

RASSEGNA PENALE

CONTRIBUTI PER UN DIRITTO PENALE LIBERALE

«**Rassegna Penale – Contributi per un Diritto penale liberale**» è una rivista trimestrale della Camera Penale di Napoli. Propone contenuti divulgativi e di approfondimento di temi giuridici in materia di giustizia penale. Le linee di azione lungo le quali si muove la Rivista sono principalmente tre. Offrire una panoramica ragionata delle novità giurisprudenziali prodotte dalle Corti, superiori e sovranazionali, attraverso le schede di analisi e le note di commento dei provvedimenti, ciascuna corredata di massima redazionale e di altri utili riferimenti. Ospitare le riflessioni di autorevoli giuristi di diversa estrazione — esponenti del libero foro, docenti universitari e magistrati —, nella prospettiva di coltivare e alimentare la cultura del Diritto penale liberale. Monitorare e annotare la giurisprudenza di merito, con le note di commento alle più interessanti pronunce dei giudici del Distretto di Corte di appello di Napoli, e non solo. Le ultime sezioni della Rivista sono dedicate all'informazione sulle iniziative culturali e formative organizzate dalla Camera Penale di Napoli, nonché a fornire utili suggerimenti bibliografici.



aracne

©

ISBN

979-12-5994-540-2

PRIMA EDIZIONE

ROMA 31 DICEMBRE 2021

A Federico, ai suoi silenzi...

Io preferirò sempre che la giustizia venga danneggiata piuttosto che negata, questa è la mia eresia, e gli inquisitori mi diano la condanna che vogliono, anche se ci sono tanti eretici, per fortuna, in questo nostro paese, benché non sembri

Leonardo Sciascia, "Corriere della Sera", 26 gennaio 1987

Indice

Al Maestro
di Mario Griffo p. 7

Opinioni/Editoriali p. 9

Ritorno al Garantismo
di Giuseppe Riccio p. 9

È l'ora della verità?
di Alfonso Furgiuele p. 16

Il mondo oltre il virus
di Federico Baffi p. 19

In memoria di Federico Baffi
di Andrea Alberico p. 22

La presunzione di innocenza irrompe nell'ordinamento: sarà vera gloria?
di Mario Griffo p. 25

Giurisprudenza sovranazionale p. 33

Corte e.d.u., Sez. V, 17 dicembre 2020, *Saber c. Norvegia* p. 33

Corte e.d.u., Sez. IV, 19 gennaio 2021, *Keskin c. Paesi Bassi* p. 34

Corte e.d.u., Sez. II, 19 gennaio 2021, *Aktiva DOO c. Serbia* p. 35

Corte e.d.u., Sez. III, 16 febbraio 2021, *Meng c. Germania* p. 36

Corte e.d.u., Sez. V, 23 febbraio 2021, *Iancu c. Romania* p. 37

Corte e.d.u., Sez. V, 25 febbraio 2021, *Mtchedlishvili c. Georgia* p. 38

Corte e.d.u., Sez. I, 25 marzo 2021, *Di Martino e Molinari c. Italia* p. 39

Corte e.d.u., Sez. I, 18 marzo 2021, *Petrella c. Italia* p. 41

Corte e.d.u., Sez. I, 25 marzo 2021, *Matalas c. Grecia* p. 43

Giurisprudenza costituzionale p. 45

Procedimento di conversione delle pene pecuniarie: chi è competente?
C. Cost., 15 gennaio 2020 (dep. 20 maggio 2020), n. 95 p. 45

La Corte Costituzionale ripristina il bilanciamento completo del vizio parziale di mente con la recidiva reiterata, proseguendo nell'opera di demolizione dello statuto ostativo della legge ex Cirielli
C. Cost., 6-7 aprile 2020 (dep. 29 aprile 2020), n. 73 p. 48

Il divieto di scambiare oggetti tra detenuti al carcere duro appartenenti a diversi gruppi di socialità
C. Cost., 5 maggio 2020 (dep. 22 maggio 2020), n. 97 p. 49

Giurisprudenza di legittimità **p. 51**

Sezioni Unite **p. 51**

Il delitto di concorrenza illecita, attuato con violenza o minaccia, alla verifica della tipicità degli atti concorrenziali

Cass., Sez. Un., 28 novembre 2019 (dep. 29 aprile 2020), n. 13178 p. 51

La cd. coltivazione domestica (ancora) nel prisma dell'offensività in concreto

Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2019 (dep. 16 aprile 2020) n. 12348 p. 53

Impugnazione della misura cautelare da parte del P.M.: necessario l'interrogatorio di garanzia?

Cass., Sez. Un., 26 marzo 2020 (dep. 5 giugno 2020), n. 17274 p. 62

Il peculato del concessionario e del gestore dei giochi leciti: luci ed ombre di una punibilità sfocata ed a geometrie variabili

Cass., Sez. Un., 24 settembre 2020, (dep. 25 febbraio 2020), n. 6087 p. 64

Sezioni semplici **p. 73**

I. Diritto penale **p. 73**

La configurazione del reato di minaccia quale frutto di frasi ingiuriose e comportamenti atti a minare l'incolumità fisica della persona offesa

Cass., Sez. V, 15 ottobre 2019 (dep. 9 aprile 2020), n. 11708 p. 73

La Mafia è un'altra cosa, la Cassazione ribadisce ineludibili principi di diritto e cultura giuridica

Cass., Sez. VI, 22 ottobre 2019 (dep. 12 giugno 2020), n. 18125 p. 75

Il direttore del giornale non è responsabile se non si configura la diffamazione

Cass., Sez. V, 14 novembre 2019 (dep. 1 aprile 2020), n. 10967 p. 83

Se il patto quota lite prevede un importo sproporzionato l'avvocato commette una truffa

Cass., Sez. II, 21 novembre 2019 (dep. 1 aprile 2020), n. 11030 p. 85

La sospensione dei termini di prescrizione nell'ipotesi di rinvio del processo ascrivibile a motivi eterogenei

Cass., Sez. II, 3 dicembre 2019 (dep. 1 aprile 2020), n. 11039 p. 86

Scambio elettorale politico-mafioso e 416-bis c.p.

Cass., Sez. II, 13 dicembre 2019 (dep. 28 maggio 2020), n. 16201 p. 88

Stalking: gli effetti della sentenza irrevocabile di condanna sulle condotte persecutorie ad essa successive

Cass., Sez. V, 15 gennaio 2020 (dep. 10 aprile 2020), n. 11925 p. 89

Il falso commesso nell'attività autorizzata di revisione auto

Cass., Sez. V, 20 gennaio 2020 (dep. 8 giugno 2020), n. 17348 p. 91

L'utilizzo dei fondi di un condominio per far fronte alle spese di un altro: mala gestione o appropriazione indebita?

Cass., Sez. II, 23 gennaio 2020 (dep. 23 aprile 2020), n. 12783 p. 92

Partecipazione ad associazione di tipo mafioso: le Sezioni Unite della Suprema Corte torneranno ad individuare la condotta tipica

Cass., Sez. I, 28 gennaio 2021 (dep. 9 febbraio 2021), ord. n. 359/2021 p. 93

Se il medico non versa i compensi percepiti in regime di intramoenia scatta il peculato

Cass., Sez. VI, 4 febbraio 2020 (dep. 1 aprile 2020), n. 11003 p. 97

Esclusione della calunnia se la falsa incolpazione si basa su circostanze ragionevoli

Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2020 (dep. 15 aprile 2020), n. 12209 p. 98

Traffico di influenze illecite e corruzione

Cass., Sez. VI, 19 febbraio 2020 (dep. 14 aprile 2020), n. 12095 p. 99

II. Leggi speciali **p. 101**

La prova del dolo specifico del prestanome professionale nei reati di bancarotta fraudolenta documentale

Cass., Sez. V, 16 ottobre 2019 (dep. 20 aprile 2020), n. 12455 p. 101

Vendita cannabis: reato anche se light

Cass., Sez. III, 12 dicembre 2019 (dep. 13 maggio 2020), n. 14735 p. 102

Il modello legale di pericolosità sociale generica, collegato all'evasione fiscale ed ai delitti produttivi di reddito illecito, ai fini della confisca nel giudizio di prevenzione

Cass., Sez. I, 20 dicembre 2019 (dep. 16 aprile 2020), n. 12322 p. 103

Dichiarazione dei redditi, annotazioni contabili e omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto

Cass., Sez. III, 14 gennaio 2020 (dep. 17 aprile 2020), n. 12378 p. 105

Richiesta di sospensione o di revoca dell'ordine di demolizione: in capo al richiedente soltanto l'onere di allegazione

Cass., Sez. III, 16 gennaio 2020 (dep. 1 aprile 2020), n. 10940 p. 106

L'eliminazione delle opere abusive e di ripristino integrale ed effettivo dello stato dei luoghi rende sproporzionale e illegittima la confisca

Cass., Sez. III, 5 febbraio 2020 (dep. 22 aprile 2020), n. 12640 p. 108

La compatibilità del dolo eventuale con la fattispecie di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture inesistenti

Cass., Sez. III, 19 marzo 2020 (dep. 22 aprile 2020), n. 12680 p. 109

III. Diritto processuale penale **p. 115**

Misure cautelari a tutela della vittima di violenza: principio di adeguatezza
Cass., Sez. V, 4 febbraio 2020 (dep. 20 aprile 2020), n. 12503 p. 115

Richiesta modifica misura cautelare va notificata alla vittima solo se c'è un rapporto con l'agente del reato
Cass., Sez. II, 13 febbraio 2020 (dep. 23 aprile 2020), n. 12800 p. 116

Formazione della prova e drive-drinking
Cass., Sez. IV, 3 dicembre 2020 (ud. 13 ottobre 2020), n. 34337 p. 117

IV. Esecuzione e sorveglianza **p. 127**

Il regime del carcere duro ed il divieto di comunicazione
Cass., Ord. Sez. VII, 24 gennaio 2020 (dep. 19 giugno 2020), Ord. n. 18639, Pres. Casa, Rel. Minchella, ric. Procuratore Generale e Ministero della Giustizia
Cass., Ord. Sez. VII, 24 gennaio 2020 (dep. 19 giugno 2020), Ord. n. 18642, Pres. Casa, Rel. Minchella, ric. Procuratore Generale e Ministero della Giustizia p. 127

Il giudizio di compatibilità con il regime carcerario ed il differimento della pena
Cass., Sez. I, 6 marzo 2020 (dep. 2 aprile 2020), n. 11241 p. 129

Giurisprudenza di merito **p. 131**

Diritto penale **p. 131**

Colpa medica e reati omissivi impropri: linee guida e buone pratiche
Trib. Napoli, Sez. VI, 14 dicembre 2015, dep. 26 febbraio 2016 p. 131

Alla configurabilità dell'oltraggio a pubblico ufficiale basta che le offese a questi rivolte siano udibili ai presenti
Trib. Napoli, Sez. IV, 16 gennaio 2020 (dep. 23 gennaio 2020) p. 132

Associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti. Mutamento del rapporto tra fornitore ed acquirente, da relazione di mero reciproco affidamento a vincolo stabile. Attrazione "di fatto" del fornitore abituale nell'area che perimetra il sodalizio dedito al commercio di stupefacenti.
Trib. Napoli, Sezione G.i.p., 3 aprile 2020 (dep. 24 giugno 2020) p. 137

La strumentalità della denuncia-querela in bilico tra tutela di un bene superiore, falsa testimonianza e calunnia
Trib. Napoli, Sez. III, 18 giugno 2020, n. 3714 p. 140

Depenalizzato l'omesso versamento dell'imposta di soggiorno da parte dell'albergatore
Trib. Rimini, Sez. G.i.p., 24 luglio 2020 p. 145

Non si configura il peculato se manca la volontà di appropriarsi delle somme di denaro

Trib. Napoli, Sez. G.i.p., 12 ottobre 2020 p. 146

L'indebita percezione dell'assegno pensionistico tra rapporti strutturali tra fattispecie e particolare tenuità del fatto

Trib. Napoli, Sez. G.i.p., 16 ottobre 2020 p. 147

Il mancato versamento della tassa di soggiorno non integra il delitto di peculato

Trib. Roma, Sez. G.u.p., 2 novembre 2020 p. 153

I criteri che distinguono il tentato omicidio dalle lesioni volontarie

Trib. Napoli, Sez. G.i.p., 9 dicembre 2020 p. 164

Applicabilità della concessione delle attenuanti generiche

Corte d'Appello di Napoli, V Sezione Penale p. 169

Reato impossibile per inidoneità dell'azione nel reato di contraffazione o alterazione

Trib. Napoli, VII Sezione Penale p. 170

Colpa medica e nesso causale

Trib. di Napoli, IX Sezione Penale p. 171

Esclusa la minaccia se il male prospettato non dipende dalla volontà dell'agente

Trib. Napoli, Sez. Ischia, 15 gennaio 2021, dep. 21 gennaio 2021 p. 177

Leggi speciali **p. 178**

L'amministratore non è responsabile dei reati commessi dopo la cessazione della società

Trib. Napoli, Sez. III, 12 luglio 2018 (dep. 10 ottobre 2018), n. 11095 p. 178

Il rapporto tra diritto di abitazione e ordine di demolizione

Tribunale di Napoli, Sez. IV, 23 gennaio 2020 (dep. 24 gennaio 2020) p. 179

Omesso versamento delle ritenute alla fonte prima della riforma del 2015: ai fini della sussistenza del delitto è necessario il rilascio delle certificazioni ai sostituiti e la mera produzione in giudizio del modello 770 non è idonea a provare l'illecito penale

Trib. Napoli, Sez. VII, 26 febbraio 2020 (dep. 17 marzo 2020) p. 182

Guida in stato di ebbrezza: etilometro e onere probatorio

Giudice di pace di Giarre, 9 ottobre 2020 p. 189

Sul concorso tra reati tributari e fallimentari

Trib. Napoli, Sez. III, 23 novembre 2020 (dep. 30 novembre 2020) p. 190

Il giudizio immediato e la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova

Trib. Napoli, Sez. G.i.p., 28 gennaio 2021 p. 192

Sottrazione fraudolenta di beni al pagamento delle imposte: tra concretezza effettuale ed astrattismo concettuale

Trib. Napoli Nord, G.u.p., 18 febbraio 2021 n. 111 p. 193

La ristrutturazione di una costruzione originariamente abusiva come ripresa di attività illecita

Trib. Napoli, Sez. X in funzione del giudice del riesame p. 201

Quantum indiziario e sequestro

Trib. S. Maria Capua Vetere, Sez. III in funzione di giudice del riesame p. 202

Se la pergotenda aumenta il volume scatta il sequestro

Trib. Napoli – Sez. XII in funzione di giudice del riesame p. 203

Diritto processuale penale p. 205

Giudicato cautelare e giudizio. rapporto tra giudizio incidentale e processo di merito
Corte d'Appello Napoli, Sez. I, 15 giugno 2020 p. 205

Il tribunale del riesame non può integrare motivazioni assenti

Trib. Napoli, Sez. VIII, Coll. F), 24 luglio 2020 (dep. 2 settembre 2020) n. 420 p. 210

Il sequestro preventivo delle somme dovute a titolo di imposta di soggiorno all'ente credito: revoca del provvedimento

Trib. Napoli, Sez. VII, Coll. F, in funzione di giudice del riesame, Ordinanza 23 novembre 2020 (dep. 9 dicembre 2020) p. 211

L'omesso versamento del contributo di soggiorno a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 34/2020

Trib. Roma, 3 dicembre 2020 p. 212

La confisca dell'immobile pignorato e la sua revoca: la posizione del terzo titolare del diritto di garanzia e del proprietario

Trib. Milano, Sez. XI, Ordinanza, dep. 15 gennaio 2021 p. 214

Quando la richiesta di revoca dell'ordine di demolizione non può trovare accoglimento

Trib. Napoli, Sezione distaccata di Ischia p. 215

Napoli, 15 giugno 2021

Al Maestro...

Tre giorni fa, sabato 12 giugno 2021, alle ore 12.55, ho ricevuto la Tua ultima mail.

Dopo qualche minuto ci siamo sentiti per definire le modalità di svolgimento dell'incontro, mai più avvenuto, del giovedì successivo.

A tarda sera non c'eri più....

Ti ricorderemo, Ti commemoreremo, Ti ricorderanno, Ti commemoreranno, hai avuto ed avrai attestati di affetto, di stima e di riconoscenza da parte di quanti hanno colto il messaggio della Tua ineffabile esistenza terrena.

Personalmente, avverto un vuoto che rimarrà incolmabile.

È vero, ad ognuno hai lasciato un pezzettino di Te: insegnamenti, ispirazioni, carezze, rimbrotti, correzioni...a nessuno hai negato la mano, soprattutto nelle cadute, soprattutto nei guadi provocati dalle contingenze della vita.

L'ultimo nostro scambio telefonico: l'invio della bozza di questo numero della Rassegna...poi il silenzio...fino alla straziante notizia...E mi risuonano di continuo nelle orecchie le Tue ultime parole: correggi tu la bozza e non perdiamo tempo ... amma fatica', dobbiamo andare avanti...

Prof non faremo più niente, Te ne sei andato ed hai lasciato tutti con la eco del Tuo esempio, con l'illusione di trovare una voce che ci dica cosa fare, da che parte guardare...ma è troppo poco...non mi rassegnano...e di quella bozza del Tuo contributo che hai generosamente donato alla Rivista non ho toccato neppure una virgola, neppure uno spazio....

Non ci saranno più i sabati mattina dedicati alla correzione dei lavori, non ci saranno più i dialoghi attorno alla Tua scrivania (sempre alla ricerca di un appunto o di un Tuo scritto inedito da trafugare), non ci saranno più le cene con la signora Lorena, con Maria Giovanna né ci saranno più le goliardate pasquali ad Umbertide, direbbe Enzo Striano...niente...il resto di niente...

Nei giorni a venire raccoglierò i Tuoi appunti, gli audio delle lezioni, dei convegni, degli incontri istituzionali e conserverò tutto per i miei figli, per quando la devastante tristezza di questi momenti sarà (forse?) alleviata dallo scorrere del tempo e dalla routinaria quotidianità, per quando uno dei miei bambini varcherà la soglia di un'aula della Federico II che auspico sarà dedicata a "Giuseppe Riccio".

Ma chi entrerà in quell'aula e non Ti ha conosciuto giammai potrà capire cosa sei stato Tu, Prof...

Con l'animo a pezzi

Mario

Opinioni

Ritorno al garantismo^{*}

di Giuseppe Riccio

Emerito di Diritto processuale penale

Università degli Studi di Napoli Federico II

Una conversazione atipica; che leggo, contro ogni mia abitudine, perché si vuole che resti l'impronta culturale di un "racconto" che attraversa un secolo e mezzo di storia e, quindi, di politica del processo penale. Leggo per evitare il coinvolgimento personale nel "racconto", che fa correre il rischio di perdere qualche passaggio essenziale di una storia che caratterizza la giurisdizione di questi ultimi due secoli, che neanche Antoine Garapon o Patrik Glenn avrebbero mai immaginato. Leggo, perché un giacobino popolare, per quanto colto, deve misurare le parole di critica ai guelfi al potere. Leggo, soprattutto, per parlare di filosofia politica e di storia delle istituzioni, non di esegesi normativa, cose di cui è difficile dire in un'aula universitaria, quando devi spiegare l'esistente legislativo in forma neutra e distaccata; lì, al più, puoi sollecitare la vivacità campana, magari con la speranza che prima o poi i tuoi studenti si appropriino degli strumenti per il proprio convincimento critico.

Bene.

I più informati; ma basta leggere un giornale indipendente: dove è, direte; dicevo: i più informati sanno che in questi ultimi anni abbiamo assistito alla esplosione della crisi della Magistratura, colpita da episodi di caduta della indipendenza a causa di una illegittima mistura con la politica, pure essi causa di una risalente crisi della giurisdizione, che vanta prevalente insoddisfazione negli ultimi venti anni, certo, anche a causa di una legislazione rozza e irrazionale, incapace di affrontare i problemi interni alla organizzazione giudiziaria. Non è un mistero, infatti, che interpretazioni recenti e prassi risalenti si muovono sovente su linee opposte a quelle che legittimarono la modifica in senso democratico del processo penale e l'adozione dei diritti fondamentali della persona come linea politica portante della radicale modifica di struttura del processo, preconditione per la effettiva vigenza dei diritti costituzionali nel processo.

Ce lo ricorda con un notevole volume, ora pubblicato, Luigi Ferrajoli, che ripete i valori culturali e morali della nostra società, ricostruendo le linee di filosofia politica dei rapporti tra Democrazia e Processo penale attraverso uno studio che si interroga su la "*Teoria del*

^{*} Il presente contributo è il testo della *Lectio* del Prof. Riccio "*La procedura penale come tutela delle situazioni soggettive*" tenuta nell'ambito del ciclo di incontri "*Conversazioni di procedura penale*" organizzate dalla Prof.ssa Vania Maffeo - II Cattedra di Diritto processuale penale dell'Università di Napoli "Federico II".

garantismo costituzionale”, presupposto dell’intima connessione tra situazioni istituzionali e giurisdizione legale.

Sin dalle prime pagine ho trovato riscontro ai miei pensieri più tristi di quest’ultima epoca, resi complessi dalla osservazione che il problema della Procedura penale, oggi, non è tanto chi la produce, ma “cosa” si produce, dal momento che si è liquefatto il rapporto tra regole per il processo e Costituzione e tra categorie della giurisdizione e nuove forme processuali, che realizzano ingiustificate cadute di garanzie delle situazioni soggettive protette, il cui *vulnus* crea una ferita costituzionale da cui esse promanano.

Per questa caratteristica val la pena di ricordare che ogni norma di Procedura penale ha un profondo significato politico, giacché ciascuna ha presupposti e premesse all’interno delle regole della democrazia ed ha radici nei “principi” costituzionali, il cui affievolirsi ha creato una crisi circolare, a partire dal XX secolo, che coinvolge contemporaneamente la fonte (= la Democrazia) e i prodotti (= il giusto processo) e contestualmente la Istituzione Magistratura e i compiti a cui è delegata.

Del resto, non è un mistero che l’attuale credito di certa Magistratura è al “minimo storico”, avendo prodotto confusione di poteri sul piano istituzionale e comportamenti personali illeciti che ho già denunciato nell’ articolo su “*La notte della Repubblica*”¹.

Mi è tornato in mente il dibattito che nel secolo passato ha prodotto l’illusione accusatoria ed un codice elitario su cui fondavano le aspettative di quanti avevano vissuto la barbarie del codice Rocco, che oggi sembra riemergere, dovendo equipararsi, spesso, azione e giudizio, situazione che ripropone una nuova forma di processo a “fasi omogenee”, con l’ulteriore beffa dell’affievolirsi della tutela dei *diritti fondamentali* della persona, “indeboliti” da un insano senso di “efficienza” che i nostri governanti hanno privilegiato negli ultimi vent’anni, attraverso gli strumenti che hanno ampliato il dominio del pubblico ministero con l’effetto di affievolire il distinguo semantico tra “mezzi di ricerca della prova” e “mezzi di prova”, equiparati dalla naturale identità virtuale tra mezzo e risultato probatorio, premessa della radicale modifica del concetto di “contraddittorio”.

Si torna così al processo con istruzione.

Ne esce fuori un processo kafkiano, che, a ben riflettere, dimostra che si è “liquefatto” l’intimo rapporto tra *garantismo* e *Costituzione, rapporto* che ha costituito l’esaltazione culturale degli anni ‘60-’80 (19..) ed il fascino di un dibattito che vide unite accademia, magistratura e avvocatura, insieme di professioni necessario a raggiungere l’obiettivo comune di una processo democratico e costituzionale: un processo giusto, nella misura in cui le norme che lo governavano erano legali e legittime e tali soprattutto gli auspicati comportamenti della giurisdizione e dei soggetti giudiziari.

E, invece, si assiste oggi ad una palese dimostrazione della caduta del garantismo e del conseguente turbamento delle categorie essenziali della giurisdizione di cui è testimonianza la recente sentenza costituzionale n. 132 del 2019; un esempio tra tanti in cui la Corte confonde il diritto al contraddittorio con il c.d. principio di immediatezza, pur riconoscendo che l’interpretazione degli artt. 525, comma 2, 526, comma 1, e 511 cod. proc. pen., sancisce, letteralmente, l’obbligo, per il giudice del dibattimento, di ripetere l’assunzione

¹ G. RICCIO, *La notte della Repubblica*, in *Arch. pen.*, 19 giugno 2019.

della prova dichiarativa ogni qualvolta muti la composizione del collegio giudicante; principio riconosciuto come forma di “diritto vivente” (cfr. Cass., Sez. I, 17 febbraio 1999, n. 2 e 4 novembre 1999, n. 12496; nonché Sez. I, 7 dicembre 2001-10 maggio 2002, n. 17804; 23 settembre 2004, n. 37537; Sez. V, 7 novembre 2006-31 gennaio 2007, n. 3613; 15 dicembre 2011, n. 46561; 11 maggio 2017, n. 23015).

Era un “principio” ripetutamente fatto proprio dalla Corte costituzionale, che aveva sempre escluso l’illegittimità costituzionale della disciplina codicistica (cfr. sent. n. 17 del 1994; e ord. n. 205 del 2010, non le n. 318 del 2008, n. 67 del 2007, n. 418 del 2004, n. 73 del 2003, n. 59 del 2002, n. 431 e n. 399 del 2001), opinione oggi rinnegata con una motivazione centrifuga, che reputa l’immediatezza (= la ripetizione del contraddittorio, cioè) irragionevole rispetto ai tempi del processo e, quindi, una interpretazione costituzionalmente illegittima.

È un esempio emblematico della prevalenza dell’efficientismo sul garantismo, che mette in conflitto, addirittura, due paradigmi di sistema perfettamente conciliabili; ed è la sorte giurisprudenziale di molte norme del Codice del 1989, i cui connotati essenziali non appartengono più all’ordinamento italiano, se non come formule affidate, non alla libera interpretazione (art. 101 Cost.), ma alla libera discrezionalità del giudice di turno o del pubblico ministero operante, confondendo, così, categoria della legge (= l’interpretazione) e categoria del giudizio (= la discrezionalità).

Perciò all’inizio dicevo che con la politica dell’emergenza sono saltate anche le categorie fondamentali della giurisdizione, anzi il concetto stesso di giurisdizione, oggi approdato a sponde notarili (esempio: messa alla prova).

È un esempio tra molti che ricorrono in una legislazione ventennale, confusionale e irrazionale, durante i quali il legislatore ha abbandonato la strada della centralità dell’accertamento per ricorrere ad istituti clemenziali o a formule di stile per risolvere problemi giudiziari imposti dalle Corti europee o da disorganizzazioni giudiziarie che il tempo ha via via drammatizzato; problemi che avrebbero dovuti essere risolti da Parlamento e Governo all’atto dell’entrata in vigore del codice di fine anni ‘80, quando l’ordine giudiziario doveva essere adeguato alla nuova filosofia e alle nuove strutture del processo penale a fasi disomogenee.

Sono rimaste in piedi, invece, funzioni e organizzazione per il processo a fasi omogenee.

Dunque, l’illusione garantista fu situazione di breve durata, notevolmente mutata a causa di interventi legislativi eminentemente emergenziali che hanno restituito al processo, ed ai suoi protagonisti, il compito di tutela della società dal delitto, compito che altera la funzione propria della giurisdizione penale ed il senso delle categorie su cui essa si genera.

Una così profonda crisi aveva indotto a sperare dal “governo dei migliori” una riforma di sistema, avendo giurisprudenza e prassi superato i limiti della legittimità dell’opera giudiziaria e della giurisdizione, svuotate dalle regole su cui fondava l’assetto *adversary* (= democratico); assetto composto dalla tripartizione dei poteri, dal metodo probatorio e dalla radicale distinzione di funzioni imposta dall’art. 521 c.p.p., norma di grande impatto politico sistematicamente collocata a completamento e limite del potere decisorio nel caso di poco accorti comportamenti del pubblico ministero non in linea con il combinato disposto degli artt. 326; 187; 405; 416 e ss. c.p.p.

Si auspicava una riforma di sistema per restituire alla Procedura penale il compito originario di tutela dei diritti della persona ed al processo la funzione di accertamento che gli è propria e che si perde, invece, oggi, in mille rivoli di ipocrisia clemenziale (es.: patteggiamento o tenue offensività), quando non di mera presa d'atto della volontà dell'imputato (artt. 464-*bis* c.p.p. e ss.); auspicio che non può essere raccolto neanche dalla Commissione Lattanzi, legata al Disegno di legge 2435C la cui filosofia è dichiaratamente efficientista, pur quando si interroga della introduzione della "mediazione penale", che, in un contesto di sistema, fu uno dei momenti più delicati e complessi del dibattito in sede di Commissione-Riccio (non è autocitazione; si riconosce così quel lavoro esaltante).

Fu, quella, una esperienza messa in piedi per interrompere la successione di rattoppi e di invenzioni giudiziarie; un'esperienza col compito di "aggiornare" il codice di fine anni '80; di ammodernarlo; di renderlo coerente con le nuove esigenze giudiziarie e con le condivisibili pronunce delle Corti, non solo interne, in modo razionale e sistematico.

Fu un tentativo compiuto con la Bozza di legge-delega del dicembre 2007, subito abbandonata, purtroppo, per l'insano costume parlamentare secondo cui il cambio di maggioranza impone l'accantonamento delle opere precedenti, dovendosi considerare la "politica" esercizio del potere dei partiti, non opera di pubblica utilità e di valore indipendente.

Fu un tentativo soppiantato da mille emergenze di diversa natura e funzione, in particolare dalle leggi degli anni 2008-2021; ma ancora oggi, si insiste con parziali modifiche per coprire le inadempienze dello Stato, interessato a celebrare i processi, non a "come" si celebrano i processi, abitudine che mi auguro la Commissione Lattanzi saprà capovolgere, per quanto possibile, grazie alla lunga militanza costituzionale del Ministro e del Presidente. Insomma, nonostante la prevalenza della filosofia meramente efficientista, auguro il ritorno al "garantismo-efficientista", filosofia che guidò il progetto di legge-delega del 27 dicembre 2007, appunto, in continuità con il sentimento garantista che aveva motivato la legislazione democratica di fine anni '80, ma con il "coraggio" di modificare quei momenti processuali che rendevano il processo poco efficiente.

Ma è necessario prendere coscienza che l'incalzare della politica dell'efficienza va addebitata alla Magistratura, che ha saputo "orientare" la politica del processo penale, consapevole dell'inefficienza organizzativa della giurisdizione, nonostante la presa d'atto della fallacia dei diversi tentativi di riforma anche dell'ordinamento giudiziario.

Ne è simbolico esempio la disciplina della prescrizione, che dal 2006 in poi ha subito continui rimaneggiamenti, tra diminuzioni ed aumenti del suo tempo, fino alla scandalosa ipotesi del 2021, frutto del documento dell'A.n.m. del 18 novembre 2019, che contiene, anche, ulteriori ipotesi di modifiche processuali fatti propri nel Progetto Buonafede, fortunatamente solo in parte recepite nel recente disegno di legge, a mio giudizio indifferente rispetto ad un processo efficiente, garantito, democratico, liberale, accusatorio. Non meraviglia, quindi, se chi ha avuto il privilegio di vivere quella splendida stagione degli anni '60 e '70 e le epoche che l'hanno sopraffatta avverta oggi profonda nostalgia per la prima e il desiderio di informare i più giovani sul lungo cammino del processo penale in questo Paese, sulle cause della sua mai immaginata deriva autoritaria, sulle ragioni della totale torsione di alcune categorie fondamentali della Procedura, sorrette solo da emergenze,

il più delle volte estranee al processo (sicurezza, rifiuti, pandemia), diversamente che in tempi passati, in cui esigenze reali (= gli anni difficili del terrorismo) costituirono il presupposto per la contraddittoria legislazione del “doppio binario” processuale 1974-1981 (su cui si rinvia a *Introduzione a Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli, 1982), legislazione riproposta, con una struttura autoritaria centrale nel '91 (la DNA), per sottrarre all'appena nato Codice la forza garantista, ritenuta inadeguata per la lotta alla criminalità organizzata.

Fu un progetto politico comune tra Governo e Corte costituzionale, che con le tre famose sentenze del 1992 si prestò a completare l'opera autoritaria sul piano dibattimentale in nome della “ricerca della verità” di inquisitoria memoria per consentire l'ingresso acritico nel processo degli atti di indagine.

Sono tornati allora i processi cumulativi espulsi dall'originario art. 12 c.p.p. e, invece, oggi giunti a numeri iperbolici (siamo a circa 400 imputati giù in Calabria) con tutti i limiti di prova che li avevano caratterizzati negli anni precedenti al nuovo codice; modifica che ha esaltato i problemi di disorganizzazione della giurisdizione, creando sempre maggiori situazioni insensibili ai diritti costituzionali,

Insomma, ritornano, in termini attuali, vecchi pensieri, sui quali mi soffermo, solo per cenni, per testimoniare delle premesse del garantismo e dell'opera della sua realizzazione; per ripercorrere la storia di un movimento liberale e democratico; per rinsaldare la perdita “sensibilità costituzionale”.

Ricorderete che, avviata all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, la riforma del processo ha visto la luce dopo quaranta anni, sostenuta da una lunga e travagliata gestazione alla quale ha partecipato, con sensibilità garantista, anche la Corte costituzionale, spesso fornendo specificazione e chiarimenti sul contenuto dei principi fondamentali della Procedura penale.

È una storia che conferma “il sistema dei principi”; che attiva “concetti”, “interessi” e “valori” democratici, ma anche vie e strumenti per l'accertamento.

È una storia le cui tappe salienti attraversano l'epoca riformista originaria (dal 1963 al 1990) e le epoche controriformiste (dal 1991 ad oggi), ispirate, la prima, al garantismo costituzionale e, le altre, ad esigenze emergenziali o a rigurgiti inquisitori delle Corti, che potrebbero essere presentati, qui, ovviamente, per mere esemplificazioni, pur essendo noti. All'inizio mancava una strategia di tipo opposto alla scienza e alla normazione che avevano partorito il sistema del 1930.

Ma, come ha scritto Otello Lupacchini “*a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, l'esperienza penal-processuale è stata oggetto di uno sguardo inedito per la cultura giuridica italiana*” a cui aveva contribuito la prospettazione di radicali riforme, grazie anche alla Corte costituzionale che incoraggiava atteggiamenti antiformalistici, quando è stata chiamata a esprimersi circa la conformità delle norme del codice Rocco con i valori espressi nella carta fondamentale.

“*Ne era scaturita una tensione verso il nuovo, un ragionare per principi costituzionali, che avrebbe portato, tra la fine degli anni Sessanta e la fine degli anni Settanta a un mutamento nello stile dottrinale, essendo apparsa l'astrattezza delle categorie concettuali elaborate per interpretare il diritto positivo al di fuori della Costituzione democratica*” (Fassò).

Nacque allora il garantismo, la deontica del diritto inteso nella sua forma integrata; deontica “predicata” da giuristi, sociologi, economisti, filosofi della politica che allora si occupavano esattamente delle stesse cose: del potere, delle libertà, delle istituzioni, dei rapporti tra autorità e libertà, dei rapporti tra Stato e mercato, della sfera pubblica, dell’amministrazione della giustizia, della distribuzione delle ricchezze e delle forme della democrazia, di cui si occupa oggi Luigi Ferrajoli, secondo me “a futura memoria”, come si dice, risultando essere oggi situazioni culturali ignorate dalla politica quali premesse dell’opera riformista.

Difronte a questa complessa progressione di valori sociali (è questo il garantismo) c’è chi ancora oggi identifica garantismo e illuminismo, su cui mi pronunzio a memoria, dal momento che lo *slogan* di quella rivoluzione è figlio del suo tempo, messo in crisi dalla storia successiva che ha cambiato il senso ed i contenuti di *libertè-egalitè-fraternitè* non solo sotto il profilo della fonte di produzione delle strutture di tutela dei diritti fondamentali; il maggiore attentato deriva, invero, dai mutati rapporti tra politica e magistratura e dalla invadenza della giurisprudenza nelle dinamiche di formazione della legge, oltrechè del diritto.

In quegli anni, mentre la magistratura era attraversata da tensioni che sfociarono in teorie sull’uso alternativo del diritto e nel superamento della neutralità dei giudici, “*la giovane dottrina, acquistò la consapevolezza che il diritto processuale penale è, essenzialmente, diritto costituzionale applicato. Perciò, piuttosto che cercare conferma dei principi costituzionali nella legge ordinaria, si analizzarono i principi costituzionali, per trarne spunti e argomenti di critica alla legge processuale ordinaria*” (in particolare G. Amato).

Ne è esempio emblematico il dibattito sulla Bozza Carnelutti del 1963. Aveva come presupposto la convinzione secondo cui *i diritti della persona non possono essere riconosciuti nel processo se vi si oppone la struttura stessa del processo ed era così nel processo a fasi omogenee*, che torna oggi – come detto – e che trovava paternità nella fase istruttoria, nella quale non trovavano riconoscimento i diritti, non il diritto alla contesa, non il diritto di difesa, non il contraddittorio e così via.

E se gli esempi della giurisprudenza della Corte di allora confermano la filosofia Carnelutti, di diverso avviso, la critica raccolta nel Convegno di presentazione della Bozza si espresse per il mantenimento del processo con istruzione, sul presupposto della sua maggiore efficienza (Leone e Conso, in particolare).

Ecco il teorema; comune alle scelte degli ultimi vent’anni, la cui politica non ha avuto il progressivo ripensamento degli illustri maestri.

Insomma, da allora è rimasto il pregiudizio secondo cui modello a fasi omogenee non può che significare processo efficiente. Perciò, come ho dimostrato altrove, lo Stato assorbe la disorganizzazione giudiziaria col ripristino di questo tipo di processo, aggravato dal fatto che il *dominus* è il pubblico ministero, non il giudice.

Dunque è facile comprendere gli effetti del reflusso dei temi nei diversi tempi storici: il prevalere della cultura “inquisitoria”, allora come oggi, blocca la filosofia del garantismo, che tutela ruolo del giudice e situazioni soggettive, cioè giurisdizione e processo, che hanno radici nei diritti costituzionali.

Si è perso di vista, insomma, il valore esistenziale dei principi fondamentali del processo penale; si è perso di vista che il garantismo serve per individuare le linee del profondo

rinnovamento del sistema sui tre fronti: delle situazioni del giudice che garantiscono il giudizio imparziale (indipendenza e imparzialità del giudice; naturalità e precostituzione del giudice; la presunzione di non colpevolezza); delle situazioni delle parti rivolte all'attuazione del giusto processo (il diritto di azione; la "parità" come regola per lo svolgimento del giudizio; le forme e i modi del controllo sulla decisione); della tutela processuale dei diritti fondamentali della persona (il principio di uguaglianza; il pluralismo ideologico; la libertà personale).

Tre linee che costituiscono gli intangibili paradigmi di sistema del nuovo processo ed il passaggio dalla Scuola tecnico giuridica (= codice Rocco) alla Scuola critica (= codice Vassalli).

Tre linee che rappresentano la frontiera di un nuovo umanesimo legale.

È l'ora della verità?

di Alfonso Furgiuele

Università degli Studi di Napoli Federico II

Non credo di formulare un'affermazione bizzarra o fantasiosa nel dire che uno fra i principali motivi che hanno determinato la crisi di governo recentemente verificatasi in Italia sia da riconoscersi nella palese divergenza di vedute, all'interno della maggioranza parlamentare, in ordine al progetto di riforma del processo penale proposto dal Ministro Bonafede.

Con l'insediamento del nuovo governo, sostenuto da variegate forze politiche arroccate su posizioni ideologiche profondamente diverse – e spesso fortemente contrastanti – anche e soprattutto in ordine al modello processuale penale da privilegiare, il compito del nuovo Ministro della Giustizia, professoressa Marta Cartabia, non appare né semplice né invidiabile.

Tale difficoltà si evince chiaramente già dalla lettura delle “linee programmatiche sulla giustizia” redatte dal Ministro, laddove nella premessa dedicata alla giustizia penale si fa espresso riferimento alla “disponibilità di alcuni gruppi ad accantonare gli emendamenti da loro presentati in materia di prescrizione per non esacerbare il dibattito”; ma, a ben vedere, i contrasti in tema di prescrizione rappresentano unicamente la cima di un *iceberg*, rispetto alle profonde discordanze addirittura ideologiche che le varie forze politiche presenti in Parlamento hanno in ordine ad aspetti ben più profondi, quali, ad esempio, quelli riguardanti i principi che debbano ispirare il modello processuale in Italia, la funzione stessa del processo e delle misure cautelari, nonché natura e finalità della pena.

Orbene, come ha precisato il Ministro nelle sue “linee programmatiche”, il Parlamento ha approvato un ordine del giorno che impegna il Governo “ad adottare le necessarie iniziative di modifica normativa e le opportune misure organizzative volte a migliorare l'efficacia e l'efficienza della giustizia penale, in modo da assicurare la capacità dello Stato di accertare fatti e responsabilità penali in tempi ragionevoli (art. 111 Cost.), assicurando al procedimento penale una durata media in linea con quella europea, nel pieno rispetto della Costituzione, dei principi di giusto processo, dei diritti fondamentali della persona e della funzione rieducativa della pena”.

Dunque il programma che il Governo si propone di realizzare appare assai virtuoso ed ambizioso. Tuttavia è altrettanto legittimo sospettare che si tratti di una mera aspirazione, difficilmente realizzabile; soprattutto ove si pensi che il punto di partenza resta pur sempre il progetto di riforma del codice di procedura penale del Ministro Bonafede, nel quale è assai difficile riconoscere l'attuazione dei principi del “giusto processo”.

D'altronde, in considerazione dell'intero contesto culturale, prima ancora che politico, in cui la commissione preposta alla riforma del codice di procedura penale si troverà ad operare, immediatamente il mio pensiero va a quanto l'illustre maestro, Professor Massimo Nobile, alla fine degli anni '90 del secolo scorso, scriveva nella “Premessa” del suo volume