

Osservazioni sul d.l. 31 ottobre 2022, n. 162

Il Consiglio direttivo dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale manifesta preoccupazione per il ricorso ad un decreto-legge in materia penale, il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, che presenta plurimi, preoccupanti profili di illegittimità costituzionale.

1. Il Consiglio direttivo, anzitutto, ribadisce il contenuto del proprio comunicato del 29 ottobre 2022, nel quale, aderendo ai rilievi del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, aveva espresso le proprie preoccupazioni in ordine alla posposizione dell'entrata in vigore del d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 che ha coinvolto anche le parti sulla riforma del sistema sanzionatorio penale che, non oggetto di peculiari criticità rilevate dalla dottrina e dalla prassi, avrebbe ben potuto entrare in vigore.

2. Gli articoli da 1 a 4 introducono nuove disposizioni in relazione alla disciplina dei reati ostativi. La disciplina nasce dalle sollecitazioni della Corte costituzionale che con le ordinanze nn. 97/2021 e 122/2022 aveva rimesso al Parlamento l'intervento sulla disciplina vigente, della quale aveva evidenziato profili di illegittimità anche alla luce della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Viola c. Italia* del 2019.

Della disciplina di cui al decreto-legge, che riproduce, salvo quanto indicheremo, il testo approvato dalla Camera dei deputati il 31 marzo 2022 (n. 2574), si evidenziano una serie di profili critici che inaspriscono la disciplina dei c.d. reati ostativi in termini che vanno ben al di là delle indicazioni che erano state date dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 97/2021:

a) risulta impropria la previsione di una disciplina estremamente restrittiva in ordine alle condizioni per essere ammessi ai benefici penitenziari e alla liberazione condizionale: sebbene la formulazione dell'art. 4-*bis*, comma 1-*bis* si esprima in termini di "allegazione", da parte dei detenuti o internati per uno dei reati ostativi, l'oggetto dell'allegazione si traduce in una sorta di *probatio diabolica*, in quanto diventa difficile, se non impossibile, addurre «elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo, alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi»;

b) non convince il passaggio da ventisei a trent'anni di pena scontata affinché i condannati alla pena dell'ergastolo possano accedere alla liberazione condizionale: il legislatore fa un passo indietro non solo rispetto alla l. 663/1986, che aveva previsto il limite di ventisei anni, ma anche rispetto all'originaria disciplina, introdotta con l. 25 novembre 1962, n. 1634, che aveva stabilito che l'ergastolano potesse essere ammesso alla liberazione condizionale dopo aver scontato ventotto anni di pena;

c) la nuova disciplina accentua, in termini manifestamente irragionevoli, la disparità di trattamento tra detenuto collaborante e non collaborante: ai sensi dell'art. 16-*nonies* d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, conv. in l. 15 marzo 1991, n. 82 il condannato all'ergastolo collaborante può accedere alla liberazione condizionale dopo l'espiazione di almeno dieci anni di pena; questa disposizione non si estende al condannato alla pena dell'ergastolo non collaborante, ma ammesso ai benefici alle condizioni di cui all'art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, che potrà accedervi solo dopo aver scontato trent'anni di pena. La disciplina predisposta per il detenuto non collaborante appare di difficile compatibilità con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.

d) appare altresì irragionevole l'estensione da cinque a dieci anni della durata della libertà vigilata, applicata a seguito della concessione della liberazione condizionale, perché il periodo di libertà vigilata si aggiunge a una pena da scontare che è stata ulteriormente aumentata a trent'anni. Anche questa disposizione appare in contrasto con gli art. 3 e 27, comma 3 Cost., in quanto fonda una presunzione di pericolosità, la cui irragionevolezza è accentuata dall'estensione temporale della durata della libertà vigilata;

e) risulta parimenti ingiustificata l'estensione del novero dei reati ostativi al di là dei fatti di criminalità organizzata, comune e terroristica:

i) al nuovo comma 1-*bis*.1 dell'art. 4-*bis* ord. penit. sono ricompresi alcuni delitti contro la pubblica amministrazione (in particolare i reati di peculato per appropriazione, concussione, corruzione per l'esercizio della funzione, corruzione propria, corruzione in atti giudiziari, induzione indebita a dare o promettere commessa dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio, istigazione alla corruzione): preoccupa il consolidamento delle scelte fatte con la l. 3/2019, secondo una fuorviante lettura che, nell'individuazione degli strumenti penali, assimila questi reati alla criminalità organizzata; in questi casi, peraltro, l'ulteriore profilo di irragionevolezza deriva dal requisito richiesto per superare l'ostatività, ossia l'allegazione di «elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria e alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo, che consentano di escludere collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, con il contesto nel quale il reato è stato commesso», essendo del tutto generico e ambiguo il riferimento al «contesto nel quale il reato è stato commesso», che aggrava l'onere di allegazione a carico del condannato;

ii) a differenza del testo approvato alla Camera, il decreto-legge introduce una disciplina di ulteriore ampliamento dell'ostatività, estendendo le preclusioni *ex* art. 4-*bis*, comma 1 ord. penit. anche ai «delitti diversi da quelli ivi indicati [delitti ostativi di prima fascia], in relazione ai quali il giudice della cognizione o dell'esecuzione ha accertato che sono stati commessi per eseguire o occultare uno dei reati di cui al medesimo primo periodo ovvero per conseguire o assicurare al condannato o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero l'impunità di detti reati» (art. 4-*bis*, comma 1, ultimo periodo): un qualsiasi reato, quando è presente l'indicato legame teleologico, è attratto, irragionevolmente, nel regime delle preclusioni.

Preoccupa, in sintesi, il fatto che strumenti progettati per contrastare la criminalità organizzata, comune o terroristica, per la quale può essere ragionevole prevedere una disciplina penale più severa, purché in linea con le garanzie costituzionali e sovranazionali, vedano esteso il loro ambito applicativo, senza che vi siano specifiche evidenze empiriche che giustifichino peculiari presunzioni di pericolosità e regimi differenziati.

3. La nuova figura delittuosa introdotta dall'art. 5, d.l. n. 162/2022 appare frutto di una tecnica legislativa davvero approssimativa e lacunosa, e si distingue per indecifrabilità del tipo criminoso e incontrollabilità della sfera di applicazione.

L'enunciato normativo si caratterizza, infatti, sia per la tautologica e circolare descrizione del fatto penalmente rilevante, sia per la peculiare anticipazione dello stadio di tutela insita nella scelta di incentrare il reato sull'invasione commessa *allo scopo* di organizzare un raduno potenzialmente pericoloso.

Rimane imprecisato come e quando si realizzi un pericolo per l'ordine pubblico, per l'incolumità pubblica o per la salute pubblica, referenti di valore che risultano intrinsecamente affetti da irrimediabile vaghezza se non vengono tipizzate le modalità di offesa. A differenza di quanto avviene nell'ambito delle fattispecie di pericolo comune mediante violenza, in cui il legislatore provvede all'indicazione del contesto e dei modi di aggressione all'interesse collettivo, nel caso dell'art. 434-*bis* c.p. ci si limita a evocare suggestivamente oggettività giuridiche suscettibili di essere messe a repentaglio, senza alcuna precisazione in ordine al profilo modale della messa in pericolo.

Per converso, il generico riferimento alla potenziale - o presumibile - pericolosità del raduno per l'ordine pubblico si traduce nell'attribuzione di rilevanza penale a proiezioni offensive indimostrabili e indimostrate: la vaghezza e la latitudine di significato che tale macro-interesse da sempre palesa quale oggetto di tutela penale fa sì che, grazie alle larghe 'maglie' della fattispecie, possano risultare tipici comportamenti solo ipoteticamente o indirettamente pericolosi. L'evanescenza e la comprensività del termine di riferimento del giudizio di pericolosità non consentono, infatti, di attribuire alla - solo apparente - connotazione concreta del pericolo alcuna funzione discrezionale-selettiva, giacché ogni assembramento o riunione cui prendano parte più di 50 persone può risultare *implicitamente pericoloso* per l'ordine pubblico.

Di fatto, quali comportamenti rientrino effettivamente nell'alveo della tipicità sarà il giudice a stabilirlo *ex post* e le forze dell'ordine *hic et nunc*, in rapporto alla gestione di esigenze di sicurezza poste dal caso concreto: una discrezionalità che rischia seriamente di essere declinata nella forma dell'arbitrio. Con buona pace della funzione di orientamento della norma penale, della prevedibilità della decisione giudiziaria, dell'uniformità applicativa e della parità di trattamento.

Gravi le ricadute: l'indefinitezza e l'inafferrabilità delle condotte incriminate potrebbero, infatti, comportare effetti di 'congelamento' di libertà e diritti, il cui esercizio rischierebbe di interferire con l'ampia sfera di operatività della fattispecie, con effetti inibenti e paralizzanti, stigmatizzati a più riprese dalla Corte di Strasburgo con riferimento alla libertà di riunione, sancita all'art. 11 CEDU e all'art. 17 della nostra Costituzione.

A questo riguardo, alla luce della evidenziata sostanziale incapacità selettiva degli elementi di concreta pericolosità, deve segnalarsi una ulteriore criticità - se non un autentico cortocircuito logico - che sembra affliggere la norma, specie con riferimento alla "invasione" di un terreno o edificio "pubblico". Infatti, a differenza di un terreno o edificio privato - dove l'arbitrarietà discende dalla mancanza di consenso del proprietario - l'arbitrarietà di una occupazione di spazi pubblici, di regola liberamente fruibili da ciascuno, viene a dipendere solo dalla assenza di previa autorizzazione amministrativa alla riunione o manifestazione, cosicché il reato - apparentemente centrato sull'"invasione arbitraria" e su diafani elementi di pericolosità - viene di fatto a focalizzarsi solo sulla mancanza di autorizzazione o assenso dell'autorità competente al raduno organizzato: ipotesi, questa, in relazione alla quale in più occasioni la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto contrastare con l'art. 11 CEDU disposizioni penali che prevedano - in particolare - pene detentive, appunto ritenendo che la minaccia di simili sanzioni rappresenti una ingerenza sproporzionata - e non "necessaria in una società democratica" - rispetto al diritto fondamentale sancito all'art. 17 CEDU, giungendo persino a ritenere - in taluni casi - convenzionalmente inammissibile, per i meri partecipanti all'adunanza, qualsiasi sanzione amministrativa in caso di mancato preavviso.

Non si può fare, inoltre, a meno di rilevare come la previsione - quale massimo edittale della pena - della reclusione fino a sei anni comporti il fatto che, durante la vigenza del decreto-legge, possano prodursi effetti limitativi e restrittivi di diritti e libertà individuali che non sono circoscritti alla sola possibilità di effettuare intercettazioni. È la conseguenza di un evidente difetto di proporzionalità e ragionevolezza del trattamento sanzionatorio, cui si aggiunge l'ingiustificata previsione dell'obbligatorietà della confisca delle cose indicate nel comma 4.

La disposizione in esame è destinata a sollevare ulteriori dubbi sotto il profilo della reale necessità politico-criminale, stante la disposizione dell'art. 633 c.p. che prevede già il reato di occupazione abusiva di terreni o edifici e che consente l'adozione di misure cautelari quali il sequestro del terreno o dell'edificio; al comma secondo di tale fattispecie è, del resto, prevista una specifica circostanza aggravante - sanzionata con la pena della reclusione da due a quattro anni - applicabile ove il fatto sia "[...] commesso da più di cinque persone [...]", e alla quale si aggiungono i diversi presidi penali già esistenti applicabili nel caso di peculiari condotte delittuose che possano essere realizzate nel corso dello specifico raduno (basti pensare alle diverse fattispecie di reato previste nel d.pr. n. 309/1990).

Non minori le perplessità, anche in una prospettiva prammatica, che discendono dall'incongruo inserimento di questa fattispecie tra le ipotesi di pericolosità specifica di cui al codice antimafia, legittimando in tal modo persino l'applicazione di misure di prevenzione personali e patrimoniali.

In definitiva, la fattispecie di cui all'art. 434-*bis* c.p. pone seri dubbi di legittimità costituzionale e convenzionale, sotto i diversi profili della determinatezza, della proporzionalità rispetto al diritto di riunione, e della ragionevolezza/proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio.

4 novembre 2022

Il Consiglio direttivo



Prof. Marco Pelissero Presidente

Prof. Giuliano Balbi

Prof. Luigi Foffani

Prof. Alberto Gargani

Prof. Vittorio Manes

Prof. Enrico Mezzetti

Prof.ssa Rosaria Sicurella