dell'esistenza di una simile e tanto diffusa tendenza, sarebbe necessario lasciare spazio alle considerazioni circa l'opportunità e la convenienza di queste opzioni normative.

Invero, se pare innegabile il fatto che il terrorismo sia un fenomeno criminale di estrema rilevanza che necessita di una risposta statale ben ponderata e lontana da scelte emotive, è indispensabile, allora, rileggere in chiave fortemente critica quasi tutti gli strumenti normativi predisposti fino ad oggi dalla maggior parte degli ordinamenti giuridici (europei e non) per contrastare il suddetto fenomeno, in quanto sembra evidente che tali misure sinora si siano rivelate peggiori dello stesso male combattuto, in termini sia di perdita delle garanzie tipiche dello Stato sociale di diritto che di scarso rendimento pratico rivelato sul campo.

Appare ormai chiaro, infatti, che «interventi soltanto repressivi – per giunta mal congegnati, secondo i consueti moduli dell'emergenza – come quello [da ultimo] delineato nel d.l. antiterrorismo finiscono per risultare meramente simbolici e comportano altissimi costi umani: il costo della mancata attuazione di politiche di integrazione sociale e quello dei diritti delle persone colpite dagli eccessi del panpenalismo»⁴⁷.

Di conseguenza, data la perenne attualità dell'"emergenza terrorismo" e considerata l'estrema omogeneità delle risposte normative fornite fino ad ora, v'è da pensare che è proprio attorno a questo

⁴⁶ Si tratta di una terminologia del tutto inopportuna in quanto crea una vera e propria contaminazione concettuale tra "guerra" e "diritto penale", la quale "rischia di produrre effetti devastanti se si pensa al potere di irradiazione che il concetto di guerra preventiva è in grado di sviluppare nel campo della penalità o, più in generale, delle politiche di sicurezza" (A. GAMBERINI - R. ORLANDI, *Delitto politico e diritto penale del nemico. Considerazioni introduttive*, cit., p. 14).

⁴⁷ A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo, n. 7 del 18 febbraio 2015*, cit., 3.

tema che si giocherà una delle sfide cruciali del diritto penale contemporaneo, quotidianamente combattuto tra l'imprescindibilità delle sue garanzie e dei suoi principi fondamentali, posti a tutela della libertà di ogni individuo, e la continua tentazione delle pulsioni repressive che reclamano quotidianamente maggiore sicurezza nella convivenza sociale.

Anche alla luce delle riflessioni precedentemente svolte, sulla questione appena posta risulta particolarmente condivisibile l'opinione di quanti, conformemente a scopi politico-criminali maggiormente rispettosi del dettato costituzionale, auspicano un definitivo passaggio «da un onnicomprensivo diritto alla sicurezza (dei soli soggetti inclusi), alla sicurezza dei diritti fondamentali di tutti»⁴⁸.

⁴⁸ A. CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta"*, cit., p. 289; A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, cit., 19 ss.

Il sequestro preventivo alla prova dell'unicità del contesto di azione

GIUSEPPE CARLINO

ABSTRACT

The present article annotates Cass. Sez. Un., 12536 25th February 2016. The sentence rejects a provisional appeal and confirms the legality of a seizure ordered amid a defamation trial. The sentence, levelling different facts out, stresses considerable issues, directly linked to the principles of substantial and trial legality: on the one hand, compliant is taken into account as prerequisite of the trial and, most of all, as principium individuationis of the specific charge; on the other hand, it's going to be clear that preliminary seizure is legal only in case of real danger that something offensive happens – that is not the case when something offensive has already happened. This is why we are used to talk about a prognostic nature of the provisional trial and not about a diagnostic one. In the end, the article stresses that provisional measures, especially real ones, are likely to turn into self-executing sanctions. This is really dangerous e disruptive, mostly when opinion crimes are put at stake.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il fatto. – 3. Le due ipotesi di sequestro preventivo ex art. 321, c. 1, c.p.p. – 4. Il fumus boni iuris, a cavallo tra le due ipotesi. – 5. La querela, presidio di legalità sostanziale e processuale. – 5.1 Excursus: sulla legalità materiale e sulla natura concreta dell'azione penale. – 6. Una risposta e un problema.

“In niuna parte della legislazione si manifesta tanto la contraddizione, l'imbecillità, e la poca logica de' nostri legislatori e degl'interpreti delle nostre leggi, quanto in quella che regola le pruove e gl'indizj de' delitti”
(G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, Libro III, Capo IX)

1. Con decreto del 3 marzo 2016, il GIP di Reggio Emilia ha disposto il sequestro preventivo di due profili *Facebook*, in quanto gravemente offensivi della reputazione dell'istante e perché veicolo di minacce a danno di quest'ultimo. Nello specifico, i due profili avevano connotazione islamica e si scagliavano contro una giornalista accusata di trascorsi poco onorevoli, rigorosamente puniti dal diritto coranico. Si tratta di elementi, si sa, che sollecitano attenzione e preoccupazione peculiari, che ergono il fatto a un rilievo pubblico se possibile ancor maggiore di quello intrinseco al fatto di diffamazione. Inevitabilmente il fatto ne uscirà “drogato”, esposto ai risvolti di una sfera pubblica quanto mai mutevole, ipertrofica, caotica.

Questa condizione accresce il potenziale dannoso della condotta per cui si procede. In molte recenti sentenze, i giudici riconoscono che il ricorso al mezzo informatico si rivela ancor

più incisivo, e deleterio, rispetto agli interessi della parte lesa – che sia parte civile o attore del processo civile: «il mezzo di comunicazione [:online] è sicuramente più pervasivo e diffusivo, idoneo a causare danno in modo maggiore rispetto alla carta stampata»¹; e, tuttavia, ogni valutazione sulla modalità tecnica di diffusione va rinviata al piano della quantificazione del danno, una volta che si ritenga «la prevalenza sul diritto di libertà di manifestazione del pensiero e di stampa di quello all'onore e alla dignità del soggetto diffamato»².

Il problema è chiaro, noto già da tempo: le tecnologie schiudono spazi sconosciuti di espressione e condivisione dei pensieri e delle opinioni. L'art. 21 della Costituzione pone saldi bastioni a presidio della libertà di espressione: «tutti hanno diritto a manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione», sancisce il co. 1. Nessuna limitazione riguardo alla titolarità del diritto, né con riguardo al contenuto del pensiero, né, ancora, in merito alle modalità di espressione; anzi, “manifestare” propriamente si richiama al “toccare con mano”, “battere con mano”, far una cosa così evidente da renderla palpabile (il radicale “fend-” sta per battere, toccare e affonda nel greco “theino” ossia “colpisco, ferisco”). Una concretezza sanguigna che ben si confà alla democrazia: essa è “società senza padre” e, nella perenne ricerca di sé, vive – deve vivere – di “pensiero pericoloso”³.

Un simile rilievo trova poi conseguente disciplina nei co. 3 e 4 che, più di ogni altra previsione costituzionale in materia di diritti fondamentali, si spendono nella definizione della disciplina processuale: il sequestro della stampa è confinato all'interno dello spazio individuato dalla riserva di giurisdizione e dalla riserva assoluta di legge⁴; potendo la polizia giudiziaria intervenire in casi di assoluta urgenza, con un provvedimento che perde efficacia se non validato dall'autorità giudiziaria nell'arco delle successive quarantotto ore.

In occasione di recenti competizioni elettorali, un fenomeno singolare si è evidenziato attirando un'attenzione rilevante, anche da un punto di vista giuridico. Sui social network, molte pagine di assoluta irrilevanza politica, dedite al mero intrattenimento *social* a tema religioso o informativo o blandamente satirico, sono tornate “in vita” dopo lungo tempo di inattività: stavolta hanno preso a piegare il tenore solito dei propri post a fini propagandistici, per una o l'altra

¹ Così, Cass. Civ., Sez. Un., n. 23469 del 18 novembre 2016, par. 60 della parte motiva. Conforme CEDU Węgrzynowski and Smolczewski v. Polonia, 16 luglio 2013; che su tale base afferma la ragionevolezza di una differente disciplina dell'informazione online rispetto a quella tradizionale.

² *Ibidem*.

³ Così, C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, 159. Interessante è poi guardare al disegno complessivo che la Carta ci offre, in materia di libertà di espressione e partecipazione alla *res publica*: in base all'art. 18, Cost., il diritto di associazione è del tutto libero nel fine e non presenta alcuna restrizione; neppure, come per vero si ipotizzò, si può configurare un vincolo alla realizzazione dell'assiologia costituzionale. Per altro verso, si guardi all'art. 10, c. 3, Cost.: “Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge”: la legge è preposta a governare certamente il *quomodo*; ma l'*an* della tutela è rimesso al mero dato di fatto dell'impossibilità all'esercizio delle nostre libertà – senza richiedere, come fa invece la Convenzione di Ginevra, una condizione di persecuzione. Se ne ricava una nobilissima e altissima tutela della coscienza, da parte del nostro ordinamento; un *unicum* a livello europeo. Per queste valutazioni, si guardi L. BAUCCIO, *L'accertamento del fatto reato di terrorismo internazionale. Aspetti teorici e pratici*, Milano, 2005.

⁴ Cfr. Corte Cost., sent. n. 9 del 19 febbraio 1965; sent. n. 100 dell'8 giugno 1981.

parte coinvolta. Si è, così, assistito a immagini mariane evocate a fini elettorali, come anche i membri della famiglia Simpson hanno preso a spendersi per la vittoria del proprio fronte⁵. Quel che qui rileva, tuttavia – messi d'un canto i profili inerenti alla veridicità dell'identità digitale delle persone fisiche e delle pagine in cui esse si riuniscono⁶ – è la subitaneità e l'imprevedibilità della trasformazione: basta una rapida cessione delle credenziali d'accesso, o anche un'inopinata – magari astutamente preventivata – ridefinizione dei contenuti della pagina da parte dello stesso *admin* originario perché queste piazze virtuali, che contano centinaia di migliaia di *followers*, prendano tutt'altra piega rispetto a quella nota. Ogni eventuale responsabilità che si voglia ravvisare – inerente anzitutto ai profili *fake* che sembrano animare queste pagine – deve fare i conti con questa mutevolezza: ciò rileva soprattutto ai fini cautelari, laddove ogni prognosi di lesività inerente alla disposizione del sequestro preventivo *ex art.* 321, c. 1, c.p.p. non fronteggia più la solida materialità cartacea, la lentezza distributiva, la contingenza cronachistica della stampa tradizionale.

Sul punto, si articola, da un lato, la discussione di diritto sostanziale in merito all'estensione delle garanzie costituzionali – ma anche delle previsioni criminalizzanti – all'espressione del pensiero via *web*: l'esenzione dal sequestro cautelare espressa nella massima “gli illeciti in materia di libertà di espressione si puniscono ma non si prevengono” si estende alla stampa online⁷? Se sì, a che condizioni? Cosa è da intendersi per stampa *online*? Sul punto ferve la discussione nelle università e nei tribunali, con un importante recente intervento della Suprema Corte⁸.

Per altro verso, invece, occorre tornare a riflettere sui presupposti del sequestro preventivo: come si sa, strumento assai versatile, connotato da finalità di carattere sostanzialistico, esso appronta una cautela reale – di per sé bisognosa di minor sostegno probatorio⁹. Questo si sostanzia, come sempre, in una valutazione inerente al *fumus boni iuris* e al *periculum in mora*: è di questi che Cass. Pen, Sez. V, n. 12536 del 25 febbraio 2016 dà ragione di parlare.

⁵ Qualche dubbio sorge sulla sincerità con cui poi unanimemente i decisori politici si esprimono contro i drammi dell'analfabetismo funzionale. Sul fenomeno, si veda l'interessante indagine in www.vice.com/it/read/le-pagine-buongiorniste-passate-a-fare-campagna-per-il-s-al-referendum.

⁶ Sul punto, si possono trarre alcuni spunti da *Il furto* di G. MALGIERI, “identità digitale”: una tutela “patrimoniale” della personalità, in R. FLOR – D. FALCINELLI – S. MARCOLINI (a cura di), *La giustizia penale nella “rete” – Le nuove sfide della società dell'informazione nell'epoca di Internet*, Perugia, 2014, disponibile in informatica.uniurb.it, 37 e ss..

⁷ Cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in *Dir. inf. informatica*, 1998, 15 e ss.; C. MELZI D'ERIL, *Contrordine compagni: le Sezioni Unite estendono le garanzie costituzionali previste per il sequestro degli stampati alle testate online registrate*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 marzo 2016.

⁸ Ci si riferisce, chiaramente, a Cass. Pen., Sez. Un., n. 31022 del 29 gennaio 2015, su cui vd. G. CORRIAS LUCENTE, *Le testate telematiche registrate sono sottratte al sequestro preventivo. Qualche dubbio sulla “giurisprudenza legislativa”*, in *Dir. inf. informatica*, 2015, 1041 e ss.. La sentenza equipara la stampa online a quella cartacea sulla base di un requisito strutturale – l'esistenza di una testata registrata, che ne pone identificazione e struttura – e di uno teleologico – la raccolta, il commento e la critica delle notizie legate all'attualità e dirette al pubblico. Da ciò, l'accusa dell'autrice che quella che la Corte chiama “interpretazione estensiva e costituzionalmente orientata” è invece “analogia palese”, G. CORRIAS LUCENTE, *op. cit.*, 1050.

⁹ Cfr. per un'introduzione generale al tema M. D'ONOFRIO, *Il sequestro preventivo*, Padova, 1998.

2. Il 28/05/2015 il Tribunale di Parma ha condannato l'imputato per il reato di cui all'art. 595 c.p., commi 1 e 3, poiché pubblicava nel proprio sito scritti dal contenuto fortemente offensivo e denigratorio. Il 3/12/2012, durante il giudizio dibattimentale, il Tribunale aveva disposto il sequestro preventivo dell'intero sito: lo scopo era sia di far cessare le conseguenze dannose delle condotte illecite già poste in essere dall'imputato, sia di evitare la reiterazione di ulteriori reati della stessa specie. Nello specifico, il giudice aveva rilevato un pericolo di reiterazione in ragione della circostanza che l'imputato non si era minimamente curato di un precedente provvedimento di sequestro preventivo emesso in data 08/05/2009, relativo alle sole pagine del sito in cui erano pubblicati scritti diffamatori nei confronti della persona offesa; inoltre, l'imputato aveva pubblicato, su altre pagine del sito, affermazioni offensive ulteriori, anche dopo l'inizio del giudizio. Con ordinanza del 26/12/2012, il Tribunale di Parma ha confermato la misura cautelare reale, relativamente alle sole pagine del sito *web* contenenti riferimenti diretti o indiretti alla parte offesa, disponendo il dissequestro delle altre. Le pagine sequestrate, infine, sono state oggetto di confisca con la sentenza di condanna di primo grado del 28/05/2015. Il 19/06/2015 la persona offesa ha depositato una memoria in cui lamentava che gli scritti per i quali era stata emessa condanna erano stati nuovamente pubblicati; e altri, nuovi, se n'erano aggiunti. Il Tribunale di Parma, il 29/09/2015, ha così accolto la richiesta di sequestro preventivo, ancora una volta, dell'intero sito: rilevando, da un lato, che in esso erano stati pubblicati gli stessi scritti oggetto della sentenza di condanna del 28/05/2015 e, dall'altro, che i nuovi episodi, sia pure autonomamente rilevanti ai sensi dell'art. 595 c.p., rivelavano l'insufficienza del sequestro parziale al fine di interdire la reiterazione della condotta. Il 22/10/2015, con ordinanza, il Tribunale di Parma ha rigettato la richiesta di riesame.

L'imputato propone ricorso per Cassazione avverso tale ultimo pronunciamento, ex art. 325, c.p.p., e articola sei diversi motivi. Secondo il rilievo più controverso, si contesta che nell'ordinanza di rigetto non fosse chiaro a che titolo le nuove pubblicazioni abbiano inciso nella decisione del giudice. Da un lato, si direbbe che i nuovi brani siano stati considerati dal giudice come se fossero stati già oggetto della prima sentenza; dall'altro, vista l'inammissibilità di tale operazione, sembra che essi acquistino rilievo solo sul piano della proporzionalità e dell'adequatezza del provvedimento di sequestro dell'intero sito, rispetto alle esigenze cautelari postesi (con riguardo ai fatti ritualmente contestati). In questa ambiguità – continua il ricorrente – il giudice avrebbe fatto germogliare istanze repressive e non cautelari: la impugnata disposizione del sequestro integrale non risponderebbe alla necessità di cautelare una prospettata sentenza di condanna. Al contrario, sostiene l'imputato, essa servirebbe a reprimere punitivamente la violazione degli ammonimenti giunti per ultimo nel 2012, con l'ultimo provvedimento di sequestro. In sostanza, si sarebbe creato un intreccio tra il pendente procedimento di cognizione – in attesa di udienza dinanzi al giudice di appello – e il nuovo procedimento cautelare – innestatosi abusivamente, prescindendo dall'esercizio di una nuova azione penale: tale intreccio avrebbe propiziato la confusione tra “*continuazione, perpetrazione e reiterazione*”¹⁰ del reato così che l'imputato

¹⁰ Cass. Pen., Sez. V, n. 12536 del 25 febbraio 2016, par. 2 della parte motiva.

sarebbe stato considerato colpevole in violazione della presunzione di innocenza, ex art. 27, Cost. La pena di tale ascrizione di responsabilità sarebbe, per l'appunto, il sequestro integrale del suo sito: spiegabile, rispetto alla parzialità dei precedenti sequestri, solo in ragione di una volontà punitiva. Il rischio che nell'amministrazione dell'istituto si infiltrino illegittime esigenze di carattere sostanziale è effettivamente sussistente.

3. I nuovi fatti, invero, anche quelli sostanzianti nella ripubblicazione degli scritti sequestrati, hanno rilievo penale autonomo: stante la diversità dell'oggetto, in presenza di specifica querela, tali fatti sono suscettibili di un nuovo accertamento penale e non sussiste alcuna *praeclusio pro iudicato*, ex art. 651, co. 1, c.p.p. Del resto, la puntualità dell'accertamento, che non estende i propri effetti di giudicato se non ai procedimenti civili o amministrativi inerenti alle restituzioni e i risarcimenti connessi al reato, si direbbe adeguata alla subitanea mutevolezza dei fatti – cui prima si accennava – propria per dato strutturale della realtà virtuale. Per altro verso, la sentenza in esame si inserisce al termine del primo grado di giudizio: lungi, dunque, dal diventare esecutiva – nel caso specifico, con riguardo alla confisca disposta nel maggio del 2015. Così, se, una volta passata la sentenza in giudicato, i giudici nulla possono con riguardo ai fatti che sopravvengano – pur se apparentemente identici a quelli per cui si è deciso – al contrario, prima che il *decisum* sia tale, essi possono effettivamente e preventivamente intervenire per mezzo del sequestro di cui si discute. Questo è il paesaggio che la Cassazione disegna: s'intende, nelle pagine che seguono risolverne l'irrazionalità.

Duplice è il pericolo cui il giudice cautelare può guardare ex art. 321, c. 1, c.p.p., ai fini della sua decisione: che “*la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati*”. Nella prima ipotesi, ancora, il pericolo è legato agli effetti dannosi di un fatto già consumato: la cosa da sequestrare è oggetto materiale o strumento essenziale del fatto criminoso, che come tale è diviso, quandanche ancora incerta ne sia la qualificazione giuridica¹¹. C'è un “*disvalore tipico del fatto*” cui agganciarsi; ed è ammissibile che – stante la natura cautelare reale della misura – solo in un secondo momento si definisca il “*disvalore del fatto tipico*”¹² – legato alla fattispecie tipica, alla formulazione letterale: si completa così, progressivamente nel seno della vicenda processuale, “*una sintesi tra l'elemento teleologico e quello tipologico della fattispecie, senza così cadere nel soggettivismo decisionistico o nel formalismo legalistico*”¹³. Evidentemente bisogna

¹¹ “L'esistenza di un fatto di reato costituisce, così, il primo dei presupposti legittimanti la misura in questione; può non essere ancora definita la qualificazione giuridica del fatto stesso, possono non esserne ancora identificati, in tutto o in parte gli autori, ma che storicamente si sia verificato un fatto avente i connotati dell'illecito penale e sul quale si indaga, è imprescindibile”, così, Cass. pen., sez. VI, sent. n. 3021 del 6 agosto 1992.

¹² Per una sempre attuale riflessione sul tema, da cui i passi citati, vd. F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1249 e ss..

¹³ Così, A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966, p. 124. Nell'armonioso svilupparsi di questa sintesi sta ciò che serve “al fine di rieggerne quel baluardo della certezza del diritto minato da ogni forma di autoritarismo, sia pure del singolo giudice”.

far la tara degli aggravati decisionistici propri di una decisione presa a istruzione probatoria solo parziale; tuttavia, siamo ancora al di qua dell'indeterminatezza che di primo acchito dischiude la seconda prospettiva cautelare. Si direbbe che non è questo il caso che ci interessa ai fini della decisione in commento: sembra chiaro che qui la misura è confermata nell'ottica di cautelarsi da ulteriori conseguenze dannose del medesimo reato; perlomeno questa è la prospettiva dei giudici. Tuttavia, è opportuno darne conto per evidenziare gli unificanti punti di contatto: il nodo problematico del nostro caso risiede proprio nella sovrapposizione tra le due ipotesi.

Provvedere nel senso di interdire che la libera disponibilità di una cosa agevoli *“la commissione di altri reati”* significa allontanarsi da quel parziale aggancio poc'anzi individuato al già compiuto *“disvalore tipico del fatto”*: *“Ogni condotta umana, infatti, è in grado di produrre sul piano fenomenico una serie infinita di conseguenze. Ciò vale naturalmente anche quando la condotta costituisca reato”*¹⁴. Dalla necessità ineludibile di individuare un argine, la dottrina qui richiamata giunge all'individuazione di un criterio fondamentale: non tutte le conseguenze della condotta che la legge abbia comandato di perseguire sono fatte oggetto di attenzione da parte del legislatore; è inevitabile – a meno di considerare l'art. 321 c.p.p. come una delega in bianco al giudice inquisitore – che solo la prognosi di condotte suscettibili di ledere lo stesso interesse tutelato dalla norma penale per cui si procede può fondare un provvedimento di sequestro di questa seconda *species*; deve essere, inoltre, una prognosi rigorosamente in concreto¹⁵. Si parla di *“pertinenza delle conseguenze del reato all'interesse protetto dalla norma”*¹⁶: attraverso questo pur stretto passaggio, per quanto si esca dalla cornice del reato per cui si sta procedendo, è tuttavia possibile coltivare una barriera divisoria tra l'attività giurisdizionale – *post delictum* – e quella di polizia – *ante delictum*. Dunque, un duplice criterio di pertinenza; che coinvolge non solo la cosa e il reato (commesso) ma anche il reato (che può commettersi) e l'interesse che la norma presidia. A favore di tale lettura depone l'univoca giurisprudenza che parla di *“strumentalità essenziale”* della cosa sequestrata con le conseguenze lesive che si vogliono interdire¹⁷.

In realtà, dunque, si sta ricostruendo anche qui la medesima vincolatività del *“disvalore tipico del fatto”* già richiamata, e per tal via si evita la strumentalizzazione della misura a *“fini estranei a quelli propri del procedimento penale”*¹⁸. Una volta definiti gli estremi ermeneutici

¹⁴ Così D. POTETTI, *Sequestro preventivo e obblighi di fare*, in *Cass. Pen.*, 1995, 1416.

¹⁵ Cfr. M. D'ONOFRIO, *op. cit.*, 35.

¹⁶ *Ibidem*. Cfr. anche E. SELVAGGI, *Misure cautelari reali. Impugnazioni*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1990.

¹⁷ “Deve, quindi, trattarsi non di una teorica e generica mera eventualità, ma di una concreta, imminente ed elevata probabilità, desunta da tutte le circostanze del fatto, che il bene assuma carattere strumentale rispetto alle finalità tutelate dall'art. 321 c.p.p.”, così M. D'ONOFRIO, *op. cit.*, 61. Nella giurisprudenza di Cassazione, da ultimo, vd. *Cass. Pen.*, Sez. V, sent. n. 52251 del 30 ottobre 2014, par. 2 della parte motiva, che parla di “intrinseca, specifica e strutturale strumentalità rispetto al reato commesso, non essendo sufficiente una relazione meramente occasionale”. Cfr. anche *Cass. Pen.*, Sez. II, sent. n. 31914 del 9 luglio 2015.

¹⁸ Così D. POTETTI, *op. cit.*, 1417. Una sfida complessa, tuttavia: come non andare col pensiero al caso Ilva? In quel frangente si è avuto uno scontro che – nel seno di una vera e propria “competizione regolativa sui valori” – ha visto schierati, fuori e dentro l'aula della Consulta, il Governo – quale organo di vertice della polizia di sicurezza – e la magistratura. La giurisprudenza costituzionale era ferma nell'affermare l'illegittimità di atti del legislatore che incidessero sulla “funzione giurisdizionale in ordine alla decisione delle cause in corso” – così Corte cost., sent. n.

della norma in esame, occorre ben amministrare i due presupposti che ne consentono l'applicazione: il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*. Si aggiunge un altro elemento: nella seconda ipotesi considerata il protagonismo della dimensione lesiva, dell'interesse tutelato dalla norma, assurge a variabile ermeneutica rimessa al vaglio giudiziale. Sarà il giudice a doverlo estrapolare dal testo, muovendo dal fatto per cui si procede per allargarsi alle altre ipotesi astrattamente configurabili e tutelate dalla norma: tra le tante asperità, si può menzionare che sarà operazione complessa scindere il bene giuridico dalla *ratio* di tutela; come anche, muniti di sensibilità costituzionale, prender le distanze da quelle involuzioni illiberali proprie delle norme a presidio di mere funzioni¹⁹. In tal senso, e senza nulla togliere al *fumus* che fonda la pretesa cautelare, è qui che il *periculum in mora* gode della massima valorizzazione²⁰.

Diversamente, nel caso prima considerato, il *periculum in mora* sarà ben cesellato dal fatto stesso per cui si procede, con le sue concrete modalità realizzative; l'attenzione, invece – e la sentenza in commento ne è un palmare esempio – sarà da incentrarsi per intero sul *fumus boni iuris*.

Il Supremo consesso, nel dichiarare infondato il gravame inerente all'apparente motivazione, si esprime così: «ben lungi dal risultare apparente, come dedotto dal ricorrente, la motivazione dell'ordinanza impugnata ha congruamente dato atto della sussistenza della condizione di procedibilità, rilevando che il sequestro preventivo è stato disposto con riferimento al reato per il quale è intervenuta condanna, laddove i fatti successivi sono stati valutati al solo fine dell'adeguatezza della misura cautelare reale (e, segnatamente, della portata del suo oggetto)»²¹. Si direbbe che i giudici sciogliono pacificamente ogni riserva prospettata sulle sovrapposizioni tra oggetto del processo e presupposti del vaglio di proporzionalità. Subito dopo, tuttavia, in risposta al seguente motivo di gravame con il quale si riteneva violata la presunzione di innocenza, affermano: «Il riferimento ad una sentenza di condanna in primo grado al fine della valutazione del *fumus* necessario per l'adozione della cautela reale non è certo in contrasto con la presunzione costituzionale di non colpevolezza»²².

S'impone dunque una breve disamina per meglio inquadrare il concetto di *fumus*.

267 del 13 luglio 2007: e tuttavia, con l'emissione di quel decreto di sequestro, il giudice tarantino si era mantenuto in concreto all'interno di tale funzione? Cfr. R. BIN, *L'Ilva e il soldato Baldini*, disponibile su www.robertobin.it; E. VIVALDI, *Il caso Ilva: la tensione tra poteri dello Stato e il bilanciamento dei principi costituzionali*, in www.federalismi.it – anche per il richiamo alla “competizione regolativa sui valori”: l'A., p. 2, parla di una magistratura che in un certo modo si è posta “come diretta interprete del malcontento e dell'insofferenza della popolazione tarantina, rispetto ad un potere politico per molto tempo rimasto sordo rispetto alla richiesta di veder rispettati i propri diritti (alla tutela della salute e al lavoro)”. La sentenza che risolve il conflitto in favore del Governo è Corte Cost., sent. n. 85 del 9 maggio 2013; aspramente criticata da L. GENINATTI SATÈ, “Caso Ilva”: la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte Cost., sent. n. 85/2013), disponibile su www.forumcostituzionale.it.

¹⁹ V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale – Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 74 e ss.; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. dig. it.*, XIX, UTET, Torino, 1973.

²⁰ Tale sequestro, invero, adempie a “finalità di cautela sostanziale e di tutela della persona offesa o dell'intera collettività”, così M. D'ONOFRIO, *op. cit.*, 33.

²¹ Cass. Pen., Sez. V, n. 12536 del 25 febbraio 2016, par. 6 della parte motiva.

²² *Ivi*, par. 7.

4. Sin dall'avvio della riflessione sull'istituto, subito si è notata l'assenza di un'esplicita statuizione normativa sui presupposti di applicabilità ulteriori rispetto alla finalità cautelare (come abbiamo visto già di per sé assai lasca). Laddove l'art. 273 c.p.p. fissa il requisito dei "gravi indizi di colpevolezza" e l'art. 312 c.p.p. quello dei "gravi indizi di commissione del fatto", l'art. 321 c.p.p. tace. Non è questa la sede per ripercorrere le vicende ermeneutiche, giudiziarie e dottrinali, con riguardo alla norma; basti acquisire che sono stati due i poli di riferimento. Da un lato, chi sosteneva l'estendibilità dei requisiti assai pregnanti, anche in materia di elemento soggettivo, delle misure cautelari personali²³; dall'altro, chi invece si attestava sulla richiesta minimale di un'astratta riconducibilità del fatto ad un'ipotesi di reato²⁴. In questa seconda posizione si trova il distillato più puro della dimensione cautelare della misura; cautelare e reale, tale da non incidere direttamente sul bene della libertà personale e legittimare così minori standard di garanzia²⁵. Sul piano giurisprudenziale, alcuni arresti particolarmente restrittivi avevano inclinato per una lettura che ammetteva il sequestro al solo configurarsi di un'astratta illiceità, non suffragata da un *fumus* "ascrivibile alla realtà effettuale e non a quella virtuale"²⁶; tuttavia si consolidava presto la linea che rilevava "il richiamo normativo, costante e reiterato, al "reato", così da dedurne che "un fatto avente i connotati dell'illecito penale e sul quale si indaga, è imprescindibile"²⁷. Per dirla con una più recente sentenza, *ratio* dell'istituto è di evitare che la libera disponibilità della cosa "possa pregiudicare irrimediabilmente l'effettività della giurisdizione espressa con la sentenza irrevocabile di condanna"²⁸ – la quale, va da sé, un fatto (colpevole) lo suppone. Rispetto alle misure personali, il sequestro presenta carattere reale e una stringente focalizzazione strumentale; così che tra i suoi presupposti sfuma il requisito soggettivo degli indizi di colpevolezza. «È irrilevante l'identità della persona che sarà condannata ed è quindi logico che i gravi indizi di colpevolezza non possano costituire il *fumus* del sequestro preventivo»²⁹; ancora, «ai fini della doverosa verifica di legittimità del provvedimento (...) è

²³ Così, G. VICICONTE, *Il sequestro preventivo tra esigenze cautelari e finalità di prevenzione*, in RIDPP, 1992, 357 e ss.; E. SELVAGGI, Art. 321 c.p.p., in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commentario*, cit., 362; P. BALDUCCI, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Milano, 1991, 143.

²⁴ Così, M. MARINARI, *Il sequestro nell'esperienza del nuovo codice. Spunti problematici e questioni in materia di reati edilizi*, in Cass. pen., 1993, 2178 e ss.; A. BEVERE, *Coercizione reale, limiti e garanzie*, Milano, 1999, 22. M. PIERDONATI, *Fumus in re ipsa del delitto e "giudicato cautelare" nel sequestro preventivo*, in *Diritto pen. e processo*, 2009, 1004 con forte critica evidenzia come in certi arresti il PM si limiti ad allegare la commissione di un fatto e l'imputato sia onerato della *probatio diabolica* di dimostrare la sua estraneità: un vero e proprio *fumus in re ipsa*, presunto.

²⁵ Tuttavia, se si muove da una concezione personalistica del patrimonio – che dello stesso faccia l'alveo di espressione della libertà e dello status del soggetto – allora bisogna che l'attenzione resti alta: il contenuto afflittivo del sequestro può essere persino maggiore di alcune cautele personali. Accade, così, che a una scorsa sommaria delle sentenze di Cassazione aventi a oggetto ricorsi ex art. 325 c.p.p. risulta un pressoché omogeneo panorama di rigetti: "La sgradevole impressione è che la sostanziale rinuncia a svolgere il ruolo di garanzia dipenda da obbiettivi di deflazione dei ricorsi", così A. GIARDA, *Codice di Procedura Penale commentato*, Milano, 2013, 3852.

²⁶ Cass. Pen, Sez. Un., sent. n. 23 del 20 novembre 1996. "Nessuna misura cautelare è consentita se il reato – anche se probabile – ancora non è integrato (...). Il sequestro di cui all'art. 321 c.p.p. mira a prevenire la prosecuzione o l'aggravamento del reato, non già l'esecuzione del reato stesso", così, Cass. Pen., Sez. III, 778 del 25 marzo 1993.

²⁷ Cass. Pen., Sez. VI, sent. n. 3021 del 6 agosto 1992.

²⁸ Così, Cass. Pen., Sez. Un., sent. n. 12878 del 29 gennaio 2003, par. 6 della parte motiva.

²⁹ Così, F. LATTANZI, *Sul fumus richiesto per il sequestro preventivo*, in Cass. pen., 1995, 355.

preclusa ogni valutazione sulla sussistenza degli indizi di colpevolezza e sulla gravità degli stessi»³⁰. A riprova di tale assetto, sta la piena legittimità del sequestro che abbia a oggetto beni appartenenti a un terzo diverso dall'imputato ed estraneo al reato³¹.

Sul punto si è espressa la Corte Costituzionale, sent. n. 48/1994: essa afferma che «il diritto di difesa ammette diversità di disciplina in rapporto alla varietà delle sedi e degli istituti processuali in cui lo stesso è esercitato (...). Da qui il rilievo che la misura, pur raccordandosi ontologicamente ad un reato, inteso questo nella sua realtà fenomenica, può prescindere totalmente da qualsiasi profilo di colpevolezza»³². Notiamo che, da un lato, secondo la dottrina menzionata, si afferma la preclusione di un vaglio sul profilo psicologico; dall'altro, nella pronuncia della Consulta, la sua non necessità, dunque la sua ammissibilità. Il passaggio forse non è di poco conto e rileva rispetto a una pronuncia, quella in commento, che trae elementi a sostegno del sequestro da una precedente attribuzione di responsabilità colpevole in capo al soggetto contro cui nuovamente si procede – sebbene solo cautelamente e non con nuovo procedimento.

La mancata previsione nel testo di legge di requisiti inerenti alla responsabilità personale dell'imputato, la stessa risoluzione dottrinale e giurisprudenziale a prescindere da coefficienti psichici di sorta, è indice della dimensione razional-strumentale dell'istituto, di cui già s'è detto. Il concetto essenziale respira attraverso due polmoni: da un lato, si afferma che per mezzo della cautela non è da anticiparsi alcun trattamento sanzionatorio³³; la pena, se del caso, segue all'accertamento giudiziale e non lo precede. Dall'altro, si afferma che per mezzo della cautela si contrastano “*gli effetti pregiudizievoli per l'interesse protetto dalla norma penale*”, così da dare ad essa “*piena attuazione giurisdizionale*”³⁴. Tali interessi, al di fuori di organicismi autoritari che li identifichino con i fini (e i doveri) punitivi dello Stato, sono esterni alla norma, volgendosi a quel mondo dei fatti che è oggetto di tutela. Il mondo dei fatti precede ontologicamente e logicamente le norme penali poste a presidio degli interessi meritevoli che lo innervano: l'attribuzione di una responsabilità personale in capo al soggetto comporta tipicamente l'irrogazione di un trattamento sanzionatorio detentivo che nulla ha che vedere con quella tutela, se non nella misura in cui testimonia il riconoscimento in capo a ogni cittadino di una “*sovranità negativa*”, una funzione di garanzia diretta sulle sorti del consesso civile³⁵.

Se così è, occorre prestare molta attenzione ai presupposti di applicabilità del sequestro preventivo, soprattutto quando orientato non a prevenire la commissione di altri reati ma ad arginare le conseguenze dannose dello stesso reato per cui si procede. Più sottilmente, con insidie ancor più celate, i giudici riconducono a tale seconda ipotesi il nostro caso: e tuttavia qui, al reato

³⁰ Così, Cass. pen., sez. un., sent. n. 4 del 25 marzo 1993; è la topica giurisprudenza Gifuni.

³¹ Palmari, in questo senso, le indicazioni dell'art. 322 c.p.p.. Cfr. Corte Cost., ord. n. 153/2007.

³² Così, Corte Cost., sent. n. 48 del 17 febbraio 1994, par. 6 della parte motiva che continua: “La funzione preventiva non si proietta necessariamente sull'autore del fatto criminoso”.

³³ A. GIARDA, *op. cit.*, 3853.

³⁴ D. POTETTI, *op. cit.*, 1417.

³⁵ G. DE VERO, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 439 ss.

per cui è intervenuta sentenza di condanna di primo grado, si affiancano fatti compiuti successivamente e di rilievo per un altro procedimento – almeno con riguardo alla pubblicazione di scritti (presumibilmente) offensivi e diversi da quelli già pubblicati e oscurati mediante sequestro³⁶. Eppure tale processo, nel caso, non è instaurato. La tentazione di amalgamare i due fatti in un corpo unico è presente e, lo diciamo sin d'ora, i giudici sembrano avervi ceduto: l'intreccio tra i due fatti, i due procedimenti e i due sottosistemi cautelari è, invero, ingarbugliato. In tal senso, può essere utile far ricorso a quella dottrina che distingue tra consumazione e perfezionamento del reato³⁷.

Assumiamo che il reato compiuto dal nostro imputato sia unico e suscettibile di più o meno estesi effetti lesivi; la diffamazione, invero, si struttura come reato istantaneo a effetti permanenti. Essi dipenderanno, evidentemente, da vari fattori, quali il tempo per il quale gli scritti diffamatori sono accessibili online, l'efficacia dell'indicizzazione sui motori di ricerca e quant'altro. In tal caso, con ragione i giudici dovrebbero intervenire a perfezionamento già avvenuto – e colto, si ribadisce, sul piano della lesione degli interessi presidiati dalla norma, non su quello della responsabilità di chi li ha lesi – e prima che la consumazione dinamicamente maturi, gravida di altri danni. In questo, precipuamente, sta la *ratio* del sottosistema cautelare.

5. Ben diverso, invece, se con rigore si scindono i due fatti penalmente rilevanti, ciascuno investito di propria autonomia; come emerge dalla sentenza, non si tratta di una mera sottigliezza dottrinale in quanto a presidiare il confine stanno le querele come condizioni di procedibilità³⁸. In tal caso, ciascun fatto, se tipico, personalmente imputabile e punibile, condurrà all'irrogazione di una pena e – nelle more del procedimento, in presenza del *fumus* e di un *periculum in mora* – alla disposizione di misure cautelari adeguate. Il rapporto di adeguatezza si rivela elemento particolarmente qualificante: la sentenza in commento si premura di precisare che il sequestro preventivo impugnato è in realtà stato disposto solo «con riferimento al reato per il quale è intervenuta condanna, laddove i fatti successivi sono stati valutati al solo fine dell'adeguatezza della misura cautelare reale (e, segnatamente, della portata del suo oggetto)»³⁹. Ebbene, ponendo una frattura processualmente chiara tra i due episodi, i fatti successivi non possono rientrare in questo calcolo di adeguatezza, ex art. 275, commi 1 e 2: la cautela, a rigore, muove dal fatto commesso (e di cui si hanno gravi indizi in concreto) per formulare una prognosi sulle conseguenze dannose

³⁶ Cass. Pen., Sez. I, ord. n. 1524 del 6 luglio 1979 ha affermato, invero: «La diffamazione è un reato formale ed istantaneo che si consuma con la comunicazione con più persone lesiva dell'altrui reputazione onde diviene irrilevante, ai fini del perfezionamento della fattispecie, una maggiore espansione quando si sia realizzata la propalazione minima, sempre che si rimanga nello stesso contesto di azione»; corsivo mio. In conclusione si tornerà sul punto.

³⁷ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2011.

³⁸ Si ricordi che del mondo dei fatti resta una qualche traccia pure all'interno della rarefatta, kantiana struttura tipologica della fattispecie: la querela è «traccia nella notizia di reato, che, infatti, viene tradizionalmente considerata un presupposto di fatto del processo e non un atto dello stesso», così, R. ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio gene riedizione dell'inquisitio generalis*, in RIDPP, 1996.

³⁹ Cfr. nota n. 21. Si tratta di una precisazione doverosa: l'art. 274, c. 1, lett. a), mentre prende a connotare le esigenze cautelari, riferisce queste ultime ai (soli) «fatti per i quali si procede».

di esso – che siano effetti permanenti del reato o nuovi fatti tipici che potrebbero esser commessi. Il giudice adotterà la misura adeguata in grado di interrompere il prognostico nesso di causalità che corre tra la libera disponibilità della cosa e tali conseguenze dannose: un vincolo, dunque, tra un fatto compiuto e una conseguenza possibile; *non* tra due fatti compiuti.

Nella specie, abbiamo dinanzi un fatto che è stato già ritenuto con sentenza tipico e punibile e, poi, un secondo fatto di autonomo rilievo penale: questo non fonda l'esercizio di una nuova azione e s'insinua nel processo in corso; non lo fa – dicono i giudici –, assumendo rilievo nel momento dell'*an* della cautela, bensì in quello del *quomodo*, parametrando il vaglio di proporzionalità e adeguatezza. Non si vuol qui dire, come a breve vedremo, che il decreto di sequestro preventivo dell'intero sito fosse di per sé non disponibile; solo, si intende porre massima attenzione sulle motivazioni di questo atto – se è vero che solo grazie ad esse la volontà giurisdizionale, senza dubbio concreta, tuttavia da particolare si fa generale⁴⁰. In questo senso, il ragionamento della Corte non convince appieno: il fatto sopravvenuto, ossia la ripubblicazione degli scritti, non ha un rilievo di mero parametro di adeguatezza perché non può averlo – in quanto fatto già compiuto e autonomamente rilevante per una nuova azione penale; nella sostanza, per converso, esso viene assorbito nell'imputazione già formulata – che per l'occasione “si apre” ad accoglierlo⁴¹. I due fatti, seppur di pari, autonomo rilievo, sono così artificiosamente gradati secondo un ordine cronologico – per l'occasione identificato con il rapporto di proporzionalità: essi, a questo punto, si espongono al vaglio del giudice in attesa della repressione. Ne esce così snaturata l'essenza della funzione cautelare: il decreto cautelare emesso si qualifica come sanzione penale atipica, esecutiva già prima del passaggio in giudicato. Non giova a scongiurare simili interferenze l'irragionevole assenza tra i requisiti dell'ordinanza di cui all'art. 292,

⁴⁰ “Nella misura in cui il giudice ha dovuto, nelle motivazioni, determinare ugualmente l'interpretazione da dare alla legge, la decisione presenta un grado di generalità uguale a quello della legge”, così, M. TROPER, *Per una teoria giuridica dello Stato*, Napoli, 1998, 115; cfr. E. N. LA ROCCA, *Le regole di esclusione nel processo penale*, Roma, 2013, 28: la coniugazione tra il libero convincimento del giudice e la sua soggezione all'obbligo di motivazione, di per sé contraddittoria, incarna la “scommessa storica” di raggiungere “due obiettivi in forte tensione fra loro: l'aderenza del giudizio al caso concreto e la prevedibilità di questo giudizio”. Ciò è tanto più vero in ambito cautelare, in cui la motivazione si pone a compensare gli accessi decisionistici propri di provvedimenti assunti a istruttoria parziale, normalmente in fase predibattimentale: G.SPANGHER, *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. 47 del 2015*, in *Dir. Pen. Cont.* del 6 luglio 2015 e, con lui, unanime dottrina, ravvisano proprio nella accentuata valorizzazione del momento discrezionale e, dunque, motivazionale del giudice il punto centrale della recente novella: cfr. il riformato art. 309, c. 9 c.p.p..

⁴¹ Sulla patologia cd. della “contestazione aperta” che affligge l'imputazione tipicamente nei reati permanenti, cfr. G. FIORELLI, *L'imputazione latente*, Torino, 2016, p. 116 e ss. Com'è consueto, i nuclei problematici propri di questa categoria si estendono, per affinità di struttura, anche ai reati istantanei a effetti permanenti: nell'un caso viene a mancare il riferimento alla data di cessazione della permanenza; nell'altro caso il fatto in sé, come enunciato nell'imputazione, si presta ad espandersi ricomprendendo come effetti quelli che invece sono fatti nuovi, autonomamente rilevanti. Ciò, del resto, è propiziato dalla natura normofattuale del canone di adeguatezza: l'adeguatezza è uno standard che non ha propria definitezza se non nell'intreccio con il fatto. Quale fatto? Quello ritagliato dal giudice o quello all'uopo rilevante nella dialettica con le finalità preventive e sub-procedimentali del sequestro preventivo? Sulla natura dell'adeguatezza, vd. M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni basate su standards*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. COMANDUCCI, R. GUASTINI, Torino, 1989, 311.

c. 2, c.p.p. di un esplicito richiamo a una motivazione che si diffonda in punto di proporzionalità e adeguatezza⁴².

Ancora, sul punto e tornando al testo di cui all'art. 321, c.p.p. È interessante notare che l'art. 321 c.p.p. richiama i "fatti sopravvenuti", al c. 3: "Il sequestro è immediatamente revocato a richiesta del PM o dell'interessato quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dal c. 1". Ci troviamo, nuovamente, dinanzi a dei "fatti" – nella disponibilità del PM. Il sequestro, si ripete, è istituito dal tenore sostanzialistico, dalla duttilità applicativa quanto mai spiccata, situato su una zona di confine rispetto all'attività di prevenzione dei delitti dell'autorità di pubblica sicurezza; così che è stato, per così dire, bilanciato strutturandolo in maniera assai instabile. È sufficiente una diversa valutazione degli elementi che in prima battuta si è ritenuto integrassero le condizioni di applicabilità perché il sequestro venga revocato; così come eventuali fatti sopravvenuti sono esplicitamente menzionati in quanto idonei a fondare tale revoca – e non, invece, l'aggravio della misura⁴³. Questo, chiaramente, resta possibile e ciò è nelle cose rispetto alle finalità perseguite con lo strumento cautelare; tuttavia, tali fatti, se nuovi e di rilievo criminale, vanno inquadrati nel seno di un nuovo procedimento, come impone il principio di esatta conoscibilità dell'imputazione e, dunque, il principio di legalità.

A titolo sistematico, si guardi all'art. 518, c. 1, c.p.p.: esso afferma chiaramente che "il PM procede nelle forme ordinarie se nel corso del dibattimento risulta a carico dell'imputato un fatto nuovo non enunciato nel decreto che dispone il giudizio"; precisando che, "qualora il pubblico ministero ne faccia richiesta", il presidente "può autorizzare la contestazione nella medesima udienza, se vi è consenso dell'imputato presente e non ne deriva pregiudizio per la speditezza dei procedimenti". Medesima impostazione segue la disciplina dell'udienza preliminare, art. 423, c. 2, c.p.p.: "Se risulta a carico dell'imputato un fatto nuovo non enunciato nella richiesta di rinvio a giudizio, per il quale si debba procedere di ufficio, il giudice ne autorizza la contestazione se il pubblico ministero ne fa richiesta e vi è il consenso dell'imputato". A maggior ragione, dunque, l'immutabilità del fatto contestato in imputazione è da ritenersi inscalfibile se colta nella fase pre-processuale: qui, invero, non c'è alcun contraddittorio in cui il consenso dell'imputato possa intervenire ad avallare la rimodulata volontà punitiva dello Stato. Scrive accorta dottrina, di nuovo con riguardo alla disposizione del sequestro ex art. 321 c.p.p.: «Il controllo giudiziale deve estendersi in particolare alla sussistenza di precisi indizi di reato – il cui collegamento alla commissione del fatto risulti in maniera certa ed univoca – e alla coincidenza tra fattispecie concreta e fattispecie legale ipotizzata»; ciò vuol dire che "il riscontro di tali valutazioni va ricercato nella motivazione del decreto che dispone la misura cautelare, dalla quale deve risultare inoltre la

⁴² Cfr., a evidenziare tale assenza, G. CONSO – V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2016, 440.

⁴³ Cfr. Cass. pen., sez. Un., sent. n. 14 del 31 maggio 2000, chiara nel definire un indirizzo ermeneutico poi consolidatosi: "Il giudice della revoca è sempre tenuto ad accertare d'ufficio se vi siano ragioni, anche diverse da quelle prospettategli dall'interessato, che dimostrino l'insussistenza dei presupposti della misura"; più recentemente vedi cfr. Cass. pen., sez. un., sent. n. 7931 del 16 dicembre 2010.

specifica funzione processuale assegnata al sequestro in oggetto»⁴⁴. Non sono ammesse funzioni sostanziali che non siano mero riverbero della tutela endoprocedimentale degli interessi protetti dalla norma incriminatrice, per cui si procede; una distinzione possibile, sol che non si avalli il nuovo statuto punitivo di cui è investito lo stesso processo penale⁴⁵.

Sulla medesima falsariga, si deve spendere un riferimento all'istituto (pretorio) del giudicato cautelare. Come si sa, ci si riferisce alla preclusione che investe le questioni in materia cautelare una volta che siano state discusse e, riproposte, in nulla innovino rispetto alle precedenti. Esse diventano definitive – secondo giurisprudenza – solo dopo che siano passate attraverso un'impugnazione, di riesame, d'appello o *per saltum*, in Cassazione. L'esigenza assoluta è quella della certezza, soprattutto in *favor rei*; e, tuttavia, come già suggerisce quest'inconsueto onere d'impugnazione, la fisionomia di questo giudicato è molto rarefatta poiché primaria è la *ratio* cautelare di prevenzione, *rebus sic stantibus*. Il giudice cautelare, adito sì in via incidentale ma anche ai fini della revoca ex art. 299, c.p.p., “non può dichiarare inammissibili in nome del giudicato cautelare né la richiesta di revoca né le impugnazioni”. Questi, infatti, «è sempre tenuto ad accertare d'ufficio se vi siano ragioni, anche diverse da quelle prospettategli dall'interessato, che dimostrino l'attuale insussistenza dei presupposti della misura (cfr. artt. 309, c. 9 e 324, c. 7, c.p.p., ndr); e può ritenere superate, in ragione di un diverso contesto valutativo, le decisioni già assunte a seguito delle impugnazioni de libertate»⁴⁶. Ciò vale tanto *in melius* quanto *in peius* per il reo – purché, in questo secondo caso, vi sia una rinnovata istanza requirente. Così, la giurisprudenza è orientata a riconoscere nel mutamento delle Sezioni Unite un nuovo elemento di diritto, tale da fondare una nuova istanza a difesa del destinatario del provvedimento⁴⁷; e, in generale, qualsiasi mutamento del quadro processuale e probatorio è idoneo a infrangere la preclusione⁴⁸. Così che, come prima, è tanto più importante preservare la natura endoprocedimentale del sistema cautelare quanto più esso è già sensibile alle più diverse spinte interne ed esterne al processo⁴⁹.

⁴⁴ Così, N. GALANTINI, *Misure cautelari reali. Impugnazioni*, in E. AMODIO – O. DOMINIONI (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, III, Milano, 1990, 270.

⁴⁵ Ancora di riferimento le pagine di M. DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? «Vecchio» e «nuovo» nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 6/2003.

⁴⁶ Così A. NAPPI, *Le impugnazioni de libertate dopo la riforma: appunti su implicazioni e prospettive*, disponibile su www.lalegislazionepenale.eu, p. 2.

⁴⁷ Tutto il contrario di quanto ammesso con riguardo al giudicato principale: vd. la nota Corte cost., sent. n. 230 del 12 ottobre 2012.

⁴⁸ A esaltare ulteriormente la dimensione endoprocedimentale della misura cautelare sta la novella, l. 47 del 16 aprile 2015, che ha significativamente introdotto un ultimo periodo all'art. 309 co. 9 c.p.p.. Con esso alla *causa petendi* inerente ai presupposti cautelari, se ne affianca una che pone a oggetto la motivazione dell'ordinanza: essa potrà essere tanto più stringente – e soddisfare così un requisito di validità – quanto più stringatamente sarà posto il fatto per cui si procede. La nuova disposizione recita: “Il tribunale annulla il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione, a norma dell'articolo 292, delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa”. A. NAPPI, *op. ult. cit.*, p. 3 distingue, così, tra un vaglio sui presupposti del provvedimento e uno sulla sua validità.

⁴⁹ Sulla dimensione endoprocedimentale – e, tuttavia, autonoma – della misura cautelare rispetto al procedimento di cognizione, cfr. Corte cost., sent. n. 121 del 24 aprile 2009 che parla di “principio di impermeabilità” a governare i rapporti tra procedimento di cognizione e procedimento cautelare: come l'adozione del decreto che dispone il giudizio non è tale da precludere al giudice cautelare una autonoma valutazione sui presupposti indiziari della misura

Non sappiamo a quali deliberazioni si sarebbe risolto il GIP, una volta che fosse stato adito per i fatti sopravvenuti: forse avrebbe disposto un nuovo sequestro parziale, forse l'oscuramento dell'intero sito. È certo non comune il fatto finito al vaglio della Suprema Corte; tant'è vero che assente – a quanto mi consta – è l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul punto. Possiamo immaginare che il GIP, rilevando una speciale elezione dell'imputato per la parte offesa, si sarebbe risolto a un nuovo sequestro parziale. Stante la precedente condanna, si può aggiungere che lo stesso PM sarebbe potuto intervenire d'urgenza *ex art.* 321, c. 3-*bis*, c.p.p., ragionevolmente confidando sulla validazione giudiziaria: potrebbe essere questa una risposta alle obiezioni ipotizzabili, in merito all'aggravio temporale che l'instaurazione di un nuovo procedimento avrebbe comportato. Per altro verso, si può pure ipotizzare che, forte della precedente condanna, il giudice avrebbe invece ritenuto adeguato solo il sequestro totale.

In qualunque ipotesi, sarebbe stato massimamente valorizzato il principio di terzietà e imparzialità del giudice; un risultato non da poco in un procedimento *natura sua* ad alto tasso di arbitrio decisionistico. Con esso, inevitabilmente, anche i principi di legalità sostanziale e processuale si sarebbero giovati di una maggiore espansione – proprio nella misura in cui se ne sarebbe avuta una più netta distinzione all'interno di un territorio che li induce al contatto⁵⁰. Infine, ed è forse il profilo più importante, di questo rigore del sistema si sarebbe giovato il diritto alla libertà di espressione: un diritto dalla centralità costituzionale così assoluta, come si evidenziava in apertura, e così esposto oggi alla subitanea mutevolezza della diffusione via web non può subire le torsioni repressive dello strumento cautelare⁵¹. Del resto, specularmente, la norma incrimina condotte lesive dell'onore e della reputazione della persona⁵²: si tratta di grandezze che mutano di caso in caso, quando si mantenga un saldo aggancio con la concretezza dei rapporti sociali; tali grandezze, tuttavia, mutano anche di momento in momento, al volgere del tempo, dello spazio, con quella rapidità straordinaria che è propria, specularmente, della società dell'informazione. Solo la ferma consapevolezza di questa condizione previene le torsioni autoritarie

(Corte cost., sent. n. 71 del 15 marzo 1996), allo stesso modo un *decisum* di cognizione, per quanto di Cassazione, non può precludere (le determinazioni in merito al) l'esercizio dell'azione.

⁵⁰ Sulla comprimibilità ed espandibilità dei principi, e nello specifico del principio di legalità, cfr. G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 1995, 247 e ss..

⁵¹ “Non la democraticità di uno Stato ha per conseguenza il riconoscimento di quella libertà (...) ma le ragioni ideali del riconoscimento di quella libertà (e cioè del valore della persona umana) portano, tra le tante conseguenze, anche l'affermazione dello Stato democratico”, così, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1958, 12. La libertà di espressione è “pietra angolare dell'ordine democratico”, così, Corte Cost., sent. n. 84 del 2 aprile 1969; *Antea*, cfr. Corte cost., sent. n. 9 del 4 febbraio 1965 e, *postea*, Corte Cost., sent. n. 81 del 22 gennaio 1981.

⁵² Per “onore” è da intendersi “il complesso delle condizioni da cui dipende il valore sociale della persona, l'insieme delle doti morali, intellettuali, fisiche e delle altre qualità che concorrono a determinare il pregio dell'individuo nell'ambiente in cui vive”, così, F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale - Parte speciale*, Milano, 1966, I, 135. Esso, la generale ricostruzione, ricomprende tanto una componente soggettiva, di percezione del singolo soggetto – l'onore *stricto sensu* – quanto una oggettiva, che si proietta all'esterno, presso la reputazione altrui. Inoltre, si struttura anche di elementi soggettivi, che afferiscono alla posizione reputazionale specifica del singolo soggetto; ma mantiene, alla base, già nella aprioristica posizione di quegli elementi e conformemente alla natura intrinsecamente sociale dell'uomo, un'impalcatura essenzialmente oggettiva; cfr. M. POLVANI, *La diffamazione a mezzo stampa*, Padova, 1998.

della giustizia penale, in una materia così delicata: ogni altra ricostruzione porrebbe lo Stato a presidio di un'astrazione, di un pensiero, del proprio pensiero⁵³; lo Stato, però, “è privo di pensiero, non può essere tutelato su questo”⁵⁴. Laddove si pieghi la cautela a fini di *enforcement* di una sentenza di condanna si viola la legalità sostanziale per mezzo di una sottile violazione di quella processuale. L'interesse repressivo dello Stato sopravanza lo stesso interesse concreto dell'offeso – l'unico tutelabile dai reati contro l'onore⁵⁵.

5.1. L'ordinanza di sequestro in discorso si legittima, oggi, nel quadro della emergente legalità materiale: “Il giudice – è stato detto – mostra fatalmente una grande reattività alle esigenze di tutela che il caso concreto, ogni caso concreto, gli pone sotto gli occhi: c'è una forza della res iudicanda che reclama tutela”⁵⁶. La legalità penale – si dice, infatti – è oggi una legalità *in-action* e, dunque, del principio di stretta legalità non si potrebbe avere una concezione mitica, cadendo ancora una volta nella stessa ingenuità di sempre; si prenda coscienza invece – è la lettura proposta – che “il singolo tipo legale si plasma, concretizza e specifica secondo lineamenti che sono anche influenzati dalla reale fenomenologia criminosa che viene di volta in volta in questione”⁵⁷.

Del resto, il processo si presta a queste aperture pragmatiste: è qui, infatti, che è esercitata un'azione penale concepibile in concreto, quale prognosi di condanna “tale da affievolire la presunzione di non colpevolezza”⁵⁸. Questa, per parte sua, letta sistematicamente con l'obbligo di azione penale *ex art. 112 Cost.*, rileverebbe come mera regola di trattamento: così che non solo le indagini hanno da esser complete per non indurre il PM a un esercizio “apparente” dell'azione penale⁵⁹; ma anche l'imputazione, con la successiva fase dibattimentale cui dà capo,

⁵³ “Riaffermare il primato della concezione del reato come lesione di un bene significa, quindi, riaffermare anche che il legislatore non può – e il giudice non deve – sottoporre a pena una manifestazione del pensiero, quando non ne sia dimostrata, o dimostrabile, l'attitudine immediatamente aggressiva di un bene individuale (ad es. l'onore), oppure di un interesse collettivo, essenziale per una proficua convivenza della comunità”, così C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, 80.

⁵⁴ Così, M. SIRACUSA, *Internet e i delitti di opinione: l'elemento soggettivo del reato come strumento di salvezza della libertà di manifestazione del pensiero*, in R. FLOR – D. FALCINELLI – S. MARCOLINI (a cura di), *op. cit.*, 36.

⁵⁵ “In definitiva, solo l'attuale Costituzione, e non anche le precedenti, “sancisce un diritto individuale, garantito al singolo come tale indipendentemente dai vantaggi o svantaggi che possano derivarne allo Stato, indipendentemente dalle qualifiche che il singolo possa avere in una comunità e dalle funzioni connesse a tali qualifiche; si vuole dire che esso è garantito perché l'uomo possa unirsi all'altro uomo nel pensiero e col pensiero ed eventualmente insieme operare”, così, C. ESPOSITO, *op. cit.*, 9.

⁵⁶ Così, F. PALAZZO, *La legalità penale*, cit., p. 1307. Sulle criticità e gli oscuri precedenti storici riguardanti l'emersione e l'affermazione di una legalità materiale, sempre attuali sono le pagine di F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 26 e ss..

⁵⁷ Così, G. ILLUMINATI, *In nome del popolo*, in *Cass. pen.*, 2003, 374.

⁵⁸ Così, G. FIORELLI, *op. cit.*, p. 66, n. 213. Sul tema, con ampia visione storica e dogmatica e dovizia di riferimenti bibliografici, si rinvia a F. RUGGERI, voce *Azione penale*, in *Enc. del Dir.*, *Annali*, III, p. 129 e ss.. Si ricordi che F. BRICOLA, *op. cit.*, 92 sintetizzava la definizione di reato richiamandosi anche alla “intolleranza” di questo “rispetto ad ogni articolazione probatoria che faccia in qualche modo ricadere sull'imputato l'onere della prova (...) di elementi d'ordine positivo che ne caratterizzano la struttura”.

⁵⁹ Così, Corte cost., sent. n. 88 del 15 febbraio 1991 e conforme la giurisprudenza successiva: Corte cost., sent. n. 48 del 10 febbraio 1993; Corte cost., sent. n. 239 del 10 giugno 1994; Corte cost., sent. n. 350 del 18 ottobre 1996; Corte cost., sent. n. 115 del 9 maggio 2001.

dovrebbe incardinarsi su un fatto storico processualizzato, arricchito di tutti gli elementi che ne definiscano *ubi, quando e quomodo*, emancipandosi da quel che strettamente rileva per il diritto sostanziale⁶⁰. Viceversa, in ottica inquisitoria – a prescindere dagli eventuali presidi garantistici – a fare da fulcro è l’“accertamento della verità”⁶¹, qui sarebbe invece il “fatto” come enunciato

L’“apparenza”, secondo questa impostazione, si rilevarebbe nell’esercizio di un’azione penale non corroborata, già in principio, da una teoria probatoria tale da fondare la condanna dell’imputato. La *ratio* sarebbe, dunque, quella di evitare processi superflui o inutili.

Giova ricordare come il progetto preliminare del codice Vassalli prevedesse un diverso art. 125 disp. att. (nel progetto, art. 115): oggi esso dispone che il PM ritiene “l’infondatezza della notizia di reato” e chiede dunque l’archiviazione quando “gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l’accusa in giudizio”; nella versione preliminare si diceva: “Il PM presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene che gli elementi di prova acquisiti nelle indagini preliminari non sarebbero sufficienti ai fini della condanna dell’imputato”. L’inammissibilità dell’anticipazione di un così pregnante momento di giudizio a una sede del tutto avulsa dal processo, con le sue garanzie costituzionali di terzietà e imparzialità del giudicante e oralità della fase istruttoria, ha portato alla modifica: tra i possibili esiti ermeneutici vi sarebbe stato ampio agio per una surrettizia discrezionalità dell’esercizio dell’azione penale. Ora la prescrizione ha il contenuto di una regola di trattamento; e tuttavia laddove la sentenza sia considerata “requisito indispensabile” dell’accusa (G. FIORELLI, *op. cit.*, 73), allora nuovamente essa acquisisce i tratti del criterio di giudizio. Essa getta un’ipoteca epistemologicamente importante sul libero convincimento del giudice, laddove assume che le indagini preliminari abbiano sostanzialmente già compiuto l’istruttoria *contra reum*. Si richiama qui il principio di completezza delle indagini preliminari, già formulato dalla Consulta nella menzionata sent. n. 88 del 15 febbraio 1991. L’apparente asimmetria tra un PM di parte in sede processuale e un “altro” PM organo di giustizia durante le indagini si risolve sulla base del *dictum* normativo – art. 358, c.p.p. – e di quello giurisprudenziale. Cass. pen., sez. I, sent. n. 1125 del 23 febbraio 1998 ha affermato, invero, che l’accusa “rimane organo di giustizia solo nella fase investigativa”; laddove, “una volta instaurata l’azione penale e iniziata così la fase processuale, il rappresentante della pubblica accusa riacquista in toto la sua esclusiva veste di parte in senso tecnico, spinta dall’unico interesse di veder comprovata l’impostazione accusatoria”. Legittimo sospettare una certa naïveté dell’impostazione adottata.

Intercettava, per così dire, tale sospetto Corte cost., sent. n. 71 del 15 marzo 1996: essa figurava un ampio spazio per l’esercizio del giudizio da parte del giudicante. Questi era svincolato da una mutevole configurazione dell’accusa – di cui s’è appena detto – dipendente, a sua volta, dalla disciplina istruttoria prevista per la fase. Il tema era quello delle garanzie dell’imputato in sede cautelare: la Corte afferma che il decreto che dispone il giudizio non è idoneo a precludere il vaglio di riesame sui gravi indizi di colpevolezza; il decreto non incorpora “una valutazione di merito di tale incisività” da assorbirne l’apprezzamento. Ne consegue che tale decreto, “lungi dal rinvenire il proprio fondamento in una previsione di probabile condanna, si radicherà null’altro che sulla ritenuta necessità di consentire nella dialettica del dibattimento lo sviluppo di elementi ancora non chiariti”. È, tuttavia, essenziale rilevare che la pronuncia è antecedente alla legge n. 479 del 16 dicembre 1999 che introdusse un c. 3 all’art. 425, c.p.p.: ora la sentenza di proscioglimento si dispone anche in presenza di elementi probatori “insufficienti” o “contraddittori”, incidendo così sulla pregnanza accusatoria del decreto che dispone il giudizio.

⁶⁰ Ancora G. FIORELLI, *op. cit.*, 95.

⁶¹ Tale era la dimensione funzionale del Pubblico Ministero ai sensi dell’art. 299 c.p.p. Rocco, del 1930. I presidi garantistici cui ci si richiama sono quelli che – aggregati attorno alla presunzione di innocenza dell’imputato – si sostanziano nella regolare sindacabilità del provvedimento adottato dall’accusa: emblematico, con riguardo al nostro precedente codice, l’art. 263 *bis* (introdotto nel 1955) che rese ricorribile per Cassazione il provvedimento di cattura o di arresto adottato dal PM al pari di quello che fosse stato emesso dal giudice istruttore. In questo senso, come si sa, in forza anche degli interventi correttivi ad opera della Corte Costituzionale, si prese a rivolgersi al nostro previgente sistema nei termini di “garantismo inquisitorio”.

nell'imputazione⁶². Tale fatto si determina, anzitutto, per la sua sottoponibilità a verifica probatoria – secondo la cornice indicata dall'art. 187 c.p.p.⁶³: così che, se dalla *quaestio iuris* sostanzialistica ci si emancipa, considerata come *flatus vocis* da riempire pragmatisticamente⁶⁴, allora il fatto e l'imputazione che lo enuclea attingeranno a quell'immanentismo della *res iudicanda* sopra richiamato. C'è da capire chi, in quest'accesso di concretezza, si trovi in ultima istanza a disporre di un fatto geneticamente preordinato a fondare la condanna⁶⁵: il principio accusatorio postula l'eguaglianza tra le parti in sede di istruzione probatoria, come solidamente mostrato dall'art. 495, c. 2 c.p.p.; ora, per quanto quello della sottoponibilità a verifica probatoria sia il piano, come poc'anzi detto, di maggior rilievo da un punto di vista funzionale, tuttavia non è solo lì che l'imputazione svolge la sua natura stipulativa. In particolare, sono stati individuati tre livelli dell'imputazione: «La nascita della giurisdizione punitiva; il conferimento del potere di ammissione della prova da parte del giudice e il limite ai poteri probatori delle parti; il conferimento e i limiti del potere decisorio del giudice»⁶⁶. L'agone istruttorio è rimesso al paritario

⁶² E sulla cui eventuale formulazione in forma non chiara e precisa il codice articola una causa di nullità speciale, ex art. 429, c. 2, c.p.p.. Aspetto cruciale della normativa processualpenalistica incentrata sul fatto e sulla sua problematica definizione è quello del giudicato, della nota inammissibilità di un *bis in idem*. L'art. 649 c.p.p. parla in rubrica di un "Divieto di secondo giudizio"; l'art. 90 c.p.p. 1930 parlava di "Inammissibilità di un secondo giudizio" e soprattutto collocava la disposizione tra le norme dedicate alle garanzie dell'imputato e non tra quelle inerenti all'esecuzione. In entrambi i casi, dirimente è la nozione di *idem factum*, attorno alla quale fondare la preclusione processuale: evidentemente la processualizzazione del fatto oggetto d'imputazione non giova a garantire la tassatività della disposizione. Interessanti, oggi, sono le proiezioni della disciplina all'interno dello spazio giuridico europeo, su cui S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, Milano, 2015.

⁶³ Si pensi alla pregnanza sistematica che assume il poc'anzi richiamato art. 425, c. 3, c.p.p.: un diverso standard probatorio applicato a un atto di iniziativa del PM si rivela tale da conformare lo stesso *thema decidendum*; non per nulla, la giurisprudenza tende a ritenere che, "nonostante l'obiettivo arricchimento, qualitativo e quantitativo, dell'orizzonte cognitivo del giudice, la regola di giudizio per la sentenza di non luogo a procedere resta qualificata da una delibazione di tipo prognostico di sostenibilità dell'accusa in giudizio (...) secondo la nozione di "utilità" del dibattimento già elaborata dalla Corte con riferimento all'art. 125 disp. att.", così, G. CONSO – V. GREVI, *op. cit.*, 584. Tale utilità, tuttavia, non sarebbe da concepirsi in astratto – come schema dibattimentale in cui inquadrare l'istruttoria orale, conformemente all'art. 111, c. 4, Cost. – bensì in concreto – come espressione, ancora una volta, della prognosi positiva sulla (sostenibilità in giudizio dell'accusa, dunque) sulla condannabilità dell'imputato. L'utilità del dibattimento è schiacciata sulla sua indispensabilità processuale per addivenire a una condanna che è nelle premesse: è un'utilità dello strumento, non un'utilità del mezzo, su cui cfr. R. CARPENTIERI, *Il filosofo e la tecnica*, Napoli, 2003, 20, rifacendosi a G. SIMMEL, *Filosofia del denaro*, Torino, 1984: "Lo strumento è il 'mezzo assoluto', privo di ogni indipendenza, dato che mai lo strumento esiste per se stesso, ma anche privo di interna estraneità di materia rispetto al fine".

Con il passaggio dell'udienza preliminare, non è più solo l'accusa a intestarsi un antagonistico intento punitivo; anche il GUP, che interviene a istruttoria ancor parziale, è sfornito di elementi per decidere come si conviene – sintetizzando in un'unica verità processuale le due dialettiche prospettazioni. Essenzialmente il GUP fornirà il suo placet se condivide gli assunti inquirenti oppure se rigetta quelli difensivi: non, congiuntamente, gli uni e gli altri, bensì, oppositamente, gli uni o gli altri.

⁶⁴ Cfr., sul punto, Cass. pen., sez. V, sent. n. 6916 dell'8 gennaio 2016, su cui M. SCOLETTA, *Le parole sono importanti? Rilevanza delle false valutazioni nei delitti di false comunicazioni sociali e limiti esegetici del giudice penale*, in *Dir. pen. cont.* del 2 marzo 2016; interessanti e assai recenti spunti in G. LICCI, *Criteri ermeneutici nel diritto penale. Il conflitto tra Stato di diritto e Stato di giurisdizione nell'ordinamento italiano*, Napoli, 2016.

⁶⁵ G. DE LALLA, *Idee per un 'complemento istruttorio' del giudice nelle indagini preliminari*, in Cass. Pen., 1994, p. 67: "La pubblica accusa, costruita su un'opzione obbligata, ossia l'azione penale, ha, come tutto ciò che tende ad uno scopo precostituito, una valenza essenzialmente strumentale. Il problema adesso è di stabilire nelle mani di chi va a finire quello strumento", corsivo dell'A.

⁶⁶ Così, D. IACOBACCI, *La modifica dell'imputazione su sollecitazione del giudice*, in *Giust. Pen.*, 2006, III, 717.

confronto tra le parti; ma a definirne presupposti e fini è il pubblico ministero, “*unico dominus del fatto in relazione al quale si procede*”⁶⁷, immune a un coesenziale corrispondentismo aletico con la realtà storica⁶⁸.

In altri termini, se assumiamo che il nostro imputato non avesse interesse a questa espansione pragmatista del fatto contestato, se rileviamo la delicatezza con cui *quaestio facti e quaestio iuris* si differenziano e si confondono tra loro⁶⁹, rileveremo anche che, nel caso di specie, a disporre del fatto è stata l'accusa – sin dalle premesse, titolare della pretesa punitiva. Solo lo Stato dispone del sotto-procedimento cautelare: per mezzo di questo, nella dialettica con il procedimento di cognizione, esso conquista spazi inaspettati di esercizio del proprio *ius terribile*.

Tutto questo gioverebbe a un esercizio efficiente ed efficace dell'azione penale, *alias* del processo, che tautologicamente giustifica con la condanna il proprio stesso attivarsi⁷⁰; congiuntamente, nel centralizzare il momento dell'imputazione, darebbe attuazione a quel diritto al non

⁶⁷ Così, G. FIORELLI, *op. cit.*, 79. Del resto, stante tale normativa presupposizione logica e ontologica delle prove ai fatti da provare, è solo in sede decisionale che vengono definiti i fatti cui agganciare le prove assunte. Sembra, così, erronea l'affermazione per cui in sede decisionale “le regole probatorie e le regole decisorie raggiungono il punto di sintesi” – così, C. PAPAGNO, *Interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, Milano, 2009, 343 – ponendo *thema probandum* (e le rilevanti regole di trattamento) e *thema decidendum* (e le relative regole di giudizio) come due lati della stessa medaglia. Erronea perché suppone un contributo omogeneo e paritario delle due matrici – non rendendo onore agli assunti pragmatistici da cui pure consapevolmente muove.

⁶⁸ Il fatto, da un punto di vista idealtipico, non è “accertato”, nel processo – termine che evocherebbe un paradigma inadeguatamente positivistico; esso dovrebbe essere, invece, “ricostruito” – secondo i canoni di un laico corrispondentismo. Su questi temi, cfr. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006. Tuttavia, il rischio cui si assiste è che il fatto venga semplicemente “costruito”: nel caso al nostro vaglio la distorsione è processuale e, come si vede, è favorita da una certa impalcatura empiristica dell'attuale disciplina; sono note, tuttavia, anche le distorsioni sostanziali – evidenti quando si ponga mente alle fattispecie sostanziali scritte in una logica processualservente.

Ancora sul punto processuale: si può rilevare che la venuta meno di un riferimento alla verità quale scopo della ricerca processuale (art. 299 c.p.p. abr.) surrogato dall'arbitrarietà a priori della configurazione del fatto da parte del PM fa cadere il forte richiamo di G. LEONE, *op. cit.*, p. 856 al principio di indisponibilità: “A che varrebbe riportare l'azione penale ad un contenuto di merito se essa non vincola il giudice tranne che nella impostazione del *thema decidendum*? Un solo limite è posto al giudice penale; ed è l'obbligo della correlazione tra imputazione e decisione per quanto concerne il fatto”.

⁶⁹ Si va da M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 75, che kelsenianamente afferma che “è il diritto che definisce e determina ciò che nel processo costituisce il “fatto””; si passa per G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, p. 73: “Il fatto “in quanto tale” non può mai essere posto in una posizione dicotomica rispetto al diritto “in quanto tale”; si giunge a F. CARNELUTTI, *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, Vol. I, p. 93, come citato in G. FIORELLI, *op. cit.*, 87: “Il giudizio di diritto implica, in realtà, il giudizio di fatto (...) potendosi “vestire di diritto” solo un fatto certo e definito”. È proprio su questo punto, specificamente con riferimento alla collocazione dogmatica e alla funzione sistematica dell'art. 49, c. 2, c.p. che si sviluppano le riflessioni poc'anzi richiamate di G. LICCI, *op. cit.*.

⁷⁰ *Contra*, seppur chiaramente durante la vigenza dell'abrogato codice di procedura, G. LEONE, (voce) *Azione penale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 856. Comprensibile è l'*horror vacui* che induce a dare contenuto alle forme astratte del giudizio; eppure, in onore delle garanzie costituzionali della persona che fronteggia il sovrano potere giurisdizionale dello Stato, non credo si possa dimenticare la lezione di S. SATTA, *Il mistero del processo*, Padova, 1949, p. 18: “Ha il processo uno scopo? Non si dica, per carità, che lo scopo è l'attuazione della legge, o la difesa del diritto soggettivo, o la punizione del reo, e nemmeno la giustizia o la ricerca della verità: se ciò fosse vero sarebbe assolutamente incomprensibile la sentenza ingiusta, e la stessa forza del giudicato, che copre, assai più che la terra, gli errori dei giudici. Tutti questi possono essere e sono gli scopi del legislatore che organizza il processo, della parte, o del pubblico ministero che in concreto lo promuove, non lo scopo del processo. Se uno scopo al processo si vuole assegnare questo non può essere che il giudizio; e *processus iudicii*, infatti, era l'antica formula (...). Ma il giudizio non è uno scopo esterno al processo, perché il processo non è altro che giudizio e formazione

processo elevato a fulcro delle garanzie del cittadino⁷¹. Tuttavia, una volta che il processo sia instaurato, sono evidenti le implicazioni *in malam partem*: nel caso che ci occupa, una sentenza di condanna in primo grado non è provvisoria ascrizione di responsabilità penale, arginata in diritto e, dunque, in fatto dalla presunzione di non colpevolezza⁷²; essa diventa qualificazione dello status dell'imputato, idonea ad assorbire, sotto l'egida del principio di adeguatezza, ogni altra vicenda materialmente assimilabile⁷³.

6. Possiamo così porre un problema e dare una risposta. La risposta segue alla domanda che ci ponevamo in apertura, con riguardo all'ammissibilità o alla preclusione di un vaglio sull'elemento psicologico del reato nella disposizione di un sequestro preventivo: tale vaglio è ammesso pur non essendo necessario⁷⁴; il giudice che fosse stato ritualmente adito avrebbe potuto trarre elementi dalla precedente sentenza⁷⁵. Essa per definizione attribuisce una responsabilità personale e, si sa, che tale attribuzione è il *quid proprium* del sistema penale. Ricavare una implicita regola di inammissibilità probatoria in ambito cautelare, oltre a essere operazione destinata a scarsa effettività, avrebbe tradito proprio la specificità penalistica appena richiamata: con evidenti ricadute sul piano delle garanzie – ché in fondo il momento soggettivo colora di sé

del giudizio: esso dunque se ha uno scopo, lo ha in se stesso, il che è come dire che non ne ha alcuno. Veramente processo e giudizio sono atti senza scopo, i soli atti della vita che non hanno uno scopo”.

⁷¹ Si è già abbastanza indugiato, per la sede in cui si scrive, su questi ponderosi concetti e basilari di teoria del processo: per questa tanto interessante quanto delicata proposta, volta a considerare il diritto al “non processo” come implicita condizione posta all'obbligo dell'azione penale ex art. 112, Cost., si rinvia ancora al complessivo delle tesi espresse e patrociniate da G. FIORELLI, *op. cit.*. Richiamiamo, ancora, la ricostruzione utilitaristica del processo e dell'art. 125 disp. att., sua norma cardine da un punto di vista probatorio: il processo, se instaurato, dev'essere portato a compimento con sentenza di condanna – pena la sua superfluità, inefficienza; e ciò a prescindere non solo dall'idealtipica centralità del dibattimento, ma anche dall'art. 419, c. 3, c.p.p. che pure si rivolge alle ulteriori indagini compiute dopo la richiesta di rinvio a giudizio. Ebbene, su queste basi, con un occhio al diritto al “non processo”, si consideri quali trasformazioni siano intervenute da quando si affermava, in capo a chiunque si rivolgesse a un giudice, l'antitetico “diritto ad avere torto”, così, G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1903, p. 13; né tale diritto al non processo, in quanto condizione implicita all'esercizio dell'azione penale, sembra idoneo a soddisfare i requisiti di specificità che la Consulta richiede affinché non sia violato l'art. 112, Cost: cfr., di recente, Corte Cost., sent. n. 121 del 24 aprile 2009.

⁷² Stentoree le parole di H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 12: “Che un fatto - dal punto di vista giuridico - sia esecuzione di una sentenza capitale e non un omicidio, è una qualità non percepibile mediante i sensi e risultante solamente da un processo di pensiero: dal riferimento, cioè, al codice penale ed al codice di procedura penale”.

⁷³ Cfr. A. PRESUTTI, *Presunzione di innocenza e regole di giudizio in sede di archiviazione di udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 1992, 1362.

⁷⁴ Non per niente, Cass. pen., sez. III, sent. n. 44639 del 29 settembre 2015 ha affermato che “in sede di ricorso per cassazione, qualora sia intervenuto il decreto che dispone il giudizio in relazione ai reati contestati, è precluso qualsiasi sindacato sul “*fumus commissi delicti*”, considerato che la valutazione di merito eseguita dal giudice dell'udienza preliminare è tale da assorbire l'apprezzamento compiuto in sede incidentale sulla sussistenza di tale presupposto applicativo della misura cautelare reale”; conforme anche Cass. pen., Sez. II, sent. n. 49188 del 9 settembre 2015; Sez. Un., sent. n. 23 del 20 novembre 1996; Sez. Un., sent. n. 920 del 17 dicembre 2003; Sez. VI, sent. n. 5452 del 12 gennaio 2010.

⁷⁵ D'altro canto, sebbene permanga all'interno del singolo processo, Cass. pen., sez. II, sent. n. 5381 del 13 gennaio 2015 afferma che “in tema di sequestro preventivo, costituisce fatto nuovo, idoneo a superare la preclusione endo-processuale del giudicato cautelare formatosi sulla insussistenza del “*fumus commissi delicti*”, la condanna in primo grado dell'imputato, con la quale venga disposta la confisca del bene.

anche il fatto e, *de relato*, ogni prognosi sulla sua ulteriore lesività⁷⁶. Certo, una sentenza di condanna non può diventare titolo di esecuzione immediata per una pena straordinaria; ma questo si ottiene non espungendo la sentenza dagli elementi a disposizione del giudice, quanto, semplicemente, ribadendo la vincolatività formale del principio di legalità⁷⁷: innanzitutto della legalità processuale – ché solo previa querela i nuovi fatti avrebbero potuto essere perseguiti; e dunque della legalità sostanziale – poiché, essendo gli effetti del reato di diffamazione permanenti, solo l'argine processuale consente di scongiurare un uso del canone di proporzionalità tale decodificare la fattispecie concreta.

Il tutto si riassume nel principio di esatta conoscibilità dell'imputazione: esso, invero, proietta una sfera di senso ben più ampia di quella ristretta all'esatta delimitazione del *tempus commissi delicti*. Innanzitutto, passa per l'individuazione degli interessi sottesi alle norme violate e, dunque, per l'esatta individuazione degli stessi decreti di sequestro conformi alla legge, come sopra s'è visto. Infine, più in generale, proprio dalla chiarezza di quegli interessi discende la piena attuazione giurisdizionale della norma penale, cui in ultima analisi il processo è servente: toccherà, dunque, al legislatore sostanziale essere accurato artefice di quella norma.

Infine, il problema, cui cennavamo poc'anzi: esso concerne non tanto se l'interpretazione del termine "cosa" di cui all'art. 321 c.p.p. sia suscettibile di estensione al dato informatico⁷⁸; quanto se il sequestro preventivo come qui ricostruito, vincolato al principio di esatta conoscibilità dell'imputazione e, dunque, ai principi di legalità sostanziale e processuale, sia ancora in grado di presidiare efficacemente gli interessi tutelati dalla norma penale; in generale e, massimamente, con riguardo agli illeciti in materia di libertà di espressione⁷⁹. Il problema è quello del diritto ai tempi del *web*: tempi in cui non solo il rilievo penale dei fatti, ma i fatti stessi sono esposti a un dinamismo in grado di sopravanzare qualsiasi prognosi di pericolosità e persino qualsiasi valutazione di attuale offensività. La distinzione tra unico reato di diffamazione e concorso materiale di diffamazioni, l'efficacia preclusiva dell'imputazione quanto ai fatti contestati passano entrambe per un vaglio inerente all'unicità del contesto di azione⁸⁰. Come concepirlo e

⁷⁶ Cass. pen., sez. V, sent. n. 18078 del 26 gennaio 2010 spingono su questo tasto a richiedere non solo una verifica puntuale e coerente delle risultanze processuali ma anche, nello specifico, "un giudizio prognostico negativo per l'indagato".

⁷⁷ Al principio di legalità è soggetto – come ogni cosa – anche il principio di proporzionalità: non vale, come hanno fatto i giudici, far leva su di esso per superare la preclusività dell'imputazione.

⁷⁸ Posizione maggioritaria in giurisprudenza, come sanzionato autorevolmente e con dispendio di argomentazioni da Cass. pen., sent. n. 31022 del 29 gennaio 2015; che sollecita forti dubbi in dottrina, su cui ad esempio cfr. G. CORRIAS LUCENTE, *op. cit.*.

⁷⁹ In Cass. pen., sez. V, sent. n. 10594 del 5 novembre 2013, par. 2.3 della parte motiva, si affermava che in materia di sequestro preventivo "il giudice dovrà aver consapevolezza di star sequestrando non "cose", ma, per così dire, informazioni e/o opinioni". Nello specifico si affermava l'inevitabilità delle garanzie costituzionali *ex art. 21* alla stampa online proprio in ragione di una ravvisata differenza ontologica rispetto alla stampa tradizionale: quella sintetizzata dal carattere di "eternità mediatica" che investe l'una e non l'altra. Vd. il commento di C. MELZI D'ERIL, *La Cassazione esclude l'estensione ai siti internet delle garanzie costituzionali previste per il sequestro di stampati*, in *Diritto penale contemporaneo*, 25 marzo 2014.

⁸⁰ Cass. pen., sez. I, ord. n. 1524/1979, già citata.

conciliarlo con la legalità, nell'epoca dell'ubiquità virtuale e dell'“eternità mediatica”⁸¹? È proprio, forse, per via di tale inettitudine alla regolazione che tanto oggi ci occupa il tranciante tema del diritto all'oblio⁸².

⁸¹ Cass. Pen., Sez. V, sent. n. 10594 del 5 novembre 2013, par. 1.10 della parte motivata. Sul punto, suggerisco le fulminanti – per l'epoca e, per molti, anche oggi – valutazioni di J. BAUDRILLARD, *Lo spirito del terrorismo*, Milano, 2002 e le intriganti riflessioni di D. HELLER-ROAZEN, *Il nemico di tutti – Il pirata contro le nazioni*, Macerata, 2010.

“Ciò che qui vediamo sorgere non trae più la sua origine dall'uomo – in ogni modo, non dall'uomo com'è vissuto finora. Non regna più alcuna coscienza dello spazio commisurato all'organismo umano, né il sentimento della forma, né il senso delle proporzioni; tutto questo è sostituito da una logica razionale e meccanica. La misura umana è scomparsa. Non c'è più misura sia nel grande che nel piccolo, sia nella statica che nella dinamica. In tutte le direzioni, un campo di attività illimitato. La volontà, sciolta da tutti i suoi legami organici, può fissare i suoi scopi a suo piacimento e ottenere il loro conseguimento violentando le forze della natura razionalmente dominate. L'uomo vivente è abbandonato a questa libertà. Abbandonato all'arbitrio delle sue mire personali, staccate da ogni legame organico. Questo processo è “non-umano”, per lo meno se lo si misura col metro dell'uomo che è vissuto finora (...). Ovunque tu avverti il progressivo sbriciolamento delle cose, lo smembramento delle misure, percepisci come una creazione sia inghiottita da un'altra, come un ordinamento antico sia soppiantato da uno nuovo”, così, R. GUARDINI, *Lettere dal Lago di Como*, Brescia, 1959, 83.

⁸² “La memoria di rete, oltre ad apparire sconfinata, appare priva di riferimenti spazio-temporali (che costituiscono i requisiti di umanità e di storicità del dato), sicché le informazioni appaiono appiattite in una dimensione atemporale, di modo che il loro trattamento all'interno di un archivio, vincolato al perseguimento di una finalità specifica, una volta inserito nel collegamento di rete, le accumula, non più in modo ragionato, bensì in un mero deposito indifferenziato”, così, F. MANGANO, *Diritto all'oblio*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 2635. Le questioni poste da un diritto all'oblio considerato quale tutela verso un simile panorama di problemi sono evidentemente diverse da quelle che maturano all'ombra del diritto all'oblio quale ratio dell'istituto della prescrizione: su quest'ultimo, di recente, cfr. Corte cost., sent. n. 23 del 14 febbraio 2013.

Il limite apparente alla custodia cautelare in carcere previsto dall'art. 275 bis co. 2 c.p.p. (art. 8 del d. L. 92/2014, convertito con modificazioni nella l. 11 agosto 2014, n. 117)

RAFFAELE COPPOLA

ABSTRACT

The interpretation provided by the Supreme Court of Cassation in art. 275 co. 2 bis of the Italian Civil Code (introduced by Legislative Decree no. 26 June 2014, no. 92 converted into Law 11 August 2014, n. 117) has ruled out the absolute nature of the prohibition about the application of precautionary custody in prison, in the event that a sentence of less than three years' imprisonment is applied to the outcome of the trial. In this case, the Court of Cassation has ruled out the automatic replacement by the judge of the measure in prison with the one less afflictive of the house arrest, where the precautionary requirements (assessed in accordance with art. 299 of the Italian Penal Code) aren't otherwise comparable.

SOMMARIO: 1. La modifica dell'art. 275 bis co. 2 c.p.p. intervenuta con il decreto legge 92/14. – 2. Le modifiche apportate in sede di conversione (l. dell'11 agosto 2014, n. 117). – 3. La riduzione della distanza tra gli effetti della misura cautelare e quelli della sentenza definitiva: prima lettura del rinvio operato dall'art. 275 co. 2 bis al comma 3 c.p.p. – 4. Le problematiche interpretative ancora sul tappeto. – 5. Il rinvio dell'art. 275 bis co. 2 al comma 3 c.p.p.: la reintroduzione del carcere nel caso di impellenti esigenze cautelari non altrimenti fronteggiabili. – 6. Conclusioni.

1. La sostanziale corrispondenza degli effetti della custodia cautelare in carcere e della pena da espiare in caso di condanna ha imposto una significativa rivisitazione dell'art. 275 c.p.p., con la previsione di limiti all'adozione della custodia cautelare in carcere, sì da rendere effettivo il principio di residualità espresso dal comma 3, primo periodo, della norma richiamata¹.

Il primo intervento risale al 1995, allorquando è stato introdotto il comma 2 bis dell'art. 275 c.p.p. che ha stabilito che «non può essere applicata la misura cautelare della custodia in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere disposta la sospensione condizionale della pena».

¹ C. DE ROBBIO, *Le misure cautelari personali*, Milano, 2016, 186 ss.

La norma, per la prima volta, incaricava il giudice di una previsione già in sede cautelare del possibile esito del futuro giudizio di merito, prefigurando gli sviluppi del compendio indiziario fino al momento conclusivo del processo di primo grado, pronosticando la pena che sarebbe stata comminata, in questo modo imponendo una valutazione di proporzionalità tra l'incidenza della misura da applicare sulla libertà dell'indagato e la sanzione che si riteneva sarebbe stata irrogata, unitamente ai requisiti previsti dall'art. 163 c.p.p. per la concessione della sospensione condizionale della pena.

Come noto, quest'ultima può essere concessa:

- a) di regola, in caso di condanna ad una pena non superiore a due anni di reclusione (art. 163 c.p.);
- b) se il giudice ritiene che il colpevole si asterrà in futuro dalla commissione di ulteriori reati (art. 164 c.p.).

Ebbene, già con tale previsione il legislatore impose al giudice, in sede di prima applicazione della misura cautelare custodiale del carcere o degli arresti domiciliari, una previsione in ordine alla pena inflitta all'esito del giudizio di primo grado, essendo precluse le predette misure nel caso di pena verosimilmente inferiore a due anni, unitamente ad una prognosi di non recidivanza che avrebbe consentito la concessione della sospensione condizionale della pena.

L'intento del legislatore di restringere l'utilizzo delle misure custodiali mirava a ridurre drasticamente il sovraffollamento carcerario che già nel 1995 aveva raggiunto livelli insostenibili per un Paese democratico. Tuttavia, le misure adottate, lungi dall'apportare i risultati sperati, non hanno impedito la messa in mora dell'Italia da parte della Comunità Europea, imponendo una drastica e immediata riduzione del numero di detenuti che affollano le carceri italiane, situazione che, nonostante gli indubbi miglioramenti rispetto alla situazione fotografata dalla Corte Europea Torreggiani nel gennaio 2013 – che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU a causa del trattamento “inumano e degradante” al quale erano sottoposti detenuti – continua oggi ad essere drammatica.

La predetta condanna da parte della Corte Europea ha indotto il legislatore ad intervenire nuovamente con una serie di misure che hanno ulteriormente ristretto la possibilità di applicare la custodia cautelare in carcere, tra le quali rileva la modifica all'art. 275 co. 2 bis c.p. apportata dall'art. 8 del D. L. 92/2014, convertito con modificazioni nella L. 11 agosto 2014, n. 117, mediante la quale è stato imposto al giudice, in sede di applicazione della custodia cautelare in carcere, una ulteriore prognosi – oltre a quella già prevista dall'art. 275 co. 2 c.p.p. – inerente questa volta esclusivamente la pena inflitta all'esito del processo; in particolare, interpolando l'art. 275 co. 2 bis c.p.p., è stata ulteriormente ristretta l'applicabilità della custodia cautelare in carcere, vietandola se il giudice ritenga che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata sia inferiore a tre anni di reclusione. In questo modo è stato previsto un limite all'applicazione della misura inframuraria che, anziché fondarsi sulla stabilità e certezza di una pena edittale stabilita di volta in volta dal legislatore nelle singole fattispecie di reato, è frutto di una prognosi operata dal giudice al momento in cui dovrà stabilire la misura in concreto da applicare, imponendogli

di prevedere, laddove ritenga che sussistano esigenze cautelari non fronteggiabili con una misura diversa da quella in carcere, che la pena detentiva che sarà presumibilmente irrogata con la sentenza definitiva di condanna sia superiore a tre anni di reclusione.

La modifica del comma 2, intervenuta con la novella del 1995, ineriva tanto la custodia cautelare in carcere quanto la misura degli arresti domiciliari, prevedendo un limite all'applicazione di tali misure detentive nel caso in cui sarebbe stata prevista la concessione della sospensione condizionale della pena all'esito del giudizio; essa impediva una inutile ed ingiusta restrizione della libertà mediante le misure cautelari più incisive allorché già al momento della loro applicazione era prevedibile che la pena non sarebbe stata eseguita per sospensione della stessa. Di contro, la modifica del comma 2 *bis* ha fatto fronte tanto ai moniti della Corte Europea quanto ai possibili esiti del procedimento nella fase esecutiva, superando la prognosi di due anni di reclusione prevista dal comma 2 per la concessione della sospensione condizionale della pena e apparentemente riducendo, fino ad eliminarla, ogni discrezionalità del giudice in ordine alla previsione di recidivanza futura. Che ciò sia avvenuto solo in apparenza è confermato – come di seguito sarà esaminato – dalla giurisprudenza formatasi immediatamente dopo l'intervento del legislatore, la quale ha fornito un'interpretazione non assolutistica del vincolo imposto.

Ebbene, tale modifica mira ad armonizzare il sistema cautelare con la fase esecutiva di espiazione della pena, divenendo ulteriore tassello di una piena sovrapposizione di due momenti processuali temporalmente distanti, assicurando una convergenza degli effetti da essi derivanti sui diritti individuali della persona, richiedendo che il grado di afflittività della misura applicata tenga conto degli esiti del processo su costei.

Benché identico sia il limite dei tre anni previsto dalla novella rispetto all'art. 280 c.p.p., diversi sono i criteri di valutazione: mentre l'art. 275 co. 2 *bis* c.p.p. considera la pena di tre anni in concreto inflitta con la sentenza definitiva, oggetto quindi di una prognosi al momento di applicazione della misura cautelare, l'art. 280 fornisce un parametro oggettivo riferito alla pena edittale massima prevista per il singolo delitto.

Entrambe le norme mirano a realizzare il medesimo obiettivo (evitare qualsiasi contatto dell'individuo con il carcere) in quanto accomunate – per ragioni tuttavia differenti – da una condanna ad una pena non superiore a tre anni di reclusione, ciò che consentirebbe di beneficiare di misure alternative: nell'art. 280 c.p.p. in quanto pena massima contemplata dal legislatore; nell'art. 275 co. 2 *bis* c.p.p. perché prevedibile al momento di applicazione della misura cautelare.

Orbene, mentre l'art. 280 c.p.p. opera per tutte le misure coercitive, la norma in esame riguarda la sola misura inframuraria, e risponde al principio della eseguibilità delle pene detentive inferiori a tre anni, in quanto anche la misura detentiva estrema non deve essere irrogata se la pena finale è inferiore a tale limite, essendo illogico e profondamente ingiusto che l'indagato sia privato della libertà nel corso dell'accertamento di un reato per il quale, in caso di condanna, la privazione di essa sia avvertita come sanzione eccessiva.²

² C. DE ROBBIO, *Le misure cautelari personali*, cit.

2. In sede di conversione del decreto legge n. 92/2014 (legge dell'11 agosto 2014, n. 117), il legislatore ha apportato modifiche al testo originario approvato dal Governo, venendo incontro alle perplessità rappresentate dai primi commentatori immediatamente dopo l'approvazione del decreto legge.³

In particolare, sono state previste numerose deroghe al principio stabilito dalla norma, consentendo in tali casi di applicare la custodia cautelare in carcere anche laddove il giudice preveda che la pena inflitta all'esito del giudizio sia inferiore a tre anni di reclusione.

La prima deroga di rilievo opera quando, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, gli arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati dall'art. 284 co. 1 c.p.p. Essa mira ad evitare che l'assenza di un domicilio idoneo, impedendo l'applicazione degli arresti domiciliari, renda a sua volta impossibile fronteggiare le sussistenti esigenze cautelari con la custodia cautelare in carcere per il limite imposto dall'art. 275 co. 2 *bis* c.p.p., con la conseguente libertà dell'imputato, posto che nessun parente o amico sarebbe più stato disposto a presentare la propria disponibilità ad accogliere in casa propria costui.

Parimenti, la clausola di esclusione degli artt. 276 comma 1 *ter* e 280 comma 3 c.p.p., posta in apertura del comma 2 *bis*, consente di applicare la custodia cautelare in carcere a titolo di aggravamento, da un lato, nel caso di trasgressione della misura degli arresti domiciliari, dall'altro, in caso di trasgressione delle prescrizioni inerenti altra misura anche in deroga ai limiti di anni tre di pena prevista.

Infine, fin dall'inizio è emersa la necessità di rendere impossibile l'applicazione della custodia in carcere per reati fenomenologicamente connotati da una allarmante violenza, al fine di assicurare sempre e comunque una adeguata tutela della vittima contro probabili, se non certi, comportamenti recidivanti, il più delle volte propri di soggetti incapaci di controllare i propri impulsi, nei confronti dei quali, pertanto, qualsiasi misura auto-custodiale, si sarebbe rivelata *ab origine* inadeguata.

Il legislatore, richiamando gli artt. 423 *bis*, 572, 612 *bis* e 624 *bis* e tutte le altre ipotesi previste dall'art. 4 *bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, ha parzialmente mutuato le ipotesi già contemplate dall'art. 656 co. 9 c.p.p. per le quali non è prevista la sospensione dell'ordine di esecuzione.

La legge di conversione ha peraltro modificato il testo previgente sostituendo l'inciso "pena da eseguire", con quello di "pena detentiva irrogata".

A bene vedere, fin dai primi commenti⁴ il tenore letterale della norma è apparso oscuro, posto che la quantità di pena ancora da eseguire, una volta detratto il pre-sofferto, può essere determinata soltanto al momento del passaggio in giudicato della sentenza, e non al momento in cui il giudice avrebbe dovuto decidere sull'applicazione della misura cautelare, e in cui sarebbe stato al più possibile una prognosi sulla pena che sarebbe stata inflitta.

³ F. VIGANÒ, *Una norma da eliminare*, cit.

⁴ F. VIGANÒ, *Una norma da eliminare*, cit.

3. La *ratio* della modifica dell'art. 275 co. 2 *bis* c.p.p. è da rintracciare, oltre nell'esigenza di far fronte ai moniti della Corte Europea, in quella di assicurare una tendenziale identità di effetti sulla libertà della persona tra il momento di applicazione della misura cautelare e quello di espiatione della pena, evitando che l'accesso al carcere sia consentito dalla prima qualora il soggetto possa beneficiare in sede di esecuzione di misure alternative.

L'art. 656 c.p.p., come noto, prevede che al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna il pubblico ministero sospenda l'esecuzione della pena detentiva non superiore – di regola – a tre anni, anche se costituente residuo di maggior pena, in modo da consentire al condannato, nei trenta giorni successivi, di formulare istanza di concessione di una misura alternativa alla detenzione. La sospensione della esecuzione ha lo scopo di evitare il passaggio in carcere per i condannati che si trovino in stato di libertà o agli arresti domiciliari al momento del passaggio in giudicato della sentenza, allorché possano beneficiare dell'affidamento in prova al servizio sociale, ovvero, della detenzione domiciliare o, in subordine, dell'esecuzione della pena presso il domicilio di cui alla legge 199/2010. Il condannato potrà ugualmente finire in carcere se il tribunale di sorveglianza lo riterrà immeritevole di tali benefici e nonostante la pena inflitta sia inferiore a tre anni di reclusione, tuttavia il legislatore muove da una prognosi favorevole circa la loro concessione.⁵

Nondimeno, la presunzione opera in *mala partem* allorché il soggetto si trovi in stato di custodia cautelare al momento del passaggio in giudicato della sentenza: l'art. 656 co. 9 lett. b) esclude la sospensione dell'ordine di esecuzione anche in pendenza della richiesta di concessione delle misure alternative, muovendo dalla presunzione che il tribunale di sorveglianza non concederà alcun beneficio, in quanto la persistenza della custodia in carcere è fondata, nella stragrande maggioranza dei casi, in un pericolo di reiterazione del reato o di fuga, ontologicamente incompatibili con qualsivoglia misura alternativa per espresso dettato normativo. In particolare, l'art. 47 co. 2 ord. pen. prevede che l'affidamento in prova è concesso «quando si può ritenere che il provvedimento ... assicuri la prevenzione del pericolo che [il condannato] commetta altri reati»; l'art. 47 *ter* co. 1 *bis* ord. pen. prevede che la detenzione domiciliare può essere concessa «quando non ricorrano i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale ... e sempre che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati»; l'art. 1 l. 199/2010 prevede che «la detenzione presso il domicilio non è applicabile ... quando vi è la concreta possibilità che il condannato possa darsi alla fuga ovvero sussistono specifiche e motivate ragioni per ritenere che il condannato possa commettere altri delitti ovvero quando non sussista l'idoneità e l'effettività del domicilio anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese».

Pertanto, colui che al momento della sentenza definitiva, indipendentemente da una pena inflitta superiore a tre anni di reclusione, si trovi detenuto in carcere, verosimilmente è già stato destinatario, al momento dell'applicazione della misura cautelare, di una previsione positiva in

⁵ F. VIGANÒ, *Una norma da eliminare*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

ordine al pericolo di reiterazione, con esclusione già in quella sede della possibilità di beneficiare di misure alternative al carcere.

A tale esigenza viene incontro il rinvio previsto in sede di conversione dall'art. 275 co. 2 bis al comma 3, laddove è stabilito che «la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitiva o interdittive, anche se applicate cumulativamente risultino indagate».

Pertanto, la nuova previsione dell'art. 275 co. 2 bis c.p.p. solo apparentemente ha svuotato di contenuto l'art. 656 co. 9 lett. b, nel senso che, a parte i casi di cui agli artt. 90 e 94 del DPR 309/90 e quelli introdotti dalla legge di conversione dell'11 agosto 2014 n. 117 a modifica del D.L. n. 92/14 (a cui si aggiungono le possibili quanto non trascurabili errate previsioni commesse in sede di applicazione della misura cautelare in ordine alla pena che sarebbe stata inflitta all'esito del giudizio), i condannati ad una pena fino a tre anni non potranno più trovarsi in stato di custodia cautelare al momento del passaggio in giudicato della sentenza, posto che nulla esclude l'applicazione della custodia cautelare in carcere nonostante i limiti previsti dall'art. 275 co. 2 bis c.p.p. nel caso di prognosi negativa sul comportamento futuro dell'imputato e di inadeguatezza di ogni altra misura meno afflittiva.

4. Nonostante gli interventi correttivi operati in sede di conversione, non sono mancate critiche verso una norma redatta in modo frettoloso, priva di coordinamento con l'intero impianto codicistico.

Come accennato, alla modifica illustrata non ha fatto seguito quella dell'art. 391 co. 5 c.p.p. che, modificato dal decreto legge n. 152 del 1991, convertito nella legge n. 203 del 1991, consente l'arresto anche fuori dei casi di flagranza della persona che ponga in essere una condotta di evasione, permettendo al giudice di applicare, se ne ricorrono i presupposti, una delle misure coercitive previste dalla legge in deroga ai limiti previsti dall'art. 280 e 271 co. 1 lett. c). In forza di tale norma era possibile applicare la custodia cautelare in carcere all'evaso all'esito dell'udienza di convalida, sebbene la pena massima edittale prevista dall'art. 385 c.p.p. fosse di tre anni di reclusione, dunque inferiore a quella richiesta dagli artt. 280 e 271 co. 1 lett. c). Essa trovava applicazione sol perché l'arresto dell'evaso doveva ritenersi legittimo anche se non operato in flagranza, in questo modo superando il limite all'operatività dell'art. 391 co. 5 c.p.p. ai soli casi in cui l'arresto fosse stato convalidato (Sez. 5, n. 16176 del 21/03/2017 - dep. 30/03/2017, Caputo, Rv. 27013301).

Ebbene, la novella dell'art. 275 co. 2 bis c.p.p. paradossalmente comporta che colui che è detenuto agli arresti domiciliari possa allontanarsi dal luogo di detenzione senza temere – almeno nell'immediato – il carcere.

In ordine a tale dato diversi sono stati gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità.

Un primo indirizzo reputa tuttora applicabile la custodia cautelare in carcere all'evaso nel procedimento per l'evasione, non ravvisando alcuna violazione dell'art. 275, co. 2-bis, c.p.p. nella parte in cui preclude l'applicazione della custodia cautelare in carcere in difetto di una

prognosi di condanna ultratriennale, perché «la norma contempla un'espressa clausola di riserva che lascia salva l'applicazione ... dell'art. 276, comma 1-ter, e ... dell'art. 280, comma 3, che appunto prevede l'ipotesi di colui il quale «abbia trasgredito alle prescrizioni inerenti ad una misura cautelare» (Sez. 4, 13 gennaio 2016, n. 1639 (dep. 18 gennaio 2016), Pepe).

La critica a questo indirizzo, tuttavia, trova fondamento in una lettura degli artt. 276, comma 1-ter e 280, comma 3, c.p.p., secondo cui queste norme si applicano solo nel solo procedimento “principale”, cioè in quello nel quale la misura degli arresti domiciliari sia stata violata, presupponendo che una misura sia già stata adottata. L'applicazione delle misure cautelari nel diverso procedimento che riguarda il reato di evasione, invece, è integralmente regolata dall'art. 391, comma 5, c.p.p., che non prevede alcuna deroga al divieto di applicazione della custodia in carcere previsto dall'art. 275, comma 2-bis, c.p.p.

Tale tesi, nella parte in cui riconduce la disciplina delle misure applicate all'esito della convalida dell'arresto fuori dei casi di flagranza solo all'art. 391, comma 5, c.p.p. e non alle disposizioni in tema di violazione del provvedimento cautelare, ha un riscontro nella giurisprudenza della Suprema Corte. E' stato affermato (Sez. 6, 1 ottobre 2015 n. 40994, pg in proc. El Mkhatr (dep. 12 ottobre 2015) Rv. 265609) che «... l'art. 276, comma 1-ter si colloca quindi all'interno della fattispecie cui si riferisce la disciplina dell'art. 280, comma 3, introducendo un obbligo di aggravamento specifico (salva l'ipotesi lieve) dove prima vi era una facoltà, prescindendo dall'entità della pena prevista dall'art. 280, comma 2. Ma tale norma non ha alcuna pertinenza alla diversa fattispecie della convalida dell'arresto per l'evasione, che rimane integralmente disciplinata dal solo art. 391, comma 5».

Un diverso orientamento giurisprudenziale ritiene che i limiti di applicabilità della misura della custodia cautelare in carcere previsti dall'art. 275 comma 2-bis, secondo periodo, c.p.p., possano essere superati dal giudice qualora ritenga, secondo quanto previsto dal successivo comma terzo, prima parte, della norma citata, comunque inadeguata a soddisfare le esigenze cautelari ogni altra misura meno afflittiva e ciò anche nel caso di evasione⁶. Secondo questa impostazione, la clausola di riserva che costituisce l'*incipit* del secondo periodo dell'art. 275, comma 2-bis, c.p.p. («salvo quanto previsto dal comma 3 ...») consente di derogare al presupposto per l'applicazione della custodia in carcere, adottando tale misura anche per reati, come l'evasione, la cui pena edittale non lo permetterebbe.

Sussistendo esigenze di cautela, in altri termini, nel selezionare la misura in concreto idonea alla salvaguardia delle medesime, il giudice è guidato dalla generale regola di cui all'art. 275, comma 3, primo periodo, c.p.p., che impone di adottare la custodia in carcere quando gli altri provvedimenti siano inadeguati⁷, secondo cui «tale disposizione (l'art. 275, comma 2-bis, c.p.p.)

⁶ Cass. pen., sez. VI, 27 gennaio 2016, n. 11045 (dep. 16 marzo 2016), Calia; Sez. 6, 27 gennaio 2016 n. 6271 (dep. 15 febbraio 2016), D'Ottavio; sez. IV, 18 settembre 2015 n. 43631 (dep. 29 ottobre 2015), Jovanovic, Rv. 264828, in una fattispecie in cui, peraltro, gli arresti domiciliari non potevano essere disposti non solo per la loro inadeguatezza, ma anche per la mancanza del luogo di esecuzione; sez. III, 27 febbraio 2015 n. 32702 (dep. 27 luglio 2015), Jabbar, rv. 264261).

⁷ Cfr., in motivazione, Cass. pen., sez. I, 1 ottobre 2015 n. 40887 (dep. 12 ottobre 2015) Alesse.

pone un evidente limite al potere discrezionale del giudice sia pur guidato dalla generale regola di cui all'art. 275, comma 3, primo periodo». Tale indirizzo sarebbe conforme alla *ratio* della norma di conformarsi a quanto previsto dall'art. 656 c.p.p., evitando qualsiasi contatto con il carcere laddove sussistano fondati presupposti di modalità alternative di espiazione. Nondimeno, lo stesso art. 656, comma 9, lett. b), c.p.p. esclude che la sospensione della esecuzione della pena detentiva a pena non superiore a tre anni di reclusione possa essere disposta nei confronti di coloro che, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovano in stato di custodia cautelare in carcere al momento in cui la sentenza diviene definitiva. Questa disposizione, non modificata dall'intervento legislativo del 2014, dimostra come lo stesso legislatore consideri la possibilità che, nonostante i limiti e le preclusioni previste dall'art. 275, comma 2-bis, c.p.p., la misura della custodia cautelare in carcere possa essere applicata quando il giudice ritenga possibile una condanna a pena uguale o inferiore a tre anni di reclusione e contestualmente reputi inutile, sul piano cautelare, ogni altra misura meno afflittiva⁸.

In senso contrario all'indirizzo illustrato, tuttavia, è stato affermato anche in giurisprudenza che la predetta clausola di riserva contenuta nell'art. 275, comma 2-bis, c.p.p. («salvo quanto previsto dal comma 3 ...») debba essere logicamente riferita alle fattispecie in deroga previste dall'art. 275, comma 3, c.p.p., dunque ai soli casi in cui opera la presunzione assoluta o relativa di adeguatezza della custodia in carcere, e non alla previsione generale che apre la disposizione richiamata, secondo cui, in presenza di una necessità di tutela della collettività, la misura più gravosa rappresenta l'*extrema ratio* per il giudicante.

La previsione dell'art. 656, comma 9, lett. b), c.p.p., invece, mirerebbe semplicemente a disciplinare il caso in cui il giudizio prognostico compiuto dal giudice della cautela sia stato smentito all'esito del giudizio di cognizione (nel senso che alla prognosi di condanna superiore a tre anni sia seguita di una pena di entità inferiore).

Tuttavia, come sarà di seguito esaminato, la giurisprudenza più recente da una interpretazione più ampia del rinvio operato dal comma 2 bis, ritenendo che lo stesso riguardi l'intero comma 3.

Sviluppando un argomento espresso dalla giurisprudenza della Suprema Corte, secondo cui la convalida dell'arresto per l'evasione è integralmente disciplinata dal solo art. 391, comma 5, c.p.p.⁹, è stato sostenuto che l'art. 391 comma 5, c.p.p. consente di applicare la custodia cautelare nel procedimento per il reato di evasione, svolgendo il ruolo di titolo legittimante tale più grave misura, mentre non assumerebbe rilievo, in senso contrario, l'art. 275, comma 2-bis, c.p.p. che prevede il giudizio prognostico che il giudice deve formulare rispetto alla pena cui il soggetto potrebbe essere condannato.

Questa impostazione è criticata in alcune decisioni della Suprema Corte, nelle quali è stato affermato che la deroga contenuta nell'art. 391, comma 5, c.p.p. alle “soglie di sbarramento” di

⁸ Cfr. in motivazione, Cass. pen., sez. VI, 5 luglio 2016, n. 32498, Vasta (dep. 26 luglio 2016); Cass. pen., sez. III, 27 febbraio 2015 n. 32702 (dep. 27 luglio 2015), Jabbar, Rv. 264261.

⁹ Cass. pen, sez. VI, 1 ottobre 2015 n. 40994, pg in proc. El Mkhatri (dep. 12 ottobre 2015), Rv. 265609.

cui agli artt. 274, comma 1, lett. c), e 280 c.p.p. non può ricomprendere anche quella di più recente introduzione *ex art.* 275, comma 2-*bis*, c.p.p. Una diversa lettura della norma, infatti, introdurrebbe un'eccezione in *malam partem* all'ordinario regime cautelare, laddove in tema di limitazioni alla libertà personale si deve procedere ad interpretazioni strettamente letterali delle norme, con assoluta esclusione di letture estensive e del ricorso all'analogia¹⁰. A sostegno di tale argomentazione, è stato aggiunto che il limite di pena previsto dall'art. 280 c.p.p., derogabile in forza della previsione di cui all'art. 391, comma 5, c.p.p., non è affatto omogeneo rispetto a quello previsto dall'art. 275, comma 2-*bis*, c.p.p.: il primo è relativo alla pena edittale prevista per il reato e persegue la funzione di introdurre una selezione fra le fattispecie delittuose, riservando solo a quelle connotate astrattamente da maggiore gravità la possibilità di adozione della misura più afflittiva; il secondo, invece, riguarda la gravità in concreto del reato per cui si procede e la pena che ragionevolmente si prevede che verrà irrogata al colpevole.

Una recente decisione della Suprema corte, infine, pur riguardando il diverso tema dell'ingiustificato allontanamento dal luogo di detenzione domiciliare disposta ai sensi dell'art. 47-ter della legge n. 354 del 1975, offre in motivazione uno spunto di riflessione sulla questione in esame¹¹.

La premessa della decisione è rappresentata dall'adesione all'indirizzo giurisprudenziale consolidato secondo cui l'art. 3 del decreto legge n. 152 del 1991, che come si è visto consente l'arresto anche fuori dai casi di flagranza di colui che ha posto in essere una condotta di evasione, si applichi anche all'ipotesi di trasgressione alla detenzione domiciliare. Ciò consente l'estensione a questa fattispecie anche dell'art. 391, comma 5, c.p.p., che permette, sussistendone i presupposti, l'applicazione di una misura coercitiva superando i limiti di pena previsti dagli artt. 274, comma 1, lett. c) e 280 del codice di rito¹².

La norma dettata dal codice di rito in tema di convalida dell'arresto fuori dei casi di flagranza, tuttavia, non permette di derogare alla condizione per l'applicazione della misura della custodia in carcere di cui all'art. 275, comma 2-*bis*, c.p.p. nel caso di trasgressione alla detenzione domiciliare. Il rinvio agli artt. 276, comma 1-ter e 280, comma 3, c.p.p. o alla mancanza di uno dei luoghi indicati nell'art. 284, comma 1, c.p.p., infatti, riguarda solo l'evasione dagli arresti domiciliari e non la violazione della detenzione domiciliare¹³.

Ebbene, secondo la Suprema corte tale preclusione piuttosto che identificarsi in una svista del legislatore, trova la sua *ratio essendi* nella necessità di evitare inutili sovrapposizioni cautelari, col rischio di valutazioni contrastanti, ben potendo il giudice della misura cautelare principale pervenire ad una valutazione dei tenuità del fatto, tale da non ritenere di aggravare la misura

¹⁰ Cass. pen., sez. VI, 5 luglio 2016, n. 32498, (dep. 26/07/2016), Vasta; sez. VI, 23 giugno 2016 n. 31583 (dep. 21 luglio 2016), Halilovic.

¹¹ Cass. pen., sez. VI, 23 giugno 2016 n. 31583 (dep. 21 luglio 2016), Halilovic.

¹² Cfr. Cass. pen., sez. VI, 17 dicembre 2004, n. 6097 (dep. 17 febbraio 2005), Valente, Rv. 230992, nonché, di recente, sez. VI, 14 gennaio 2014 n. 4139 (dep. 29 gennaio 2014), Rv. 258255.

¹³ Cfr. negli stessi termini, Cass. pen., sez. VI, 5-7-2016, n. 32498 (dep. 26 luglio 2016), Vasta.

originaria, a fronte di una custodia cautelare inflitta all'esito dell'udienza di convalida dell'arresto per evasione. Si afferma, infatti, che il legislatore ha disegnato «un sistema normativo che affida in modo tutt'altro che illogico la reazione alla trasgressione delle prescrizioni concernenti il divieto di allontanarsi dai luoghi in cui sono attuate le misure cautelari e detentive domiciliari unicamente agli specifici meccanismi propri alla gestione di quelle misure, eliminando la sovrapposizione di valutazioni - e la possibilità di confliggenti esiti - permessa, prima della citata novella, dall'art. 391, comma 5, c.p.p. in tutti i casi di evasione puniti ai sensi del primo comma dell'art. 385 c.p.». Orbene, il riferimento agli specifici meccanismi di gestione delle misure come unici strumenti di reazione apprestati dall'ordinamento per la loro trasgressione e quello all'obiettivo di evitare possibili esiti confliggenti dei giudizi potrebbero lasciare trapelare l'opinione secondo cui un provvedimento custodiale, ove ne ricorrano i presupposti, trattandosi cioè di un fatto che non possa essere definito «lieve», possa essere adottato soltanto nel procedimento «principale».

5. L'entrata in vigore del decreto legge 92/14 portò con sé strascichi di critiche da parte della dottrina e della giurisprudenza in quanto la rigidità posta dall'impossibilità di applicare la custodia cautelare in carcere laddove fosse pronosticabile una pena non superiore a tre anni di reclusione all'esito del giudizio trascurava del tutto le esigenze cautelari nel caso di ritenuta sussistenza del pericolo di reiterazione non fronteggiabile con misure meno afflittive. Questa la ragione che indusse la dottrina a suggerire l'abrogazione della predetta norma, in quanto l'introduzione di una clausola generale che avesse consentito al giudice di applicare la misura cautelare del carcere nei casi di grave pericolo di reiterazione del reato, avrebbe significato reintrodurre dalla finestra quelle stesse esigenze cautelari indicate in via generale dall'art. 274 c.p.p., che si volevano solennemente cacciate dalla porta per tutti gli imputati per i quali potesse effettuarsi una prognosi di pena detentiva non superiore, in concreto, ai tre anni. Si osservò giustamente che l'introduzione di una clausola di tale portata per la sola reiterazione del reato, sarebbe stata irragionevole se non estesa anche al pericolo di fuga o di inquinamento probatorio.¹⁴

E tuttavia, in sede di conversione, secondo la prevalente giurisprudenza, il legislatore ha adottato tale *escamotage* allorché ha introdotto la clausola di esclusione del comma 3 quale incipit della norma in esame.

Recita l'art. 275, comma 2-bis: «Non può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. Salvo quanto previsto dal comma 3 e ferma restando l'applicabilità degli articoli 276, comma 1-ter, e 280, comma 3, non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni. Tale disposizione non si applica nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423-bis, 572, 612-bis e 624-bis del codice penale, nonché all'arti-

¹⁴ F. Viganò, *Una norma da eliminare*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

colo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, e quando, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, gli arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'articolo 284, comma 1, del presente codice».

E' certo che il limite triennale riguarda esclusivamente la applicabilità della custodia cautelare in carcere, come reso palese dal tenore della norma che nel suo "incipit" accomuna espressamente le due misure cautelari detentive (custodia cautelare in carcere e arresti domiciliari), salvo considerare, nel suo successivo paragrafo, solo quella più grave.

E' chiara la "ratio" dell'intervento legislativo: impedire a chi si ritiene che non dovrà espiare la pena in carcere ogni inutile contatto con la realtà inframuraria. Occorre tuttavia considerare che, secondo quanto prevede lo stesso art. 656, comma 9, lett. b), c.p.p., la sospensione della esecuzione della pena detentiva a pena non superiore a tre anni di reclusione non può essere disposta nei confronti di coloro che, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovino in stato di custodia cautelare in carcere al momento in cui la sentenza diviene definitiva.

Si tratta di regola non modificata dall'intervento legislativo del 2014, che dimostra come lo stesso legislatore contempli la possibilità che, nonostante i limiti e le preclusioni previste dall'art. 275, comma 2-bis, secondo paragrafo, la misura della custodia cautelare in carcere possa essere applicata quando il giudice ritenga possibile una condanna a pena uguale o inferiore a tre anni di reclusione e contestualmente reputi inutile, sul piano cautelare, ogni altra misura meno afflittiva (tanto varrebbe, allora, non applicare affatto alcuna misura cautelare).

Ebbene, in un caso inerente il reato di cui all'art. 73 DPR 309/90, la Suprema Corte (sentenza sez. III, 27.2.15, n. 32702), ha chiarito che al di là della sussistenza dell'aggravante dell'ingente quantità, ostava la concessione di una misura cautelare meno afflittiva il fatto che l'imputato aveva commesso il reato allorquando si trovava agli arresti domiciliari per altra causa, con ciò dando prova dell'idoneità di ogni altra misura meno afflittiva di quella più grave a contenere il pericolo di reiterazione. Secondo la Suprema corte, correttamente era stata applicata la regola prevista dall'art. 275, comma 3, c.p.p., fatta salva dal precedente comma 2-bis, secondo la quale il giudice che ritenga comunque inadeguata ogni misura cautelare meno afflittiva, può prescindere dai limiti di applicabilità della custodia cautelare in carcere previsti dall'art. 275, comma 2-bis, secondo paragrafo, cod. proc. pen., come introdotto dall'art. 8, comma 1, dl. 26 giugno 2014, n. 92, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 117.

In questi casi la condanna viene eseguita anche se la pena da scontare non è superiore a tre anni.

Secondo la Suprema corte, correttamente era stata applicata la regola prevista dall'art. 275, comma 3, c.p.p., fatta salva dal precedente comma 2-bis, secondo la quale il giudice che ritenga comunque inadeguata ogni misura cautelare meno afflittiva, può prescindere dai limiti di applicabilità della custodia cautelare in carcere previsti dall'art. 275, comma 2-bis, secondo paragrafo, c.p.p., come introdotto dall'art. 8, comma 1, dl. 26 giugno 2014, n. 92, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 117.

In conclusione, «il giudice può prescindere dai limiti di applicabilità della custodia cautelare in carcere previsti dall'art. 275, comma 2-bis, secondo paragrafo, c.p.p., come introdotto dall'art. 8, comma 1, d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 117, quando, ai sensi del successivo comma 3, prima parte, ritenga comunque inadeguata ogni misura cautelare meno afflittiva a soddisfare le esigenze cautelari».

In un'altra decisione¹⁵ la Suprema corte è andata oltre il superamento dei limiti fissati dall'art. 275 co. 2 bis cod. proc. pen. in sede di applicazione *ab origine* di una misura cautelare stabilendo che «in materia di misure cautelari personali, il limite di tre anni di pena detentiva necessario per l'applicazione della custodia in carcere, previsto dall'art. 275, comma secondo bis, cod. proc. pen., come novellato dal D.L. 26 giugno 2014, n. 92, nel testo anteriore alle modificazioni introdotte dalla legge di conversione 11 agosto 2014, n. 117, deve essere oggetto di valutazione prognostica solo al momento di applicazione della misura», richiamando altra decisione del medesimo tenore¹⁶. Nel medesimo contesto, la Corte ha avuto modo di precisare che, superata l'indicata fase, e quindi nel corso della protrazione della misura stessa, l'indicato meccanismo non trovi più applicazione, valendo piuttosto il contenimento della pena detentiva irrogata ad assumere «rilievo non in termini di automatismo, ma solo ai fini del giudizio di perdurante adeguatezza del provvedimento coercitivo, a norma dell'art. 299, cod. proc. pen.»¹⁷.

In altre parole, in fase di prima applicazione di una misura cautelare i limiti stabiliti dall'art. 275 co. 2 bis sono la regola, mentre l'eccezione è da rintracciare nel richiamato comma 3, primo periodo, secondo cui «la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate».

Tale ultima pronuncia assume pregnante rilievo al fine di comprendere quali siano i criteri direttivi per poter effettuare una valevole prognosi in sede di applicazione della misura cautelare in merito alla pena prospettabile all'esito del giudizio. Ebbene, censurata l'ordinanza del tribunale del riesame che aveva valorizzato la sola incensuratezza dell'interessato e la mancata contestazioni di aggravanti, la Suprema corte richiama tutti gli indici sintomatici della gravità e della capacità a delinquere, come compiutamente declinati secondo previsione di norma (art. 133 c.p.). Tale conclusione conferma la tendenza, tonificata dagli ultimi interventi normativi, nonché dalla interpretazione sovente fornita dalla Suprema corte, di una sovrapposizione alla valutazione del cautelare del giudizio di colpevolezza, dovendo nella prima fase il giudice tener conto di tutti i parametri che orientano la seconda fase.

In un'ulteriore pronuncia¹⁸, la Suprema corte ha avuto occasione di ribadire i principi testé esposti, dandone una interpretazione dal tenore ben più ampio rispetto al caso prospettato. In dettaglio, il ricorrente si lamentava che, rispetto ad una ipotesi di misura cautelare in corso, il giudice del provvedimento impugnato non aveva interpretato il limite dei tre anni della pena da

¹⁵ Cass. pen., sez. VI, 05 novembre 2015, n. 47302.

¹⁶ Cass. pen., sez. VI, 16 dicembre 2014, n. 1798, IIa.

¹⁷ Cass. pen., n. 1798, cit..

¹⁸ Cass. pen., sez. VI, 16 dicembre 2014, n.1798, IIa.

eseguire (previsto dall'art. 275 comma 2 bis) con riferimento alla concreta eseguibilità della sanzione, da determinarsi considerando la pena comminata, dedotto il presofferto.

In altre parole, si proponeva una interpretazione della norma *de quo* che imponesse una verifica costante della correlazione tra misura cautelare in atto e pena irroganda.

Benché nel caso di specie si discutesse della necessità di un controllo continuativo della pena in concreto da espiare, proponendo la tesi che l'art. 275 co. 2 trovasse applicazione anche laddove il limite dei tre anni sia solo il residuo di essa dedotto il presofferto, la Suprema corte ha colto l'occasione per ribadire che «la novella invocata è inserita nell'ambito della disciplina in materia di adeguatezza delle misure da applicare, che costituisce oggetto di valutazione immediatamente successiva a quella della sussistenza delle esigenze cautelari, ed è priva di un collegamento funzionale con l'obbligo di costante verifica della correlazione tra misura cautelare in atto e pena irroganda, che permetta, ai fini dell'esecuzione della prima, la considerazione degli eventi verificatisi successivamente, come richiesto nell'art. 300 c.p.p. né risulta essere stato istituito un collegamento diretto tra l'esecuzione della misura e l'effetto sospensivo dell'esecuzione della pena per le sanzioni inferiori ai tre anni, di cui all'art. 656 c.p.p., comma 9 o emanata in proposito una disciplina transitoria che imponesse la rivalutazione degli elementi di adeguatezza alla luce della nuova disposizione, per tutte le misure già applicate.

L'omessa previsione, pur a fronte della presenza di progetti di modifica in tal senso, evidenzia la scelta del legislatore di consentire il permanere di una cesura tra custodia cautelare, per la cui applicazione intervengono valutazioni di necessario bilanciamento tra esigenze di libertà e di sicurezza dei cittadini, ed esecuzione della pena, che in maniera diversa riguarda l'individuazione delle possibilità di recupero più idonee per il condannato. Tale differenza, unitamente al vuoto normativo già richiamato, non permette l'applicazione dei criteri di cui all'art. 275 c.p.p., comma 2 *bis* nel corso del procedimento, quando la misura cautelare sia già in atto; la circostanza delimita la necessità di tale prognosi alla fase applicativa della misura, come del resto previsto dalla collocazione della disposizione invocata, ed esclude la presenza di un obbligo di costante analisi, sulla base degli effettivi e concreti sviluppi del procedimento, con valutazione che deve avere quale orizzonte valutativo l'esito del giudizio, anche nella versione meno rigorosa, prevista letteralmente nel decreto di cui si invoca l'applicazione, non le determinazioni che intervengono nelle fasi intermedie, con la considerazione del presofferto, non autorizzandolo il testo della disposizione richiamata.

Rispetto a tali diverse condizioni di fatto l'unica sollecitazione possibile è quella di una nuova valutazione di merito dell'adeguatezza della misura, secondo le previsioni di cui all'art. 299 c.p.p., non il riferimento all'automatismo invocato dall'interessato, la cui operatività, oltre a non essere confermata dalla lettera e dalla collocazione e coordinazione della norma all'interno del sistema, non permette l'analisi complessiva delle caratteristiche oggettive e soggettive dell'azione, che sono invece strettamente funzionali all'analisi della pericolosità e della sua attualità, elementi di valutazione essenziali per la natura stessa della misura provvisoria in atto e delle esigenze cautelari che ne hanno imposto l'applicazione».

In altre parole, la Suprema corte coglie l'occasione per ribadire che l'assenza di un collegamento tra l'esecuzione della pena e l'effetto sospensione di cui all'art. 656 co. 9 c.p.p., nonché l'assenza di una disciplina che imponga una rivisitazione di tutte le misure inframurarie applicate prima della entrata in vigore della novella, conferma che la valutazione prognostica deve operare immediatamente dopo la ritenuta sussistenza delle esigenze cautelari, escludendo una sua perdurante operatività che tenga conto degli effettivi e concreti sviluppi del procedimento, i quali saranno tutt'al più vagliati secondo i canoni cristallizzati dall'art. 299 c.p.p., che, escludendo qualsivoglia automatismo, si fonda esclusivamente sulle caratteristiche oggettive e soggettive dell'azione.

Il principio sopra esposto ha trovato riscontro in altre pronunce con le quali la Suprema corte ha ribadito che «in materia di misure cautelari personali, il limite di tre anni di pena detentiva necessario per l'applicazione della custodia in carcere, previsto dall'art. 275, comma secondo *bis*, c.p.p., come novellato dal D.L. 26 giugno 2014, n. 92, nel testo anteriore alle modificazioni introdotte dalla legge di conversione 11 agosto 2014, n. 117, deve essere oggetto di valutazione prognostica solo al momento di applicazione della misura, ma non anche nel corso della protrazione della stessa, con la conseguenza che il presupposto assume rilievo non in termini di automatismo, ma solo ai fini del giudizio di perdurante adeguatezza del provvedimento coercitivo, a norma dell'art. 299, c.p.p.»¹⁹.

Infine, evocando nuovamente l'art. 275 co. 3, è stata richiamata la decisione n. 32702 del 2015 (sopra esaminata) al fine di ribadire che i «i limiti di applicabilità della misura della custodia cautelare in carcere previsti dall'art. 275, comma secondo *bis*, secondo periodo, c.p.p. (testo introdotto dal D.L. 26 giugno 2014, n. 92, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 117) possono essere superati dal giudice qualora ritenga, secondo quanto previsto dal successivo comma terzo, prima parte, della norma citata, comunque inadeguata a soddisfare le esigenze cautelari ogni altra misura meno afflittiva». Applicando questa interpretazione della correlazione tra i due commi dell'articolo in questione la Corte di cassazione ha confermato l'orientamento del tribunale del riesame che aveva ritenuto necessario applicare la detenzione intramuraria, poiché la violazione delle prescrizioni commessa dall'interessato rivelava, incisivamente, l'inadeguatezza della detenzione domiciliare in ragione della inaffidabilità dell'indagato.

6. La tendenza della giurisprudenza di legittimità a stemperare un'interpretazione assolutista dell'art. 275 co. 2 *bis* c.p.p., trova il suo fondamento nel ruolo che tale norma assume esclusivamente al momento di applicazione di una misura cautelare, escludendo un continuo adeguarsi della portata di quest'ultima alla pena, laddove ad una prognosi falsificata dalla condanna inflitta all'esito del giudizio facciano da contraltare delle esigenze cautelari non altrimenti fronteggiabili se non con la custodia in carcere.

¹⁹ Cass. pen., sez. IV, 26 marzo 2015, n. 13025, Iengo, Rv. 26296101.

D'altro canto, indiscutibile è la coerenza rispetto al sistema ravvisabile anche in quella parte della giurisprudenza che esclude una applicazione categorica dell'art. 275 co. 2 *bis* c.p.p. anche in fase di prima applicazione della misura cautelare, laddove, come ad esempio osservato per l'ipotesi di evasione degli arresti domiciliari, il rimando al comma 3 consenta nuovamente di valorizzare le esigenze cautelari per giustificare un'applicazione della più estrema delle misure cautelari.

Ed infatti, l'art. 656 co. 9 c.pp. esclude la sospensione dell'esecuzione della pena per colui che si trovi in stato di custodia cautelare in carcere, valorizzando a tal fine il peso soverchiante delle esigenze cautelari non altrimenti fronteggiabili, le quali precludono anche nel caso di pena inferiore a tre anni di reclusione, l'applicazione di misure alternative al carcere.

Tuttavia, tale impostazione ha indubbiamente attenuato la novità che si prospettava con la norma in esame, la cui utilità - a ben vedere - può essere rintracciata nel tentativo del legislatore ricordare "ai giudici di essere giudici".

In realtà, un tentativo del genere lo si rintraccia già nella novella che ha interpolato l'art. 292 co. 2 lett. c *bis* (art. 8 comma 1 L. 16 aprile 2015, n. 47), allorché tra i requisiti dell'ordinanza cautelare è stato positivizzato quello della autonoma valutazione dei motivi, ciò che un giudice dovrebbe assicurare a prescindere da una espressa previsione.

Ebbene, la modifica dell'art. 275 co. 2 *bis* c.p.p., così come interpretata, da un lato consente di evitare un abbassamento del livello di sicurezza pubblica, laddove impellente sia il rischio di recidiva non altrimenti evitabile se non con il carcere, dall'altro tonifica l'estrema ratio di tale misura, ponendo come regola la sua non operatività nel caso di prognosi di pena inferiore a tre anni, e come eccezione stringenti esigenze cautelari che ovviamente necessiteranno di una motivazione adeguata e non di mero stile.

Il minore ‘fonte di prova debole’ e l’obbligo della rinnovazione dell’istruzione dibattimentale

MARIA CARLA IAZZETTI

ABSTRACT

In order to address the matter concerning ascertaining the liability of the accused, in penal procedure about sexual abuses of a minor, it is surely necessary to analyse the legislation that, in criminal procedure code, is dedicated to hearing of minors. But it is also essential to look beyond the legislative text: it is required to inspect the reason of this legislation and its correlation with the fundamental principle of Italian criminal proceeding. This criminal proceeding, indeed, is in continuous evolution, especially for its second degree of judgment. The recent sentences of Court of cassation - so called Dasgupta e Patalano - and the resulting introduction of the article 603 sub. 3 bis c.p.c., require this working method. Indeed, we have to wonder the effects that the duty to renew preliminary hearings in the second degree of judgment, will produce on this specific criminal proceeding. In the absence of specific legislation, the present work tries to highlight both the risk caused by this new legal provision and the solutions that could balance the need to protect the minor with the right of defence of the accused.

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi. – 2. Il ribaltamento in appello delle sentenze di proscioglimento nell’elaborazione giurisprudenziale. – 3. I criteri di decisività e di attendibilità della prova. – 4. La rinnovazione dell’istruzione dibattimentale a partire dalla giurisprudenza della Corte edu. 5. Il nuovo comma 3-bis dell’art. 603 c.p.p. e i riverberi sul minore fonte dichiarativa.

1. Quello concernente l’accertamento della responsabilità penale dell’imputato nei procedimenti per abuso sessuale su minori, è tema che lega tra loro molti e differenti piani di riflessione. Esso pone certamente l’attenzione sul complesso delle disposizioni che il nostro codice di procedura penale predispone per l’ascolto del minore nel corso del procedimento, dalla fase delle indagini a quella del dibattimento; ma richiede altresì una riflessione che vada al di là della *littera legis*, al fine di individuare la *ratio* ad essa sottesa, i principi costituzionali implicati, nonché le interrelazioni con il “sistema processo” nelle sue costanti evoluzioni, non escluso il secondo grado di giudizio.

A rafforzare la convinzione dell’opportunità di tale metodo d’indagine sono i recenti approdi della giurisprudenza di legittimità¹ e la conseguente introduzione del comma 3-bis dell’art. 603 c.p.p.,

¹ Il riferimento è alle sentenze a Sezioni unite n. 27620 del 6 Luglio 2016 (ud. 28 marzo 2016, c.d. sentenza Dasgupta) e n. 18620 del 14 Aprile 2017 (ud. 19.01.2017, c.d. sentenza Patalano). Con la prima sentenza le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno affermato il principio di diritto secondo cui «la previsione contenuta nell’art. 6, par. 3, lett. d), della

ad opera della c.d. Legge Orlando². Stabilendo che il giudice d'appello che voglia ribaltare la sentenza di assoluzione di primo grado, fondata su prove dichiarative, debba procedere alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, l'interpolazione normativa – e a monte la storica decisione delle Sezioni Unite – si inserisce, in maniera incisiva, sulla trattazione dedicata ai processi per abusi sessuali su minore. Anzi, essa impone all'interprete di soffermarsi sulla giurisprudenza della Corte EDU, dedicata ai procedimenti concernenti questi reati e sugli orientamenti della nostra Corte di Cassazione, per scoprire come, in fondo, tutto ruoti attorno ad una centrale domanda: come garantire un procedimento penale che protegga il minore coinvolto e, contemporaneamente, rispetti il diritto di difesa dell'imputato? Come accertare la colpevolezza dell'imputato nei procedimenti per abusi sessuali ai danni di un minore “al di là di ogni ragionevole dubbio”?

2. L'attenzione al tema è imposta dalle recenti evoluzioni della giurisprudenza di legittimità in materia; evoluzioni all'origine del nuovo comma 3 *bis* dell'art. 603 c.p.p., inserito con la c.d. legge Orlando (L. n. 103/2017), entrata in vigore lo scorso agosto.

Per quel che concerne la giurisprudenza della Suprema corte, si rinvia alle celebri sentenze delle Sezioni unite n. 27620 del 6 Luglio 2016 (ud. 28.04.2016, cd. Sentenza Dasgupta) e n. 18620 del 14 Aprile 2017 (ud. 19.01.2017, c.d. sentenza Patalano). Attraverso queste sentenze, difatti, la Cassazione ha sostanzialmente recepito il suddetto consolidato orientamento Cedu sul ribaltamento in appello delle sentenze di proscioglimento, fornendo una lettura convenzionalmente orientata dell'articolo 603 comma 3 del c.p.p.. Nel riformare il processo penale, poi, il Legislatore ha recepito (ma sul punto sarà opportuno soffermarsi) tale giurisprudenza, inserendo il comma 3 *bis* nell'art. 603 c.p.p., ai sensi del quale «nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.»

Il tema tocca, ancora una volta, il cuore del modello di procedimento penale accolto nel nostro ordinamento, ponendo l'attenzione su contraddittorio, oralità, immediatezza e requisiti cui debba at-

Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, relativa al diritto dell'imputato di esaminare o fare esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico, come definito dalla giurisprudenza consolidata della Corte EDU, la quale costituisce parametro interpretativo delle norme processuali interne, implica che, nel caso di appello del pubblico ministero avverso una sentenza assolutoria, fondata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, il giudice di appello non può riformare la sentenza impugnata nel senso della affermazione della responsabilità penale dell'imputato, senza avere proceduto, anche d'ufficio, a norma dell'art. 603, comma 3, cod. proc. pen., a rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado.» Con la sentenza Patalano, poi, la Suprema corte ha affermato la portata generale del suddetto principio, applicabile anche nel caso di giudizio abbreviato: «È affetta da vizio di motivazione ex art. 606, comma 1, let. e), cod. proc. pen. per mancato rispetto del canone di giudizio “al di là di ogni ragionevole dubbio”, di cui all'art. 533, comma 1, cod. proc. pen., la sentenza di appello che, su impugnazione del pubblico ministero, affermi la responsabilità dell'imputato, in riforma di una sentenza assolutoria emessa all'esito di un giudizio abbreviato, operando una diversa valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, senza che nel giudizio di appello si sia proceduto all'esame delle persone che abbiano reso tali dichiarazioni.»

² Introdotto con la Legge n. 103 del 2017, entrata in vigore il 3 Agosto 2017, il comma 3 *bis* dell'art. 603 c.p.p. recita: «Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.»

tenersi il giudice di merito nella motivazione della decisione. Riflessioni autorevolissime che, guardando al “generale”, arricchiscono i ragionamenti che il tema del presente lavoro si propone di affrontare con riferimento al “particolare” dei procedimenti per abusi che coinvolgano minori.

Ciò premesso, torniamo all’orientamento consolidatosi in seno alla Corte edu.

La Corte europea dei diritti dell’uomo – con una pluralità di sentenze che trovano la propria origine nella citata sentenza del 1989³ ed il proprio pilastro di riferimento nella recente sentenza Dan c. Moldavia del 05.11.2011 – ha ritenuto che sia iniquo il giudizio di secondo grado all’esito del quale il giudice condanni l’imputato assolto in primo grado, sulla base della sola rivalutazione cartolare delle dichiarazioni ritenute decisive per l’affermazione della sua responsabilità, senza procedere ad ascoltare nuovamente i testi che in primo grado resero quelle dichiarazioni. Secondo i giudici di Strasburgo, si configura in tali casi una violazione del diritto dell’imputato «di esaminare o fare esaminare i testi a proprio carico e ottenere la convocazione e l’esame dei testimoni a discarico» (art. 6 par. 3 let. d Cedu), e dunque del diritto di difesa dello stesso, rispettato invece ogni qual volta si proceda alla rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale con riferimento alle testimonianze che si ritengano decisive. Così statuendo, «pur negli istituzionali confini di un vaglio circoscritto al caso di specie, la Corte tratteggia il perimetro dell’attività cognitiva e valutativa del giudice d’appello e, specularmente, del diritto alla rinnovazione: nell’ipotesi della riforma dell’assoluzione in condanna, la mancata rinnovazione della prova dichiarativa decisiva ai fini della pronuncia sulla responsabilità finisce per vincolare il percorso cognitivo e decisorio del giudice d’appello, che tale protocollo testimoniale non potrà legittimamente rivalutare e porre a fondamento della sentenza senza la riassunzione della relativa fonte, pena la violazione del diritto di difesa.»⁴

Più precisamente, quanto alla *ratio* sottesa alla rinnovazione dell’istruttoria per le prove dichiarative che saranno poste a fondamento della decisione del giudice di secondo grado, secondo i giudici della Corte edu, l’attenzione va soffermata sul principio dell’immediatezza: di assoluta rilevanza ed imprescindibilità. Si dice, nel chiedere il contatto diretto tra prova e giudice che la valuterà e deciderà, tale principio non può che orientare tanto il giudizio di primo grado quanto quello d’appello⁵.

Per quel che concerne i poteri di cognizione e decisione del giudice d’appello, la sentenza Dan c. Moldavia fornisce una limpida indicazione sul punto: il riferimento è ai casi in cui ai giudici d’appello sia riconosciuta la possibilità di rivalutare, anche integralmente, il fatto storico e riformare la sentenza adottata nei confronti dell’imputato all’esito del giudizio di primo grado.⁶

³ Tra le altre: sentenza Cedu Costantinescu c. Romania del 27.06.2000; Sigurbør Arnarsson c. Islanda del 15.07.2003; Destrehem c. Francia del 18.05.2004; Garcia Ruiz c. Spagna del 21.01.2006.

⁴ S. TESORIERO in «La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu» in *Diritto Penale Contemporaneo* - rivista trimestrale n. 3-4 del 2014, 243.

⁵ Per l’attenzione posta sul principio di immediatezza in rapporto alla necessità di ascoltare nuovamente in appello i testi che abbiano reso dichiarazioni decisive, A. Gaito rinvia alle sentenze Corte Edu, P.K c. Finland del 2002, e Corte Edu, Milan c. Italia del 2003. A. GAITO in «Vecchio e nuovo a proposito della rinnovazione in appello» in *Arch. pen.*, 2015, n. 3, 1.

⁶ Nella sentenza si legge: «where an appellate court is called upon to examine a case as to the facts and the law and to make a full assessment of the question of the applicant’s guilt or innocence, it cannot, as a matter of fair trial, properly determine those issues without a direct assessment of the evidence».

Corte EDU, Dan c. Moldavia, 05.11.2011, § 30. Il passo della sentenza è riportato da Tesoriero, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, 242 nota 13.

Nella stessa sentenza peraltro, come nelle successive ad essa conformi, i giudici di Strasburgo nel rilevare la necessità della rinnovazione dell'istruzione in appello, fanno riferimento alle "prove decisive"⁷. La lettura delle argomentazioni addotte dalla Corte in questa e nelle altre sentenze ad essa conformi, porta a rilevare che il concetto attiene sostanzialmente al peso della singola prova nell'economia della decisione adottata ed in rapporto all'intero quadro probatorio come risultante dal giudizio di primo grado: per prova "decisiva" deve intendersi quella che ha influito in modo preminente sulla decisione del giudice di prime cure⁸.

Rinnovare l'audizione dei testi che abbiano reso in primo grado le dichiarazioni aventi un tale "peso" nel complessivo quadro probatorio a carico dell'imputato, è ciò che permetterà al giudice di secondo grado di valutarne compiutamente l'attendibilità. Il contatto diretto del giudice con la prova dichiarativa – è solo a questa tipologie di prove che si fa riferimento – garantirà il rispetto del diritto dell'imputato di esercitare la propria difesa anche dinanzi al giudice di secondo grado.

Orbene, così delineata la giurisprudenza Edu in materia, è opportuno guardare alla lettura che di questa giurisprudenza è stata negli anni data dalla Corte di cassazione. Come accennato, l'orientamento dei giudici della Suprema corte trova oggi la propria espressione in due recenti interventi delle Sezioni unite, del Luglio 2016 (c.d. sentenza Dasgupta) e dell'Aprile 2017 (c.d. sentenza Patalano).

In particolare, come si chiarirà di qui a poco, con la seconda la Suprema corte ha di fatto ribadito il principio di diritto affermato con il primo intervento, chiarendone la valenza non solo nel giudizio ordinario, ma anche in quello abbreviato ed in particolare nel c.d. abbreviato non condizionato.

Va detto, peraltro, che tali sentenze costituiscono solo il punto di arrivo di un lungo e non sempre lineare percorso di recepimento della giurisprudenza convenzionale. La stessa sentenza a Sezioni unite del luglio 2016, fornisce una riassuntiva ricostruzione delle posizioni assunte dalla giurisprudenza interna nel corso degli anni, ponendo in luce tra l'altro il legame tra la suddetta giurisprudenza ed il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, sancito dal legislatore del 2006 nell'articolo 533 c.p.p.

Fin dai primi anni 2000, chiamata ad intervenire in casi di totale riforma della sentenza assolutoria di primo grado operata dal giudice d'appello, la Cassazione aveva posto l'attenzione sull'onere motivazionale gravante in capo al giudice: già con la sentenza Andreotti, nel 2003⁹, si parlò di un particolare dovere di motivazione gravante in capo al giudice che volesse riformare la sentenza di primo grado; con la sentenza Mannino poi, due anni dopo, le stesse Sezioni Unite precisarono i connotati di tale dovere, affermando l'obbligo del giudice d'appello di delineare le linee portanti del proprio ragionamento probatorio, alternativo a quello del primo giudice, e confutare specificamente

Per la massima della sentenza l'autore rinvia peraltro a A. GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio di appello*, in *Arch. pen.*, 2012, I, 349.

⁷ L'espressione utilizzata in sentenza è quella di "main evidence" in rapporto alle altre prove di cui si parla come "indirect evidence": «the Court notes that the main evidence against the applicant was the witness statements to the effect that he solicited a bribe and received it in a park. The rest of the evidence was indirect evidence which could not lead on its own to the applicant's conviction [...] Therefore the witness testimonies and the weight given to them were of great importance for the determination of the case». Corte EDU, Dan c. Moldavia § 31.

⁸ Pone l'attenzione sul punto S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, 251.

⁹ Cass. pen., sez. un., 30 Ottobre 2003, n. 45276 Rv. 226093.

i più rilevanti argomenti della sentenza di primo grado mettendone in luce le incompletezze o incoerenze tali da renderne doverosa la integrale riforma.¹⁰

La modifica dell'articolo 533 c.p.p., operata dalla c.d. legge Pecorella (legge n. 46 del 2006), ha poi 'colorato' questo orientamento con il riferimento al concetto del ragionevole dubbio: perché possa esser riformata la sentenza assolutoria, si è detto, «non basta, in mancanza di elementi sopravvenuti, una mera diversa valutazione del materiale probatorio già acquisito in primo grado e ritenuto inidoneo a giustificare una pronuncia di colpevolezza, occorrendo una 'forza persuasiva superiore' tale da far venir meno ogni ragionevole dubbio»¹¹.

In questo quadro si innesta, a partire dal 2011 - con la citata sentenza Dan. c. Moldavia - l'orientamento della Corte di Strasburgo, altro rispetto all'orientamento fino ad allora espresso dalla giurisprudenza interna; quest'ultima, difatti, di rispetto del principio di immediatezza e rinnovazione dell'istruzione - anzi, *doverosa* rinnovazione dell'istruzione in appello - per l'ascolto diretto dei testi decisivi, prima di allora non parlava, ponendo invece in capo al giudice il solo dovere di una motivazione rinforzata che superi ogni ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato.

La sequenza di sentenze emesse dalle varie sezioni semplici della Cassazione, dal 2012 in poi, sono il risultato di questo incontro tra orientamenti distanti, che porta i giudici di legittimità a cercar la via per una lettura del diritto interno conforme alla giurisprudenza convenzionale.

3. In queste occasioni si è posta l'attenzione sui concetti di "decisività" della prova dichiarativa ed "attendibilità" della stessa, per sostenere che «laddove la prova essenziale consista in una o più prove orali che il primo giudice abbia ritenuto, dopo averle personalmente raccolte, non attendibili, il giudice di appello per disporre la condanna non può procedere ad un diverso apprezzamento della medesima prova sulla sola base della lettura dei verbali ma è tenuto a raccogliere nuovamente la prova innanzi a sé per poter operare una adeguata valutazione di attendibilità [...] si tratta, comunque, di una questione di attendibilità intrinseca. Diverso il caso nel quale il giudice di primo grado non abbia negato l'attendibilità della prova orale e, quindi, non è su questo che si incentra la discorde valutazione del giudice di secondo grado. In tale diverso caso non può ritenersi alcuna necessità di una nuova raccolta della prova non essendovi alcuna divergenza nei due giudizi. Si tratta di casi in cui, evidentemente, la differente decisione in punto di ricostruzione dei fatti è conseguenza di diverso apprezzamento o mancato apprezzamento di altri elementi probatori, documenti etc.»¹² In altre parole: il giudice d'appello è tenuto ad ascoltare nuovamente i testi che abbiano reso in primo grado

¹⁰ Cass. pen., sez. un., 12 Luglio 2005, n. 33748 Rv. 231679.

Sulla stessa linea, la sentenza della sesta sezione penale, n. 6221 del 20.04.2005 in cui si legge «la sentenza di appello di riforma totale del giudizio assolutorio di primo grado deve confutare specificamente, pena altrimenti il vizio di motivazione, le ragioni poste dal primo giudice a sostegno della decisione assolutoria, dimostrando puntualmente l'insostenibilità sul piano logico e giuridico degli argomenti più rilevanti della sentenza di primo grado, anche avuto riguardo ai contributi eventualmente offerti dalla difesa nel giudizio di appello, e deve quindi corredarsi di una motivazione che, sovrapponendosi pienamente a quella decisione riformata, dia ragione delle scelte operate e della maggiore considerazione accordata ad elementi di prova diversi o diversamente valutati.» Cass. pen., sez. VI, 20 Aprile 2005, n. 6221.

¹¹ Così sintetizzano la precedente giurisprudenza le Sezioni unite nella sentenza n. 27620 del 2016.

¹² Cass. pen., sez. VI, 26 Febbraio 2013, n. 16566, Morzenti. Riporta questo passo della sentenza TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, 250.

dichiarazioni decisive solo nel caso in cui contesti la valutazione del primo giudice circa l'attendibilità/inattendibilità intrinseca delle stesse. In ogni altro caso, in cui la diversa valutazione attenga alla attendibilità *estrinseca* della testimonianza, il giudizio potrà ordinariamente svolgersi in via meramente cartolare.

Criticato da parte della dottrina, che rileva la costruzione di una distinzione – attendibilità intrinseca vs. attendibilità estrinseca – in realtà non prevista dalla Corte edu¹³, questa giurisprudenza ha, a ben vedere, a proprio fondamento un problema di ben più ampio respiro: quello “strutturale” dei rapporti tra giudizio di primo grado e giudizio d'appello, così come delineati nel nostro ordinamento dal codice del 1988¹⁴. Un rapporto le cui criticità, rivelatesi nel corso degli anni proprio con riferimento all'ipotesi di condanna in appello che ribalti la decisione di primo grado, erano sfociate nell'intervento legislativo del 2006 poi sostanzialmente annullato dalle decisioni della Corte Costituzionale adottate negli anni immediatamente successivi¹⁵. Non a caso, a questo mancato tentativo di riforma del sistema fanno riferimento le Sezioni unite nella già più volte citata sentenza Dasgupta.

4. La c.d. sentenza Dasgupta¹⁶ è da segnalare tanto per quel che attiene alla piena adesione all'orientamento affermatosi in seno alla giurisprudenza Cedu, quanto per la linea argomentativa segnata nell'arrivare a tale conclusione. In questi passaggi, gli spunti per una riflessione che investe anche il procedimento che coinvolga minori, quali vittime o soli testimoni di possibili abusi.

La Suprema corte trae dall'art. 6 par. 3 let. d) della Cedu, come definito dalla consolidata giurisprudenza della Corte Edu, il divieto per il giudice d'appello di riformare la sentenza assolutoria,

¹³ Si vedano a tal proposito le critiche espresse dallo stesso TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, cit.. L'Autore sostiene che, così facendo, la Corte generi una indebita sovrapposizione di piani nettamente distinti: quello della ammissione e quello della valutazione della prova.

¹⁴ «Sullo sfondo dei rapporti tra il primo e il secondo grado di giudizio nel sistema processuale penale campeggia una disarmonia già denunciata all'indomani dell'entrata in vigore dell'attuale codice: ad un primo grado ispirato al principio del contraddittorio, tendenzialmente attuato nel rispetto dei canoni di oralità e immediatezza attraverso la formazione della prova davanti al giudice chiamato a decidere, fa da contraltare un giudizio d'appello meramente cartolare, in cui la conoscenza giudiziale è – di regola – ottenuta attraverso la lettura dei protocolli probatori formati in primo grado. L'attuale struttura dell'appello penale, nei cui epiloghi decisori tipici figura l'ipotesi di riforma – anche integrale – della decisione impugnata, fa assurgere l'indicata disarmonia a potenziale indice di incoerenza dell'intero ordinamento processuale penale. Il ribaltamento in seguito ad un appello “cartolare” di sentenze emesse sulla base di un accertamento in contraddittorio è stato analizzato e criticato, in primo luogo, sul versante epistemologico: l'adozione in primo grado del contraddittorio assistito da oralità e immediatezza in quanto metodo più accreditato, a livello euristico, per raggiungere il livello più elevato di conoscenza giudiziale (lo strumento «meno imperfetto per la ricerca della verità», come è stato efficacemente scritto, mal si concilierebbe con l'obliterazione del risultato giudiziale figlio di quel metodo all'esito di un appello che, fondandosi sul riesame cartolare degli atti, si gioverebbe di strumenti gnoseologici meno affidabili.» TESO-RIERO in «La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu» cit. pag. 240 e ss.

¹⁵ Il riferimento è alla legge n. 46 del 20 Febbraio 2006 (la c.d. legge Pecorella), che ridusse (non solo, ma anche) drasticamente gli spazi per la proposizione da parte del pubblico ministero di appello avverso le sentenze di proscioglimento emesse in primo grado, incidendo sul dettato dell'articolo 593 c.p.p. Le sentenze 26 del 2007, 320 del 2007 e 85 del 2008 della Corte Costituzionale hanno sostanzialmente ripristinato il potere riconosciuto al pubblico ministero prima dell'intervento normativo.

¹⁶ Cass. pen, sez. un., 6 Luglio 2016, n. 27620.

affermando la responsabilità dell'imputato, senza aver proceduto a rinnovare, anche d'ufficio, l'istruzione dibattimentale, attraverso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti ritenute decisive ai fini dell'assoluzione in primo grado¹⁷.

A tale conclusione si giunge attraverso il dettato degli articoli 603 comma 3 e 533 del codice di procedura penale, ritenendo che: la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel caso indicato sia "assolutamente necessaria" e dunque da disporre anche d'ufficio ai sensi dell'art. 603 c. 3 c.p.p. nel caso in cui non siano le parti a chiederlo; l'omessa rinnovazione dell'istruttoria ai sensi dell'articolo 603 comma 3 c.p.p., integri di per sé un vizio di motivazione della sentenza d'appello, ex art. 606 comma 1 lett e) c.p.p.¹⁸, «per mancato rispetto del canone di giudizio al di là di ogni ragionevole dubbio»¹⁹.

A fondamento di tali conclusioni, i principi del contraddittorio nella formazione della prova, dell'immediatezza e della oralità; e ciò, in rapporto al dovere di motivazione del giudice ed al diritto di difesa dell'imputato, su uno sfondo che è quello di una criticità del sistema che ne impone una riforma.

Quanto al dovere di motivazione, infatti, sulla premessa che il giudice d'appello non abbia "autorevolezza maggiore" del giudice di primo grado e ripeta da lui tutti i poteri assegnatigli dall'ordinamento, significativamente la Corte scrive che «la percezione diretta è il presupposto tendenzialmente indefettibile di una valutazione logica, razionale e completa» e dunque «condizione essenziale

¹⁷ Questi, per esteso, i principi di diritto affermati dalla sentenza Dasgupta: «I principi contenuti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come viventi nella giurisprudenza consolidata della Corte Edu, pur non traducendosi in norme di diretta applicabilità nell'ordinamento nazionale, costituiscono criteri di interpretazione ('convenzionalmente orientata') ai quali il giudice nazionale è tenuto a ispirarsi nell'applicazione delle norme interne».

«La previsione contenuta nell'art. 6, par. 3, lett. d), della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, relativa al diritto dell'imputato di esaminare o fare esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico, come definito dalla giurisprudenza consolidata della Corte Edu, la quale costituisce parametro interpretativo delle norme processuali interne, implica che, nel caso di appello del pubblico ministero avverso una sentenza assolutoria, fondata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, il giudice di appello non può riformare la sentenza impugnata nel senso dell'affermazione della responsabilità penale dell'imputato, senza avere proceduto, anche d'ufficio, a norma dell'art. 603, comma 3, cod. proc. pen., a rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado».

«L'affermazione di responsabilità dell'imputato pronunciata dal giudice di appello su impugnazione del pubblico ministero, in riforma di una sentenza assolutoria fondata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, delle quali non sia stata disposta la rinnovazione a norma dell'art. 603, comma 3, cod. proc. pen., integra di per sé un vizio di motivazione della sentenza di appello, ex art. 606, comma 1, lett. e), per mancato rispetto del canone di giudizio 'al di là di ogni ragionevole dubbio' di cui all'art. 533, comma 1. In tal caso, al di fuori dei casi di inammissibilità del ricorso, qualora il ricorrente abbia impugnato la sentenza di appello censurando la mancanza, la contraddittorietà o la manifesta illogicità della motivazione con riguardo alla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, pur senza fare specifico riferimento al principio contenuto nell'art. 6, par. 3, lett. d), della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la Corte di cassazione deve annullare con rinvio la sentenza impugnata».

«Gli stessi principi trovano applicazione nel caso di riforma della sentenza di proscioglimento di primo grado, ai fini delle statuizioni civili, sull'appello proposto dalla parte civile». Cass. pen., sez. un., 6 Luglio 2016, n. 27620.

¹⁸ Sulla opportunità della scelta operata dal legislatore: R. APRATI, *L'effettività della tutela dei diritti dell'uomo: le Sezioni unite aggiungono un tassello*, in *Arch. pen.*, n. 3 del 2016, 12.

¹⁹ Di "codificazione di un nuovo caso di dubbio irragionevole" parla, nel commentare la sentenza in questione, R. APRATI, *L'effettività della tutela dei diritti dell'uomo: le Sezioni unite aggiungono un tassello*, in *Arch. pen.* n. 3 del 2016, 7.

per la correttezza e completezza del ragionamento sull'apprezzamento degli elementi di prova». Quanto all'imputato poi, i giudici rilevano che la mancata rinnovazione della prova dichiarativa lede il diritto di difesa dello stesso, che va invece messo in grado di contestare quanto sostenuto nell'atto d'appello dal pubblico ministero; ciò, perché l'ampia facoltà di appello ripristinata per il pubblico ministero – dopo gli interventi della Corte costituzionale che hanno espunto le limitazioni introdotte con la legge n. 46 del 2006 – richiede un “contrappeso”, cui ricorrere nell'attesa di una in ogni caso indispensabile riforma integrale del sistema delle impugnazioni.

Trattasi di una sentenza dalla portata innegabilmente rivoluzionaria. Ma, come accennato in premessa, la suddetta pronuncia ha immediatamente generato un nuovo contrasto giurisprudenziale, che ha reso necessario un ulteriore intervento chiarificatore delle Sezioni unite. Il problema che ci si è posti è quello della applicabilità del principio affermato dalla sentenza Dasgupta al giudizio (non ordinario ma) abbreviato, ed in particolare abbreviato non condizionato. Il tema di fondo, è quello della compatibilità di tale principio con la stessa struttura del giudizio abbreviato, caratterizzato per definizione da una cartolarizzazione del giudizio di primo grado, per volontà dell'imputato.

La sentenza Dasgupta si era già soffermata sul punto, ritenendo che allo stesso approdo cui si giunge per il rito ordinario, debba pervenirsi anche nel caso di impugnazione del pubblico ministero contro una pronuncia di assoluzione emessa nell'ambito di un giudizio abbreviato, nel caso in cui questa sia basata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive e il loro valore sia posto in discussione dal pubblico ministero. Ciò, a prescindere dal fatto che l'abbreviato sia semplice o condizionato ed in virtù del doveroso rispetto anche in tali casi del principio del ragionevole dubbio, da ritenere di carattere “generalissimo”. Tale statuizione non aveva però convinto tutti i giudici di legittimità, portando all'affermazione in seno alla stessa Suprema corte di un diverso orientamento, fondato sul presupposto che il riferimento all'abbreviato contenuto nella sentenza Dasgupta non potesse ritenersi risolutivo sul punto.

Giova a tal proposito soffermarsi, in particolare, sulla sentenza n.43242/2016 della terza sezione penale della Corte di cassazione, espressione di tale orientamento. Con la suddetta sentenza, i giudici della terza sezione, difatti, avevano sostenuto - richiamando altre precedenti e conformi sentenze - che i caratteri del rito abbreviato non condizionato rendano del tutto illogica l'estensione al giudice d'appello che interverrà in tali casi, degli stessi doveri di rinnovazione dell'istruttoria sanciti, qui correttamente, con riferimento al rito ordinario. I giudici avevano in particolare ripreso il richiamo ai principi del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza posti a fondamento del ragionamento delle Sezioni unite, per sottolineare che essi caratterizzano il procedimento penale per quel che concerne il rito ordinario, ma non fondano diversamente il giudizio abbreviato, caratterizzato invece proprio dalla rinuncia all'oralità e la scelta di un contraddittorio sostanzialmente cartolare. Ciò, si era sottolineato, in virtù di una scelta esclusiva dell'imputato che esercita così, secondo quanto in più occasioni sottolineato dalla Corte costituzionale²⁰, il proprio diritto di difesa scegliendo la propria strategia difensiva. Se è così, si legge in sentenza, non può ritenersi che il giudice di appello sia tenuto ad ascoltare testi mai ascoltati dal giudice in primo grado, né tanto meno desumersi questo dovere dal

²⁰ I giudici della terza sezione penale fanno così rinvio alle sentenze della Corte costituzionale n. 265/1994, 333/2009, 273/2012 e 139/2015.

doveroso rispetto del principio del ragionevole dubbio di cui all'art. 533 c.p.p.: se si sostenesse che tale principio sia rispettato solo dal contatto diretto del giudice con la prova, si affermerebbe sostanzialmente l'incostituzionalità del rito abbreviato per violazione dell'articolo 27 comma 2 della Costituzione. Così non è, ed il principio di diritto affermato nella sentenza adottata dalle Sezioni unite, si era concluso, va circoscritto al solo rito ordinario, non potendo dirsi applicabile anche nel caso di giudizio abbreviato.

E' alla luce della suddetta sentenza che, con ordinanza del 28.10.2016, la seconda sezione penale della Suprema corte, poi, aveva nuovamente richiesto l'intervento delle Sezioni Unite. Sul presupposto della sostanziale condivisione delle argomentazioni addotte a sostegno della propria decisione dalla terza sezione nonché della assoluta rilevanza della questione trattata, i giudici della seconda sezione penale difatti, con l'ordinanza indicata²¹, avevano chiesto che le Sezioni unite chiarissero «se nel caso d'impugnazione del pubblico ministero contro una pronuncia di assoluzione emessa nell'ambito di un giudizio abbreviato non condizionato, ove questa sia basata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive dal primo giudice ed il cui valore sia posto in discussione dall'organo dell'accusa impugnante, il giudice di appello debba porre in essere i poteri d'integrazione probatoria e procedere all'assunzione diretta dei dichiaranti per ritenere raggiunta la prova della colpevolezza dell'imputato, in riforma della sentenza appellata».

Ebbene, tale chiarimento è stato fornito con la suindicata sentenza Patalano.²² Mediante tale pronuncia, i giudici di legittimità hanno fermamente riaffermato quanto già statuito, seppur in via incidentale, con la sentenza Dasgupta. Anche in sede di giudizio abbreviato, si è detto, quando vi sia appello del pubblico ministero avverso una sentenza assolutoria di primo grado, il giudice d'appello potrà legittimamente ribaltare la suddetta pronuncia solo dopo aver proceduto all'esame delle persone che abbiano reso le dichiarazioni ritenute decisive per l'accertamento della responsabilità dell'imputato. In mancanza di tale ascolto diretto, la sentenza d'appello sarà viziata *ex art. 606 comma 1 let. e) c.p.p.*, per mancato rispetto del canone di giudizio “al di là di ogni ragionevole dubbio” di cui all'art. 533 comma 1 c.p.p. E' attorno a tale canone e, dunque, al principio della presunzione di innocenza, che ruota l'intera riflessione dei giudici di legittimità: la decisione liberatoria di primo grado, si è affermato infatti, rafforza la presunzione di innocenza dell'imputato ed impone di conseguenza che le prove decisive siano riassunte «con il metodo che, incontestabilmente, è il migliore per la formazione e valutazione della prova, caratterizzato dall'oralità e dall'immediatezza [...]» che caratterizza l'assunzione della prova nel modello accusatorio e rispetto al quale a nulla rileva il fatto che sia stata la volontà dell'imputato a determinare un giudizio allo stato degli atti.

La Corte ha così blindato il principio della doverosa rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello, affermandone la portata generale, non ristretta ai soli giudizi ordinari. La suddetta pronuncia ha però tutt'altro che sopito il dibattito sul tema, rafforzando al contrario le perplessità di chi ritiene sia stata così intrapresa la via della radicale “rottura” del sistema processuale fino ad oggi in vigore, tanto per quel che concerne i rapporti tra primo e secondo grado di giudizio, quanto per quel che riguarda *ratio* e funzioni del giudizio abbreviato.

²¹ Cass. pen. sez II, ord. 9 Novembre 2016 (ud. 28 Ottobre 2016), n. 47015.

²² Cass. pen, sez. un., 14 Aprile 2017 (ud. 19 Gennaio 2017), n. 18620.

5. L'ultimo tassello di questo percorso, peraltro, come anticipato, è oggi costituito dalla modifica dell'art. 603 c.p.p., introdotta con la legge Orlando²³. L'intervento legislativo ha fatto chiarezza? Allo stato attuale, la risposta non può che esser negativa. La formulazione del nuovo comma 3 *bis* dell'art. 603 c.p.p., piuttosto che sciogliere i nodi posti dagli interventi delle Sezioni unite, ne ha difatti creati degli altri, così lasciando aperte ed anzi generando incertezze e perplessità. Basti pensare al fatto che la norma fa generico riferimento a motivi d'appello fondati su prove dichiarative, senza limitare il campo alle "prove decisive" e così discostandosi anche dal canone indicato Suprema corte (dimenticanza o intenzionale ampliamento del principio di diritto Dasgupta?); o al fatto che si parli di "rinnovazione dell'istruzione *dibattimentale*", espressione che non evoca immediatamente il giudizio abbreviato, in cui una istruzione "dibattimentale" per definizione manca anche in primo grado (anche qui, scelta lessicale infelice o voluta restrizione del principio giurisprudenziale alla sola rinnovazione in dibattimento? E se così non fosse, la norma potrebbe ritenersi incostituzionale?²⁴).

Ora, alla luce di quanto sin qui esposto, cosa accade nel caso in cui, da un lato, la sentenza di assoluzione emessa al termine del giudizio di primo grado e appellata dal pubblico ministero, assolva l'imputato dal reato di violenza sessuale su minore o in ogni caso uno dei reati di cui all'art. 351 c. 1 *ter* c.p.p.; dall'altro, le dichiarazioni decisive poste a fondamento della suddetta sentenza siano quelle rese dal minore presunta vittima e/o da altri minori coinvolti nella vicenda?

Se è vero tutto quanto si è fin qui detto sull'esigenza di garantire un temperamento tra diritto di difesa dell'imputato e diritto del minore ad esser tutelato dal processo, quale *ratio* che ispira e deve ispirare la disciplina dedicata ai procedimenti per abusi sessuali su minori, la domanda non è fine a sé stessa.

L'esigenza di una soluzione di bilanciamento tra i due interessi in gioco fonda ovviamente tanto il giudizio di primo grado quanto quello di appello, e la soluzione adottata non può esser univoca, dovendosi "modellare" sulle regole del procedere che caratterizzano ciascun grado di giudizio. Ma la

²³ Inserito dalla L. 103 del 2017, a decorrere dal 3 Agosto 2017, il comma 3 *bis* dell'art. 603 c.p.p. (rubricato «Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale» recita: «Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale».

²⁴ Va a tal proposito segnalata la memoria recentemente redatta sul tema dalla procura generale della Repubblica presso la Corte di appello di Palermo, nell'ambito del procedimento penale a carico di Mannino Calogero per l'udienza del 13 Settembre 2017. I sostituti procuratori generali Sergio Barbiera e Giuseppe Fici hanno sostenuto che la sola lettura conforme a Costituzione del nuovo comma 3 *bis* dell'art. 603 c.p.p. è quella che esclude la doverosa rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per il giudizio abbreviato. Se tale lettura costituzionalmente orientata non dovesse ritenersi possibile, si legge nella memoria, non resterebbe che chiedere l'intervento della Corte Costituzionale perché si pronunci sull'incostituzionalità della norma. Vengono in particolare riscontrati quattro profili di incostituzionalità del comma 3 *bis*: la violazione del principio di ragionevole durata del processo, solennemente sancito al comma secondo dell'art. 111 Cost; la violazione della prescrizione di cui all'art. 81 comma 3 Cost, ai sensi del quale «ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte»; la violazione del diritto di difesa, sancito all'art. 24 della Carta quale diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento; la violazione infine del principio di riserva di legge di cui all'art. 111 commi 1 e 5 Cost.

E' doveroso segnalare altresì una ulteriore recentissima rimessione alle Sezioni unite nella materia in oggetto. Alla luce di quanto sostenuto dai giudici della seconda sezione penale della Suprema corte, con la sentenza n. 41571/2017 del 20 giugno 2017 - depositata il 12 Settembre 2017, è stato disposto l'intervento delle Sezioni Unite perché chiariscano se il giudice d'appello, investito di una impugnazione dell'imputato avverso la sentenza di condanna in primo grado, fondata in tutto o in parte su prove dichiarative, non possa legittimamente pervenire ad una riforma della sentenza impugnata nel senso dell'assoluzione, senza previamente rinnovare l'istruzione dibattimentale. La trattazione del ricorso è fissata per l'udienza del 21 Dicembre 2017.

segnalata giurisprudenza di legittimità ed il conseguente intervento legislativo, rendono quanto mai urgente l'individuazione di tale via di bilanciamento per scongiurare lesioni dell'uno come dell'altro diritto dei soggetti coinvolti.

Il tema non può che esser affrontato, allo stato, in termini di mera “riflessione” e “ricerca di una possibile via” per il bilanciamento degli interessi coinvolti, perché né le sezioni unite né – per ora – il legislatore hanno posto specifica attenzione su tale particolare tipologia di procedimenti; e ciò, nonostante proprio i procedimenti per abusi ai danni di minori (o che in generale vedano coinvolti dei minori quali decisive fonti di prova) rispondano perfettamente allo schema sotteso ai suddetti interventi.

Il riferimento è alla possibilità che la norma di cui al comma 3 *bis* dell'art. 603 c.p.p. trovi un proprio vasto campo di applicazione proprio nei procedimenti per abusi su minori, in quanto tipicamente caratterizzati, da un lato, da un quadro probatorio che vede nelle dichiarazioni dei minori e/o di altri soggetti coinvolti le prove decisive; dall'altro, da una particolare fragilità ed apertura di queste ultime a letture opposte in termini di attendibilità. La casistica dei procedimenti aventi ad oggetto questa tipologia di reati testimonia la frequenza con la quale le stesse dichiarazioni dei minori siano oggetto di valutazioni divergenti, se non diametralmente opposte, operate dai giudici in primo ed in secondo grado nel guardare ai molti fattori che potrebbero esser intervenuti ad influenzare il ricordo-racconto del teste e dunque la sua attendibilità.

In altre parole, è la stessa suggestionabilità e vulnerabilità del minore, quando egli diventi ‘fonte di prova’ dell'abuso attribuito all'imputato, a render le sue dichiarazioni probabili “prove dichiarative decisive” nel senso precisato dalla Suprema corte. Se ha ciò si aggiunge che, come anticipato, il ricorso al giudizio abbreviato e/o all'assunzione della testimonianza del minore in sede di incidente probatorio, caratterizza spesso i procedimenti per abusi sessuali su minori, si comprende la rilevanza del tema tanto nei suoi profili generali quanto con riferimento al particolare problema della estensibilità al giudizio abbreviato.

Ne costituisce la conferma, da questo punto di vista, la suindicata sentenza n.43242 della terza sezione penale della Corte di cassazione, all'origine – tra le altre – come ricordato, della sentenza Patalano. Tale pronuncia risulta particolarmente utile ai fini del presente lavoro perché adottata proprio con riferimento ad un procedimento per abuso sessuale su minore, svolto nelle forme del rito abbreviato. Nel motivare la decisione di discostarsi dal principio di diritto affermato dalla sentenza Dasgupta, i giudici si sono soffermati altresì, se pur in via sintetica, sul tema della applicabilità del principio di diritto sancito dalla Sezioni unite (e dunque oggi affermato con l'art. 603 c. 3 *bis* c.p.p.) ai procedimenti relativi a presunti abusi sessuali su minori, nel caso in cui a dover esser riascoltato dal giudice di appello sarebbe il minore-vittima o testimone dell'abuso.

L'occasione, come anticipato, è offerta dal caso giunto all'attenzione della Suprema corte: il caso di un padre accusato di aver in più occasioni abusato della figlia, assolto in primo grado e poi condannato dal giudice d'appello sulla base di una valutazione totalmente divergente delle dichiarazioni raccolte, della bambina e di altri soggetti con la stessa venuti a vario titolo a contatto. La minore, in particolare, era stata ascoltata dal giudice per le indagini preliminari in sede di incidente probatorio, ed è sulle dichiarazioni rese in questa sede e dinanzi al pubblico ministero in fase di indagine che si

era basato il giudizio di primo grado e d'appello, avendo l'imputato scelto il rito abbreviato e non avendo il giudice d'appello ritenuto di dover procedere alla nuova convocazione dei testi.

Per quel che qui interessa, va segnalato in primo luogo quanto i giudici di legittimità hanno affermato in sentenza circa il ricorso all'incidente probatorio²⁵: esso, si è detto, non incide sulla irrevocabile natura cartolare del rito abbreviato, dal momento che «il diritto di scelta dell'imputato del rito abbreviato cartolarizza giuridicamente - a prescindere, quindi, da come in concreto fu raccolto - il compendio probatorio quale corrispettivo indispensabile dell'effetto premiale.»

Quanto alla rinnovazione dell'istruzione, per quel che concerne le prove dichiarative, poi, in sentenza si legge: «si osserva meramente per inciso, che la ripetizione da parte del giudice di secondo grado di quello che ha fatto il giudice di prime cure in relazione alle prove dichiarative non potrà mai essere una vera e propria riproduzione di quanto già è successo. Tale ripetizione nel secondo grado è, a ben guardare, una *fictio*, poiché una siffatta fonte probatoria non si cristallizza, in quanto è notorio che si evolve nel tempo la personalità umana. Nel caso in esame, per esempio, la vittima era all'incirca dodicenne quando fu espletato l'incidente probatorio, nel secondo semestre del 2010, e quindi avrebbe avuto cinque anni di più - pertanto sarebbe diventata prossima alla maggiore età - se il giudice d'appello, anziché procedere alla decisione assunta in udienza camerale il 9 gennaio 2015, ne avesse disposto l'escussione per confrontarne le dichiarazioni con quelle rese quando era bambina.»²⁶

Se il problema di ogni rinnovazione della prova dichiarativa in appello è da rinvenirsi nell'impossibilità di una rinnovazione che sia ripetizione identica di quanto detto e fatto in primo grado, vista l'evoluzione nel tempo che caratterizza la personalità di ciascun individuo, nel caso in cui ad esser riascoltato sia un minore, il problema "si colora" della particolarità che caratterizza la crescita di quest'ultimo. Egli è difatti, per definizione, soggetto in formazione, la cui personalità si costruisce e si evolve anno dopo anno, esperienza dopo esperienza, senza rispondere ad una rigida logica temporale, ma sicuramente con tempi non paragonabili a quelli di un eventuale mutamento di personalità di un adulto, il cui percorso di costruzione della propria personalità ha già superato le sue principali tappe.

²⁵ Sulla inapplicabilità del principio affermato dalle Sezioni unite anche nel caso in cui la testimonianza sia assunta in incidente probatorio si è soffermata A. Cisterna, che, nel commentare la sentenza Dasgupta, scriveva: «Dalla narrazione nomofilattica delle Sezioni unite dovrebbe restare esclusa l'ipotesi delle dichiarazioni, utilizzate in primo grado, ma precostituite in vista del dibattimento nelle forme dell'incidente probatorio. Già la Corte di legittimità aveva escluso che un *revirement* in appello in danno dell'imputato assolto necessitasse della previa escussione del teste. La ragione di questa opzione è del tutto evidente posto che sia il giudice di primo grado che quello d'appello non hanno direttamente a disposizione il dichiarante e le valutazioni operate in ordine alla sua attendibilità sono puramente cartolari e non risentono, quindi, di alcuno scarto sotto il profilo dell'oralità e del contraddittorio innanzi al decidente.»

Nel richiamare la giurisprudenza della Corte in materia l'autore rinviava in particolare alla sentenza Cass. pen., sez. III, 6 ottobre 2015, Z. e altri, in Mass. Uff., n. 265589 in cui si legge: «Per riformare "in *peius*" una sentenza di assoluzione, il giudice di appello non è obbligato a rinnovare l'istruzione dibattimentale per l'audizione dei testimoni ritenuti dal primo giudice inattendibili, in quanto tale adempimento non è necessario nel caso in cui, neppure in primo grado, si sia instaurato un contatto diretto tra l'autorità giudiziaria e la fonte dichiarativa. (Fattispecie in cui la Corte di appello ha riformato la sentenza assolutoria di primo grado sulla ritenuta attendibilità della vittima, in precedenza sentita solo dal g.i.p. in sede di incidente probatorio)».

A. CISTERNA *Le Sezioni unite su principio di oralità ed overturning dell'assoluzione in grado d'appello fondato sulla rivalutazione della prova dichiarativa* in Arch. pen., n. 2 del 2016.

²⁶ Cass. pen., sez. III, 13 Ottobre 2016 (ud. 12 Luglio 2016), n. 43242, 17-18.

Peraltro, va considerato che, se è vero che il tempo trascorso tra primo e secondo grado di giudizio farà sì che dinanzi al giudice d'appello deponga una persona diversa dal minore dei fatti, delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini e della testimonianza resa in incidente probatorio; è vero anche che dinanzi al giudice tornerà un minore che da quel processo era uscito anni prima, magari in tempi rapidi o rapidissimi dal momento della commissione del fatto; e ciò per tutelare lui dal rischio di influenze e pressioni che causano sofferenza, e contemporaneamente l'imputato dal rischio che quelle influenze e pressioni inquinassero la genuinità della dichiarazione.

In altri termini, la doverosa/possibile/necessaria rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello, quando debba esser rinnovata la testimonianza del minore 'fonte di prova' decisiva per l'assoluzione pronunciata in primo grado, pone nuovamente il tema della necessaria tutela tanto dell'interesse del minore quanto del diritto di difesa dell'imputato; tutele da bilanciare, come si diceva in premessa, in una soluzione processuale che non rischi di vanificare in appello tutto quanto fatto per garantire quel bilanciamento nel primo grado di giudizio.

Quanto detto, trova a ben vedere conferma nella stessa sentenza n. 27620/16 delle Sezioni unite. In sentenza si legge infatti: «anche per quanto riguarda, in particolare, la figura del soggetto vulnerabile (come per i minori, soprattutto se vittime di reati) non sussistono valide ragioni per ritenere applicabile la preclusione di un ribaltamento *ex actis* del giudizio assolutorio. Peraltro, in questa speciale situazione è rimessa alla discrezionalità del giudice la valutazione circa l'indefettibile necessità di sottoporre il soggetto debole, sia pure con le opportune cautele, a un ulteriore stress al fine di saggiare la fondatezza dell'impugnazione proposta avverso la sentenza assolutoria». Nel silenzio del Legislatore, sembra oggi questa la sola indicazione, seppur fornita in via del tutto incidentale e prima dell'intervento legislativo, cui possa farsi riferimento. Si dovrebbe ipotizzare, in altri termini, che la rinnovazione dell'istruzione in appello, richiesta dal comma 3 *bis* del 603 c.p.p., non sia in assoluto esclusa quando avrebbe ad oggetto la testimonianza di un minore; ma che la peculiarità di tale testimonianza imporrà una particolare attenzione del giudice d'appello, chiamato a disporre la rinnovazione solo ove in nessun altro modo fosse possibile verificare la fondatezza dell'appello proposto dal pubblico ministero.

Ma se così è, la domanda allora diventa: come consentire al giudice d'appello di "saggiare la fondatezza" dell'impugnazione proposta avverso la sentenza assolutoria senza incorrere in una soluzione processuale che violi le esigenze di tutela del minore e contemporaneamente lo stesso diritto dell'imputato ad una prova dichiarativa non alterata?

Il rischio connesso ad una nuova audizione del minore in appello, a parere di chi scrive, è tanto quello di causare a questi un grave danno, catapultandolo ad anni di distanza in un procedimento che paradossalmente lo aveva tenuto il più possibile a distanza in primo grado, privilegiando il ricorso all'incidente probatorio; quanto quello di causare, nell'intento di tutelare il diritto di difesa dell'imputato, una lesione di questo stesso diritto, che in primo grado aveva proprio co-giustificato la scelta della anticipazione della testimonianza e di ogni altro accorgimento di cui si è parlato.

Il rischio, in breve, è quello di un corto circuito del sistema, in cui le cautele disposte in primo grado, a tutela del minore e dell'imputato, siano vanificate dalle regole del procedere delineate per il giudizio d'appello.

Quale potrebbe allora esser la soluzione processuale che eviti questo corto circuito e riduca ad unità il bilanciamento garantito in ogni fase e grado del procedimento penale?

Forse, quella indicata dalla stessa Corte di cassazione in una sentenza di poco precedente all'intervento delle Sezioni unite, quando scriveva: «l'evento-testimonianza in riferimento alla vittima di età minore, si compone non solo del "risultato" dell'esame-intervista, compiuta solitamente nel corso di un incidente probatorio, ma anche delle modalità con le quali tale incombenza istruttorio venga realizzato. Per cui può essere affermato il principio che tale valutazione dei giudici di appello sulla testimonianza del minore-persona offesa, per essere affidabile – e fondare legittimamente la opposta valutazione di colpevolezza rispetto al *decisum* del primo giudice – deve essere conseguenza non della sola lettura delle trascrizioni dell'incidente probatorio, ma dell'analisi, seppure indiretta, dell'evento-testimonianza del minore, attraverso la visione delle videoregistrazioni della testimonianza».²⁷

La videoregistrazione della testimonianza resa dal minore in primo grado – così come dei colloqui unilaterali svoltisi in sede di indagine, nel caso in cui si proceda con il rito abbreviato – potrebbe rappresentare la soluzione cercata.

Essa fa sì che il contatto con la prova dichiarativa instaurato dal giudice d'appello non sia solo limitato alla lettura delle dichiarazioni rese, ma si concretizzi nel 'vedere' come il colloquio si svolse e come si arrivò a quelle dichiarazioni. Non garantisce quella "percezione diretta della prova orale" che Sezioni Unite e Legislatore chiedono per il superamento di ogni ragionevole dubbio nel caso di assoluzione in primo grado, se con questa si intende la rinnovata deposizione del teste fisicamente comparso dinanzi al giudice d'appello; ma forse proprio per questo è la soluzione adatta: la videoregistrazione del colloquio permetterebbe alla Corte d'Appello di "vedere", tutelando il minore dal male che – sia stato o meno abusato – tornare nel processo gli farebbe; proprio perché permette al giudice di 'vedere' senza imporre il ritorno del minore in udienza, tutela l'imputato nel suo diritto ad un giudice che conosca il detto e come ci si arrivò e possa quindi valutarne in modo completo l'attendibilità, senza creare però il pericolo che la tutela di quel diritto porti ad una nuova deposizione troppo lontana dai fatti per un teste che è minore in continua crescita, e dunque ancor più vicina al rischio di non-genuinità.

In sintesi, proprio i nuovi scenari aperti, dalle Sezioni unite prima e dalla c.d. riforma Orlando poi, per il giudizio d'appello, pongono il luce l'esigenza di una videoregistrazione che sia la regola – sanzionata – per ogni colloquio che si svolga con il minore (quantomeno) nel caso in cui si proceda per abusi sessuali ai danni dello stesso o di altri minori, chiedendo un intervento legislativo che ne imponga l'utilizzo nei colloqui unilaterali con polizia giudiziaria, pubblico ministero e difensori e ne sanzioni la violazione, qui come in sede di incidente probatorio e di eventuale assunzione della testimonianza in dibattimento.

Così, disponendone la doverosa visione da parte del giudice d'appello, si potrebbe realizzare il bilanciamento tra tutela del minore e diritto di difesa dell'imputato nel grado d'appello.

²⁷ Cass. pen., sez. III, 24 ottobre 2013, n. 258324, in Mass. Uff.. Il passo della sentenza è riportato da A. CISTERNA in *Le Sezioni unite su principio di oralità ed overturning dell'assoluzione in grado d'appello fondato sulla rivalutazione della prova dichiarativa*, 1.

Per tal via, in altri termini, si potrebbe costruire un procedimento penale che, con le sue regole del procedere, garantisca effettivamente tale bilanciamento per tutto il suo corso, in ogni fase e grado.