

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

5/2021

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresca-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andreatza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vighè, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics (COPE)* e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2020, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

V. MAIELLO, <i>L'affiliazione rituale alle mafie storiche al vaglio delle Sezioni unite.....</i>	5
F. MARCHETTI, <i>L'impugnabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio: una storia solo apparentemente semplice.....</i>	19
F.P. BISCEGLIA, <i>Dove il legislatore porta le parole e l'interprete adduce il senso: le Sezioni unite sull'applicabilità dell'art. 384 c.p. al convivente more uxorio.....</i>	31

L’AFFILIAZIONE RITUALE ALLE MAFIE STORICHE AL VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE

Nota a [Cass., Sez. I, ord. 28 gennaio 2021 \(dep. 9 febbraio 2021\), n. 5071,](#)
[Pres. Boni, rel. Centonze, ric. Modaffari](#)

di Vincenzo Maiello

A breve le Sezioni Unite della Corte di Cassazione saranno chiamate a stabilire se l’affiliazione rituale alle mafie storiche, non seguita da atti di militanza associativa, integri il delitto di partecipazione associativa di tipo mafioso. L’autore osserva che all’origine del contrasto giurisprudenziale sta la confusione tra tipicità e prova, dal canto sua scaturita dall’ambiguità di taluni indicatori fattuali contenuti nella sentenza Mannino. Ridefiniti i rapporti tra fattispecie criminosa e metodiche probatorie, si illustrano le ragioni per le quali dovrebbe essere preferita l’interpretazione che vede la condotta di partecipazione comporsi dell’accordo d’ingresso e del conseguenziale fare associativo, relegando l’accesso con rito formale – ben vero nei sodalizi che tuttora osservano tale pratica di reclutamento – all’ambito della punibilità a titolo di tentativo.

SOMMARIO: 1. La debolezza stipulativa della partecipazione associativa mafiosa tra indeterminatezza legale e processualizzazione del tipo. – 2. L’evoluzione giurisprudenziale della partecipazione associativa mafiosa. – 3. La giustificazione rafforzata del modello dinamico/funzionale di partecipazione associativa nella sentenza *Pesce*. – 4. L’auspicio di una pronuncia delle Sezioni unite nella scia di *Pesce*. – 5. L’ipotizzabilità del tentativo nell’affiliazione rituale non seguita da agire associativo.

1. La debolezza stipulativa della partecipazione associativa mafiosa tra indeterminatezza legale e processualizzazione del tipo.

La prima sezione della Corte di Cassazione ha chiesto alle Sezioni Unite di stabilire se “la mera affiliazione ad un’associazione a delinquere di stampo mafioso c.d. storica, nella specie *Ndrangheta*, effettuata secondo il rituale previsto dall’associazione stesso, costituisca fatto idoneo a fondare un giudizio di responsabilità in ordine alla condotta di partecipazione, tenuto conto della formulazione dell’art. 416-*bis* cod. pen. e della struttura del reato dalla norma previsto”.

Chiamata a vagliare i ricorsi cautelari di due fratelli raggiunti da indizi di affiliazione, con modalità rituali tipiche della *Ndrangheta*, al locale aspromontano di una storica cosca della provincia reggina, l’ordinanza di remissione rileva l’esistenza di un contrasto interpretativo in ordine alla punibilità a titolo di partecipazione associativa del

mero, formale ingresso nella consorteria non seguito “da elementi concreti e specifici, rivelatori del ruolo attivo” nel sodalizio; di qui, la decisione di interpellare il vertice della giurisdizione regolatrice allo scopo “di assicurare l’uniformità dell’interpretazione giurisprudenziale su una questione interpretativa di notevole rilevanza”¹.

Siamo anche noi persuasi che il tema devoluto alle Sezioni unite rivesta la massima importanza. Riteniamo, anzi, che l’iniziativa del giudice *a quo* assuma, ad una valutazione d’insieme, una dimensione di senso che trascende la comune rilevanza delle operazioni di nomofilachia, specie di particolare importanza quali sempre sono quelle indirizzate a stabilizzare gli *a-priori* della punibilità e, tra essi, specialmente gli elementi del fatto tipico, pietra angolare dell’edificio penalistico.

Peraltro, è appena il caso di rimarcare come il quesito sollevato dalla sezione remittente non riguardi un caso tipologico definibile di *ultima generazione*, gemmato cioè sul tronco delle trasformazioni che hanno investito il variegato universo della criminalità mafiosa; non nasca, dunque, dall’esigenza di testare la riconducibilità di nuove modalità di *militanza associativa* o, se si preferisce, di inedite interlocuzioni cooperative tra il singolo e la struttura organizzativa mafiosa nell’orizzonte semantico del *tipo ermeneutico* che il *diritto vivente* ha negli anni sedimentato in rapporto alle comuni e risalenti manifestazioni di intraneità².

Al contrario, a venire in evidenza come punto controverso è l’inquadramento nella partecipazione associativa della più arcaica fra le manifestazioni di mafiosità, quella, appunto, che si affida alla liturgia di accesso agli organigrammi delle storiche consorterie di mafia. Una questione, perciò, niente affatto emergente dal cono d’ombra dei problemi di adeguamento del diritto ai mutamenti del suo oggetto di disciplina, bensì una esattamente opposta che interroga la capacità del diritto (nel nostro caso la sua proiezione giurisprudenziale) di dare copertura ad istanze di qualificazione del primitivo modo di essere dell’episodio di vita sociale che viene in evidenza.

Ecco, allora, che la domanda di verità sottoposta al pronunciamento nomofilattico – apprezzata nel contesto del ruolo protagonista giocato in materia dal diritto giudiziario – rischia di convertirsi in un involontario autodafé sui limiti e le debolezze stipulative di quest’ultimo, certificandone una perdurante difficoltà a garantire livelli stabilizzati di disciplina (della manifestazione archetipica) di una fattispecie di cruciale rilievo, per di più dalla portata fortemente evocativa nella *sfera parallela dei laici*.

Insomma, l’ordinanza di remissione alle Sezioni unite segnala la dimensione non risolta dei tentativi giurisprudenziali di definizione dei requisiti minimi di quello che

¹ Su questa fondamentale funzione che l’art. 65 dell’ordinamento giudiziario affida alla Corte di Cassazione, v. G. GORLA, *Postilla su “l’uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi”*, in R. Bin (a cura di), *Il precedente giudiziario*, Padova, 1995, 73 ss.

² Sulla controversa applicabilità dell’art. 416 bis c.p. alle c.d. nuove mafie rinvia a G. Amarelli – C. Visconti, *‘Mafia capitale’: per la Cassazione non si tratta di vera mafia*, in *Cass. pen.*, 2020, 3644 ss.; C. VISCONTI, [“Non basta la parola mafia”: la Cassazione scolpisce il “fatto” da provare per una applicazione ragionevole dell’art. 416 bis c.p. alle associazioni criminali autoctone](#), in questa *Rivista*, 24 marzo 2020; G. AMARELLI, *Mafie delocalizzate all’estero: la difficile individuazione della natura mafiosa tra fatto e diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 105 ss.; ID., *Mafie autoctone: senza metodo mafioso non si applica l’art. 416 bis c.p.*, in *Giur. it.*, 2020, 2249 ss.

resta il reato simbolo della legislazione antimafia e, perciò, corre il rischio di apparire ingenerosa verso una quasi quarantennale e coriacea esperienza applicativa, così ingiustamente finendo così per oscurare le molte, e anche raffinate, sensibilità ermeneutiche che in varie occasioni le hanno consentito di traghettare un *dispositivo di lotta* nell'area delle ricostruzioni conformi a principi di garanzia³.

Il vero è che questa incompiutezza è figlia della straordinaria complessità dei reati associativi e della loro congenita permeabilità alle pre-comprensioni cognitivo/interpretative dei protagonisti della vita giudiziaria⁴, confermando come il settore si presti a fungere da banco di prova e campo elettivo di sperimentazione di fenomeni identitari della contemporaneità penalistica⁵.

Il riferimento corre alla *processualizzazione* (delle categorie) del diritto penale⁶ e al conseguente corto circuito nei rapporti tra *tipicità* e *prova*⁷, vicenda che – favorita dalla matrice socio/criminologica di taluni requisiti cruciali delle fattispecie – agevola nella materia la formazione di processi espansivi delle funzioni normative della giurisprudenza⁸.

Non si può mancare di rilevare che questa tendenza sia stata agevolata anche da una qualche refrattarietà di parte della riflessione teorica a servirsi degli arnesi della dommatica, come prova il fatto che l'emancipazione garantistica del delitto in esame sia avvenuta per lo più attraverso definizioni unitarie, potremmo dire di sintesi, della condotta (alla fine) punibile, anziché sul terreno dell'analisi concettuale del fatto tipico e delle sue componenti.

In pratica, anche quando ha propiziato letture evolutive dell'incriminazione – modellate sul paradigma del reato di *comportamento* e non di *status*⁹ – cui si deve la svolta giurisprudenziale della *Mannino*¹⁰, la dottrina è apparsa impegnata ad indicare il saldo della verifica probatoria, piuttosto che a costruire la struttura del fatto di reato,

³ Un inquadramento di tale paradigma in M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla Questione criminale*, 2/2007, pp. 55 ss.

⁴ Uno sguardo teorico generale in F. Müller, *Applicazione, precomprensione topica ed ermeneutica topica*, in G. Carlizzi – V. Omaggio (a cura di), *L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, Pisa, 2016, 99 ss.

⁵ G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 353 ss., spec. 357 ss.; F. VIGANÒ, *Introduzione*, in L. Picotti – G. Fornasari – F. Viganò – A. Melchionda (a cura di), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, Padova, 2005, 3.

⁶ S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Napoli, 2007.

⁷ G. DI VETTA, *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, in *Arch. pen.*, 1/2017.

⁸ M. DONINI, [Il diritto giurisprudenziale penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3/2016, 13 ss.; G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008; F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1248 ss.

⁹ G. FIANDACA, *La criminalità organizzata e le sue infiltrazioni nella politica, nell'economia e nella giustizia in Italia*, in V. Militello – L. Paoli – J. Arnold (a cura di), *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, Milano-Freiburg, 2000, 255; V. MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*; ID., *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, ora entrambi in *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2016.

¹⁰ Cass. pen., sez. un., 12 luglio 2005, in *Foro it.*, 2006, con nota di G. FIANDACA – C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*.

indirettamente legittimando lo squilibrio nei rapporti tra *tipicità* e *prova* – ossia tra ragioni del diritto penale e istanze del processo – che da tempo tiranneggia la materia. Al fondo dell'impostazione sta, con ogni probabilità, una sorta di convincimento subliminale incline a considerare la partecipazione associativa affare di competenza di saperi empirico-socio-criminologici, ma non anche – una volta definito il senso del delitto sulle basi di quelle competenze – questione avente natura e consistenza (innanzitutto) dogmatica, in quanto tale debitrice della grammatica logica dei concetti¹¹; in definitiva, il convincimento secondo cui in questo ambito andrebbe osservato “un approccio che dissolve la dogmatica nella sociologia criminale”¹².

Anche grazie a queste incertezze del discorso speculativo si sono prodotti nella prassi disorientamenti che hanno ostacolato la formazione di un diritto vivente compatto e coerente nella sua evoluzione, dando luogo alla sincronica coesistenza di statuti interpretativi differenziati entro i cui interstizi è restata impigliata la questione sollevata dalla pronuncia remittente.

Sennonché, il dato per il quale anche in questa materia l'agire dei giudici reclama la dipendenza dall'analisi del materiale normativo e dagli esiti del relativo lavoro di astrazione concettuale trova conferma proprio in una sagace sentenza della prima sezione penale della Cassazione richiamata dall'ordinanza di remissione¹³, che qualche anno fa ha avvertito il bisogno di prodursi in un ragguardevole tentativo di sezionare la struttura del reato qui esaminato, pur se entro una logica ipotecata da prevalenti esigenze di verifica probatoria.

L'occasione che oggi si consegna all'approfondimento del supremo organo della nomofilachia può, allora, offrire l'opportunità di colmare i ritardi nell'opera di definizione di quanto appartiene (meglio, dovrebbe appartenere) alla dimensione di tipicità della fattispecie e quanto, invece, pretende di essere governato nel contesto della prova e del sapere pratico.

2. L'evoluzione giurisprudenziale della partecipazione associativa mafiosa.

L'osservazione in chiave diacronica delle interpretazioni in tema di partecipazione associativa di tipo mafioso consegna l'immagine di un panorama composto da ben quattro paradigmi ermeneutici. La loro successione segue una linea evolutiva nella quale si rispecchia plasticamente l'ordine progressivo della parabola penalistica della Modernità, segnata dal passaggio da un modello di reato a sfondo *soggettivo* alla sua dimensione *oggettiva*.

Fino alla metà degli anni Ottanta del secolo passato, la definizione dei requisiti minimi della partecipazione mafiosa soffre i limiti di un approccio che, mancando di

¹¹ G. BETTIOL, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, 513 ss.; C. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Torino, 1993, 110 ss.

¹² Criticamente, G. FIANDACA, *op. cit.*, 255; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, 353 ss.

¹³ Il riferimento è a Cass. pen., sez. I, 17/06/2016, *Pesce*, n. 55359.

valorizzare l'effettiva autonomia concettuale e politico-criminale del reato associativo¹⁴, tende a degradarne la sostanza in mero criterio di imputazione, funzionale a dare conto del *surplus* di responsabilità per la commissione dei reati-fine.

Ciò porta la giurisprudenza a costruire l'illecito sulla "volontà da parte del soggetto di entrare a far parte come membro dell'associazione e recare così un contributo concreto al raggiungimento dello scopo sociale"¹⁵, laddove l'accento a quest'ultima connotazione causale "più che esprimere una esigenza di tipizzazione e materializzazione della condotta punibile, indica piuttosto la *ratio puniendi* utile a giustificare il contestuale convergere di due autonome fonti incriminatrici, il concorso criminoso e l'associazione per delinquere, sullo stesso *plafond* fattuale"¹⁶.

Si tratta, dunque, di una nozione grezza se, per un verso, mostra adeguatezza funzionale nel giustificare *ex post* decisioni di condanna per i reati satellite, per l'altro, risulta radicalmente priva dei connotati di afferrabilità, necessari a delineare il concetto di *fattispecie* (nella specifica portata semantica di *species-facti*)¹⁷.

Allo scopo di superare i limiti di un'impostazione che impoverisce le ragioni del fatto tipico, e mortifica le relative esigenze probatorie di garanzia e di tenuta epistemica, si affaccia il modello causale di partecipazione.

È la sentenza *Arslan* a darvi corpo, coniando un nuovo paradigma definitorio che individua il partecipe in colui che realizza "un contributo causale minimo, ma non insignificante alla vita dell'associazione"¹⁸.

Alla struttura *evocativamente sintomatica* dell'illecito fondata sulla centralità del dolo, si avvicina una caratterizzazione oggettiva del dispositivo.

Epperò, se questa ristrutturazione concettuale realizza un indiscutibile miglioramento della *qualità connotativa* del reato nei rapporti col (modello normativo del) *diritto penale del fatto* – ristabilendo l'antecedenza dell'*oggettivo* sul *soggettivo* –, lo stesso non può dirsi riguardo ad istanze di *determinatezza empirica* e di *controllabilità delle logiche probatorie*. Come ancora di recente è stato osservato, la "caratterizzazione in chiave causale del contributo partecipativo non fornisce, infatti, all'interprete parametri predeterminati su cui fondare il giudizio di tipicità della condotta, risolvendosi, al contrario, in un criterio flessibile, e perciò variabile in ragione della situazione concretamente considerata"¹⁹.

In questo contesto, che oscura e sfilaccia la linea di demarcazione con la figura del concorso esterno anch'essa essendo costruita sul requisito dell'attitudine causale a

¹⁴ V. PATALANO, *L'associazione per delinquere*, Napoli, 1971; G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983.

¹⁵ Cass. pen., sez. I, 21 dicembre 1978, Ricci, riportata in C. VISCONTI, *op. cit.*, 127.

¹⁶ C. VISCONTI, *op. cit.*, 128.

¹⁷ W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, (1968), Napoli, 2007. Una nota messa a fuoco del concetto nella giurisprudenza costituzionale si rinviene nella sentenza n. 177/80 che espunge la categoria di pericolosità dei proclivi a delinquere.

¹⁸ Cass. pen., sez. I, 24 aprile 1985, *Arslan*, in Cass. pen., 1986, 822.

¹⁹ I. MERENDA – C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 bis c.p. tra teoria e prassi*, in E. Mezzetti – L. Luparia Donati (a cura di), *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020, 60.

potenziare il sodalizio²⁰, matura il primigenio orientamento *organizzatorio* – denominato *puro* (o *strutturale*).

Scolpito con limpidezza dalla sentenza *Graci*²¹, che la riprende da una perspicua dottrina²², e ribadito da Sezioni unite *Demitry*, l'impostazione ha il duplice merito di *tassativizzare* il delitto e definire più nitidamente i confini col concorso esterno.

Sul piano della tipicità, si compie un'alterazione radicale nella struttura del *fatto*.

Dal paradigma di un reato monosoggettivo a vaga connotazione causale ('contributo anche minimo seppur non insignificante alla vita dell'associazione') si passa allo schema di un reato-accordo a carattere bilaterale che incrimina la stabile compenetrazione del soggetto nella rete dei rapporti di intraneità associativa; il fatto orbita, così, intorno ad un vincolo relazionale "rappresentabile meno secondo una visuale fisico-naturalistica di tipo eziologico, e più alla stregua delle teorie sociologiche dell'organizzazione"²³.

Ne sono elementi costitutivi: i) l'ingresso nella consorceria, effettivo e non surrogabile, seppur non necessariamente rituale; ii) l'accettazione da parte dei sodali; iii) l'adesione alle regole dell'accordo associativo e la conseguente assunzione dello *status* di *membro*, che genera iii.1) l'obbligo di obbedienza gerarchica e di omertà e l'impegno (nella forma della *messa a disposizione*) a realizzare il programma operativo, ma anche iii.2) il potere di impartire ordini secondo una prospettiva di funzionalità agli interessi del gruppo, non essendo sufficiente che con l'associazione la persona "sia entrata in rapporti trovandone giovamento o fornendo un contributo fattivo ad alcuni associati"²⁴.

Il tratto di scivolosità dell'approccio concerne il rischio che la fattispecie criminosa possa saldarsi alla qualifica solo formale (e alla condizione solo statica) di componente della consorceria, ogni qual volta i compendi cognitivi lascino emergere la prova del solo *ingresso* cui non segua in alcuna forma l'*agire associativo*, in altri termini un *facere* intessuto di atti riportabili a obblighi e poteri connessi al ruolo di partecipe²⁵.

Va ascritto a *Mannino* il merito di aver riscattato il paradigma *organizzatorio puro* sviluppandolo nella sua formulazione *sincretistico-additiva*²⁶ (o *integrata*, o *mista*), nella

²⁰ G. FIANDACA – C. VISCONTI, *op. loc. cit.*

²¹ Cass. pen., sez. I, 1° settembre 1994, in *Cass. pen.*, 1994, 539, con nota di G. PACI; sul carattere di 'svolta' di questa sentenza, cfr. C. VISCONTI, *op. cit.*, 171 ss.

²² G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, 5 ed., Padova, 1997, 87.

²³ G. FIANDACA – C. VISCONTI, *ibidem*.

²⁴ Cass. pen., sez. I, 1 settembre 1994, cit.

²⁵ Sulla questione si rinvia alle relazioni svolte da V. MAIELLO, *op. ult. cit.* e A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nelle associazioni per delinquere e di tipo mafioso: dal diritto penale 'vivente' a quello conforme alla legalità costituzionale*, nel convegno tenuto a Brescia il 19 e 20 marzo 2004, pubblicate in L. Picotti – G. Fornasari – F. Viganò – A. Melchionda (a cura di), *op. cit.*, oggetto di considerazioni da parte di F. VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di 'diritto penale giurisprudenziale', 'partecipazione' e 'concorso esterno'*, ivi, 279 ss., spec. 307 ss. In giurisprudenza, paradigmatica resta la condanna riportata nel maxi processo a Cosa Nostra da Giuseppe Greco (il figlio, regista cinematografico, di Michele Greco, il *Papa* della Cupola), affiliato con procedura rituale ma (praticata dai sodali quale forma di compiaciuta deferenza verso l'autorità mafiosa del genitore) sin da subito 'messo in sonno' perché ritenuto inadeguato al ruolo.

²⁶ Per questa etichetta, G. FIANDACA – C. VISCONTI, *ibidem*.

cui sintassi la dimensione strutturale dell’inserimento associativo si combina con l’agire della caratterizzazione (sia pure *lato sensu*) *causale* dell’apporto individuale²⁷.

La risposta che il vertice giudiziario oppone, con consapevole acribia, alla permeabilità della primitiva versione *organizzatoria* rispetto alle contaminazioni del *diritto penale della volontà* e ai tipi di *responsabilità da posizione* è tutta interna ad una chiave *dinamico-funzionale*, anziché *statico-formale*, di connotazione della condotta punibile.

Nasce così un racconto della tipicità criminosa che, da un canto, porta allo scoperto la struttura *analitico/molecolare* della fattispecie, dall’altro, esprime con efficacia evocativa la densità criminologica della forma più tradizionale della militanza associativa di tipo mafioso: “si definisce partecipe – affermano i supremi giudici con intonazione didascalica da *nouvelle vague* – colui che, risultando inserito stabilmente e organicamente nella struttura organizzativa dell’associazione mafiosa, non solo è, ma fa parte della (meglio ancora: prende parte alla) stessa: locuzione questa da intendersi non in senso statico, come mera acquisizione di uno *status*, bensì in senso dinamico e funzionalistico, con riferimento all’effettivo ruolo in cui si è immessi e ai compiti che si è vincolati a svolgere perché l’associazione raggiunga i suoi scopi, restando a disposizione per le attività organizzate della medesima”.

Appare chiaro come la concezione *organizzatori/integrata* fatta propria dalle Sezioni unite corrisponda al suo fenotipo *debole*, quello che richiede ai fini della configurabilità della fattispecie meri atti espressivi dello *status* di partecipe, in altri termini condotte di *militanza associativa*²⁸, non anche contributi necessariamente causali aventi attitudine ad incrementare “in modo empiricamente verificabile, rispetto alla situazione anteriore, la pericolosità della concreta organizzazione”²⁹.

Consapevoli che la portata di tale narrazione dipende in larga misura dalla capacità delle *evidenze* disponibili di tradurne il senso, *Mannino* si fa carico di guidarne le dinamiche di governo, indicando gli *indicatori fattuali*³⁰ che possano mettere il giudice sulle tracce semantiche della delineata cornice di tipicità.

3. La giustificazione rafforzata del modello dinamico/funzionale di partecipazione associativa nella sentenza *Pesce*.

Questa pur meritoria operazione di raccordo tra concetti di diritto penale e manovre ricostruttive del processo³¹ – feconda come non mai quando i primi abbiano natura *disposizionale*, presentino cioè caratteristiche ricavabili proprio da “indicatori

²⁷ Sui diversi modi di intendere la proiezione *attivistica* della partecipazione associativa, cfr. V. MAIELLO, *op. cit.* e A. CAVALIERE, *op. cit.*

²⁸ Prospettiva patrocinata da V. MAIELLO, *op. cit.* e condivisa da F. VIGANÒ, *op. cit.*

²⁹ Così, invece, A. CAVALIERE, *op. cit.*, 131, che utilizza qui la categoria della causalità nella declinazione – nominalmente attenuata e meno rigorosa della *condicio sine qua non* – di *condizione conforme a leggi*.

³⁰ Terminologia utilizzata da C. VISCONTI, *I reati associativi tra diritto vivente e ruolo della dottrina*, in L. PICOTTI-G. FORNASARI – F. VIGANÒ – A. MELCHIONDA, *op. cit.*, 152.

³¹ G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della cassazione*, in E. Dolcini – C.E. Paliero (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 239 ss., spec. 257.

esteriori che ne segnalino l'esistenza"³² – ha dato luogo a non pochi equivoci, sia a causa della non sempre felice attitudine designante di taluni fra questi *indicatori*, sia, ancor più, per la malintesa loro collocazione tra gli elementi della tipicità criminosa, piuttosto che tra i soli materiali della relativa prova.

A rilevarlo è una pronuncia giustamente individuata come “la presa di posizione più matura sul tema della partecipazione associativa”³³.

Chiamata a scrutinare censure di legittimità che investono condanne fondate, alcune, sulla “prova del mero dato dell'avvenuta affiliazione rituale”, altre, sull'avvenuto “conferimento di una dote”, la sentenza *Pesce* si trova ad affrontare, ed è la prima volta che accade, la rilevanza – sostanziale o meramente probatoria – delle “esemplificazioni casistiche” di *Mannino* ed a vagliare la sufficienza probatoria di quelle fra esse a più elevato tasso di problematicità, quali, rispettivamente, l'affiliazione rituale e l'acquisizione della qualità di uomo d'onore.

Alla prima *quaestio* la Cassazione risponde con metodo sicuro e impeccabile nitore concettuale, affermando che i cc.dd. *indicatori* altro non sono che condensati di sapere pratico, tratti dall'esperienza comune, che appartengono al “metodo di verifica processuale” del *thema probandum* costituito dalla condotta di colui che, in stabile ed organica compenetrazione col tessuto organizzativo del sodalizio, vi *prende parte* attraverso un *apporto concreto* alla vita del gruppo.

Di qui, l'estraneità delle massime di esperienza alla definizione tipica della condotta di partecipazione mafiosa operata da *Mannino* e, quindi, alla portata (denotativa e connotativa) del principio di diritto espresso anche per i riflessi che oggi rilevano nell'ottica dell'art. 618, co.1 bis, c.p.p.; ma di qui, conseguenzialmente, l'erroneità delle decisioni – come quella scrutinata da *Pesce* – che, dalla commistione sistematico/concettuale tra *requisiti di fattispecie* e *fatti probatori*³⁴, fanno discendere da taluna delle occorrenze esemplificativo/designanti indicate da quella pronuncia delle SS.UU. l'automatica integrazione del delitto.

Quanto, poi, al secondo aspetto, *Pesce* differenzia la rilevanza probatoria dell'*affiliazione rituale* e della cd. *acquisizione della dote*, costitutiva della qualifica di ‘uomo d'onore’ (ben vero, secondo le regole interne alla ‘*Ndrangheta*’); osservando che mentre la prima attesta la semplice conclusione di un accordo di ingresso tra il sodalizio e il singolo, dunque un fatto che corrisponde ad una descrizione incompleta del *tipo*, la seconda esprime una ben diversa conformazione della relazione di tipo associativo, poiché presuppone nel soggetto beneficiario una pregresso attività in favore del gruppo che l'abbia positivamente valutata.

Ma è soprattutto sul piano ricostruttivo della tipicità che va apprezzato il carattere virtuoso dell'argomentazione di *Pesce*.

³² C. VISCONTI, *op. ult. cit.*, 156.

³³ Il riferimento è a Cass. pen., sez. I, 17/06/2006, *Pesce*, cit., mentre il giudizio riportato è di I. MERENDA-C. VISCONTI, *op. cit.*, 65, nt. 74.

³⁴ Parla di “tipicità aperta” all'integrazione probatoria, A. GARGANI, *Fattispecie sostanziali e dinamiche probatorie. Appunti sulla processualizzazione della tipicità penale*, in G.A. De Francesco – E. Marzaduri (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Torino, 2016, 89 ss., spec. 95 ss.

L'adesione a *Mannino* non si risolve nella forma del rinvio trattativo – come è avvenuto in questi molti anni nei quali si è proiettata l'onda lunga della sua *ratio decidendi*; al contrario, in *Pesce* il S.C. si impegna in una riflessione ragionata sul modello *dinamico/funzionale* di partecipazione associativa che sfocia, da un canto, in una più chiara sagomatura degli elementi di fattispecie, dall'altro, in una sua rilegittimazione, vuoi sul piano intra-sistematico, vuoi su quello dell'interpretazione costituzionale e sovranazionale.

In rapporto alla struttura dell'incriminazione, la sentenza opera un'assai proficua messa in comunicazione del modello *organizzatorio/strutturale* (o *puro*) con la sua evoluzione funzionalistica, innestando la caratterizzazione dinamica di questa sul tronco concettuale del primo. Accade, così, che *Pesce* metta in luce quel che è solo sottinteso nella trama discorsiva di *Mannino*, vale a dire il c.d. *accordo di ingresso*: in pratica, il requisito su cui *Graci* costruisce l'innovativa visione *bilaterale* del delitto e il superamento della sua connotazione causale, ma intorno alla cui ritenuta *insufficienza* si fa strada l'orientamento *dinamico/funzionale*³⁵.

Degno di particolare apprezzamento è il rafforzamento giustificativo di quest'ultimo che, come poc'anzi accennato, segue una triplice direttrice: esegetico/sistematica, costituzionale e sovranazionale.

Rispetto alla prima, *Pesce* osserva come un concetto statico di *inserimento associativo* finirebbe per coincidere con condotte di mero reclutamento che il legislatore ha incriminato in via espressa nella materia del terrorismo, attraverso l'interpolazione dell'art. 270 *quater* c.p., avvenuta con il d.l. n. 7 del 18.2.2015. Di qui, la conferma che “tale segmento del fatto (ingresso nel gruppo, n.d.r.), ove non accompagnato dalla prova di un *minimum* di attivazione, non possa ritenersi di per sé ricompreso nella nozione tipica di partecipazione”.

Nell'ottica costituzionale e sovranazionale, la legittimazione del paradigma *manniniano* avviene all'insegna sia delle direttive della materialità ed offensività del fatto, sia del principio di proporzionalità della pena di cui all'art. 49, comma 3, C.D.F.U.E.³⁶.

A ciò, *Pesce* aggiunge il riferimento alla “nozione di partecipazione punibile in ambito UE dalla Decisione quadro n. 2008/841/GAI del Consiglio, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata e adottata all'art. 2 di tale strumento”, che incriminando “il comportamento di una persona che (...) partecipi attivamente alle attività criminali dell'organizzazione, ivi compresi la fornitura di informazioni o mezzi materiali, il reclutamento di nuovi membri, nonché qualsiasi forma di finanziamento delle sue attività, essendo consapevole che la sua partecipazione contribuirà alla

³⁵ “Non occorrono atti formali o prove particolari dell'ingresso nell'associazione, che può avvenire nei modi più diversi, ed anche solo mediante un'adesione di qualunque genere, ricevuta dal capo – precisano i supremi giudici in *Graci* – ma occorre che un ingresso ci sia stato, che cioè una persona sia divenuta “parte” dell'associazione” (corsivo nostro).

³⁶ Sulle diverse declinazioni del principio di proporzionalità, v. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2018, 29 ss., nonché, da ultimo, per una serrata indagine in chiave costituzionale e comparata, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2021.

realizzazione delle attività criminali di tale organizzazione” finisce per “orientare l’interpretazione del dato normativo interno”³⁷.

4. L’auspicio di una soluzione nomofilattica nella scia di *Pesce*.

A nostro sommo avviso, la soluzione al problema di diritto rimesso alle Sezioni unite dovrebbe prendere le mosse proprio dalla necessità, ampiamente illustrata nei suoi fondamenti giuridici da *Pesce*, di consolidare un concetto di partecipazione associativa che incorpori nella sua struttura sia l’*accordo di ingresso* – con adesione alle regole associative, impegno ad attuarle e riconoscimento della qualità di sodale da parte della *societas* –, sia atti che esprimono la condizione di intraneità, in tal modo arrestando perniciosi fenomeni di sovrapposizione tra *tipo legale* e proiezione probatoria.

Riteniamo che proprio la confusione tra questi due livelli del ragionamento in materia abbia dato luogo al contrasto giurisprudenziale rilevato dall’ordinanza di remissione.

In favore di un modello integrato (o misto) della partecipazione associativa stanno, fondamentalmente, esigenze selettive di ricompattamento offensivizzante della tipicità – di cui è canone-mezzo la proporzione intesa quale presidio sia della coerenza intrasistemica, sia della ragionevolezza del rapporto tra disvalore criminoso e cornici edittali³⁸ – funzionali al giudizio normativo di colpevolezza e agli scopi della sanzione penale cui il primo è preordinato³⁹.

In buona sostanza, a entrare in gioco, nell’ottica di promuovere un effetto di *riduzione teleologica della fattispecie*, è il congegno ermeneutico dell’*interpretazione tipizzante*⁴⁰, rispetto ai quali rappresentano strumenti la tassatività, l’offensività e la proporzione.

Non per caso la portata *antianalogica* e *selettiva* di tali coordinate ha prodotto una ricostruzione, in chiave materiale e de-eticizzante, finanche del concetto di *appartenenza ad associazione mafiosa* intorno cui è imperniato il risvolto di pericolosità qualificata – ai fini della prevenzione *praeter delictum* – del delitto di partecipazione di tipo mafioso, nei cui confronti finisce per porre un indiretto, ma indiscutibile, vincolo di irrobustimento offensivo.

Nell’affermare, infatti, che quella nozione “non denota una contiguità di tipo ideologico ma evoca un *legame concreto e operativo* (sia sotto l’aspetto materiale che sul versante psicologico) *tra il soggetto e l’ente criminale*, con tutto ciò che ne deriva in termini

³⁷ L’impiego in funzione ermeneutica delle decisioni quadro del Consiglio dell’UE si ritrova, di recente, nella sentenza delle Sezioni unite n. 12348/20 in tema di coltivazione di stupefacenti, in *Giur. it.*, 2020, 2242 ss., con nota di D. NOTARO.

³⁸ T. EPIDENDIO, *Offensività e proporzione della pena*, in *Il libro dell’anno del diritto*, Treccani, Roma, 2015, 101 ss.; D. PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2015, 134; G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, I, Roma-Bari, 1996, 93.

³⁹ Sul tema per tutti, G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1987, 836 ss.; T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, *ivi*, 798 ss.

⁴⁰ Sulle sfaccettature problematiche del paradigma, cfr. V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Cass. pen.*, 2018, 222 ss.

di individuazione necessaria – sia pure per indizi – di un fattivo contributo reso dal primo a vantaggio del secondo⁴¹, si introduce una premessa, teleologico-sistematica, di ridefinizione ermeneutica della partecipazione mafiosa orientata in chiave di intraneità attiva.

Sarebbe inaccettabile, per l'indubbio *vulnus* al principio di proporzionalità quale garanzia degli equilibri assiologici dei micro-sistemi normativi (meglio, di specifici *campi di disciplina*), se il perfezionamento di una figura criminosa assistita da compassi edittali di assai elevato rigore sanzionatorio richiedesse una quantità e qualità di elementi di fatto inferiore a quelli della limitrofa fattispecie di pericolosità.

Sotto altro profilo, siamo convinti che alla definitiva affermazione del modello integrato di partecipazione mafiosa resti legata anche l'auspicabile prospettiva di recupero di una corretta relazione tra fattispecie criminosa e paradigmi probatori.

L'esperienza testimonia che questo rapporto registra alterazioni della sua fisiologica dinamica quando si fa applicazione di una ricostruzione in senso formale del reato associativo.

In questi casi, accade invero che un requisito inessenziale per il *modello organizzatorio puro* (o *strutturale*) ma costitutivo per quello *misto* – il compimento di atti rivelatori l'inserimento associativo – possa diventare necessario sul piano della prova, producendo la sostanziale equiparazione di due differenti ricostruzioni di tipicità in rapporto alla garanzia dell'imputazione personale di responsabilità.

Quanto appena esposto avviene riguardo alle associazioni che non osservano pratiche rituali di ingresso: qui, l'adesione all'*organizzatorio puro* comporta un sovradimensionamento della regiudicanda processuale con indubbi effetti di arricchimento della provvista probatoria. Non essendo, infatti, documentabile (il fatto storico del)l'ingresso formale nel sodalizio, occorrerà inferire l'inserimento associativo da atti di *militanza* nel *clan*, vale a dire "il dato dell'avvenuto ingresso nella struttura associativa e, quindi, l'acquisizione delle prerogative connesse allo *status* di partecipe"⁴².

La prova non è più polarizzata sulla qualifica formale di componente della consorterìa, bensì sull'avvenuto "incardinamento del soggetto nella rete di relazioni personali di natura associativa e nella connessa struttura organizzativa", con la conseguenza che le fonti di prova "dovranno narrare *fatti, contributi, coinvolgimenti* del singolo in vicende dell'associazione, senza dei quali non potrà essere consentito al discorso giudiziale di ricostruire la sua appartenenza al sodalizio"⁴³.

Il riferimento alle vicende di *processualizzazione* indotte dall'*organizzatorio puro* ne addita profilo niente affatto marginale di incongruenza, quello della frantumazione del *tipo* in rapporto a profili (estrinseci sul piano della tipicità) legati alle modalità di ingresso associativo, cui si correla un'evidente lesione del principio di uguaglianza foriera di ricadute disfunzionali riguardo i compiti di tutela ordinante e di prevenzione integratrice del sistema⁴⁴.

⁴¹ Cass. pen., sez. I, 10-23 ottobre 2017, n. 48441.

⁴² V. MAIELLO, *op. cit.*, 183.

⁴³ V. MAIELLO, *ibidem*.

⁴⁴ Sui rapporti tra principio di uguaglianza e funzioni positivo/integrative di prevenzione, sia consentito il

È il caso, peraltro, di segnalare come una vicenda di disgregazione del *tipo* – in rapporto ad un profilo limitrofo – sia stata con fermezza stigmatizzata nella decisione relativa a *Mafia capitale*, ove la Suprema Corte ha censurato le interpretazioni giurisprudenziali che legavano l’indeffettibilità del metodo mafioso alla diversa natura – storica o di nuova formazione – dei sodalizi criminali di riferimento⁴⁵.

5. L’ipotizzabilità del tentativo nell’affiliazione rituale non seguita da agire associativo.

L’asestamento dei rapporti tra tipicità e prova che produce il *modello organizzatorio misto* – ove, si ribadisce, gli atti espressivi della condizione di *intranità* appartengono alla materia del divieto penale e presuppongono un *accordo di ingresso* – porta l’interprete ad interrogarsi sulle condizioni di configurabilità del tentativo in rapporto alla *nuda* affiliazione rituale.

La questione non risiede nell’*an* circa l’astratta ipotizzabilità della forma tentata di manifestazione del reato qui considerato – beninteso, nell’ambito dei soli sodalizi ad accesso liturgico e rigidamente formale oltre che naturalmente nel solo contesto di associazioni in attività.

Occorre, infatti, avere consapevolezza che la procedura di reclutamento formale integra una parte della fattispecie tipica, rappresentandone la (prima) porzione che precede il *facere* propriamente associativo. Essa è di per sé azione *esecutiva* del reato, poiché corrisponde ad una delle fasi in cui si snoda l’*iter criminis*. Si tratta, peraltro, di una fase complessa, composta da una pluralità di momenti che trascendono la sfera soltanto naturalistica dell’incrocio di volontà bilaterali convergenti, spingendosi nei territori dell’offesa. Qui, invero, l’*ingresso con rito di iniziazione* – in assenza dei fattori cui ricollegarne l’inidoneità a proiettarsi nella dimensione fisiologica di una militanza attiva – è destinato a produrre effetti, incidendo positivamente sul *plafond* delle disponibilità personali impegnate nella realizzazione del programma associativo. Dunque, l’*ingresso rituale* non appartiene all’antefatto, al quadro puramente ideativo/intellettivo del reato e neppure alla sua preparazione, entrambi com’è noto irrilevanti alla stregua del principio sancito dall’art. 115 c.p. della (ordinaria) non punibilità dell’accordo e dell’istigazione non seguiti dal reato⁴⁶, ma si colloca nella sotto-fattispecie del tentativo con condotta incompleta (art. 56, co.1, seconda parte)⁴⁷.

rinvio a V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, Napoli, 2007.

⁴⁵ Si veda Cass., Sez. VI, 12 giugno 2020, n. 18125, in questa *Rivista*, 18 giugno 2020, con nota di G. AMARELLI – C. VISCONTI, [Da ‘mafia capitale’ a ‘capitale corrotta’. La Cassazione derubrica i fatti da associazione mafiosa unica ad associazioni per delinquere plurime.](#)

⁴⁶ In argomento, magistralmente, B. PETROCELLI, *il delitto tentato*. *Studi*, Padova, 1955, 81 ss.; C. FIORE, *op. cit.*, II, 49 ss.

⁴⁷ Sulla configurabilità del tentativo in caso di adesione al sodalizio seguita dall’ingresso e dalla relativa accettazione da parte dei sodali, cfr. G. SPAGNOLO, *op. cit.*, 132 ss.; più di recente, M. CAPUTO, *sub art. 416 bis c.p.*, in G. Forti – S. Seminara – G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2017, 1308 ss.

Piuttosto, l'aspetto problematico investe la selezione dei possibili contesti empirici nei quali l'accesso rituale alla consorte acquisisce connotazioni di inidoneità offensiva che ne precludono la soggezione alla clausola di incriminazione suppletiva.

Ora, se, di norma, deve ritenersi che assuma rilievo di tentativo punibile l'ingresso formale negli aggregati mafiosi *storici*, connotati da capacità organizzative collaudate dall'esperienza di molti anni e, dunque, dalla tendenziale, oggettiva idoneità delle scelte che attengono alla programmazione e gestione degli obiettivi dell'ente, potrebbero, nondimeno, ricorrere casi nei quali un giudizio che recuperi la *base totale* (sia pure *temperata*) della *prognosi postuma*, nel quale la struttura oggettiva della valutazione affidata all'osservatore avveduto si combina con istanze di prevenzione generale⁴⁸, possa spingere verso una prognosi di inidoneità offensiva, come quando il rito venga officiato per rendere onore ad un familiare dell'affiliato, nonostante la verginità criminale di quest'ultimo e la sua conclamata incapacità ad interpretare il ruolo di uomo d'onore.

⁴⁸ Di recente, S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2019, 994 ss. Per uno sguardo storico proiettato in stagioni che precedono l'età moderna, R. ISOTTON, *Crimen in itinere*, Napoli, 2006, *passim*.

L'IMPUGNABILITÀ DELL'ORDINANZA DI RIGETTO DELL'ISTANZA DI INCIDENTE PROBATORIO: UNA STORIA SOLO APPARENTEMENTE SEMPLICE

di Filippo Marchetti

La tesi dell'inoppugnabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio, unanimemente accolta già nei primi anni di vigenza dell'attuale codice di procedura penale dalla dottrina e dalla giurisprudenza, è stata di recente messa in discussione da alcune pronunce della III Sezione della Corte di cassazione. Il nuovo orientamento è stato, successivamente, in modo esplicito ed ex professo sconfessato dalla VI Sezione della stessa Corte di cassazione, con conseguente insorgenza di un contrasto giurisprudenziale. In attesa di un auspicabile intervento risolutore delle Sezioni Unite, il presente contributo, dopo aver ripercorso criticamente gli argomenti spesi da entrambi gli indirizzi interpretativi, si interroga circa l'adeguatezza del dato normativo di riferimento a soddisfare le attuali esigenze della giustizia penale.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'abnormità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio: tesi tradizionale e avanguardie giurisprudenziali. – 3. Le più recenti sentenze della Suprema Corte: la riproposizione dell'orientamento tradizionale. – 4. I termini del contrasto giurisprudenziale e l'improcrastinabilità di un intervento delle Sezioni Unite. – 5. Riflessioni conclusive.

1. Premessa.

Così come la storia narrata nell'ultimo romanzo di Leonardo Sciascia risulta, per scelta consapevole del suo autore, semplice solo nel titolo¹, anche il quesito circa l'impugnabilità del provvedimento che abbia rigettato un'istanza di assunzione anticipata della prova risulta di agevole soluzione, alla luce della più recente evoluzione giurisprudenziale, soltanto in apparenza.

La tesi dell'inoppugnabilità, unanimemente condivisa fin dai primi anni di vigenza del codice di procedura penale del 1989, è stata, infatti, messa, di recente, in discussione da alcune pronunce della III Sezione della Suprema Corte², in base alle quali,

¹ L. SCIASCIA, *Una storia semplice*, Adelphi, Milano, 1989.

² Si tratta di Cass. Pen., sez. III, 10 ottobre 2019, n. 47572, P.M. in proc. V., in questa *Rivista*, 2020, fasc. n. 6, p. 209 ss., con commento di C. ARDIGÒ, [Verso una liberalizzazione dell'incidente probatorio, tra tutela della vittima vulnerabile e salvaguardia delle garanzie difensive](#); Cass. Pen., sez. III, 16 maggio 2019, n. 34091, P.M. in proc. S., *ivi*, 8 gennaio 2020, con nota di C. ARDIGÒ, [L'incidente probatorio per l'ascolto della vittima vulnerabile](#):

invece, l'ordinanza di rigetto di una domanda di acquisizione della testimonianza della vittima minorenne con le forme dell'incidente probatorio *ex art. 392, comma 1-bis c.p.p.* dovrebbe, a determinate condizioni, considerarsi *abnorme*, e come tale soggetta a ricorso per cassazione.

A riprova della complessità – e, al tempo stesso, della rilevanza – della questione è accaduto, da ultimo, che l'innovativo orientamento, di cui si è detto, abbia incontrato opposizione e resistenza, all'interno della stessa giurisprudenza di legittimità, in altre decisioni nelle quali, ribadendo la fondatezza della tesi tradizionale, i giudici di Piazza Cavour hanno inteso prendere *ex professo* le distanze dagli stilemi interpretativi proposti dalla III Sezione³.

In attesa che il contrasto, oggi manifesto, trovi una qualche forma di composizione, appare non privo di interesse provare a definire i termini nei quali la problematica si pone.

2. L'abnormità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio: tesi tradizionale e avanguardie giurisprudenziali.

Per meglio comprendere i modi in cui si declina la contrapposizione dialettica poc'anzi accennata, è utile, anzitutto, ricordare come all'interno del codice di procedura penale non vi sia alcuna disposizione che si occupi esplicitamente dell'impugnabilità dei provvedimenti in tema di incidente probatorio; tale circostanza, letta alla luce del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione di cui all'art. 568 c.p.p., ha indotto la giurisprudenza, fin dai primi anni di vigenza del codice del 1989, a ritenere tali atti

[*automatismi ed eccessi di tutela*](#); cui si aggiunge, più di recente, Cass. Pen., sez. III, 27 maggio 2020, n. 17825, P.M. in proc. B., in *Dir. & Giust.*, 28 agosto 2020.

³ Le pronunce che si inscrivono nell'orientamento giurisprudenziale indicato nel testo sono, nel momento in cui si scrive, tre: Cass. Pen., sez. V, 11 dicembre 2020, n. 2554, P.M. in proc. C., in cui il pubblico ministero lamentava l'abnormità dell'ordinanza del giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Napoli che – argomentando a partire dall'inutilità della prova richiesta – aveva respinto l'istanza, presentata dallo stesso ricorrente nell'ambito di un procedimento per il reato di cui all'art. 612-*bis* c.p., volta all'anticipata escussione della figlia minorenne della persona offesa in qualità di testimone del fatto; Cass. Pen., sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, P.M. in proc. S., che scaturisce da analoga impugnazione proposta dalla parte pubblica, la quale chiedeva al Supremo Collegio di dichiarare *abnorme* il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari di Padova – sulla base di un giudizio prognostico sul modesto valore probatorio da attribuire al contributo testimoniale della minore, tenuto, altresì conto del pregiudizio derivante alla stessa dalla nuova audizione – aveva rigettato la richiesta di assunzione delle dichiarazioni della vittima ai sensi dell'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. formulata nella fase preliminare dallo stesso ricorrente, nel contesto di un'indagine relativa al delitto di maltrattamenti in famiglia; e, infine, Cass. Pen., sez. VI, 13 maggio 2020, n. 20543, C., ove il difensore dell'accusato chiedeva la declaratoria di abnormità dell'ordinanza del giudice per le indagini preliminari di Roma che – facendo perno su due argomenti, rappresentati dall'avvenuto esercizio dell'azione penale nelle forme del giudizio immediato, da un lato, e dall'insussistenza di alcun pericolo di non rinviabilità della prova richiesta, dall'altro – aveva respinto l'istanza di acquisizione anticipata della testimonianza della persona offesa minorenne presentata dalla difesa nell'ambito di un procedimento per il reato di cui all'art. 572 c.p.

inoppugnabili⁴. Questo indirizzo interpretativo, sempre confermato nell'arco di quasi tre decenni – e accolto, sebbene *incidenter tantum*, anche dalle Sezioni Unite⁵ – è stato fatto proprio anche dalla dottrina⁶, che, però, non ha mancato di sottolinearne le ricadute problematiche⁷, prospettando, altresì, in ottica *de iure condendo*, l'opportunità di un intervento di riforma volto all'introduzione di uno strumento di controllo dei provvedimenti pronunciati *ex art. 398 c.p.p.*⁸.

Come accennato in premessa, questo granitico schema di pensiero si è trovato, recentemente, a subire l'offensiva condotta da alcune pronunce della III Sezione della Corte di cassazione.

Al riguardo, va premesso come nelle vicende giudiziarie, alla base di tutte le decisioni in oggetto, venissero formulate delle richieste di incidente probatorio finalizzate alla raccolta delle dichiarazioni testimoniali di persone offese minorenni ai sensi dell'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. Le relative domande venivano, tuttavia, rigettate dai giudici competenti, facendo perno su motivi del tutto estranei ai requisiti sostanziali e procedurali necessari, *ex artt. 392 e 393 c.p.p.*, per l'inesistenza dell'istituto in parola. A fronte, dunque, di provvedimenti di rigetto considerati, non a torto, arbitrari, la III Sezione ha ritenuto di poter superare, facendo perno sulla categoria dell'abnormità⁹, la

⁴ Sul punto, fra le altre, Cass. Pen., sez. V, 17 luglio 2017, n. 49030, Palmieri e a., Rv. 271776; Cass. Pen., sez. III, 13 marzo 2013, n. 21930, P.M. in proc. Bertolini, Rv. 25548301.

⁵ Cass. Pen., sez. Un., 6 novembre 1992, n. 17, Bernini, in *Cass. pen.*, 1993, n. 3, p. 520 ss.

⁶ In tal senso, N.E. LA ROCCA, voce *Incidente probatorio*, in *Dig. pen.*, Agg. VI, UTET, Torino, 2011, p. 302; C. MORSELLI, *L'incidente probatorio*, UTET, Torino, 2000, p. 230; P. RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale. Tra riforma ordinaria e riforme costituzionali*, CEDAM, Padova, 2000, p. 221; S. SAU, *L'incidente probatorio*, CEDAM, Padova, 2001, p. 239; L. SURACI, *L'incidente probatorio. Tra tutela della prova e protezione della persona*, Pacini, Pisa, 2017, p. 199.

⁷ Non v'è, infatti, chi non veda come, in relazione alle ipotesi di incidente probatorio legate ad un pericolo di dispersione della prova, l'insindacabilità del provvedimento che abbia, illegittimamente o ingiustamente, negato l'accesso alla parentesi istruttoria *ex art. 392 c.p.p.* possa pregiudicare, laddove detto *periculum* si concretizzi, la possibilità tanto di elaborazione dialettica del materiale istruttorio, quanto la completezza dell'accertamento. Si vedano, in proposito, le considerazioni di G. CONSO, *Sull'amministrazione della giustizia nel periodo 1° luglio 1989 – 30 giugno 1990*, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 5, per il quale: «desta, poi, preoccupazione l'inoppugnabilità del provvedimento del giudice che respinge la richiesta di incidente probatorio: se si considerano gli effetti che ne possono derivare sul piano dell'accertamento della verità».

⁸ Così, con diverse sfumature, M. BARGIS, *Le dichiarazioni di persone imputate in un procedimento connesso: ipotesi tipiche e modi di utilizzabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 87; N.E. LA ROCCA, voce *Incidente probatorio*, cit., p. 302; S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., p. 242.

⁹ Al riguardo vale la pena ricordare come, nel corso degli anni, la tesi dell'abnormità dell'ordinanza di rigetto di un'istanza di incidente probatorio sia stata, più volte, sottoposta allo scrutinio della Corte di cassazione, che, tuttavia, prima delle pronunce della III Sezione di cui si discute, non l'aveva mai fatta propria: v., in tal senso, Cass. Pen., sez. I, 28 aprile 2014, n. 37212, Liuzzi e a., Rv. 260590; Cass. Pen., sez. III, 13 marzo 2013, n. 21930, P.M. in proc. Bertolini, cit.; Cass. Pen., sez. II, 7 aprile 2004, n. 18047, Gennai, in *Cass. pen.*, 2005, n. 9, p. 2636.

Per converso, una parte minoritaria della dottrina, facendo perno sulle caratteristiche speciali dell'incidente probatorio di cui all'art. 391-*bis*, comma 11 c.p.p., ritiene possibile considerare abnorme l'ordinanza reiettiva dell'istanza volta all'escussione anticipata dei soggetti che si siano avvalsi, nel corso delle investigazioni difensive, della facoltà di non rispondere o di non rendere dichiarazioni *ex art. 391-bis*, comma 3, lett. *d* c.p.p.: così C. BORTOLIN, *È rigettabile la richiesta di incidente probatorio avanzata nell'ambito di un'investigazione difensiva, ex art. 391-bis, comma 11 c.p.p.?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, n. 3, p. 1036 ss.

tesi dell'inoppugnabilità delle ordinanze reiettive *ex art.* 398 c.p.p.¹⁰.

Questo, in breve, il ragionamento dei giudici di Piazza Cavour¹¹. Il primo passaggio è rappresentato da una singolare lettura delle fonti sovranazionali che si occupano della protezione della vittima minorenni che debba rilasciare dichiarazioni all'interno del procedimento penale, fra le quali vengono ricordate: la Direttiva 2012/29/UE, in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, adottata in data 25 ottobre 2012; la Convenzione di Istanbul, relativa alla prevenzione e alla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, e ratificata dall'Italia con l. 27 giugno 2013, n. 77; nonché, infine, la Convenzione di Lanzarote, dedicata alla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, ratificata dallo Stato italiano con la l. 1° ottobre 2012, n. 172¹².

In questo senso, si è sostenuto che gli atti testé menzionati suggerirebbero – ove sussistano le prescritte condizioni di accesso, di cui si dirà fra breve – di fare ricorso sempre, ossia in via automatica in base alla sola richiesta di parte, all'incidente probatorio per la raccolta della testimonianza di soggetti fragili, e in particolar modo del minore persona offesa dei gravi reati indicati nel primo periodo dell'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p.: conclusione, quest'ultima, che troverebbe conferma, nella prospettiva in commento, nella circostanza che alla fattispecie contenuta nell'articolo da ultimo citato – introdotta dalla l. 15 febbraio 1996, n. 66, e più volte oggetto di interpolazioni nel corso degli anni¹³ – è stato attribuito, oltre che lo scopo di salvaguardare la genuinità della prova, anche, e soprattutto, il fine di salvaguardare i dichiaranti deboli da fenomeni di c.d. vittimizzazione secondaria¹⁴, in attuazione delle carte sovranazionali poc'anzi ricordate¹⁵.

¹⁰ Cass. Pen., sez. III, 10 ottobre 2019, n. 47572, P.M. in proc. V., cit., p. 209 ss.; Cass. Pen., sez. III, 16 maggio 2019, n. 34091, P.M. in proc. S., cit.

¹¹ Per un'analisi dettagliata di tali pronunce si rinvia agli approfondimenti di C. ARDIGÒ, [Verso una liberalizzazione dell'incidente probatorio](#), cit., p. 209 ss.; A. CIAVOLA, *Incidente probatorio e processo di parti*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 9, p. 3282 ss.; L. SURACI, *L'atto "assiologicamente" anormale: riflessi di una nuova nozione di abnormità*, in *Giur. it.*, 2020, c. 201 ss. Nonché, volendo, a F. MARCHETTI, *Nuovi itinerari (e nuovi orizzonti) dell'abnormità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 12, p. 4642 ss.

¹² Non potendo, in questa sede, soffermarsi dettagliatamente sugli atti sovranazionali indicati sia consentito rinviare, fra gli altri, a F. CASSIBBA, [Oltre Lanzarote: la frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti deboli](#), in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2014; S. MARTELLI, *Le Convenzioni di Lanzarote e Istanbul: uno sguardo di insieme*, in L. LUPÀRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, CEDAM, Padova, 2015, p. 31 ss.; M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale*, CEDAM, Padova, 2014, p. 37 ss.

¹³ Per una puntuale analisi delle modifiche apportate all'istituto in parola v. P. RENON, *Commento all'art. 392 c.p.p.*, in G. ILLUMINATI-L. GIULIANI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, III ed., CEDAM, Padova, 2020, p. 1848 ss.

¹⁴ Al riguardo è noto che si parla di vittimizzazione secondaria con riferimento a quel fenomeno che, per quel che qui interessa, porta la persona offesa a «rivivere i sentimenti di paura, di ansia e di dolore provati al momento della commissione del fatto» (così C. cost., sent., 21 febbraio 2018, n. 92, in *Giur. cost.*, 2018, n. 2, p. 812 ss., con osservazioni di C. GABRIELLI, *Costituzionalmente legittima la disciplina dell'ascolto protetto del minore: un approdo condivisibile, al di là di qualche ambiguità argomentativa*) quale conseguenza della necessità di rievocare quest'ultimo in sede di deposizione nel procedimento penale.

¹⁵ Sulle caratteristiche che fanno dell'incidente probatorio il "luogo" privilegiato per l'assunzione dei contributi dichiarativi dalle fonti deboli, anche alla luce delle indicazioni sovranazionali, si rinvia agli

Il secondo argomento su cui ruota la tesi in esame riguarda, invece, un dato strutturale, ossia il margine di discrezionalità concesso al giudicante nella deliberazione della richiesta *ex art.* 398 c.p.p. Al riguardo i giudici di Piazza Cavour, nell'ambito dell'orientamento in parola, hanno rilevato che l'articolo da ultimo citato, insieme con l'art. 393 c.p.p., elenca in modo tassativo i casi e i modi in cui è consentito l'accesso alla parentesi istruttoria dedicata all'assunzione anticipata della testimonianza del minore. In questa prospettiva, bandita ogni operazione valutativa a carattere discrezionale, l'unico vaglio consentito al giudice dovrebbe riguardare, oltre che l'accertamento dei requisiti contenutistici dell'istanza a norma dell'art. 393 commi 1 e 2 c.p.p., il mero apprezzamento della sussistenza dei presupposti sostanziali, «vale a dire: che l'istanza provenga da soggetto processuale legittimato (pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, ovvero la persona sottoposta alle indagini); il procedimento penda nella fase delle indagini preliminari ovvero in udienza preliminare [...]; si stia procedendo per [uno dei reati indicati nell'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p.]; la testimonianza di cui si richiede l'assunzione riguardi un minore di età (anche se non trattasi di persona offesa) ovvero la persona offesa maggiorenne»¹⁶. Cui si aggiunge, in omaggio ai principi generali in materia di prova, una valutazione in termini di legalità, non manifesta superfluità o irrilevanza della prova da acquisire¹⁷.

Sulla scorta di tali osservazioni, la Corte ha poi affrontato un'ulteriore e conclusiva tappa dell'*iter* argomentativo prescelto, rappresentata dalla verifica in ordine alla possibilità di qualificare *abnorme*, e come tale soggetta a ricorso per cassazione in deroga al canone scolpito nell'art. 568 c.p.p., l'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio *ex art.* 392, comma 1-*bis* c.p.p.

Al riguardo giova rammentare come l'*abnormità* sia una categoria di origine pretoria, elaborata al fine di consentire l'espunzione, attraverso il ricorso per cassazione, di provvedimenti imprevedibili, e come tali non impugnabili in via ordinaria, che, per singolarità o stranezza del loro contenuto, risultino avulsi dall'intero ordinamento processuale, ovvero che, pur essendo in astratto manifestazione di un legittimo potere, siano adottati fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, al di là di ogni ragionevole limite¹⁸.

approfondimenti di L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 59 ss.; M.G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minore nell'incidente probatorio*, in C. CESARI (a cura di), *Il minore fonte di prova nel processo penale*, II ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 155 ss.; G. GIOSTRA, *Profili giuridici della testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *Testimoni e testimonianze "deboli"*, CEDAM, Padova, 2006, p. 142 ss.; F. TRIBISONNA, *L'ascolto del minore testimone o vittima di reato nel procedimento penale*, CEDAM, Padova, 2017, p. 255 ss.

¹⁶ Cass. Pen., sez. III, 16 maggio 2019, n. 34091, P.M. in proc. S., cit., *Considerato in diritto* § 2.

¹⁷ Così Cass. Pen., sez. III, 16 maggio 2019, n. 34091, P.M. in proc. S., cit., *Considerato in diritto* § 2. In tal senso, in dottrina, M. BARGIS, voce *Incidente probatorio*, in *Dig. pen.*, VI, UTET, Torino, 1992, p. 353; V. GREVI, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari*, in AA. VV., *Il nuovo processo penale dalle indagini preliminari al dibattimento*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 38.

¹⁸ Per tale definizione di *abnormità* v. Cass. Pen., sez. Un., 22 marzo 2018, n. 40984, Gianforte, in *Dir. pen. cont.*, 3 ottobre 2018, con nota di D. ALBANESE, [Imputazione coatta per fatti diversi da quelli oggetto della richiesta di archiviazione: per le Sezioni Unite l'atto è abnorme e anche l'indagato può proporre ricorso per cassazione](#); Cass. Pen. sez. Un., 18 gennaio 2018, n. 20569, P.M. in proc. Ksouri, in *Dir. pen. proc.*, 2018, n. 9, p. 1165 ss., con

Va altresì precisato che l'elaborazione giurisprudenziale sul punto, portata avanti, per la maggior parte, dalle sentenze delle Sezioni Unite, ha permesso l'identificazione di due profili dell'abnormità: uno strutturale, l'altro funzionale¹⁹. Il primo riguarda l'atto che, giusto il carattere singolare della sua parte dispositiva, si pone fuori dal sistema della legge processuale; mentre il secondo attiene ad un provvedimento che, pur non estraneo al complesso organico delle norme processuali, determina una stasi del procedimento e l'impossibilità di proseguirlo, ovvero una sua indebita regressione²⁰.

Tanto premesso, i giudici di Piazza Cavour hanno argomentato che, nei casi sottoposti al loro scrutinio, il potere di rigettare l'istanza *ex art. 392 comma 1-bis c.p.p.*, pur essendo astrattamente previsto dall'ordinamento, veniva, in concreto, utilizzato fuori dei casi e delle ipotesi dettate dalle legge, e al di là di ogni ragionevole limite, in quanto fondato su presupposti «insussistent[i] ed apoditticamente affermat[i]»²¹. Tale rigetto arbitrario, impedendo l'accesso alla parentesi istruttoria (con la conseguente moltiplicazione delle audizioni della vittima-minorenne), sarebbe in grado, nell'impostazione fatta propria dalla III Sezione, di innescare «quella vittimizzazione secondaria della persona offesa che lo Stato si è impegnato ad evitare, così, da un lato recando pregiudizio insanabile alla vittima vulnerabile, e, dall'altro lato, esponendo lo Stato a possibile responsabilità per violazione di norme internazionali pattizie e dell'Unione Europea»²². Di qui la diagnosi di abnormità strutturale.

3. Le più recenti sentenze della Suprema Corte: la riproposizione dell'orientamento

commento di M. CECCHI, *Non è abnorme il provvedimento che invita il P.M. a (ri)valutare l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*; Cass. Pen. sez. Un., 26 marzo 2009, n. 25957, Toni, in *Cass. pen.*, 2009, n. 12, p. 4551 ss., con nota di G. TODARO, *Erronea declaratoria di nullità del decreto di citazione a giudizio conseguente regressione del procedimento: spunti per una riflessione sull'abnormità dell'atto processuale penale*; Cass. Pen., sez. Un., 20 dicembre 2007, n. 5307, P.M. in proc. Battistella, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, n. 1, p. 409 ss., con osservazioni di G. LOZZI, *Enunciazione in forma non chiara e precisa del fatto imputato nella richiesta di rinvio a giudizio: conseguenze*.

¹⁹ La bipartizione segnalata nel testo, utile dal punto di vista descrittivo, non consente comunque di ritenere che esistano due tipologie distinte di abnormità, la quale mantiene il proprio carattere unitario e legato a «uno sviamento della funzione giurisdizionale, la quale non risponde più al modello previsto dalla legge, ma si colloca al di là del perimetro entro il quale è riconosciuta dall'ordinamento»: Cass. Pen., sez. Un., 26 marzo 2009, n. 25957, Toni, cit., p. 4551 ss.

²⁰ Per approfondimenti sulla tematica dell'abnormità, si rinvia, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, agli studi di A. BELLOCCHI, *L'atto abnorme nel processo penale*, UTET, Torino, 2011, *passim*; A. CAPONE, *Per una dogmatica dell'abnormità*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, n. 1, p. 68 ss.; E.M. CATALANO, *L'abnormità tra crisi della legalità e crisi della Cassazione*, in *Ind. pen.*, 2016, n. 1, p. 113 ss.; C. IASEVOLI, *Il sistema delle impugnazioni e il provvedimento abnorme*, in G. CANZIO – R. BRICCHETTI (a cura di), *Le impugnazioni penali. Fra legislatore e giudici*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 23 ss.; G. SANTALUCIA, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, CEDAM, Padova, 2003, *passim*.

²¹ Cass. Pen., sez. III, 27 maggio 2020, n. 17825, P.M. in proc. B., cit., *Considerato in diritto* § 2.

²² Cass. Pen., sez. III, 10 ottobre 2019, n. 47572, P.M. in proc. V., cit., *Considerato in diritto* § 5.2.

tradizionale.

Ora, benché la soluzione poc'anzi tratteggiata non avesse mancato di suscitare riflessioni critiche in dottrina²³, la tendenza della giurisprudenza a fare largo uso della categoria dell'abnormità²⁴ rendeva, però, ragionevole aspettarsi un consolidamento di questo schema di pensiero²⁵, tanto che non è parso a taluno fuori luogo interrogarsi circa la possibilità di adoperare i nuovi stilemi interpretativi anche con riferimento a ipotesi di incidente probatorio ulteriori e diverse rispetto a quella di cui all'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p.²⁶: il pronostico non si è, tuttavia, avverato.

Anzi, la reazione è stata, come già accennato, di tutt'altro segno. In questa prospettiva, risultano di particolare interesse tre pronunce molto recenti della Cassazione dal contenuto per lo più sovrapponibile, le quali giungono a riaffermare l'orientamento tradizionale attraverso una esplicita e puntuale confutazione degli argomenti spesi dall'indirizzo innovativo prima ricordato a sostegno della abnormità e, quindi, della ricorribilità del provvedimento di cui all'art. 398 c.p.p.

La prima critica mossa rispetto alla nuova tendenza si appunta sulla diagnosi di abnormità. In questo senso, dopo un breve richiamo all'elaborazione delle Sezioni Unite sul punto, si osserva come l'ordinanza reiettiva l'istanza di assunzione anticipata della testimonianza della vittima minorene *ex art.* 392, comma 1-*bis* c.p.p.²⁷, per quanto non

²³ Al riguardo si vedano le riflessioni di C. ARDIGÒ, [Verso una liberalizzazione dell'incidente probatorio](#), cit., p. 209 ss.; R. CREPALDI, *La discrezionalità del giudice nell'ammissione dell'incidente probatorio atipico: riflessioni alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Quest. giust.*, 5 febbraio 2021; L. SURACI, *L'atto "assiologicamente" abnorme*, cit., c. 201 ss.

²⁴ Sul punto, A. CAPONE, *Per una dogmatica dell'abnormità*, cit., p. 68; nonché E.M. CATALANO, *L'abnormità tra crisi della legalità e crisi della Cassazione*, p. 116, la quale ricorda che «l'abnormità da ipotesi isolata è divenuta semmai l'archetipo di una serie di istituti, di quelle figure aperte all'integrazione giurisprudenziale e di quelle soluzioni ermeneutiche ardite che trovano una diffusione sempre più capillare».

²⁵ La prognosi traeva, altresì, linfa dalla circostanza che, in almeno un'occasione, la tesi dell'abnormità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio veniva applicata dalla Corte anche con riferimento a un'ipotesi in cui veniva in rilievo una figura di incidente diversa dalla diretta all'assunzione anticipata della testimonianza della vittima *ex art.* 392, comma 1-*bis* c.p.p. Ci si riferisce, in particolare, a Cass. Pen., sez. VI, 10 luglio 2019, n. 51134, P.M. in proc. P., Rv. 277445, in cui i supremi giudici hanno ritenuto affetto da abnormità funzionale il provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari aveva rigettato l'istanza di assunzione, attraverso le forme dell'incidente istruttorio, di una perizia volta ad accertare la capacità dell'indagata di partecipare coscientemente al procedimento *ex art.* 70 c.p.p.

²⁶ In questo senso, si è ipotizzato di ritenere estensibile i *dicta* della III Sezione a quelle ipotesi di incidente probatorio nelle quali al giudice sono concessi minori margini di discrezionalità valutativa, ovvero, in via esemplificativa, ai casi previsti dall'art. 392, comma 1, lett. *c, d*, e comma 2, limitatamente alla perizia *ex art.* 224-*bis* c.p.p., nonché dall'art. 391-*bis*, comma 11 c.p.p. Al riguardo, volendo, F. MARCHETTI, *Nuovi itinerari (e nuovi orizzonti) dell'abnormità*, cit., p. 4651 ss.

Nel senso che gli argomenti della III Sezione denotassero l'intenzione della Suprema Corte di non volersi «legare le mani rispetto ad altre ipotesi di incidente probatorio a fattispecie vincolata», L. SURACI, *L'atto "assiologicamente" abnorme*, cit., c. 210.

²⁷ Si tenga presente, tuttavia, che nel più recente arresto giurisprudenziale appartenente al filone in commento, allo scrutinio della Corte veniva, in realtà, sottoposta un'ordinanza di rigetto di un'istanza volta all'assunzione della testimonianza non già della persona offesa minore di età, bensì di un testimone minorene: al riguardo Cass. Pen., sez. V, 11 dicembre 2020, n. 2554, P.M. in proc. C.

adeguatamente motivata²⁸, non sembrerebbe possedere le caratteristiche dell'atto abnorme.

In particolare, si esclude, innanzitutto, che possa venire in rilievo il profilo strutturale, giacché i provvedimenti di diniego gravati rispondono pienamente al modello generale delineato dall'art. 398 c.p.p., ai sensi del quale il giudice «pronuncia ordinanza con la quale accoglie, dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di incidente probatorio»²⁹.

In secondo luogo, viene scartata anche la possibilità di ricondurre gli atti in parola nell'alveo dell'abnormità funzionale. Una volta ricordato come il tratto tipico di quest'ultima sia costituito dalla produzione di una stasi procedimentale, si nega che tale effetto possa essere causato dal rigetto dell'istanza di incidente probatorio³⁰.

La seconda censura riguarda, per un verso, l'interpretazione data alle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali che si occupano della tutela della persona offesa dichiarante e, per l'altro, la ricostruzione della natura della fattispecie di cui all'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. in chiave vincolata.

Quanto al primo aspetto, l'orientamento in parola non nega che all'incidente probatorio "speciale" debba assegnarsi, fra l'altro, una funzione di protezione della vittima da processi di vittimizzazione secondaria, in attuazione delle fonti sovranazionali in precedenza richiamate. Piuttosto, si sottolinea come, benché queste ultime siano ispirate ad una logica di «anticipazione-limitazione delle audizioni»³¹ dell'offeso, da esse non possa trarsi «la previsione di alcun automatismo probatorio legato all'introduzione di un vero e proprio obbligo, in capo al giudice, di disporre l'assunzione delle prove dichiarative della persona offesa vulnerabile a seguito della mera presentazione di una richiesta di incidente probatorio»³².

In questo senso, correttamente si ricorda come i già menzionati atti in realtà si limitino a richiedere agli Stati, non solo l'approntamento di soluzioni normative che consentano di contenere il numero delle audizioni del soggetto passivo del reato, ma anche – e principalmente – l'adozione di particolari cautele per il compimento dell'atto

Come è noto, i giudici di Palazzo della Consulta si sono recentemente pronunciati su una questione di legittimità costituzionale coinvolgente l'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. nella parte in cui equipara, ai fini dell'accesso all'incidente probatorio "speciale", i minori che siano meri testimoni alla persona offesa minorenni. In quella sede, la Corte costituzionale, nel rigettare la questione *de legitimitate legum*, ha ricordato come tale equiparazione sia collegata ad una «presunzione di un'analogia condizione di vulnerabilità che avvince le due categorie di soggetti per il fatto di essere chiamati a testimoniare su fatti legati all'intimità e connessi a violenze subite o alle quali si è assistito», che «è da ritenersi conforme a dati di esperienza generalizzati, riassumibili nella formula dell'*id quod plerumque accidit*»; così Corte cost., sent., 14 gennaio 2021, n. 14, in questa *Rivista*, 22 febbraio 2021, con commento di V. TONDI, [L'incidente probatorio «speciale» torna al vaglio della Corte costituzionale](#).

²⁸ Cass. Pen., sez. V, 11 dicembre 2020, n. 2554, P.M. in proc. C., *Considerato in diritto* § 4.

²⁹ In tal senso, in particolare, Cass. Pen., sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, P.M. in proc. S., *Considerato in diritto* § 2.

³⁰ Cass. Pen., sez. VI, 13 maggio 2020, n. 20543, C., in motivazione.

³¹ M. BARGIS – H. BELLUTA, *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, in M. BARGIS – H. BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 64.

³² Così: Cass. Pen., sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, P.M. in proc. S., *Considerato in diritto* § 3.

istruttorio in parola, quali speciali modalità di intervista e di documentazione³³.

Una volta escluso che dal diritto sovranazionale derivi alcun automatismo in relazione al punto di cui si discute, i giudici di Piazza Cavour dirigono l'analisi verso il secondo profilo di critica, ovvero verso la ricostruzione della pertinente disciplina nazionale di attuazione, rappresentata dall'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p., giungendo, peraltro, ad analoga conclusione. Anche riguardata la questione da questo differente angolo di visuale, infatti, la Corte osserva come il giudicante, di fronte ad una richiesta di ascolto della vittima minore *ex art. 392, comma 1-bis c.p.p.*, sia chiamato a bilanciare in concreto, attraverso l'esercizio di un potere tipicamente discrezionale, i contrapposti interessi rappresentati dalle esigenze di tutela dell'offeso, da un lato, e dalle garanzie processuali del diritto di difesa dell'imputato, dall'altro: in questa prospettiva, l'autorità giurisdizionale sarebbe, quindi, tenuta a vagliare «in un primo momento, i requisiti di ammissibilità della richiesta e, solo successivamente, la fondatezza della stessa»; valutazione, quest'ultima, da compiersi «nella prospettiva della rilevanza della prova ai fini della decisione dibattimentale»³⁴.

Ad abundantiam si ricorda, infine, come l'inoppugnabilità dei provvedimenti reiettivi *ex art. 398 c.p.p.* risponda altresì all'esigenza di «non sacrificare la speditezza del procedimento penale nella fase dell'indagine preliminare», nonché a quella di «non appesantire oltre modo una “parentesi istruttorie” che la *ratio* del sistema vuole quanto

³³ Cass. Pen., sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, P.M. in proc. S., *Considerato in diritto* § 3; nonché Cass. Pen., sez. V, 11 dicembre 2020, n. 2554, P.M. in proc. C., cit., *Considerato in diritto* § 3.3.

In termini analoghi si è, del resto, espressa anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Tale organo – all'uopo sollecitato dal giudice per le indagini preliminari di Firenze attraverso la formulazione di un rinvio pregiudiziale concernente l'interpretazione degli artt. 2, 3 e 8, n. 4 della Decisione Quadro 2001/220/GAI (poi sostituita dalla Direttiva 2012/29/UE) – ha chiarito come gli articoli poc'anzi menzionati non ostassero ad una normativa nazionale, quale è quella risultante dagli artt. 392, comma 1-*bis*, 398, comma 5-*bis* e 394 c.p.p., che non prevede l'obbligo per il pubblico ministero di rivolgersi al giudice affinché quest'ultimo consenta ad una vittima particolarmente vulnerabile di essere sentita con le forme dell'incidente probatorio nell'ambito della fase istruttorie del procedimento penale. Decisiva, ai fini di tale *dictum*, è risultata l'esistenza, all'interno dell'ordinamento italiano, della possibilità di procedere – anche in dibattimento – al compimento dell'atto in parola a porte chiuse, nonché di ricorrere alle modalità di cui all'art. 398, comma 5-*bis* c.p.p., cautele, queste ultime, considerate sufficienti a offrire un'adeguata protezione al dichiarante: C.G.U.E., sent., 21 dicembre 2011, C-597/10, X, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2011, con osservazioni di L. LUPÀRIA, [Vittime vulnerabili e incidente probatorio: la normativa italiana supera il vaglio della Corte UE](#).

Per una speciale sottolineatura – nel contesto di un giudizio *ex art. 267 TFUE* promosso dal Tribunale di Bari – dell'importanza conferita, ai fini della tutela della vittima vulnerabile, alle particolari misure di protezione di cui agli artt. 22 e 23 della Direttiva 2012/29/UE, v., da ultimo, C.G.U.E., sent., 29 luglio 2019, C-38/18, Gambino e Hyka, § 57, consultabile in [curia.europa.eu](#); sulla pronuncia M. BARGIS, [Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi di Corte costituzionale, Sezioni Unite e Corti europee alle prospettive de iure condendo](#), in questa *Rivista*, 2020, fasc. n. 4, p. 41 ss.

³⁴ Cass. Pen., sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, P.M. in proc. S., *Considerato in diritto* § 3, da cui è tratta anche la citazione precedente; nonché Cass. Pen., sez. V, 11 dicembre 2020, n. 2554, P.M. in proc. C., cit., *Considerato in diritto* § 3.3. Cfr., in dottrina, R. CREPALDI, *La discrezionalità del giudice nell'ammissione dell'incidente probatorio atipico*, cit.

Nel senso che il giudice per le indagini preliminari possa spingersi, nel vaglio di rilevanza *ex art. 393, comma 1, lett. a c.p.p.*, fino a sindacare l'utilità e la concludenza della prova, v. anche Cass. Pen., sez. IV, 21 gennaio 2021, n. 3982, P.M. in proc. O. e altri, *Considerato in diritto* § 3.3, consultabile in [iusexplorer.it](#).

più possibile snella»³⁵.

Sulla scorta di tali argomenti si conclude, pertanto, nel senso della ricostruzione dell'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. in chiave di fattispecie discrezionale³⁶, e come tale insindacabile. Donde l'inammissibilità dei ricorsi presentati.

4. I termini del contrasto giurisprudenziale e l'improcrastinabilità di un intervento delle Sezioni Unite.

Orbene, in base all'analisi testé svolta, risulta piuttosto agevole osservare come l'orientamento più recente abbia costruito il proprio ragionamento sul ribaltamento delle argomentazioni svolte dalla III Sezione.

Come si è visto, l'operazione è stata condotta, ad un primo livello, attraverso una più convincente ricostruzione degli obblighi internazionali gravanti sul legislatore ordinario in tema di protezione della persona offesa dichiarante. Essa è, poi, proseguita, su di un piano diverso, con l'attribuzione all'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. della natura di fattispecie vincolata, anziché discrezionale, per concludersi, infine, con un governo della categoria dell'abnormità maggiormente in linea con gli insegnamenti provenienti dalla giurisprudenza più consolidata.

Non può, peraltro, sfuggire come questo modo di procedere finisca per acquisire un particolare significato, che va ben oltre l'esplicitazione delle *rationes decidendi* che stanno alla base delle decisioni sui casi concreti oggetto di scrutinio: e precisamente quello di un consapevole e reciso distacco da stilemi interpretativi non condivisi.

A tal punto, non resta, quindi, che prendere atto dell'esistenza, in merito al tema che ci impegna, di un contrasto interpretativo in seno alla Suprema Corte, di cui è opportuno che si occupino al più presto le Sezioni Unite *ex art.* 618, comma 1 c.p.p. al fine di sciogliere gli attuali dubbi esegetici che si ripercuotono negativamente, oltre che sulla certezza del diritto, anche – e prima ancora – su diversi interessi coinvolti nel processo penale.

In questo senso si può osservare, dalla prospettiva della vittima, che l'incertezza circa la possibilità di espungere il provvedimento che abbia – illegittimamente o

³⁵ Cass. Pen., sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, P.M. in proc. S., *Considerato in diritto* § 3.

³⁶ Benché entrambi gli orientamenti illustrati diano grande spazio, all'interno delle proprie argomentazioni, alla risposta al quesito circa la natura vincolata o discrezionale della figura di cui all'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p., non sembra che la risoluzione dell'interrogativo rivesta un'importanza capitale ai fini di sciogliere il dubbio sull'abnormità o meno dell'atto. In questo senso, va, invero, ricordato che la dottrina che si è occupata del tema ha sottolineato come la discrezionalità della fattispecie di riferimento non precluda la possibilità di ritenere abnorme un provvedimento che sia incompatibile con essa. Semmai, la natura discrezionale influisce sulle modalità attraverso cui viene condotto il giudizio diagnostico, dal momento che: «in tale ipotesi, infatti, l'apprezzamento del fenomeno comporta una duplice verifica: da un lato, accertare, attraverso il passaggio da un'analisi astratta del potere alla sua concreta esplicazione in un provvedimento, se quest'ultimo si mantiene nell'ambito della sfera di attribuzione giurisdizionale; dall'altro lato, valutare in termini diacronici se il medesimo atto, superando i limiti relativi al modo, la misura e la direzione dell'uso della potestà risulta compatibile o meno con il sistema»: così A. BELLOCCHI, *L'atto abnorme nel processo penale*, cit., p. 32.

ingiustamente – negato l’accesso alla parentesi istruttoria dedicata al suo ascolto in forma protetta non giova alla tutela della sua personalità, giacché – rendendo verosimilmente necessario procedere a più audizioni, prima durante le indagini e in seguito in dibattimento – impedisce alla persona offesa minorenni di adempiere, nei tempi relativamente brevi di svolgimento dell’incidente probatorio, alla *servitus iustitiae* cui è tenuta in quanto testimone e, quindi, di uscire dal circuito processuale per intraprendere un percorso di rielaborazione del fatto asseritamente subito.

Dall’angolo di visuale, invece, delle parti, e specialmente dell’imputato, i dubbi che circondano la questione che ci occupa si ripercuotono negativamente, ora sulla qualità dell’accertamento, ora sul diritto di difesa. Quanto al primo aspetto, considerato il contrasto interpretativo in atto, è ragionevole aspettarsi che il pubblico ministero – soggetto dal quale, nella maggior parte dei casi, proviene l’istanza di assunzione anticipata della testimonianza del minore vittima di reato – sia indotto, a seguito del rigetto da parte del giudice per le indagini preliminari, non già a tentare la via del ricorso *extra ordinem* avverso il provvedimento reiettivo, bensì a procedere alla raccolta delle dichiarazioni in via unilaterale con lo strumento di cui all’art. 362 c.p.p. In questo modo, aumenta, tuttavia, il rischio che l’audizione investigativa, specialmente se condotta da chi non possiede le adeguate competenze³⁷, ingeneri nella fonte eventi di suggestione, influenzando la genuinità della testimonianza successivamente acquisita nella fase dibattimentale³⁸.

Per quello che riguarda, invece, i possibili riflessi sulle prerogative defensionali dell’accusato, non si può escludere – alla luce della disinvoltura con cui, talvolta, la giurisprudenza interpreta il requisito dell’impossibilità di ripetizione³⁹ di cui all’art. 512 c.p.p.⁴⁰ – che il giudice dibattimentale anziché procedere all’esame del minore in contraddittorio, scelga di far filtrare in dibattimento, attraverso la lettura ai sensi dell’articolo da ultimo citato, le dichiarazioni precedentemente rese dalla vittima al pubblico ministero sottraendo, in questo modo, all’imputato la possibilità di

³⁷ Sul tema, M. DANIELE, *Un ulteriore restyling (incompleto) delle norme processuali*, in *Legisl. pen.*, 2013, n. 1, p. 71 ss.

³⁸ Cfr. N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 86; V. TONDI, *L’incidente probatorio «speciale» torna al vaglio della Corte costituzionale*, cit.

³⁹ Si allude, in particolare, a quelle pronunce che si sono mostrate inclini a interpretare il requisito *de quo* in maniera ampia, ricomprendendovi anche quelle situazioni in cui vi sia l’insorgenza, in capo al dichiarante, di stress psicofisico (Cass. Pen., sez. III, 25 settembre 2000, n. 3059, Galliera, in *Foro. it.*, 2001, II, c. 20 ss. con nota parzialmente adesiva di G. DI CHIARA), di disagio o di sofferenza psichica (Cass. Pen., sez. III, 16 aprile 2013, n. 39766, M. in *Dir. pen. proc.*, 2014, n. 8, p. 978 ss. con commento di V. MOTTA, *La valorizzazione dell’incidente probatorio atipico nel contemperamento tra tutela del minore vulnerabile e garanzia del contraddittorio*) riconnessi alla testimonianza dibattimentale.

Per una critica a siffatta impostazione v. R. CASIRAGHI, *Commento all’art. 6 Cedu*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Milano, 2016, p. 224

⁴⁰ Come è noto, l’art. 512 c.p.p. consente al giudice, su richiesta di parte, di dare lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, dai difensori delle parti private e dal giudice nel corso dell’udienza preliminare quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione. Sull’istituto, con specifico riguardo ai collegamenti con l’incidente probatorio, per tutti, C. CESARI, *L’irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 180 ss.

un'elaborazione dialettica della prova.

5. Riflessioni conclusive.

In attesa dei prossimi sviluppi della vicenda⁴¹, non appare fuori luogo, in questa sede, svolgere alcune ulteriori riflessioni a margine della questione che ci occupa⁴².

In questo senso, non si può fare a meno di notare come l'esistenza di un tanto netto contrasto in merito alla possibilità di ritenere abnormi i provvedimenti di rigetto delle istanze di incidente probatorio si presti a una lettura di più ampia portata, ovvero sia quale segno dell'insofferenza degli operatori giuridici verso la scelta dei *conditores* di non ammettere alcun sindacato avverso gli atti appena citati.

Riguardata la questione da questo angolo di visuale, l'eventuale prevalere della tesi dell'abnormità potrebbe senz'altro offrire maggiori garanzie contro i più vistosi sviamenti della funzione giurisdizionale⁴³: è opportuno, tuttavia, rimarcare che si tratterebbe di una soluzione non ottimale. Essa, infatti, non solo radicherebbe in capo alla Corte di cassazione la competenza a diagnosticare il vizio, collocandosi, in tal modo, in aperto contrasto con l'attuale tendenza a ridurre il carico di lavoro del giudice di legittimità, ma potrebbe altresì rivelarsi non agevolmente praticabile per le parti private che, per giovare del rimedio, dovrebbero necessariamente rivolgersi ad un difensore iscritto nell'apposito albo speciale⁴⁴.

Così, sembra preferibile che sia il legislatore a intervenire direttamente sul punto attraverso la forgiatura di uno strumento di impugnazione *ad hoc*⁴⁵, prendendo a modello, con le opportune modificazioni, il reclamo avverso il provvedimento di archiviazione *ex art. 410-bis c.p.p.*

⁴¹ Al riguardo vale la pena di ricordare come nella vicenda processuale che fa da sfondo a Cass. Pen., sez. V, 11 dicembre 2020, n. 2554, P.M. in proc. C., cit., il Procuratore generale presso la Corte di cassazione avesse chiesto che la questione concernente la ricorribilità dell'ordinanza reiettiva dell'istanza di incidente probatorio fosse rimessa alle Sezioni Unite. Si deve, tuttavia, ritenere che la V Sezione abbia implicitamente rigettato la richiesta, giacché nella parte motiva della sentenza non è espressa alcuna esplicita posizione al riguardo.

⁴² Per alcune riflessioni sulle implicazioni sistematiche che l'eventuale stabilizzazione della tesi dell'abnormità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio potrebbe produrre, sia consentito rinviare a F. MARCHETTI, *Nuovi itinerari (e nuovi orizzonti) dell'abnormità*, cit., p. 4651 ss.

⁴³ Al riguardo, A. CIAVOLA, *Incidente probatorio e processo di parti*, cit., p. 3297.

⁴⁴ Sul punto, volendo, F. MARCHETTI, *Nuovi itinerari (e nuovi orizzonti) dell'abnormità*, cit., p. 4656.

⁴⁵ In proposito si vedano gli Autori citati nella nota n. 8, nonché, volendo F. MARCHETTI, *Nuovi itinerari (e nuovi orizzonti) dell'abnormità*, cit., p. 4656.

**DOVE IL LEGISLATORE PORTA LE PAROLE
E L'INTERPRETE ADDUCE IL SENSO:
LE SEZIONI UNITE SULL'APPLICABILITÀ DELL'ART. 384 C.P.
AL CONVIVENTE MORE UXORIO (*)**

Nota a [Cass., Sez. un., sent. 26 novembre 2020 \(dep. 16 marzo 2021\), n. 10381,
Pres. Cassano, rel. Fidelbo, ric. Fiavola](#)

di Francesca Pia Bisceglia

Mediante la pronuncia in commento le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno preso posizione in ordine al contrasto interpretativo circa l'applicabilità dell'esimente prevista dall'art. 384 cod. pen. al convivente more uxorio. Il presente lavoro analizza nell'ordine gli argomenti interpretativi di cui il Supremo Collegio si avvale ai fini del superamento dell'impostazione maggioritaria. Si sofferma inoltre su criticità e aspetti positivi della categoria dell'inesigibilità, valorizzata dal Supremo collegio per affermare l'applicabilità in via analogica della scusante in esame.

SOMMARIO: 1. La questione all'attenzione del Supremo Collegio. I termini essenziali del contrasto interpretativo. – 1.1. La tesi che nega l'estensione della "causa di non punibilità". – 1.2. Gli argomenti a sostegno della tesi favorevole. – 2. L'iter argomentativo delle Sezioni Unite. La *pars destruens* degli argomenti possibilisti... – 3. ...per una più salda ricostruzione delle fondamenta. – 3.1. L'argomento adeguativo (interpretazione comunitariamente orientata). – 3.2. Il superamento dell'argomento *a contrario*. – 3.2.1. L'argomento sistematico-evolutivo. – 3.2.2. La negazione della natura di norma *eccezionale* dell'art. 384 c.p. L'argomento apagogico. – 4. Conclusioni e principio di diritto. – 5. Considerazioni personali. In particolare sull'inesigibilità quale impossibilità non "eccezionale".

1. La questione all'attenzione del Supremo Collegio. I termini essenziali del contrasto interpretativo.

Mediante ordinanza 1825/2020¹ la sesta sezione della Corte di Cassazione ha demandato alle Sezioni Unite la risoluzione della seguente *quaestio iuris*: "se l'ipotesi di

(*) Il titolo mutua in parte un paragone di G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, 2017, p.34: "l'interpretazione di un testo è come un pic-nic in cui l'autore porta le parole e i lettori portano il senso".

¹ Cass., Sez. VI., ord. 19 dicembre 2019 (dep. 17 gennaio 2020), n. 1825 disponibile in questa *Rivista*, con nota di E. MEZZA, "[Soccorso di necessità giudiziaria](#)" e convivente more uxorio. Rimessa alle Sezioni Unite la questione dell'ambito applicativo dell'art. 384 comma 1. c.p., cui si rinvia per un'ampia trattazione

cui all'art. 384 co.1. cod. pen. sia applicabile al convivente *more uxorio*". La disposizione in esame, genericamente rubricata "cause di non punibilità", contempla un'esimente che trova applicazione per un elenco tassativo di delitti contro l'amministrazione della giustizia, quando il fatto sia stato commesso "per esservi stato l'autore costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore".

Nello specifico, la vicenda all'attenzione del Supremo Collegio prendeva avvio dalla sentenza del 15 maggio 2019, con la quale la Corte d'Appello di Cagliari confermava la condanna dell'imputata per il delitto di favoreggiamento personale ex art. 378 c.p. Per i giudici, infatti, quest'ultima aveva aiutato il suo compagno ad eludere le investigazioni dell'Autorità in ordine ai reati di cui agli artt. 116 e 189 commi 1 e 7 d.lgs. 285 del 1992 (guida senza patente e mancata assistenza successiva alla collisione tra autoveicoli con feriti). In particolare, l'imputata aveva falsamente dichiarato ai Carabinieri, intervenuti sul luogo dei fatti, di essere ella stessa alla guida dell'autovettura coinvolta nell'incidente.

Per quel che più rileva, i Giudici escludevano l'applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 384, pur invocata dalla difesa. Proprio tale diniego costituiva oggetto di doglianza in sede di legittimità, sull'assunto che l'esimente potesse rilevare anche in presenza di convivenze di fatto, sebbene non regolate sul piano normativo.

Ritenuto naturalmente pregiudiziale, rispetto alla responsabilità dell'imputata, verificare l'applicabilità della "causa scriminante o scusante" in parola al convivente *more uxorio*, la sesta sezione prendeva compiutamente atto del contrasto sussistente sul punto all'interno della giurisprudenza di legittimità.

1.1. La tesi che nega l'estensione della "causa di non punibilità".

Le Sezioni Unite, a loro volta, ripercorrono gli argomenti a sostegno delle contrapposte tesi².

Secondo l'impostazione prevalente, l'esimente non trova applicazione alle situazioni di convivenza *more uxorio*³. Tale soluzione si fonda su variegate ragioni.

Sul piano letterale, l'art. 384 richiama i "prossimi congiunti", la cui definizione è offerta dall'art. 307 cod. pen., "disposizione generale all'interno del codice penale che identifica la categoria dei prossimi congiunti", che ricomprende in tale novero il coniuge, ma non il convivente.

In secondo luogo, tale assetto si giustifica sulla diversità ontologica nonché sulla diversa valenza costituzionale tra il rapporto coniugale, "caratterizzato da stabilità e reciprocità tra diritti e doveri", e la convivenza di fatto, "fondata invece su una *affectio*

dell'ordinanza.

² Il testo della sentenza è disponibile in questa *Rivista*, con commento a caldo di F. PALAZZO, [Convivente more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardità](#).

³ *Motivi della decisione*, Par. 2.1. Si tratta dell'impostazione sposata dalla memoria depositata dalla Procura generale il cui contenuto è riassunto nella pronuncia in commento (*Svolgimento del processo* par. 6).

che può essere revocata in ogni momento”. Infatti, mentre il rapporto di coniugio riceve tutela costituzionale espressa e diretta a mente dell’art. 29, il rapporto *more uxorio* gode unicamente di una tutela indiretta ponendosi nell’alveo dell’art. 2 Cost. come formazione sociale in cui si esercita la libertà individuale.

L’esclusione dell’equiparazione sul piano interpretativo del convivente al coniuge, ai fini dell’applicabilità dell’esimente in esame, è stata fondata, altresì, sulle conseguenze in *malam partem* di una tale operazione, rinvenibili in tutti quei casi in cui il vincolo familiare rileva per la configurabilità di alcuni reati, come ad esempio, quelli previsti dagli artt. 570, 577 co. 2, n. 1, art. 605 c.p. co. 1, n. 1.

Un terzo argomento è imperniato sulla qualificazione della causa di non punibilità in esame quale norma eccezionale, non suscettibile di applicazione analogica. Come si evince anche dall’ordinanza di rimessione, l’attuale ambito applicativo dell’art. 384 c.p. descrive un ben preciso giudizio di ponderazione tra l’esigenza di repressione di delitti contro l’amministrazione della giustizia, da un lato, e la tutela di beni afferenti la vita familiare, dall’altro. Ogni diversa considerazione implica pertanto necessariamente un nuovo esercizio di discrezionalità del legislatore, senza che sia consentito al giudice ricercare cause ultralegali di esclusione della punibilità.

Da ultimo, ma non certo per importanza, si impone la considerazione da attribuire al recente intervento legislativo che ha disciplinato le unioni civili tra persone dello stesso sesso e regolamentato le convivenze (l. 20 maggio 2016, n. 76, c.d. legge Cirinnà). Quest’ultimo ha infatti espressamente ampliato la cerchia dei “prossimi congiunti” di cui all’art. 307 co. 4 cod. pen, ricomprendendovi i soggetti uniti civilmente ma non anche i conviventi di fatto. Secondo l’ordinanza di rimessione, si sarebbe trattato di una scelta ben precisa del legislatore e non di una semplice “svista”, dal momento che la legge delega non lasciava alcun margine per includere anche i conviventi di fatto nel citato art. 307.

1.2. Gli argomenti a sostegno della tesi favorevole.

L’orientamento opposto⁴ – sviluppatosi più di recente ma fino ad oggi minoritario – pur non mettendo in discussione la natura eccezionale della causa di non punibilità in esame, si basa essenzialmente su un’interpretazione estensiva delle nozioni di famiglia e coniugio⁵. In particolare, termini come “matrimonio” e “famiglia” avrebbero un significato diverso e più ampio rispetto al passato; ciò anche alla luce della considerazione che la stabilità del rapporto, con il venire meno della indissolubilità del matrimonio, non costituisce più una caratteristica assoluta e inderogabile, «ed anzi spesso caratterizza maggiormente unioni non fondate sul matrimonio».

Viene evidenziata inoltre una vistosa contraddizione nella stessa giurisprudenza di legittimità che, da un lato, nega l’equiparazione tra famiglia di fatto e famiglia

⁴ Riportati a Par. 2.2.

⁵ Si tratta in particolare, come riportano le SS.UU, dell’impostazione offerta da Cass., Sez. II, 30 aprile 2015, n. 34147, Agostino.

legittima; dall'altro, invece, attribuisce rilievo alla convivenza. Ciò sia che detta assimilazione sia produttiva di effetti in *malam partem* che all'opposto.

A sostegno dell'esegesi estensiva, si invoca altresì la nozione di famiglia contenuta nell'art. 8 CEDU, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, che vi fa rientrare anche i legami di fatto particolarmente stretti, fondati su una stabile convivenza.

Da ultimo, si esclude che i "silenzii" sulle convivenze di fatto attribuibili alla l. 76 del 2016 e ai provvedimenti successivi possano costituire un insormontabile impedimento per escludere la parificazione delle convivenze di fatto al coniugio ai fini dell'esimente penale. Tanto si evince da un'interpretazione valoriale, volta a superare un'impostazione meramente formale la quale arreca il rischio di implicare, quantomeno con riguardo agli effetti "*in bonam partem*", profili di incerta compatibilità costituzionale in punto di diversificazione delle tutele offerte alla parte dell'unione civile rispetto al convivente di fatto⁶.

2. L'iter argomentativo delle Sezioni Unite. La *pars destruens* degli argomenti possibilisti...

Risolta in senso negativo la questione preliminare dell'applicabilità al caso di specie dell'art. 384 co. 2⁷, le Sezioni Unite chiariscono che «l'esame della questione posta

⁶Si tratta in particolare di Cass., Sez. VI, 19 settembre 2018, n. 11476, Cavassa, Rv. 275206, che per la prima volta ha esaminato la questione relativa alla estensibilità della causa di non punibilità alla luce della nuova normativa introdotta dalla L. 20 maggio 2016, n. 76

⁷ Par. 3.: «Tale norma, che prevede una speciale causa di non punibilità in favore, tra l'altro, di soggetti che per legge avrebbero dovuto essere avvertiti della facoltà di astenersi dal rendere informazioni al pubblico ministero o dichiarazioni nel corso delle indagini difensive ovvero testimonianza al giudice, richiamando i corrispondenti reati di cui agli artt. 371-bis, 371-ter e 372 c.p., (oltre all'art. 373 c.p., che riguarda la falsa perizia), è stata, come noto, dichiarata costituzionalmente illegittima, perché contraria al canone di razionalità delle scelte legislative (art. 3 Cost.), nella parte in cui non prevede l'esclusione della punibilità per false o reticenti informazioni fornite alla polizia giudiziaria da chi avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi a norma dell'art. 199 c.p.p. (Corte Cost. n. 416 del 1996). Con l'aggiunta di questo nuovo caso di non punibilità, per effetto della sentenza costituzionale citata, sono oggi ricomprese nell'art. 384 c.p., comma 2, anche le condotte di favoreggiamento poste in essere attraverso false informazioni rese alla polizia giudiziaria da parte dei soggetti indicati nell'art. 199 c.p.p., tra cui è menzionato espressamente anche il convivente. È evidente che, se si dovesse ritenere applicabile il citato art. 384, comma 2, sarebbe superata la questione oggetto della rimessione» Tuttavia, «un tale esito non può trovare spazio nella fattispecie concreta, in quanto deve escludersi che l'imputata dovesse essere avvertita della facoltà di astenersi. Infatti, nel corso delle indagini preliminari l'avvertimento della facoltà di astenersi di cui all'art. 199 c.p.p., che si riferisce alle c.d. dichiarazioni endo-processuali, non è dovuto ai prossimi congiunti – e ai conviventi – del soggetto che non abbia ancora assunto la qualità di indagato Nella specie, F. ha reso informazioni alla polizia giudiziaria nell'immediatezza dell'incidente stradale, in una fase di primissimo accertamento, in cui non vi era alcun elemento indiziario o di mero sospetto che potesse far ritenere sussistente un reato, tanto è vero che le sue dichiarazioni non risultano formalmente verbalizzate dalla polizia giudiziaria, bensì raccolte come "osservazioni delle parti interessate", cioè come dichiarazioni rese ai fini della responsabilità civile da incidente stradale. Peraltro, in quella fase non era emerso alcun elemento da cui la polizia giudiziaria avrebbe potuto desumere l'esistenza di un rapporto di convivenza tra F. e T., tale da giustificare

dall'ordinanza di rimessione si intreccia necessariamente con il tema della mancata equiparazione, nel nostro ordinamento della convivenza *more uxorio* alla famiglia legittima»⁸.

Al termine della parte ricognitiva del contrasto, i Giudici procedono ad una capillare critica degli argomenti a sostegno della tesi favorevole, così parendo allinearsi all'ordinanza di rimessione.

Rammentano come l'indirizzo che nega l'estensione della causa di non punibilità alle convivenze di fatto trovi linfa proprio nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha sempre escluso l'irragionevolezza della mancata inclusione nell'art. 384 dei conviventi *more uxorio*. In sostanza, la giustificazione circa la diversa regolamentazione è da rintracciarsi nella maggiore stabilità di quest'ultima⁹.

E ciò, si badi, anche dopo che è venuta meno l'indissolubilità del vincolo coniugale, posto che «il differente regime della famiglia *more uxorio* si basa sulla volontà delle parti che liberamente decidono di non contrarre matrimonio optando per una tipologia di unione con minori vincoli giuridici»¹⁰.

Inoltre, il legislatore ha inteso attribuire rilevanza giuridica al rapporto di convivenza mediante scelte selettive e mirate a casi determinati e non invece intervenendo sulla nozione di prossimi congiunti di cui all'art. 307 co. 4 cod. pen. Con ciò i Giudici sottintendono, *a contrario*, il diverso discorso valevole per le unioni civili (sul quale si soffermano ampiamente nel prosieguo).

Infine, dirimente ai fini di un *revirement* non appare neppure l'invocato art. 8 CEDU. Infatti, anche la Corte EDU, così come la Corte costituzionale, riconosce la discrezionalità del legislatore nel prevedere diverse soglie di tutela dei vincoli discendenti dal matrimonio e dalla convivenza di fatto in relazione alla necessità di proteggere i contro interessi in gioco.

Vero è infatti che la vita dei conviventi di fatto rientra nella concezione di vita familiare ormai da tempo elaborata dalla Corte EDU in sede di interpretazione dell'art. 8 par. 1 CEDU. Tuttavia, la prospettiva convenzionale non presenta, in relazione alla materia esaminata, sostanziali punti di divergenza rispetto al modello normativo tracciato dalla Costituzione italiana (Art. 2 e 29). Invero, sia nel sistema convenzionale sia in quello interno è fatta salva la possibilità di un trattamento non omogeneo correlato alla diversità dei modelli di relazioni familiari, alla luce di un giusto bilanciamento operato, a livello nazionale, fra le legittime istanze di tutela di interessi generali (ad es., sicurezza nazionale, protezione della salute o della morale, difesa dell'ordine e

l'avvertimento di cui all'art. 199 c.p.p.».

⁸ Par.4

⁹ Corte Cost., n. 237 del 1986; n. 352 del 1989; n. 8 del 1996; n. 121 del 2004, n. 140 del 2009. Ancora, sempre a par. 4 le SS.UU. affermano: «le due situazioni non differiscono soltanto in ragione del dato estrinseco della sanzione formale del vincolo, poichè, fermi in ogni caso i diritti e i doveri che ne derivano verso i figli e i terzi, nella dimensione della convivenza di fatto si tende a riconoscere spazio alla soggettività individuale, mentre in quella del rapporto di coniugio si attribuisce maggior rilievo alle esigenze obiettive della famiglia come tale, intesa cioè come stabile comunità di persone legate da vincoli di solidarietà, di fedeltà e di condivisione su base paritaria».

¹⁰ Par. 4.1.

prevenzione dei reati, ecc.) e le esigenze di protezione dei diritti fondamentali della persona. A riguardo, può dunque concludersi per la mancanza di alcun contrasto tra la regolamentazione interna e il sistema EDU¹¹.

3. ...per una più salda ricostruzione delle fondamenta.

Sembra a questo punto che l'adesione alla tesi maggioritaria sia scontata. Invece, la dichiarazione di infondatezza degli argomenti a sostegno dell'orientamento favorevole costituisce solo il guanto di sfida a trovarne di più forti e, probabilmente, inattaccabili (o quantomeno più difficilmente controvertibili).

La tesi favorevole all'estensibilità dell'esimente di cui all'art. 384 al convivente *more uxorio* è imperniata su una pluralità di argomenti interpretativi. Si procede di seguito ad analizzarli e commentarli partitamente, osservando sin d'ora come gli stessi paiano tra loro porsi in rapporto di *climax ascendente*.

3.1. L'argomento adeguativo (interpretazione comunitariamente orientata).

Come da ultimo esaminato, l'interpretazione fondata sull'art. 8 CEDU non appare dirimente ai fini della tesi favorevole all'estensibilità della causa di non punibilità. Per contro, secondo le SS.UU.¹², un significativo avanzamento nelle possibilità di tutela della molteplicità delle relazioni familiari si registra nel più recente art. 9 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*.

Quest'ultima disposizione, rispetto ad altre norme internazionali che enunciano in forma unitaria il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, presenta infatti una formulazione letterale più ampia poiché riconosce e garantisce separatamente i due diritti.

In tal modo, il diritto di sposarsi viene riconosciuto tra le libertà fondamentali in modo disgiunto rispetto al diritto di al "*diritto di fondare una famiglia*", così realizzando una significativa apertura nei confronti delle famiglie di fatto in quanto la meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso la scelta, del tutto legittima, di convivere senza matrimonio viene riconosciuta e tutelata anche al di fuori della presenza di vincoli formali nei rapporti familiari. Pertanto, al tradizionale *favor* per il matrimonio, per la Corte, si sostituisce la pari dignità di ogni forma di convivenza alla quale una legislazione nazionale decida di offrire una regolamentazione¹³.

¹¹ Par. 4.2

¹² Par. 5

¹³Per incompetenza "*ratione materiae*", si ritiene opportuno non prendere posizione sulla questione di una maggiore autorevolezza dell'interpretazione comunitariamente orientata rispetto a quella convenzionale basata sull'art. 8 CEDU (o viceversa). Sia però consentito menzionare l'orientamento per cui «al piano delle esperienze dell'interpretazione (e della teoria che ne dà la spiegazione e sistemazione), il "peso" specifico posseduto, rispettivamente, dalla CEDU e dalla Carta di Nizza parrebbe essere esattamente rovesciato rispetto a quello che esse hanno al piano delle vicende della normazione (e della relativa teoria), ove si

3.2. Il superamento dell'argomento a contrario.

Nel ragionamento dell'ordinanza di rimessione, richiamato dalle Sezioni Unite¹⁴, uno degli argomenti più forti contro l'estensione dell'art. 384 alle coppie di fatto riguarda la summenzionata circostanza che il legislatore, con la c.d. legge Cirinnà, abbia interpolato l'art. 307 inserendo, tra i prossimi congiunti, anche la parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, per contro omettendo ogni riferimento alle coppie di fatto e senza toccare l'art. 384.

In questo modo, si assume che il legislatore "avrebbe manifestato la sua volontà di non operare alcuna equiparazione delle convivenze di fatto, escludendo definitivamente ogni possibile interpretazione estensiva della nozione di "coniuge" che ricomprenda anche il "convivente"¹⁵. In sostanza, *ubi lex noluit tacuit*, e nessuna lacuna da colmare; il tacere della norma implicherebbe così l'assenza dell'effetto previsto dalla disposizione (c.d. preclusione tacita)¹⁶.

Per contro, le Sezioni Unite dimostrano di concorrere alla definizione dei contenuti della norma unitamente al testo legislativo, secondo le seguenti scansioni argomentative.

3.2.1. L'argomento sistematico-evolutivo.

Dalla lettura della sentenza emerge ben presto come il fatto che il legislatore nulla abbia previsto per le convivenze non equivale ad «implicita contrarietà alla possibilità

consideri che la stessa Carta suddetta, con riguardo ai casi di sostanziale corrispondenza di diritti, richiede di essere intesa e fatta valere alla luce della Convenzione, salvo il caso che la tutela offerta da quest'ultima sia meno "intensa" di quella apprestata dalla Carta dell'Unione. Insomma, l'"ordine" risultante dalla teoria delle fonti, che vede il diritto eurounitario stare più in alto del diritto convenzionale, nelle sue espressioni rilevanti in ambito interno, parrebbe rovesciarsi su se stesso al momento della sua conversione al piano della teoria dell'interpretazione. È pur vero che tutto ciò si ha unicamente sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali, non pure laddove questi ultimi non siano in gioco; solo che proprio questo è il terreno sul quale vengono a svolgersi le più salienti esperienze delle relazioni intersistemiche, per il modo con cui acquistano rilievo nel corso delle vicende processuali». A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema dei sistemi" come problema*, in *Rivista AIC*, 2/2014, 30.5.2014, p. 12.

¹⁴ Par. 6.

¹⁵ Par. 6: «Come dire che non si è in presenza di una "lacuna" dell'ordinamento dal momento che il legislatore non vuole alcuna equiparazione, tanto meno ai fini dell'applicazione della scusante ex art. 384 c.p., si riteneva che, con la legge c.d. Cirinnà, il legislatore ha inteso offrire una tutela legale a situazioni affettive mai regolamentate prima offrendo una disciplina, di fatto, analoga a quella prevista per le famiglie legittime e prevedendo anche le necessarie ricadute penalistiche con il successivo D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 6 trattandosi, quindi, di un intervento volto ad occuparsi di situazioni del tutto diverse dalle convivenze di fatto, che basano la loro unione sulla spontaneità di una scelta liberamente revocabile dalle parti mentre la disciplina delle "unioni civili" si è basata, invece, proprio sulla richiesta di stabilità del rapporto, sul modello della famiglia legittima».

¹⁶ Per un approfondimento R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, 2011, pp. 128 ss.

di riconoscere una serie di diritti in favore delle convivenze more uxorio, né tantomeno all'estensibilità della *scusante* di cui all'art. 384 al convivente»¹⁷.

“Semplicemente”, il legislatore si è occupato di disciplinare le situazioni riguardanti le unioni tra persone dello stesso sesso «avendo ben presente» – affermano le SS.UU. invero un po' apoditticamente – «il percorso legislativo e giurisprudenziale che ha condotto verso una tendenziale equiparazione tra la convivenza coniugale e quella more uxorio».

Nello specifico, ad avviso degli Ermellini, l'assenza di una legge organica sulle convivenze di fatto non significa che tale modello di relazione e i suoi effetti giuridici siano sforniti di tutela nel diritto positivo¹⁸.

Tanto affermano sulla scorta di un argomento sistematico, volto a rifuggire soluzioni interpretative che mettano la disposizione in urto con altre leggi dello stesso ordinamento. Infatti, traspare la consapevolezza che soltanto inserendo una disposizione nella “*sedes materiae*” si finisce per vincere aporie, asimmetrie e incongruenze¹⁹.

Invero, numerosi interventi normativi e la stessa evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali hanno consentito, sia pur frammentariamente, di riconoscere ai componenti la famiglia di fatto di singole posizioni soggettive meritevoli di tutela analogamente a quelle proprie dei membri della famiglia legittima. Sul piano normativo, si richiamano, tra le altre, la disciplina della filiazione, della procreazione assistita nonché la possibilità di astenersi dal rendere dichiarazioni nel processo penale.²⁰

«È però soprattutto nella giurisprudenza sia penale che civile» – proseguono i Giudici – che si assiste ad una «progressiva e continua tendenza a garantire analoghi diritti alle convivenze di fatto»²¹. Segue quindi una minuziosa ricostruzione dello stato dell'arte nel quale viene in rilievo, «in via esemplificativa»: il riconoscimento al

¹⁷ Par. 6 ultimo capoverso

¹⁸ Par. 7

¹⁹ V., ad esempio M. BARBERIS, *Pluralismo argomentativo. Sull'argomentazione dell'interpretazione*, in *Etica e politica*, 1/2006, p. 8 ss.

²⁰ Par. 7.1: «Si pensi, sul piano normativo, al tema della filiazione. In questo delicatissimo settore si è stabilito nell'ordinamento una completa identità tra la famiglia matrimoniale e quella non matrimoniale con riguardo al rapporto genitori-figli, che oggi risulta unitariamente disciplinato dall'art. 315-*bis* c.c. e ss., uniche essendo le regole in materia di diritti e doveri del figlio e di responsabilità genitoriale. Fra le disposizioni normative espressamente riferite ai conviventi devono poi menzionarsi, per la loro oggettiva rilevanza, quelle che consentono: a) di richiedere l'interdizione o la nomina di un amministratore di sostegno per il partner (art. 417 c.c.); b) di ammettere la coppia non coniugata ad avvalersi della procreazione assistita (L. 15 febbraio 2004, n. 40, art. 5); c) di astenersi dal rendere dichiarazioni nel processo penale (art. 199 c.p.p., comma 3, per il convivente dell'imputato); d) di presentare domanda di grazia al Presidente della Repubblica in favore del condannato (art. 681 c.p.p.). Nella medesima linea vanno altresì richiamate, a mero titolo esemplificativo, le disposizioni normative che riguardano la possibilità di adottare ordini di protezione contro gli abusi familiari, pur se commessi da conviventi o in danno di conviventi (L. 4 aprile 2001, n. 154); quella che prevede la rilevanza del periodo di mera convivenza ai fini della verifica della stabilità della coppia in vista dell'adozione (L. n. 149 del 2001, art. 6); quelle, infine, dettate dal legislatore in tema di disciplina dei congedi parentali (L. n. 53 del 2000; D.Lgs. n. 151 del 2001) e di assicurazione sulla responsabilità civile (L. n. 209 del 2005, ex art. 129, comma 2, lett. b))».

²¹ Par. 7.2.

convivente separato dell'assegnazione della casa familiare²²; l'affermazione del risarcimento del danno da uccisione di un prossimo congiunto anche a favore dei membri della famiglia naturale²³; l'esplicita equiparazione tra la convivenza coniugale e quella *more uxorio* a proposito della valutazione della sussistenza dei requisiti per l'ammissione al gratuito patrocinio nonché in tema di costituzione di parte civile²⁴. Ancora, il riconoscimento anche al convivente del diritto di esclusione con riferimento al diritto all'invulnerabilità del domicilio e, soprattutto, l'evoluzione degli orientamenti di legittimità in merito ai presupposti di configurabilità del reato di maltrattamenti in famiglia, statuendo che sono da considerare persone della famiglia anche i componenti della famiglia di fatto²⁵.

A fronte di ciò, le SS.UU. non nutrono alcun dubbio che il legislatore del 2016 sia intervenuto in presenza di un quadro complessivo – per quanto «sicuramente disorganico» – in cui appare «evidente l'interesse di salvaguardare la famiglia, sia legittima sia di fatto». Ne deriva che il silenzio sulle coppie di fatto acquista un significato “neutro”, spiegabile con l'obiettivo precipuo della legge di occuparsi delle c.d. unioni civili e con la consapevolezza che le convivenze di fatto non sono certo prive di tutela, anzi sono oggetto di una regolamentazione dovuta, soprattutto, ma non solo agli interventi della giurisprudenza²⁶.

²² «Analogamente a quanto si prevede per il coniuge separato o divorziato, in presenza di prole (Sez. civ. 1, n. 10102 del 26/05/2004, Rv. 573134). L'assegnazione della casa familiare in favore del convivente separato è stata poi normativamente regolata *ex art. 337 sexies c.c.*».

²³ «come il convivente "more uxorio" ed il figlio naturale non riconosciuto, a condizione che gli interessati dimostrino la sussistenza di un saldo e duraturo legame affettivo tra essi e la vittima assimilabile al rapporto coniugale (Sez. civ. 3, n. 12278 del 07/06/2011, Rv. 618134); Sez. civ. 3, n. 23725 del 16/09/2008, Rv. 604690; v., inoltre, Sez. civ. 3, n. 7128 del 21/03/2013, Rv. 625496)».

²⁴ A tal ultimo riguardo «si è precisato che la lesione di qualsiasi forma di convivenza, purchè dotata di un minimo di stabilità tale da fondare una ragionevole aspettativa di un futuro apporto economico, rappresenta legittima causa petendi di un'azione risarcitoria proposta dinanzi al giudice penale competente per l'illecito che ha causato detta lesione (Sez. 4, n. 33305 del 08/07/2002, dep. 04/10/2002, Rv. 222366; Sez. 4, n. 19487 del 05/11/2013, dep. 2014, Rv. 262350)».

²⁵ «Particolarmente rilevante deve poi ritenersi l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità formatasi in merito ai presupposti di configurabilità del reato di cui all'art. 572 c.p., che nel perseguire la condotta di colui che "maltratta una persona della famiglia" considera famiglia – sulla base di una pacifica linea interpretativa – non soltanto quella legittima fondata sul matrimonio, ma anche quella di fatto, connotata da un rapporto tendenzialmente stabile, fondato su legami di reciproca assistenza e protezione. Si è così affermato che sono da considerare persone della famiglia anche i componenti della famiglia di fatto, fondata sulla reciproca volontà di vivere insieme, di generare figli, di avere beni in comune e di dare vita ad un nucleo stabile e duraturo (v., *ex plurimis*, Sez. 6, n. 21239 del 24/01/2007, Gatto Rv. 236757; Sez. 6, n. 20647 del 29/01/2008, B., Rv. 239726; Sez. 5, n. 24688 del 17/03/2010, B., Rv. 248312; Sez. 6, n. 31121 del 18/03/2014, C., Rv. 261472). Si tratta di una giurisprudenza risalente già agli anni settanta, che questa volta, nell'equiparare la convivenza al rapporto coniugale vero e proprio, di fatto ha operato una estensione in *malam partem*, seppur finalizzata alla tutela della vittima del reato, fino a quando il legislatore con la novella del 1 ottobre 2012, n. 172, ha parzialmente riformato la previsione della norma incriminatrice in esame, cambiando la rubrica da "maltrattamenti in famiglia" in "maltrattamenti contro familiari e conviventi", così precisando che soggetto passivo del reato non è soltanto "una persona della famiglia", ma "una persona della famiglia o comunque convivente"».

²⁶ Par. 8.

3.2.2. La negazione della natura di norma *eccezionale* dell'art. 384 c.p. L'argomento apagogico.

È noto che l'interprete debba ricorrere al canone esegetico dell'argomento *a contrario* ogni qualvolta sia sancito il divieto di interpretazione analogica. Ed, invero, entrambi gli orientamenti contrapposti cui si era fatto riferimento davano per scontato il carattere eccezionale della norma contenuta nell'art. 384. «Se si dovesse convenire che siamo in presenza di una disposizione avente natura di norma eccezionale» – prosegue la sentenza – “occorrerebbe riconoscere l'estrema difficoltà di operare un'estensione dell'“*esimente*” al di là del suo tenore letterale, perché si violerebbe il disposto dell'art. 14 preleggi»²⁷.

Tuttavia i giudici aggirano quest'ultimo ostacolo (addirittura più consistente del precedente) affrontando la questione della natura dell'art. 384 c.p., comma 1, “attraverso una lettura costituzionalmente orientata che valorizzi l'elemento della colpevolezza e, soprattutto, inserita nell'ambito delle disposizioni penali che regolamentano istituti analoghi”.

Sembra così definitivamente superato, secondo gli Ermellini, l'orientamento per cui l'art. 384 c.p., comma 1, contiene una causa di non punibilità in senso stretto, in cui la rinuncia alla pena ubbidisce a ragioni di opportunità politica, come pure l'altro, meno recente, che qualifica la disposizione come una causa di giustificazione, in cui vengono bilanciati contrapposti interessi²⁸.

Per contro, sono condivise le riflessioni della dottrina “più avvertita”, che ravvisa nella previsione in esame una causa di esclusione della colpevolezza, meglio una “scusante” soggettiva, che investe la colpevolezza. Come è noto, vengono ricomprese in questa definizione le ipotesi in cui l'agente pone in essere un fatto antigiuridico, agendo anche con dolo, nella consapevolezza di violare la legge, e in cui l'ordinamento si astiene dal muovergli un rimprovero, “prendendo atto che la sua condotta è stata determinata dalla presenza di circostanze peculiari, che hanno influito sulla sua volontà, sicché non si può esigere un comportamento alternativo”.

Con riferimento all'art. 384, allineandosi a precedenti arresti di legittimità, anche a Sezioni Unite²⁹, i Giudici affermano che la ragione della non punibilità vada ricercata

²⁷ Par. 9

²⁸ «[...] Istituto somigliante allo stato di necessità in cui pure viene esclusa la responsabilità di colui che pone in essere una condotta costretto dalla necessità di evitare un grave nocimento» (par. 10).

²⁹ «[...]fermo restando che a queste conclusioni è pervenuta anche la giurisprudenza di legittimità più recente che, in alcune decisioni, ha stabilito che l'art. 384 c.p., comma 1, esclude la colpevolezza, non l'antigiuridicità della condotta, trattandosi di una esimente “connessa alla particolare situazione soggettiva in cui viene a trovarsi l'agente, che rende inesigibile un comportamento conforme alle norme indicate dallo stesso art. 384, comma 1” (Sez. 5, n. 18110 del 12/03/2018, in un caso in cui si è negato che l'esimente in questione potesse essere applicata anche al concorrente nel reato commesso dal soggetto non punibile; nello stesso senso, Sez. 6, n. 34543 del 23/05/2019; Sez. 6, n. 15327 del 14/02/2019; Sez. 6, n. 51910 del 29/11/2019; Sez. 6, n. 34777 del 23/09/2020, che, proprio in tema di favoreggiamento personale, ha precisato che l'art. 384 c.p., quale causa

nella “particolare situazione emotiva vissuta dal soggetto”, tale da rendere “inesigibile” l’osservanza del comando penale.

Esclusa la natura di causa di non punibilità in senso stretto della disposizione, è spianata la strada di una sua applicazione analogica in *bonam partem* ai conviventi di fatto³⁰.

Infatti, può oggi ritenersi pacifico che il divieto di analogia, ricondotto all’art. 25 co. 2. Cost. non abbia carattere assoluto, in quanto finalizzato ad assicurare, più che la certezza del diritto, le libertà del cittadino. Pertanto, non si riferisce all’intera materia penale ma alle sole disposizioni punitive³¹.

di esclusione della colpevolezza e non di esclusione della antiggiuridicità della condotta, opera solo nel caso in cui, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, valutate secondo il parametro della massima diligenza esigibile, si presenti all’agente come l’unica in grado di evitare un grave pregiudizio per la libertà o per l’onore proprio o altrui; inoltre, v., Sez. 6, n. 11476 del 19/09/2018) trattandosi di sentenze che, seppure con motivazioni non sempre dedicate specificamente alla questione, prendono una posizione decisa sulla natura dell’esimente dando luogo ad un vero indirizzo giurisprudenziale fermo restando che un analogo orientamento lo si rintraccia anche in decisioni meno recenti che, nel considerare l’art. 384, comma 1, oltre a negarne la natura di causa oggettiva di esclusione dell’antigiuridicità, lo qualificano come un’esimente “basata sul principio dell’inesigibilità di un comportamento diverso, come tale da escludere la colpevolezza” (così, Sez. 1, n. 11855 del 03/07/1980; nonché Sez. 6, 25/10/1989; Sez. 6, 10/02/1997). Infine, su questa stessa linea interpretativa si sono poste le Sezioni Unite (Sez. U, n. 7208 del 29/11/2007, dep. 2008, omissis, non massimata sul punto) le quali hanno asserito che “*coglie certamente nel segno*” quell’orientamento della giurisprudenza di legittimità (ad es., Sez. 6, n. 44761 del 04/10/2001) che afferma, concordemente con la dottrina, che l’art. 384 c.p. trova la sua giustificazione nell’istinto alla conservazione della propria libertà e del proprio onore (*nemo tenetur se detegere*) e nell’esigenza di tener conto, agli stessi fini, dei vincoli di solidarietà “*familiare*” in senso lato essendo l’intenzione del legislatore quella di riconoscere prevalenti e quindi tutelare i motivi di ordine affettivo. In questa decisione, le Sezioni Unite avevano affermato che “*deve darsi atto della sussistenza di una strettissima connessione tra l’istituto, di natura sostanziale, dell’art. 384 c.p., e la prescrizione processuale contenuta nell’art. 199 c.p.p.*”, dal momento che a fondamento di tali disposizioni vi è la medesima giustificazione e perché la ratio dell’astensione dal rendere testimonianza in capo ai prossimi congiunti dell’imputato, riconosciuta dalla citata norma del codice di rito, va “*unanimemente ravvisata proprio nella tutela del sentimento familiare (latamente inteso) e nel riconoscimento del conflitto che può determinare, in colui che è chiamato a rendere testimonianza, tra il dovere di deporre e dire la verità, e il desiderio o la volontà di non danneggiare il prossimo congiunto*”.

³⁰ Par. 11. Come rilevato da F. PALAZZO, *Convivente more uxorio e analogia in bonam partem*, cit., resta tuttavia fermo il fatto che la parificazione tra famiglia matrimoniale e famiglia di fatto non è totale ovvero «l’operazione effettuata dalla Cassazione non concerne l’art. 307, quarto comma, c.p. in sé e per sé: cioè non opera una dilatazione della nozione di famiglia a tutti i possibili effetti penali. Più limitatamente e semplicemente, l’applicazione analogica riguarda il primo comma dell’art. 384 c.p., certamente come integrato dalla definizione di prossimi congiunti di cui all’art. 307 c.p. Ma la portata espansiva dell’operazione si limita all’art. 384 c.p., senza coinvolgere nessun’altra norma a tutela della famiglia e, pertanto, senza produrre nessun effetto indiretto *in malam partem*».

³¹ «[...] Si esclude, in sostanza, che vi siano impedimenti di carattere costituzionale che consentano operazioni di interpretazione analogica che operino nel senso di un restringimento di confini di ciò che è penalmente rilevante, ammettendo l’esperibilità di un intervento analogico in *bonam partem*. In sostanza, l’art. 25 co.2 proibisce solo l’analogia in *malam partem*».

Per le scusanti in particolare, i Giudici – pur dando atto della sussistenza di un orientamento opposto – aderiscono alla tesi che ne nega la natura di norme eccezionali ogni qualvolta siano espressione di un principio generale dell'ordinamento³².

Orbene, nel nostro ordinamento è ben presente il principio generale volto ad escludere che possa esservi una condotta colpevole in presenza di un precetto penale che non risulti esigibile. In particolare, la causa di esclusione della colpevolezza di cui all'art. 384 è espressione del principio generale contenuto nell'art. 27 Cost (nella lettura offertane dalla sentenza della Corte costituzionale 364/1988).

A corroborare siffatta tesi, i Giudici non risparmiano una *reductio ad absurdum*³³. Invero, in presenza di una scusante basata su una situazione soggettiva della persona chiamata a rendere una dichiarazione all'autorità giudiziaria contro un proprio parente, che si trovi dinanzi alla alternativa, anche drammatica, tra l'adempimento di un dovere sanzionato penalmente e la protezione dei propri affetti, risulta del tutto incoerente negare che non ricorra la medesima condizione soggettiva sia che si tratti di persone coniugate sia che si tratti di persone conviventi, in entrambi i casi essendo identico il conflitto interiore.

Un forte appiglio in questo ragionamento è offerto dall'art. 199 del codice di procedura penale, relativo alla facoltà di astensione dei prossimi congiunti dell'imputato dal rendere testimonianza; facoltà espressamente riconosciuta anche al convivente di fatto.

Orbene, il mancato riconoscimento dell'estensione della scusante di cui all'art. 384 c.p., comma 1, anche al convivente determinerebbe un problematico rapporto con il comma 2 dello stesso articolo³⁴, dal momento che il convivente *more uxorio*, sebbene gli sia riconosciuto, come per il coniuge, il diritto di essere avvertito per astenersi ai sensi dell'art. 199 c.p.p. (con conseguente non punibilità in caso di omissione), non sarebbe invece tutelato nell'ipotesi prevista dal comma 1 in cui abbia posto in essere un comportamento che sia ritenuto inesigibile³⁵.

³²«In particolare, per le scusanti si ritiene che possa negarsi la natura di norme eccezionali ogni qualvolta siano espressione di un principio generale dell'ordinamento, sebbene non manchino opinioni contrarie, secondo cui le "eventuali lacune in materia di scusanti possono essere colmate solo dal legislatore e non dal giudice in via analogica", opinioni che, d'altra parte, non sono condivise da chi sottolinea come la stessa "inesigibilità" sia una causa generale di esclusione della colpevolezza».

³³ Par. 12

³⁴ V. a riguardo nt. 7

³⁵ «Insomma, l'art. 384, comma 1, così come l'art. 199 c.p.p., è volto a tutelare la libertà del singolo componente della "famiglia". Ciò avviene valorizzando il coinvolgimento psicologico dell'agente, dando rilievo alla situazione di conflitto che altera "il procedimento di motivabilità", che coinvolge la sfera della "colpevolezza"».

4. Conclusioni e principio di diritto.

La struttura e la funzione della scusante in esame consente dunque di concludere, ai fini dell'applicazione dell'art. 384 co. 1 cod. pen., per un'assoluta parità delle situazioni in cui possono venirsi a trovare il coniuge e il convivente.

Tuttavia, dall'affermazione della possibilità di un'estensione in via analogica della scusante deriva, per il Supremo Collegio, la necessità che la convivenza risulti in base ad elementi di prova rigorosi³⁶.

Ulteriore nota di merito della pronuncia è proprio aver fatto chiarezza su questo aspetto: si esplicita che la situazione di convivenza potrà essere dimostrata anche dall'imputato attraverso allegazioni da cui risultino elementi specifici che pongano il giudice in condizione di accertarne l'esistenza fermo restando che, per quanto attiene la stabilità della convivenza, la prova di essa può avvenire producendo la dichiarazione anagrafica di cui all'art. 4, e all'art. 13, comma 1, lett. b), del regolamento di cui al D.P.R. 30 maggio 1989, n. 223.

A questo punto, non resta che la formulazione del principio di diritto nei termini che seguono³⁷: «l'art. 384, comma 1, c.p., in quanto causa di esclusione della colpevolezza, è applicabile analogicamente a chi ha commesso uno dei reati ivi indicati per esservi stato costretto dalla necessità di salvare il convivente *more uxorio* da un grave e inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore».

5. Considerazioni personali. In particolare sull'inesigibilità quale impossibilità non "eccezionale".

L'autorevole pronuncia in commento è sicuramente da salutare con favore, nella misura in cui offre un chiaro esempio di come il diritto vivente sia oggi chiamato ad adeguare il diritto vigente alle sopravvenute esigenze di un mondo irrequieto e instabile, tenendo debitamente conto del mutamento della sensibilità sociale e della coscienza etica.

Così, virando rispetto all'orientamento maggioritario, il Supremo Collegio ha manifestato una chiara presa di coscienza circa la storicità e relatività del concetto di famiglia³⁸. Se dunque qualsiasi famiglia rientra (quantomeno) tra le formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo, riconosciute e garantite dall'art. 2, ai fini dell'applicazione di una disciplina di favore deve adottarsene un concetto elastico e dinamico. In altri termini, occorre prendere in considerazione la famiglia rilevante nel caso concreto.

All'autorevole sentenza in oggetto si potrebbe forse obiettare che "prova troppo" l'inferenza per cui il silenzio del legislatore del 2016 sulle coppie di fatto sia unicamente

³⁶ Par. 13

³⁷ Par. 14.

³⁸ V., sull'evoluzione di tale concetto, A. SCHILLACI, *Famiglie e dignità nelle relazioni: una lettura costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 2/2019, p. 17 ss.

attribuibile alla consapevolezza di una pregressa considerazione ordinamentale del fenomeno. Pare infatti arduo presumere la volontà legislativa di astenersi da una regolamentazione *funditus* sul rilievo di una supposta adeguatezza della tutela esistente. Tanto più che sono le stesse Sezioni Unite a precisare come l'assenza di una disciplina organica della materia lascia trasparire evidenti incoerenze del sistema, se non veri e propri "effetti paradossali", soltanto riducibili in via interpretativa. Si tratta tuttavia di un'interpretazione nel complesso giustificabile alla luce dell'invocato quadro valoriale di riferimento.

Il punto focale dell'arresto sembra però un altro. Riprendendo il discorso delle Sezioni Unite, infatti, «l'art. 384 co.1, più che funzionale alla tutela dell'unità familiare appare volto a garantire il singolo componente che si trovi nell'alternativa di porre in essere un reato ovvero di non nuocere a un prossimo congiunto».

Acclarato, nel caso di specie, che il conflitto interiore è identico sia che si tratti di persone coniugate che di conviventi, è giocoforza considerare in entrambi casi *inesigibile* la condotta oggetto della norma penale violata. Ed il Supremo Collegio tenta proprio di restituire dignità al concetto di inesigibilità ritenendolo non soltanto "manifestazione di un principio immanente al sistema penale" ma finanche "principio generale dell'ordinamento", pertanto suscettibile di costituire il fondamento di applicazioni analogiche.

Ora, quella offerta dalle Sezioni Unite, come si evince in un punto della stessa sentenza, non è una ricostruzione pacifica.

È appena il caso di ricordare che la dottrina è invero quasi sempre cauta quando si tratta di argomentare in favore di cause di esclusione della colpevolezza fondate sull'applicazione analogica *in bonam partem* di scusanti legislativamente contemplate. Infatti, anche a voler ammettere che le stesse condividano la medesima *ratio*, per l'analogia sarebbe nondimeno richiesta "una qualche garanzia di certezza", talché la stessa non sia totalmente rimessa all'arbitrio dell'interprete. Per contro, l'inesigibilità sconta l'inconsistenza derivante dalla propria estrema genericità³⁹ e ancor più, probabilmente, la difficile ponderabilità di un'analisi del "foro interiore" in ordine ad un conflitto motivazionale dell'agente. Ne è fatta spesso discendere l'opportunità che le scusanti costituiscano il precipitato di una puntuale *voluntas legis*, posto che le circostanze che suggeriscono "l'opportunità" di scusare l'autore del reato non possono che risultare da precise opzioni di politica criminale, rilevanti in via di eccezione espressa rispetto alle ordinarie regole di imputazione della responsabilità penale⁴⁰.

³⁹ Valga soltanto richiamare alcuni insegnamenti tradizionali e qualificati. B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, Cedam, 1951, p. 144. Cauti a riguardo anche G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità del diritto penale*, Cedam, 1990, spec. pp. 353 ss.

⁴⁰ In questo senso G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2012, p. 374 ss. e G. FORNASARI, *op.cit.*, 352.

Ed è noto pure che tale indirizzo era condiviso dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, da ultimo sul tema della nuova ipotesi di eccesso colposo di legittima difesa⁴¹.

Eppure, le Sezioni Unite, nella pronuncia in esame, trovano proprio nella dimensione costituzionale della colpevolezza la chiave di volta per il superamento della tesi restrittiva, ed è questo un arresto da salutare con sicuro favore.

Ad impossibilia nemo tenetur, si chiarisce in ordine al fondamento della scusante in esame. A ben vedere, l'art. 384 attribuisce rilievo ad un'impossibilità peculiare: quella del soggetto che si trovi a dover scegliere tra la leale collaborazione con l'autorità giudiziaria e il legame affettivo verso il prossimo congiunto. In nessun caso potrà dirsi che l'agente non fosse materialmente in grado, per esempio, di fornire una testimonianza veritiera in danno del familiare; la potestà punitiva subisce una battuta di arresto, invece, a fronte del timore di richiedere al cittadino un sacrificio che trascende le sue forze morali.

Si tratta di una lettura coraggiosa, che trova un appiglio in quell'indirizzo dottrinale che discorre apertamente di "costituzionalizzazione" del principio di inesigibilità, le cui radici si rinvergono nel "principio di umanità" di cui all'art. 27 co. 3. Tale disposizione imporrebbe infatti al legislatore di *valutare attentamente l'eventuale presenza di situazioni in cui il comportamento conforme alla norma, pur non sottraendosi (in misura maggiore o minore) ai poteri naturalistici dell'agente, sia umanamente inesigibile*», vietando l'inflizione di una sanzione ogniqualvolta essa appaia *immeritata e, dunque, ingiusta*⁴².

Non si tratta, in definitiva, di imporre valutazioni soggettivistiche bensì di affermare compiutamente il principio di personalità della responsabilità penale. Pur senza troppo indulgere in letture etiche della colpevolezza, lo stesso, come ha evidenziato la giurisprudenza costituzionale, "esige" appunto che il fatto sia anche *rimproverabile* al suo autore⁴³.

Un'ultima nota. Le Sezioni unite insistono sul fatto che la situazione cui applicare in via analogica la scusante nel caso di specie debba risultare da un rigoroso quadro probatorio.

Non si sarebbe potuto forse pervenire ad una soluzione così attenta alle peculiarità del fatto concreto laddove la questione fosse stata rimessa e poi giudicata dalla Corte costituzionale. Laddove la Consulta avesse infatti, come possibile, accolto la questione, si sarebbe pronunciata con forza di legge, è vero, ma i limiti del suo giudizio

⁴¹ Cass. pen., Sez. III, 19 dicembre 2019, n. 49883 in cui, richiamandosi a diversi precedenti, si è espressamente ritenuta eccezionale ogni ipotesi di non punibilità fondata sull'inesigibilità.

⁴² A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Giuffrè, 1988, p. 1327.

⁴³ Nella famosa pronuncia 1085/1988 si legge infatti che «perché la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile [non soltanto] che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa)», ma anche – quale elemento distinto e ulteriore – «che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati».

difficilmente le avrebbero consentito di tipizzare tutte le circostanze suscettibili di rilevare sul piano effettuale⁴⁴.

⁴⁴ Si tratta di un argomento accuratamente trattato da F. PALAZZO, *Convivente more uxorio e analogia in bonam partem*, cit., per il quale anche se la via della dichiarazione di incostituzionalità avrebbe avuto senz'altro «il vantaggio di mirare ad un risultato dotato di efficacia *erga omnes* [...] nessun contributo di certezza avrebbe comunque potuto recare nella precisazione della nozione e dei requisiti della convivenza *more uxorio* rilevanti ai fini dell'esimente». Inoltre, la Consulta «avrebbe potuto trovarsi un po' impigliata in quei suoi precedenti negativi molto condizionati dall'equivoco di aver considerato l'art. 384 espressione della disciplina e della tutela (penale) della famiglia anziché del principio di colpevolezza». Infine, negando che si sia al cospetto di un'opzione interpretativa che esorbits dalle competenze del giudice comune, l'Autore ritiene l'operazione ermeneutica delle Sezioni Unite «quasi un caso prototipico di esercizio della funzione nomofilattica» posto che «la "fattispecie non prevista" su cui si è esercitata la legittima analogia delle Sezioni Unite non è costituita da un caso particolare, difficilmente ripetibile nella sua identità. Ma, al contrario, è una *species facti* caratterizzata da una sua evidente generalità tipologica destinata a ripetersi sostanzialmente invariata nel suo significato "valoriale" al di là delle possibili forme di manifestazione in concreto».