

Rivista trimestrale | Gennaio/Marzo 2024

DIREZIONE

Ennio AMODIO - Massimo DONINI - Leonardo FILIPPI - Sergio MOCCIA
- Fermin MORALES PRATS - Tullio PADOVANI - Bartolomeo ROMANO -
Giorgio SPANGHER - Luigi STORTONI - Eugenio Raul ZAFFARONI

IN EVIDENZA

EDITORIALI

Stefano Fiore - **Chiedete e vi sarà 'dato'. Disilluse osservazioni penalistiche a proposito di (in)sicurezza informatica**

ARTICOLI

Andrea Chelo - **Tanto tuonò che piovve: il nuovo sequestro di dispositivi informatici**

Guido Colaiacovo e Giuseppe Della Monica - **L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia. Appunti sul d.d.l. Nordio**

OPINIONI

Leonardo Filippi - **Le S.U. ammettono le prove francesi sui criptofonini acquisite con l'ordine europeo di indagine**
Marco Cecchi e Niccolò Salimbeni - **Mancata impugnazione della condanna pronunciata in abbreviato e sospensione condizionale della pena**

DALLE CORTI

Maria Brucale - **La Consulta riconosce la sessualità in carcere. Una tappa importante del percorso di inveroamento del volto costituzionale della pena**

Direzione

Ennio Amodio - Massimo Donini - Leonardo Filippi - Sergio Moccia - Fermin Morales Prats - Tullio Padovani - Bartolomeo Romano - Giorgio Spangher - Luigi Stortoni - Eugenio Raul Zaffaroni

Comitato scientifico editoriale

Enrico Mario Ambrosetti - Giuliano Balbi - Roberto Bartoli - Carlo Bonzano - Stefano Canestrari - Donato Castronuovo - Elena Maria Catalano - Mauro Catenacci - Antonio Cavaliere - Giovanni Cocco - Carlotta Conti - Cristiano Cupelli - Giovannangelo De Francesco - Pierpaolo Dell'anno - Giovanni Flora - Gabriele Fornasari - Marco Gambardella - Alberto Gargani - Dario Grosso - Luigi Kalb - Carlo Longobardo - Adelmo Manna - Antonella Marandola - Maria Riccarda Marchetti - Anna Maria Maureri - Carlo Enrico Paliero - Marco Pelissero - Lucia Riscato - Francesco Schiaffo - Sergio Seminara - Silvia Tordini Cagli - Francesco Vergine - Costantino Visconti

Comitato scientifico (revisori)

Tutti i contributi sono sottoposti in forma anonima a peer review. La peer review, c.d. revisione paritaria, è finalizzata a garantire il livello qualitativo della Rivista.

I contributi pervenuti per la pubblicazione nella Rivista vengono trasmessi, in forma anonima, a un revisore scelto tra i membri del Comitato dei Revisori tenendo conto delle loro competenze specifiche. Il Revisore trasmette alla Direzione Scientifica, nel rispetto dei tempi indicati, una succinta valutazione, adeguatamente motivata, del lavoro indicando la meritevolezza di pubblicazione. Qualora il giudizio sia di meritevolezza della pubblicazione, il Revisore può indicare, in prospettiva migliorativa, ulteriori interventi. Sono oggetto di revisione i contributi destinati alle rubriche, agli approfondimenti, agli articoli e alle note a sentenza, nonché sotto le voci "Commenti" e "Dalle Corti" contenute nella Rivista web, inoltre sono soggetti a revisione tutti i contributi inseriti nella Rivista a stampa.

La documentazione relativa alla procedura di revisione svolta per ciascun contributo è conservata dal coordinamento di redazione.

Il comitato dei revisori della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Ali Abukar Hayo - Giuseppe Amarelli - Alessandro Bondi - Sergio Bonini - Pasquale Bronzo - Mario Caterini - Andrea Chelo - Luigi Cornacchia - Francesca Curi - Agostino De Caro - Giuseppe Della Monica - Giulio De Simone - Alessandro Diddi - Andrea Di Landro - Alberto Di Martino - Paolo Ferrua - Roberto Flor - Luigi Foffani - Rossella Fonti - Francesco Forzati - Emanuela Fronza - Gianluca Gentile - Filippo Giunchedi - Clelia Iasevoli - Luigi Ludovici - Beatrice Magro - Gabriele Marra - Valentina Masarone - Luca Mario Masera - Antonella Massaro - Maria Novella Masullo - Alessandro Melchionda - Vincenzo Mongillo - Davide Petrini - Gianrico Ranaldi - Ivan Salvadori - Silvio Sau - Nicola Selvaggi - Antonino Sessa - Fabrizio Siracusano - Carlo Sotis - Kolis Summerer - Vico Valentini - Antonio Vallini - Francesco Viganò

Comitato di redazione

Il *comitato editoriale* della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Ersi Bozheku - Guido Colaiacovo - Fabrizio Galluzzo - Luana Granozio - Ottavia Murro - Angelo Zampaglione

Il *comitato di redazione* della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Bruno Ando' - Fabio Ballarini - Iacopo Benevieri - Andrea Borgheresi - Gian Marco Caletti - Diamante Ceci - Annamaria Ciamarra - Donatello Cimadomo - Francesco Compagna - Irma Conti - Sylva D'ama-to - Francesco Marco De Martino - Laura Dipaola - Carlo Landolfi - Nicola Madia - Gaetano Galluccio Mezio - Matteo Mattheudakis - Giuseppe Murone - Antonio Nappi - Giuseppe Palmieri - Francesco Porcu - Francesca Rocchi - Mattia Romano - Dalila Mara Schiro' - Leonardo Suraci - Francesca Tribisonna

Segreteria di redazione: Gloria Giacomelli

ggiacomelli@pacinieditore.it

Phone +39 050 31 30 243 - Fax +39 050 31 30 300

Amministrazione:

Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Pisa

Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300

www.pacinieditore.it • abbonamenti_giuridica@pacinieditore.it

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

In corso di registrazione presso il Tribunale di Pisa

Direttore responsabile: Patrizia Alma Pacini

Editoriali

STEFANO FIORE, *Chiedete e vi sarà 'dato'. Disilluse osservazioni penalistiche a proposito di (in)sicurezza informatica* p. 3

Articoli

ANGELO ZAMPAGLIONE, *Alcune rilevanti innovazioni del D.lgs. n. 150 del 2022 sull'imputato, sulla parte civile e sulla persona offesa* » 7

ANDREA CHELO, *Tanto tuonò che piovve: il nuovo sequestro di dispositivi informatici* » 29

GIULIA FIORUCCI, *La vicenda dei criptofonini: le questioni aperte in attesa dell'imminente intervento delle Sezioni Unite* » 47

GUIDO COLAIACOVO e GIUSEPPE DELLA MONICA, *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia. Appunti sul d.d.l. Nordio* » 61

MASSIMILIANO RAVENNA, *L'omicidio (tentato?) Del delitto di abuso d'ufficio* » 73

Opinioni

LEONARDO FILIPPI, *Le S.U. ammettono le prove francesi sui criptofonini acquisite con l'ordine europeo di indagine* » 95

MARCO CECCHI e NICCOLÒ SALIMBENI, *Mancata impugnazione della condanna pronunciata in abbreviato e sospensione condizionale della pena* » 101

GIUSEPPE MURONE, *Mafia e mafie, prevenzione e contrasto: il sogno e la realtà* » 109

Dalle corti

OTTAVIA MURRO, *Osservatorio Corte Costituzionale* » 115

GUIDO COLAIACOVO, *Osservatorio Sezioni Unite* » 119

ILARIA PICCOLO, *La confisca tributaria di valore tra diritto intertemporale e prescrizione: una "questione di principio... di legalità"* » 129

MARIA BRUCALE, *La Consulta riconosce la sessualità in carcere. Una tappa importante del percorso di inveramento del volto costituzionale della pena* » 151

LARA VECCHIONI, *Il concorso apparente di norme: un possibile revirement dei criteri sostanziali?* » 161

ETTORE COLELLI RIANO, *Illegittimo subordinare la sospensione condizionale della pena all'obbligo delle restituzioni in assenza di costituzione di parte civile* » 175

Pagine senza tempo

ERVIN RUPNIK, *In dubio pro deo. Il fenomeno dell'ordalia dal diritto romano al diritto germanico* » 183

Chiedete e vi sarà 'dato'. Disilluse osservazioni penalistiche a proposito di (in)sicurezza informatica

Stefano Fiore*

Non abbiamo elementi per stabilire se l'indagine della Procura di Perugia, mediaticamente presentata, in maniera probabilmente impropria, come avente ad oggetto una presunta attività di dossieraggio, ha davvero scoperto, per usare le parole del Procuratore Cantone, un 'verminaio'. Ma anche indipendentemente da quelli che saranno gli esiti del procedimento penale, gli scenari che si schiudono alla nostra vista sono fonte di inquietudine e non pochi, né di poco momento sono gli interrogativi che li accompagnano.

Anche se i contorni della vicenda restano allo stato abbastanza fumosi, dalle notizie disponibili è infatti emersa quella che si presume essere stata una vasta e sistematica violazione di numerose banche dati in uso alla Procura Nazionale Antimafia, mediante accessi abusivi ai sistemi informatici al fine di ottenere notizie riservate o comunque personali relative a politici, imprenditori, sportivi.

Pur non essendo ancora chiaro in vista di quale o quali finalità sia avvenuta la raccolta abusiva dei dati, è comunque ovvio che la vulnerabilità dei sistemi organizzati di archiviazione delle informazioni in uso all'autorità giudiziaria e agli organi investigativi per ragioni connesse all'esercizio delle loro funzioni, è una circostanza che suscita preoccupazione e giustificato allarme.

Il modo in cui l'enorme mole di dati che riguarda tutti noi viene raccolta, gestita e utilizzata rappresenta infatti da tempo una delle variabili dalle quali nella società contemporanea dipende la sorte 'reale' dei diritti individuali e dunque la futura qualità dei sistemi democratici.

Nell'ambito della più vasta rivoluzione digitale in atto, nel 'potere dei dati' è riconoscibile una spiccata e ormai sperimentata attitudine a ridefinire il rapporto tra tecnica e democrazia. La conferma possiamo trarla guardando a quel che già avviene nei sistemi non democratici, dove è non solo inequivoco, ma si potrebbe dire 'palese' quale sia l'enorme ruolo che le basi di dati svolgono nella gestione autoritaria delle funzioni di controllo sociale.

* Professore Ordinario di Diritto Penale presso l'Università degli Studi del Molise.

Inoltre, la circostanza che, sempre sulla base di ciò che è stato reso noto, alcune delle notizie riservate illecitamente raccolte sarebbero state veicolate ad organi di informazione, andando a costituire materiale per inchieste giornalistiche, determina il coinvolgimento in questa già complessa vicenda dei delicati equilibri che, sempre negli ordinamenti democratici, derivano dalla necessità di garantire e tutelare la libertà di stampa.

Per l'insieme delle accennate ragioni, appare quindi comprensibile che l'indagine abbia suscitato un particolare clamore, alimentato anche dalla non usuale decisione del Procuratore della Repubblica di Perugia e del Procuratore Nazionale Antimafia di farsi audire dalla Commissione parlamentare antimafia e dal Copasir, per riferire su quanto sinora accertato. Proprio questo clamore, che invero si va lentamente spegnendo, ha favorito tuttavia anche il diffondersi di imprecisioni ed equivoci, offrendo facile occasione, dato il contesto e i protagonisti, anche per strumentalizzazioni immediatamente trasferite sul terreno del confronto politico.

Sono dunque numerosi, intrecciati e complessi i piani sui quali sarebbe possibile collocarsi per analizzare ed eventualmente commentare quanto sta avvenendo. Su molti di questi piani le questioni che si rinvengono sono ovviamente anche di diretto interesse per il penalista e non si limitano a quelle immediatamente collegate alle investigazioni in corso, che definiscono, allo stato, la cornice cognitiva (e comunicativa) entro la quale la vicenda risulta iscritta.

Il non formale richiamo alla necessità di un rigoroso rispetto della presunzione di non colpevolezza, esclude tuttavia che in questa sede, come auspicabilmente anche in altre, si possa svolgere qualsiasi considerazione di merito che prescindenda dalla doverosa attesa degli esiti definitivi degli accertamenti processuali.

Le brevissime considerazioni che intendo svolgere si limitano pertanto ad assumere i fatti sui quali si sta indagando solo come spunto - invero di particolare rilievo come subito si dirà - per riflettere, ancora una volta, sul ruolo del diritto penale e soprattutto sul modo in cui il suo uso, attuale o futuro, viene percepito e come tale percezione venga trasferita in particolare nella comunicazione e anche nella concreta azione politica.

Non è dato sapere se la dimensione e la gravità dei fatti oggetto indagine saranno ridimensionate ed eventualmente in che misura oppure se, al contrario, il quadro finale sarà di gravità estrema, con implicazioni ad oggi ancora non note, ma in entrambi i casi dal punto di vista penalistico non cambierebbe moltissimo. Al netto della possibilità che emergano ulteriori profili di rilevanza penale (ad esempio corruzione o altro) la incommensurabile distanza tra la enorme complessità del fenomeno e le modeste possibilità di intervento degli strumenti penali, costretti a ritagliare, con fatica, minuscole 'figurine' da un gigantesco affresco, apparirà in tutta la sua impietosa evidenza.

L'indagine della Procura perugina ruota, infatti, attorno a condotte astrattamente riconducibili al delitto di accesso abusivo a sistemi informatici (art. 615 *ter* c.p.), fattispecie che necessita senz'altro di un'accurata revisione e

che nella versione attuale copre uno spettro di fatti molto vario, prevedendo (anche per questo motivo) sanzioni di misura non particolarmente elevata. Per il resto si lavora con i vecchi arnesi del falso e, addirittura, con la 'morbonda' ipotesi di cui all'art. 323 c.p.

Questo banale rilievo dovrebbe suggerirci qualcosa che, nonostante sia manifesto, vale forse la pena, ancora una volta, esplicitare: la circostanza che determinati fatti abbiano o possano assumere (eventuale) rilevanza penale non consente 'di per sé' di identificare e soprattutto di esaurire il loro significato nella dimensione penalistica, affidando quindi agli strumenti del diritto criminale il compito di trovare le soluzioni.

Si è sopra accennato alla eccezionale complessità dell'orizzonte entro il quale si iscrive la fondamentale questione della sicurezza dei 'dati', in considerazione del ruolo che essi svolgono nel (ri)definire modelli sociali, assetti economici e addirittura geopolitici.

Rispetto alla portata di tali questioni, il massimo che si può chiedere al sistema penale è di provare a migliorare le *performances* descrittive di alcune fattispecie incriminatrici e adeguare alcuni dei suoi strumenti processuali.

Come spesso accade, una singola vicenda, in ragione delle sue peculiarità o del momento storico nel quale si colloca, dando visibilità ad un problema (evidentemente già esistente) mette in moto, non sempre in maniera ordinata, meccanismi legislativi di riforma/adeguamento delle discipline di settore.

Questo riflesso condizionato è immediatamente scattato anche a seguito dall'*input* fornito dalla confusa *spy story* dalle quale queste osservazioni traggono spunto.

Posti di fronte alle manifeste carenze delle misure di *cybersecurity* in settori cruciali, i decisori politici avevano a disposizione una ennesima e ottima occasione per testare la loro capacità e ancor prima la loro volontà di resistere, in tempi di imperante panpenalismo, alla tentazione di affidarsi alla facile reazione istintiva di una risposta a forte o prevalente connotazione penale.

Orbene, il test non sembra essere stato superato neppure questa volta.

In sostanziale coincidenza temporale con la esplosione mediatica di una indagine la cui esistenza era in realtà nota da diversi mesi, il Governo ha presentato alla Camera un DDL (Atto Camera N. 1717 - Presentato il 16 febbraio 2024¹), contenente «Disposizioni *in materia di rafforzamento della cybersicurezza nazionale e di reati informatici*».

Il provvedimento contiene innanzitutto (e ci mancherebbe altro!) una serie di misure destinate al «rafforzamento della cybersicurezza nazionale, resilienza delle pubbliche amministrazioni, personale e funzionamento dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale, nonché di contratti pubblici di beni e servizi informatici impiegati in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici».

¹ Il DDL è reperibile al link <https://www.camera.it/leg19/126?tab=&leg=19&idDocumento=1717&sede=&tipo=>.

Tali misure sono destinate, nelle intenzioni del legislatore, a «sviluppare capacità nazionali di prevenzione, monitoraggio, rilevamento, analisi e risposta, per prevenire e gestire gli incidenti di sicurezza informatica e gli attacchi informatici».

È impossibile dire, tra l'altro senza analizzarle, quale potrà essere, se e quando le relative disposizioni verranno approvate, il contributo che le misure proposte sono in grado di offrire ad un effettivo miglioramento della *cybersecurity* nazionale. L'impressione però è che il legislatore abbia ceduto anche in questo caso al ricorrente vizio di privilegiare un approccio di tipo 'procedurale', ma in attesa di vedere il modello in funzione (se mai ciò accadrà), il giudizio non può che essere sospeso.

Quel che invece è certo è che il Capo II del citato DDL prevede un corposo intervento di riforma dei reati informatici, strutturato secondo il consueto e consueto schema dell'inasprimento sanzionatorio, realizzato direttamente operando sulla misura delle pene o attraverso meccanismi di blindatura delle circostanze, il cui novero è stato peraltro ulteriormente incrementato. Non manca poi la proposta di introdurre, assecondando una sorta di ossessione casistica a tinte fortemente simboliche, nuove ipotesi di reato che specializzano figure già esistenti e tra le quali si segnala una inedita figura di 'estorsione informatica', la cui pena massima, per le ipotesi aggravate, arriva fino a ventidue anni di reclusione.

Altrettanto immancabile, secondo il collaudato schema adottato in gran parte della recente legislazione penale è poi anche la parallela attivazione di alcuni tratti processuali a doppio binario sui quali instradare in futuro anche i reati informatici.

Senza dimenticare, infine, che la chiusura del DDL resta affidata, come sempre, ad una clausola di invarianza finanziaria, pur essendo di tutta evidenza che mai come in questo caso sarebbe necessario investire cospicue risorse per i necessari aggiornamenti tecnologici, il reclutamento di adeguate competenze e la formazione del personale.

La necessità che il nostro ordinamento, anche penale, sia più pronto e, per così dire, anche più preciso, nell'adeguarsi ai nuovi paradigmi di realtà indotti e anzi imposti dalla rivoluzione digitale è cosa fuor di dubbio. Quando il cammino parlamentare di questo disegno di legge sarà concluso (se sarà concluso), ci sarà tempo e modo di analizzare le singole modifiche e novità, nella forma definitiva che avranno assunto e magari potremo anche apprezzare alcune scelte come opportune e condivisibili. Ma evidentemente non è questo il punto.

Il metodo che ha prodotto le scelte poi tradotte nelle proposte contenute nel DDL, ci fornisce infatti la conferma, non necessaria né richiesta ma certamente preoccupante, che anche di fronte a temi così essenziali, alla fatica richiesta dalla riprogettazione dei modelli, si preferisce la pigra opzione che si limita a reiterare l'illusione o, peggio, l'inganno affidato alle inesistenti virtù taumaturgiche degli 'amuleti penalistici' con i quali si adornano i provvedimenti legislativi.

Alcune rilevanti innovazioni del D.lgs. n. 150 del 2022 sull'imputato, sulla parte civile e sulla persona offesa

Angelo Zampaglione*

Sommario: **1.** Finalità perseguite dalla riforma Cartabia e tema di indagine. – **2.** Soggetti processuali e parti processuali. – **3.** L'imputato: l'assunzione della veste di imputato (art. 60). – **4.** La parte civile: "formalità" (art. 78) e "termini" (art. 79) per la costituzione. – **5.** La persona offesa dal reato: diritti e facoltà (art. 90). – **5.1.** Informazioni alla persona offesa (art. 90 *bis*). **5.2.** Informazioni alla vittima (art. 90 *bis*.1). – **6.** La fragile tenuta del tradizionale assetto triadico del processo accusatorio.

ABSTRACT

L'autore analizza alcune modifiche apportate dal D.lgs. n. 150 del 2022 al Libro I del codice di procedura penale inerenti all'imputato, alla parte civile e alla persona offesa.

The author analyzes some changes made by d.lgs. n. 150 of 2022 to book I of the criminal procedure code relating to the defendant, the plaintiff and the injured person.

1. Finalità perseguite dalla riforma Cartabia e tema di indagine.

La giurisdizione penale vive "da anni" una grave crisi di efficienza, effettività e autorevolezza, aggravata, peraltro, da una conseguenziale, quanto prevedibile, crisi di fiducia dei cittadini nel sistema di giustizia e dello Stato di diritto¹.

* Ricercatore in diritto processuale penale presso l'Università di Cassino e del Lazio Meridionale.

¹ A spingere verso esigenze di riforma anche la presa di consapevolezza dell'arretramento competitivo dei livelli di servizio italiani rispetto ai sistemi giudiziari di altri Paesi.

Da tempo ormai si discute delle carenze organizzative (scarsità delle risorse umane, strumentali e finanziarie, incompiuta digitalizzazione e informatizzazione, scadente logistica); della diffusa inadeguatezza della gestione degli uffici e della imprevedibilità delle decisioni; della lentezza delle procedure, delle notevoli pendenze e dell'arretrato accumulato².

E, ancora una volta, l'obiettivo principale del progetto riformatore del sistema di giustizia ruota attorno alla esigenza di fronteggiare alcune di queste disfunzioni³ che hanno inciso – ed incidono sempre più – negativamente sul valore costituzionale della ragionevole durata del processo⁴. L'eccessiva durata reca un chiaro pregiudizio alle garanzie personali dell'imputato e della vittima, all'interesse generale all'accertamento dei fatti, all'ordinato sviluppo dell'economia, della finanza e del mercato.

Alla base della recente riforma anche un bilanciamento di interessi: da una parte, le esigenze di efficienza ed effettività del processo e, dall'altra, le prerogative e le garanzie dell'"imputato" e della "vittima". Un siffatto bilan-

² Per una più accurata analisi del profilo in questione, si rinvia a G. CANZIO, *Il modello "Cartabia": una riforma di sistema tra rito e organizzazione*, in *Riforma Cartabia: indagini preliminari e processo penale, I libri di Guida al Diritto*, 2023, 7 ss. Per una visione d'insieme si consigliano i recentissimi volumi: AA.VV., *"Riforma Cartabia" e rito penale. La legge delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di A. MARANDOLA, Milano, 2022, 1 ss.; AA.VV., *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. CASTRONUOVO-M. DONINI-E.M. MANCUSO-G. VARRASO, Padova, 2023, 1 ss.

³ Gli obiettivi che la l. n. 134 del 2021 intende perseguire, chiari sin dalla intitolazione della legge stessa, sono la ragionevole durata del procedimento e il decongestionamento dell'ormai straripante carico giudiziario. Numerose novelle abbattutesi, senza soluzione di continuità, sull'ordito codicistico, in circa un trentennio, hanno sortito effetti assai poco incoraggianti su questo terreno: basti pensare alla l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. Riforma Orlando), parimenti tesa a garantire la deflazione e il recupero del processo a una durata ragionevole.

⁴ Sulla delicata problematica si rinvia, *ex multis*, a M. CHIAVARIO, «*Cultura italiana*» del processo penale e Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo: frammenti di appunti e spunti per una "microstoria", in *Riv. Internaz. Dir. Uomo*, 1990, 433 ss.; G. CONSO, *Costituzione e processo penale: dodici anni di pagine sparse (1956-1968)*, Milano, 1969, 39 ss.; In tal senso, G. CORETTI, *La ragionevole durata delle indagini alla luce della riforma Cartabia: nihil sub (italico) sole novum*, in *Arch. Pen.*, n. 2, 2022; V. FANCHIOTTI, *La durata del processo tra l'inidoneità degli strumenti interni e la prospettiva europea*, in *Dir. Pen. Cont.*, 7 febbraio 2012; D. VICOLI, *La ragionevole durata delle indagini*, Torino, 2012, 35 ss.; C. MARINELLI, *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, Torino, 2016, 3 ss. Sui lunghi tempi del processo, poi, è d'obbligo ricordare che la Corte di Strasburgo, fin dal 1999, ha riconosciuto che in Italia esiste una prassi incompatibile con la Convenzione in materia di ragionevole durata dei processi. Si legge in Corte EDU, Grande Camera, 28 luglio 1999, ric. n. 34884/97, Bottazzi c. Italia, § 22, «The Court next draws attention to the fact that since 25 June 1987, the date of the Capuano v. Italy judgment (Series A no. 119), it has already delivered 65 judgments in which it has found violations of Article 6 § 1 in proceedings exceeding a "reasonable time" in the civil courts of the various regions of Italy. Similarly, under former Articles 31 and 32 of the Convention, more than 1,400 reports of the Commission resulted in resolutions by the Committee of Ministers finding Italy in breach of Article 6 for the same reason. The frequency with which violations are found shows that there is an accumulation of identical breaches which are sufficiently numerous to amount not merely to isolated incidents. Such breaches reflect a continuing situation that has not yet been remedied and in respect of which litigants have no domestic remedy».

ciamento si pone come un vero e proprio “atto dovuto”, essendo innegabile che qualsiasi tentativo di ridurre i tempi del processo non possa implicare il sacrificio delle garanzie (soprattutto quelle difensive), neanche in nome della ragionevole durata.

Il processo penale, infatti, non persegue esclusivamente l’obiettivo, tipicamente giurisdizionale, di attuare la legge penale nel caso concreto ma riveste una ben più alta funzione politico-assiologica di tutela di tutti i valori e gli interessi in gioco, a partire dai diritti fondamentali dell’imputato⁵.

Premesso che numerosi sono gli interventi della riforma Cartabia aventi un significativo impatto sull’imputato, sulla parte civile e sulla persona offesa, in questa sede verranno analizzati esclusivamente quelli che hanno interessato il Libro I del codice di procedura penale (artt. 60, 78, 79, 90, 90 *bis*, e 90 *bis*.1).

2. Soggetti processuali e parti processuali.

Valore centrale nella trattazione delle citate norme, assume la distinzione che intercorre tra i “soggetti” e le “parti” processuali: il concetto di parte è strettamente connesso a quello di azione, tanto sul versante attivo quanto su quello passivo⁶. Le parti, dunque, sono i soggetti che esercitano o che subiscono l’azione penale e l’azione civile (esercitata in sede penale). Ne discende che le parti compaiono nella fase strettamente “processuale”, ossia in coincidenza con l’esercizio dell’azione penale o dell’azione civile.

Sul punto, è stato ben rilevato come l’immagine della “parte”, nella sua espressione autentica, venga a delinarsi soltanto nel contesto di una situa-

⁵ In quest’ottica, il processo penale può essere descritto come la disciplina dei limiti imposti dalla legge (processuale) al potere statale nell’amministrazione della giustizia penale per garantire il rispetto di diritti pari o addirittura superiori al valore rappresentato dall’accertamento delle responsabilità e dalla conseguente punizione dei colpevoli. Con ciò non si vuole negare che il processo venga celebrato allo scopo di ricostruire il fatto-reato e di accertare, tanto in positivo quanto in negativo, l’eventuale responsabilità penale dell’imputato; si vuole solo sottolineare come il processo abbia in sé una connotazione ulteriore rappresentata dalla finalità di assicurare la tutela di interessi e diritti che potenzialmente entrano in conflitto con l’obiettivo della concreta repressione dei reati. La finalità cognitiva e l’accertamento delle responsabilità devono dunque essere temperati alla garanzia dei diritti fondamentali, in primo luogo, dell’imputato che direttamente e personalmente subisce la pretesa punitiva dello Stato. In tal senso O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in *Procedura Penale*, VII Ed., Torino, 2021, 53 ss.

⁶ Sono titolari di situazioni giuridiche soggettive che acquistano rilevanza con il sorgere del procedimento: 1) il “giudice” che ha il dovere di pronunciare una decisione; 2) il “pubblico ministero” e la “polizia giudiziaria” che hanno il dovere di svolgere, secondo le rispettive attribuzioni, le attività necessarie al fine di promuovere la pronuncia di una decisione del giudice; 3) l’“imputato” (visto anche nella prodromica figura di persona sottoposta alle indagini) ed il “civilmente obbligato per la pena pecuniaria” che hanno diritto di intervenire ed interloquire nella prospettiva di difendersi; 4) la “persona offesa dal reato” che ha il potere di intervenire in relazione alle attività poste in essere dal pubblico ministero; 5) la “parte civile” e il “responsabile civile” che hanno il diritto, rispettivamente, di avanzare e di contrastare le pretese di natura civilistica dirette ad ottenere una decisione giudiziale in materia di obbligazioni risarcitorie nascenti dal reato.

zione contrassegnata dalla presenza attuale del soggetto avanti al quale sia possibile formulare la richiesta di una decisione giurisdizionale – ossia del giudice – e quindi dall'essere già in sede giurisdizionale, ossia nell'ambito del processo in senso proprio⁷.

Ciò implica che nella fase precedente, dunque nel corso delle indagini preliminari, tanto il pubblico ministero quanto la persona sottoposta alle indagini (figura prodromica rispetto all'imputato) non agiscono ancora nella veste di "parti" nel significato tecnico del termine. Tuttavia, poiché in tale fase essi svolgono pur sempre un'attività finalizzata alla raccolta degli elementi necessari per suffragare, poi, le proprie domande davanti al giudice, assistiti da poteri e da facoltà concessi per consentire l'espletamento di quest'attività, va loro riconosciuto un ruolo che può essere definito di "parti potenziali": "parti potenziali" per il processo in vista dell'assunzione della qualità di "parti effettive" nel processo.

È possibile annoverare tra le "parti" sicuramente la "parte civile" a cui vengono accordati mezzi giuridici processuali per sollecitare una decisione giurisdizionale che realizzi una pretesa di restituzione e di risarcimento del danno derivante dal reato.

Sfugge, invece, alla qualifica di parte la "persona offesa". Dalla relazione al progetto preliminare al codice traspare come a tale soggetto sia consentito soltanto di apportare "mediante forme di adesione all'attività del pubblico ministero ovvero di controllo su di essa, una sorta di contributo all'esercizio e al proseguimento dell'azione" promossa dallo stesso pubblico ministero. Tuttavia, non può sottacersi come, anche grazie alla valorizzazione di orizzonti di tutela di carattere sovranazionale (in particolare la direttiva 2012/29/UE)⁸, lo statuto della persona offesa si sia significativamente arricchito di garanzie e di spazi di tutela, pur mantenendosi la sua estraneità al novero delle parti processuali.

⁷ Così, G. TRANCHINA-G. DI CHIARA, *Le "persone" nella struttura del processo penale*, in *Diritto processuale penale*, a cura di SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ, Milano, 2018, 30.

⁸ Si tratta della direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione della vittima di reato. Per una visione d'insieme sul ruolo della vittima nel sistema di giustizia penale europeo cfr., in una vastissima letteratura, C. AMALFITANO, *L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato*, in *Dir. un. eur.*, 2011, 643 ss.; E.M. CATALANO, *La tutela della vittima nella Direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 1791 ss.; E.N. LA ROCCA, *La tutela della vittima*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di CHINNICI-GAITO, Milano, 2018, 145; L. LUPÁRIA, *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Milanofiori Assago, 2015; *Id.*, *L'Europa e una certa idea di vittima (ovvero come una direttiva può mettere in discussione il nostro modello processuale)*, in *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, a cura di Mastroianni, Savy, Napoli, 2013, p. 91 ss.; G. RANALDI, *Parte civile e processo de societate: profili di un'esclusione ragionevole*, in *Arch. Pen.*, 2013, 459 ss.; D. SAVY, *La vittima dei reati nell'Unione europea - le esigenze di tutela dei diritti fondamentali e la complementarietà della disciplina penale e civile*, Milano, 2013.

3. L'imputato: l'assunzione della veste di imputato (art. 60).

Imputato è uno *status*, o meglio è una qualifica, che viene ad assumere il soggetto a cui viene ascritto il reato nell'atto di imputazione con cui il pubblico ministero esercita l'azione penale⁹. Vi è, dunque, un legame inscindibile tra l'assunzione della veste di imputato, l'esercizio dell'azione penale e la formulazione dell'imputazione.

Alla distinzione tra procedimento (in senso stretto) e processo, infatti, corrisponde quella tra indagato e imputato, ovverosia tra la persona nei cui confronti vengono svolte le indagini e il soggetto a carico del quale viene formulata l'imputazione. La dicotomia indagato-imputato però non assume particolare rilevanza sotto il profilo dei diritti fondamentali, essendo questi indistintamente riconosciuti al soggetto nei confronti del quale si procede. Non a caso, il primo comma dell'art. 61 c.p.p. estende alla persona sottoposta alle indagini i diritti e le garanzie dell'imputato¹⁰ e tale equiparazione opera anche negli aspetti pregiudizievoli¹¹.

Nel corso della fase investigativa, le regole dell'accertamento sono chiare: da un lato, il pubblico ministero, affinché possa realizzarsi il passaggio di veste da "indagato" ad "imputato", deve rendere concreto e consistente l'impianto accusatorio attraverso la raccolta di tutti quegli elementi di prova a carico del soggetto passivo dell'accertamento (onere della prova è a carico della parte pubblica)¹² e, dall'altro, in sintonia con i caratteri propri di

⁹ Il participio «imputato» potrebbe indurre a pensare ad una posizione passiva, quella di chi subisce l'imputazione, mentre il termine difesa sicuramente rende meglio l'idea della contrapposizione all'accusa sostenuta dal pubblico ministero. Nei sistemi genuinamente *adversary*, come quello statunitense, infatti, non si usa il termine imputato, bensì *defendant* per meglio identificare il soggetto chiamato a difendersi. La figura dell'imputato è dunque inscindibilmente connessa ai diritti fondamentali che in ragione del suo *status* gli sono riconosciuti, primo fra tutti il diritto di difesa (si veda, O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in *Procedura Penale*, VII Ed., Torino, 2021, 125).

¹⁰ In realtà, la portata della equiparazione è meno ampia di quanto lasci intendere il dato testuale, non essendo possibile una completa equiparazione tra imputato e indagato in quanto gli strumenti difensivi devono necessariamente essere rapportati ai diversi caratteri, soprattutto in punto di regime di utilizzabilità e conoscibilità degli atti (per ulteriori spunti sulla osservazione, si rinvia a R. KOSTORIS, *Sub art. 61 c.p.p.*, in *Comm. Chiavario*, I, 310).

¹¹ Il capoverso della citata norma, infatti, estende all'indagato "ogni altra disposizione relativa all'imputato, salvo che sia diversamente stabilito". Ne consegue, per esempio, che le misure cautelari, previste per l'imputato, possono essere applicate all'indagato purché naturalmente, siano presenti i requisiti necessari per emanare il relativo provvedimento.

¹² Nell'espletamento della delicata funzione inquirente, assume una certa importanza l'art. 358 c.p.p. in forza del quale «il pubblico ministero [...] svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini», così restando delineati i contorni di una sorta di parte imparziale (per usare la terminologia classica) che ha il dovere di indagare non soltanto sui fatti a sostegno dell'esercizio dell'azione penale, ma su tutto ciò che attiene alla vicenda storica, quindi anche sulle circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini. E questo non è un enunciato puramente enfatico: il pubblico ministero ha l'obbligo istituzionale di individuare tutto quanto concerne i reati ed i responsabili (le indagini possono essere considerate adeguate

un sistema processuale a vocazione accusatoria, le attività investigative non possono mai mortificare i diritti individuali o, ancor peggio, violare le norme poste a presidio della genuinità del risultato dell'accertamento¹³.

Ciò posto, il primo comma dell'art. 60 c.p.p. stabilisce che assume la qualità di imputato la persona alla quale è attribuito il reato nella richiesta di rinvio a giudizio, di giudizio immediato, di decreto penale di condanna, di applicazione della pena a norma dell'articolo 447, comma 1, nel decreto di citazione diretta a giudizio e nel giudizio direttissimo.

L'elencazione degli atti fornita dalla norma non è per nulla esaustiva, potendosi assumere la qualità di imputato anche con la formulazione "coatta" dell'imputazione di cui all'art. 409, comma 5, e con la contestazione - in forma derogatoria, analogamente al caso della contestazione orale in udienza nel giudizio direttissimo ex art. 449, commi 1 e 3, alla regola della contestazione dell'imputazione in forma scritta - del reato connesso o del fatto nuovo in udienza preliminare ex art. 423, commi 1 e 2, o in dibattimento ex art. 517, comma 1, e 518, comma 2, nonché in sede di giudizio abbreviato ex artt. 438, comma 5 e 441, comma 5¹⁴.

Nel processo davanti al giudice di pace, lo *status* di imputato consegue, ai sensi dell'art. 3, D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, alla *vocatio in iudicium*, con l'attribuzione del reato nella citazione a giudizio disposta dal pubblico ministero¹⁵ oppure con il decreto di convocazione delle parti emesso dal giudice di pace a seguito del ricorso della persona offesa¹⁶.

solo se e quando siano condotte in modo da risultare orientate al fine di acquisire, oltre le prove a carico, anche quelle a discarico dell'accusato).

¹³ Non può sottacersi come ai fini del passaggio dalla veste di indagato a quella di imputato assuma un certo peso la fase investigativa. L'esperienza, infatti, insegna che le basi per una imputazione capace di trasformarsi in sentenza di condanna si costruiscono proprio nel corso della fase investigativa e le indagini preliminari rappresentano un momento fondamentale del percorso di accertamento dei fatti di reato: esse fondano la richiesta di rinvio a giudizio e determinano lo svolgimento del processo, nel senso che costituiscono il principale canale di alimentazione dell'ipotesi accusatoria e delle prove che saranno poi assunte in dibattimento tramite il contraddittorio e che andranno a formare la piattaforma su cui basare la decisione. Prima del processo non si hanno prove in senso tecnico, essendo gli elementi raccolti nella fase investigativa frutto di una iniziativa di parte (quella pubblica) perlopiù segreta e spesso priva del contributo - spontaneo e consapevole - dell'indagato. Ciò che manca è un vaglio da parte del giudice. Si tratta cioè di atti "preprocessuali" che non costituiscono prova ma si limitano ad acquisirne le fonti, salvi i casi di atti con particolare efficacia anche nel dibattimento che sono soggetti a particolari forme.

¹⁴ Non esaustività accentuata a seguito dell'art. 4, comma 1, lett. a), l. 28 aprile 2014, n. 67 che ha introdotto l'art. 464 *ter*, comma 2, senza procedere ad alcun intervento correttivo dell'art. 60: con il consenso alla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, avanzata nel corso delle indagini preliminari dalla persona sottoposta alle indagini, il pubblico ministero formula la imputazione ed esercita l'azione penale, con la conseguente attribuzione della qualifica di imputato al soggetto nei cui confronti si procede.

¹⁵ Art. 20, D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, come modificato dall'art. 17, D.L. 27 luglio 2005, n. 144, recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale.

¹⁶ Art. 27, D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274. In questa ultima ipotesi, si prevede una "struttura a fattispecie complessa", in cui, esclusa l'integrazione di un'azione privata a tutti gli effetti, vi è uno

Una volta assunta, la qualità di imputato si conserva per tutto l'arco del processo, coincidendo la sua estinzione con la conclusione definitiva del processo, momento a partire dal quale il soggetto non è più imputato ma diviene prosciolto o condannato (art. 60, comma 2). Sono cause di estinzione dello *status* di imputato: la sentenza di non luogo a procedere pronunciata dal giudice dell'udienza preliminare, una volta che non sia più impugnabile (art. 428); la sentenza irrevocabile di proscioglimento o di condanna pronunciata nel giudizio abbreviato o nel giudizio ordinario di primo grado, ovvero la sentenza irrevocabile del giudice di appello e la sentenza di cassazione (art. 648)¹⁷; il decreto penale di condanna divenuto esecutivo (art. 648, comma 3). Inoltre, nonostante non sia indicato nel capoverso dell'art. 60, la veste di imputato viene meno anche con le sentenze che dichiarano il difetto di giurisdizione (art. 20, comma 2) e il difetto di competenza (art. 22, comma 2), in quanto determinano la trasmissione degli atti, rispettivamente, all'autorità competente e al pubblico ministero presso il giudice competente¹⁸.

Infine, l'art. 60, al terzo comma, prevede anche casi di "riviviscenza" della qualifica di imputato nelle ipotesi di revoca della sentenza di non luogo a procedere o di revisione del processo.

A seguito della richiesta di revoca della sentenza di non luogo a procedere, l'organo dell'accusa può chiedere immediatamente il rinvio a giudizio ovvero la riapertura delle indagini. Solo nel primo caso, con la fissazione della udienza preliminare, rivive lo stato di imputato mentre nel secondo, con l'ordinanza che dispone la revoca, il prosciolto riassume la diversa veste di "persona sottoposta alle indagini", conseguendo lo *status* di imputato solo qualora il pubblico ministero, al termine delle nuove indagini, decida di orientarsi per la richiesta di rinvio a giudizio.

Nel giudizio di revisione, essendo stata eliminata la doppia fase rescindente e rescissoria, non vi è un'autonoma pronuncia di annullamento della prima sentenza da cui scaturisca la cessazione dello *status* di condannato in favore di quella di imputato. Ne consegue che, finché il giudizio di revisione non si conclude con la sentenza di proscioglimento, il soggetto conserva la qualità di condannato. Con la emissione del decreto di citazione da parte del presidente della Corte di appello competente - non essendo invece sufficiente la mera proposizione della richiesta di revisione, la quale potrebbe essere giudicata inammissibile o manifestamente infondata - il soggetto però riassume anche la qualifica di imputato, partecipando al giudizio di revisione con i poteri e le facoltà connesse allo *status*: si tratta, come ben rilavato in dottri-

scollamento tra la domanda di giudizio effettuata dalla persona offesa, l'esercizio dell'azione penale da parte dell'organo dell'accusa ai sensi dell'art. 35, D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 e l'acquisto dello *status* di imputato, che avviene con la notifica del decreto di convocazione delle parti.

¹⁷ È d'obbligo una precisazione: in caso di inammissibilità dell'impugnazione, la qualifica di imputato cessa quando l'ordinanza di inammissibilità non sia più soggetta a ricorso (art. 591).

¹⁸ È altresì controverso se ciò determini un ritorno alla fase delle indagini preliminari oppure la conclusione del processo, precludendo all'eventuale apertura di un altro.

na, di un “soggetto bifronte”¹⁹. Tutto ciò vale per i casi codicistici di revisione di cui all’art. 630, lett. a)-d), c.p.p.; diversamente per la “revisione europea”, ora superata dal nuovo specifico rimedio di cui all’art. 628 *bis*, l’esito positivo del vaglio di ammissibilità ex art. 634 sembrava comportare la revoca della sentenza di condanna e il venir meno dello *status* di condannato, sostituito da quello di imputato²⁰.

È proprio sui casi di “riviviscenza” – dunque sul comma 3 della norma in esame – che è intervenuta la riforma Cartabia: ora, si riassume la qualifica di imputato anche nei casi di riapertura del procedimento penale a seguito della rescissione del giudicato o dell’accoglimento della richiesta prevista dall’art. 628 *bis* per l’esecuzione delle decisioni della Corte di Strasburgo.

Nel primo caso, è chiaro che contestualmente al nuovo *status* venga meno la qualifica di condannato, in quanto, ai sensi dell’art. 629 *bis*, comma 3, accolta la richiesta di rescissione, la Corte di appello revoca la sentenza di condanna.

Al contrario, nella ipotesi di riapertura del processo per eseguire il giudicato europeo, il dato testuale dell’art. 628 *bis* non prevede espressamente la previa revoca della sentenza irrevocabile interna, cosicché potrebbe sostenersi che lo *status* di imputato si affianchi a quello di condannato. Sembra però ammettersi una lettura del testo normativo maggiormente conforme alla struttura del rimedio che ritenga implicito che la riapertura del processo per rimediare all’accertato vizio di iniquità sia preceduta dalla revoca della sentenza irrevocabile.

4. La parte civile: “formalità” (art. 78) e “termini” (art. 79) per la costituzione.

Il reato, oltre ad offendere o mettere in pericolo il bene giuridico protetto dalla norma penale sostanziale, obbliga l’autore alle restituzioni e al risarcimento del danno, come previsto dall’art. 185 c.p. Un’unica condotta, quella costituente reato, presenta dunque una duplice sfera di illiceità, penale e civile, che, per ragioni di economia dei giudizi e per evitare possibili giudicati contrastanti, si prevede possa essere valutata unitariamente dal giudice penale²¹.

¹⁹ Si veda, O. DOMINIONI, *Sub. art. 60*, in *Comm. Amodio-Dominioni*, I, 388.

²⁰ Non vanno, poi, dimenticate ulteriori ipotesi – non contemplate però all’interno dell’art. 60 – di riviviscenza dello stato di imputato: 1) quello della revoca ai sensi del capoverso dell’art. 69 della sentenza con cui, ai sensi del precedente comma, si è dichiarato estinto il reato per morte dell’imputato, qualora successivamente si accertasse l’erroneità della dichiarazione; 2) quello di ricorso straordinario per errore materiale o di fatto ex art. 625 *bis*, a seguito di fissazione dell’udienza camerale; 3) quello di restituzione del termine per proporre impugnazione od opposizione ex art. 175.

²¹ Abbiamo visto come con il nuovo codice sia stata attribuita alla persona offesa la qualifica di “soggetto” del procedimento penale (art. 90). La qualifica di “parte” le viene riconosciuta soltanto se, nella veste di danneggiato dal reato, la persona offesa abbia esercitato l’azione risarcitoria, costituendosi parte civile (art. 78).

Nel nostro sistema processuale non è consentita la costituzione di parte civile²² in forma orale, essendo il danneggiato necessariamente chiamato ad esprimere la volontà di agire dinnanzi al giudice penale in un “atto scritto”, rispettoso dei requisiti stabiliti *ex lege* a pena di inammissibilità dell’atto²³.

È l’art. 78 c.p.p. a richiedere che la dichiarazione di costituzione di parte civile debba contenere le generalità del soggetto che si costituisce²⁴, le generalità dell’imputato nei cui confronti l’azione viene esercitata²⁵, le ragioni che giustificano la domanda (*causa petendi*)²⁶, l’indicazione del difensore, munito di procura *ad litem*, che dovrà anche sottoscrivere l’atto.

Per quanto concerne le “formalità” della costituzione di parte civile, due sono state le modifiche apportate dalla recente novella.

La prima attiene al requisito di cui alla lett. d), ed è stato aggiunto l’inciso “agli effetti civili” dopo le parole “le ragioni che giustificano la domanda”. È ragionevole pensare che, se prima era sufficiente che, nella dichiarazione di costituzione di parte civile, fosse contenuta, a pena di inammissibilità, unitamente agli altri requisiti non toccati dalla riforma, l’esposizione delle ragioni che giustificano la domanda, adesso è richiesto anche che la domanda sia

²² La costituzione di parte civile consiste, appunto, nell’esercizio dell’azione civile nella sede processuale penale, anziché in quella propria civile, volta a ottenere il riconoscimento di un danno derivante dal reato e la conseguente riparazione nelle forme del risarcimento o della restituzione. La pretesa risarcitoria può investire sia il danno patrimoniale (art. 2043 c.c.), così definito in quanto commisurabile economicamente, espresso nelle forme del danno emergente, ossia della perdita, distruzione o danneggiamento di un bene facente parte del patrimonio del soggetto, e del lucro cessante, inteso come perdita di un potenziale guadagno; sia il danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.), detto anche danno morale, rappresentato dalle sofferenze psichiche patite in conseguenza della commissione del reato, il quale per sua natura sfugge a ogni valutazione in termini di esatta quantificazione economica.

²³ Giova ricordare che la costituzione di parte civile, prevista anche nel procedimento penale militare in seguito all’intervento della Corte costituzionale (Corte Cost., sent. n. 60 del 1996), non è ammessa nel processo penale a carico di imputati minorenni (art. 10 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448) ed è di dubbia praticabilità nel processo a carico degli enti ex d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. La legittimazione alla costituzione di parte civile non riguarda solo le persone fisiche, ma anche enti o associazioni dotati o privi di personalità giuridica che abbiano subito un danno dal reato. Vanno aggiunti anche i successori universali del danneggiato, a cui sono assimilati i conviventi *more uxorio* (cfr. art. 90, comma 3), e una serie di soggetti che trovano legittimazione in apposite disposizioni di leggi speciali.

²⁴ Quando il danneggiato è un ente o un soggetto non personificato, accanto alla denominazione, devono essere aggiunte le generalità della persona fisica che ne ha la legale rappresentanza.

²⁵ Se sono ignote le generalità dell’imputato, è previsto che l’identificazione possa avvenire attraverso la menzione delle altre qualificazioni che servano ad individuarlo. Seguendo una logica sostanzialistica, la giurisprudenza ha chiarito che è ammissibile la costituzione di parte civile formalizzata facendo riferimento alla generalità degli imputati di una specifica imputazione, poiché destinatari dell’azione civile sono identificabili “*ex actis*” senza incertezze (Cass. Pen., Sez. II, 30 aprile 2015, n. 34147, in *CED* n. 264626).

²⁶ Sul punto, è stato precisato che è sufficiente il mero richiamo al capo di imputazione descrittivo del fatto, allorquando il nesso tra il reato contestato e la pretesa risarcitoria azionata risulti con immediatezza (Cass. Pen., Sez. II, luglio 2020, n. 23940, in *CED* n. 279490-01; Cass. Pen., Sez. VI, 22 giugno 2017, n. 41768).

proposta unicamente agli effetti civili. La domanda deve cioè mettere bene in evidenza le ragioni per cui, a seguito del reato commesso, siano derivati danni a carico della vittima, precisando altresì in cosa essi siano consistiti²⁷.

La seconda attiene all'inserimento di un nuovo comma all'interno dell'art. 78 c.p.p. – il comma 1 *bis* – in forza del quale il difensore cui sia stata conferita la procura speciale ai sensi dell'art. 100, nonché la procura per la costituzione di parte civile a norma dell'art. 122, se in questa non risulti la volontà contraria della parte interessata, può conferire al proprio sostituto, con atto scritto, il potere di sottoscrivere e depositare l'atto di costituzione.

Premesso che la parte civile sta in giudizio non personalmente bensì a mezzo del difensore (art. 100, comma 1), munito di procura speciale per rappresentare processualmente la parte e compiere gli atti processuali necessari, primo fra tutti quello di costituzione/esercizio dell'azione, antecedentemente alla riforma Cartabia, solo tale soggetto era legittimato a presentare personalmente l'atto di costituzione di parte civile, non potendo delegare tale facoltà a sostituti. Secondo la giurisprudenza di legittimità, infatti, «il sostituto processuale del difensore al quale il danneggiato [avesse] rilasciato procura speciale al fine di esercitare l'azione civile nel processo penale non [aveva] la facoltà di costituirsi parte civile, salvo che detta facoltà [fosse] stata espressamente conferita nella procura ovvero che la costituzione in udienza [fosse avvenuta] in presenza del danneggiato, situazione questa che [consentiva] di ritenere la costituzione come avvenuta personalmente»²⁸.

Ora, invece, per effetto del *novum* legislativo, la procura rilasciata ai sensi dell'art. 122 c.p.p. conferisce al difensore – munito di procura speciale ex art. 100 c.p.p., dunque legittimato a stare in giudizio – la facoltà di trasferire ad altri il potere di sottoscrivere l'atto di costituzione della parte civile, salva la diversa volontà della parte. Lo scopo – ma anche l'effetto sperato – della riforma è quello di evitare le numerose ipotesi di invalidità della costituzione di parte civile dovute alla sottoscrizione e al deposito ovvero alla presenza in udienza del sostituto processuale, delegato ai sensi dell'art. 102 c.p.p., senza le richieste formalità tra cui la manifestazione di volontà della parte rappresentata – attraverso l'inserimento della sua specifica volontà nelle procure speciali sopra indicate (cumulabili in un unico atto) – ovvero attraverso la presenza personale del soggetto titolare del diritto risarcitorio al momento della costituzione in udienza²⁹.

²⁷ Non è necessario quantificare i danni, ben potendo la parte civile fornire prova del *quantum* risarcitorio anche nella fase dibattimentale.

²⁸ Cass. Pen., Sez. Un., 21 dicembre 2017, Zucchi e altri.

²⁹ Come affermato dal Collegio esteso, “il sostituto processuale del difensore al quale il danneggiato abbia rilasciato procura speciale al fine di esercitare l'azione civile nel processo penale non ha la facoltà di costituirsi parte civile, salvo che detta facoltà sia stata espressamente conferita nella procura ovvero che la costituzione in udienza avvenga in presenza del danneggiato, situazione questa che consente di ritenere la costituzione come avvenuta personalmente” (Cass. Pen., Sez. Un., 21 dicembre 2017, Zucchi e altri).

L'elemento di maggiore impatto innovativo della riforma Cartabia, però, attiene ai "termini" di costituzione di parte civile. Infatti, nel ridefinire le scadenze cronologiche della costituzione, il primo comma dell'art. 79 c.p.p. stabilisce che la medesima possa avvenire per l'udienza preliminare, prima che siano ultimati gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti, o quando manchi l'udienza preliminare, fino a che non siano compiuti gli adempimenti previsti dall'art. 484 o dall'art. 554 *bis*, comma 2³⁰.

Ben si comprende come il legislatore abbia voluto introdurre un vero e proprio "sbarramento temporale" alla costituzione di parte civile nei procedimenti con udienza preliminare. Tale udienza rappresenta il momento ultimo per la costituzione del danneggiato come parte civile; duplice sembra l'intento del legislatore: da un lato, quello di consentire a tutte le parti un più effettivo esercizio del diritto alla prova e, dall'altro, quello di ridurre le tempistiche del dibattimento³¹.

Connessa a tale modifica, anche l'interpolazione del terzo comma dell'art. 79 c.p.p. il quale stabilisce che quando la costituzione di parte civile è consentita fino a che non siano compiuti gli adempimenti previsti dall'articolo 484, se la stessa avviene dopo la scadenza del termine previsto dall'articolo 468 comma 1, la parte civile non può avvalersi della facoltà di presentare le liste dei testimoni, periti o consulenti tecnici.

Se ne deduce che la conseguenza della costituzione di parte civile effettuata in udienza dibattimentale, vale a dire dopo il decorso dei termini stabiliti dall'art. 468, è la decadenza, per la parte civile, della facoltà di presentare le liste dei testimoni, periti e consulenti tecnici. A seguito della riforma Cartabia, la costituzione di parte civile deve avvenire, allorché si proceda per citazione diretta a giudizio, entro il termine di cui al capoverso dell'art. 554 *bis* e la disposizione di cui al successivo art. 555 è chiara nel ribadire che le liste testimoniali debbano essere depositate, in siffatta evenienza ed a pena di inammissibilità, almeno sette giorni prima della data fissata per l'udienza predibattimentale.

³⁰ Il danneggiato ha diritto di costituirsi parte civile per l'udienza preliminare ma non necessariamente nella udienza. Può costituirsi anche anteriormente alla celebrazione della udienza, con l'unico limite, imposto dall'art. 74, che il soggetto nei cui confronti è intentata l'azione, abbia già assunto la qualità di imputato. Non mancano, tuttavia, decisioni più rigorose che ammettono la costituzione solo a partire dalla udienza preliminare (Cass. Pen., Sez. III, 30 settembre 1992, in *CED* n. 192200), le quali hanno anche incontrato il favore di parte della dottrina (A. PENNISI, *Parte civile*, *EdD-Agg.* I, Milano, 1997, 783).

³¹ La giurisprudenza di legittimità si è occupata anche dell'incidenza dei vizi dell'atto di esercizio dell'azione penale su quello di esercizio dell'azione civile, chiarendo che la dichiarazione di nullità del decreto di giudizio immediato non comporta la necessità della reiterazione della già effettuata costituzione di parte civile (Cass. Pen., Sez. I, 24 ottobre 2018, n. 54604 in *CED* n. 274670-01). Analogamente, qualche anno prima, la medesima Corte aveva precisato che la nullità del decreto che dispone il giudizio non comporta la nullità della costituzione di parte civile, posto che tra tali atti non sussiste quel rapporto di consecutività e dipendenza previsto dall'art. 185 (Cass. Pen., Sez. V, 19 novembre 2010, n. 11783, in *CED* n. 249976).

Sembra, pertanto, una svista legislativa quella di non aver compendiato, nell'ambito del riformato art. 79, comma 3, anche l'ipotesi dell'inosservanza del termine stabilito dal combinato disposto degli artt. 468 e 555 c.p.p. Se si ragionasse diversamente, sfuggirebbe alla *ratio* della diversità di trattamento che si verrebbe a creare rispetto a situazioni analoghe, tutte connotate dal superamento della soglia stabilita dall'art. 468. Del resto, non bisogna dimenticare che la previsione di cui all'art. 468, la cui *ratio* è quella di evitare prove a sorpresa, si giustifica con il fatto che la facoltà prevista dall'art. 468 è riservata solo a chi rivesta la qualità di parte, mancante nel danneggiato che si costituisca solo *in limine* all'udienza dibattimentale.

Tuttavia, qualora il superamento dei termini non sia imputabile alla condotta della parte costituitasi solo all'udienza dibattimentale, ad essa è consentito avvalersi della richiesta di acquisizione delle prove ex art. 493, comma 2, regola, questa, che prevale rispetto alla decadenza sancita dall'art. 79, comma 3³².

5. La persona offesa dal reato: diritti e facoltà (art. 90).

Durante la vigenza del precedente codice, la persona offesa dal reato³³ aveva il compito di fornire al pubblico ministero informazioni utili per lo svolgimento dell'istruzione, nonché, attraverso la propria testimonianza, la prova a carico dell'imputato³⁴. Una previsione, questa, coerente con il modello prevalentemente inquisitorio di quel tempo, finalizzato alla ricerca della verità e poco attento alla tutela di interessi personali e individuali³⁵.

Un cambiamento di rotta si è registrato con l'avvento del nuovo codice di procedura penale, essendo stata rafforzata la posizione della persona offesa dal reato a cui è stata attribuita la qualifica di soggetto processuale, mediante il riconoscimento di specifici "diritti" e "facoltà"³⁶.

³² Cass. Pen., Sez. VI, 3 marzo 1997, p.m. in c. Burlin, in *CED* n. 208200; Cass. Pen., Sez. IV, 18 febbraio 1994, Quattromini, in *Giust. Pen.*, 1994, III, 105.

³³ Viene comunemente definita "persona offesa dal reato" il titolare dell'interesse giuridico protetto, anche in modo non prevalente, dalla norma incriminatrice violata.

³⁴ Per una panoramica sulla persona offesa nel previgente codice di rito penale, si rinvia, su tutti, a M.G. AIMONETTO, *Persona offesa dal reato*, EdD, XXXIII, Milano, 1983, 318; A. GIARDA, *Persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano, 1971.

³⁵ Sulle principali differenze tra i principali modelli processuali che si sono susseguiti nel tempo, quello inquisitorio e quello accusatorio, si vedano G. ILLUMINATI, «Accusatorio e inquisitorio (sistema)», in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1991; N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, in *Trad. It.*, Bologna, 1978, 46; G. PIERRO, «Sistema accusatorio e sistema inquisitorio», in *Digesto Disc. Pen.*, XIII, Torino, 1997; G. SPANGHER, *Processo penale tra modello inquisitorio e modello accusatorio*, in *Penale Diritto e Procedura*, n. 2, 2022, 329 ss.

³⁶ Per una visione generale del ruolo della persona offesa nell'attuale codice di procedura penale, si vedano: L. FILIPPI, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D.Lgs. n. 212/2015*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2016, 845; M. GIALUZ, *Il diritto alla giurisdizione dell'imputato e della vittima tra spinte europee e carenze dell'ordinamento italiano*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 94; F.M. GRIFANTINI, *La persona offesa dal reato nella fase delle indagini preliminari*, Napoli,

La dicotomia diritti-facoltà assume valore in relazione alla diversa natura delle attribuzioni conferite alla persona offesa: 1) i “diritti” individuano situazioni soggettive che fanno scattare in capo al giudice o al pubblico ministero l’obbligo di decidere con un provvedimento motivato; 2) le “facoltà”, invece, non conferiscono all’offeso il diritto ad ottenere la pronuncia di un provvedimento e si configurano, perciò, come atti che, al di là della loro efficacia persuasiva e soggettiva, sono da considerarsi “neutri”³⁷.

Ma la vera e propria svolta verso un compiuto processo di valorizzazione della vittima, invece, si è avuta a seguito di una serie di *imput* promananti dall’Europa³⁸, a cui stanno ancora facendo seguito altri interventi normativi da parte del nostro legislatore.

Nell’attuale e rinnovato assetto processuale, la persona offesa, nella sua veste di soggetto del procedimento, può esercitare i diritti e le facoltà espressamente riconosciuti dalla legge (art. 90, comma 1, c.p.p.). Tra i poteri rientrano anche quelli meramente “sollecitatori” dell’attività dell’autorità inquirente, come il presentare memorie o l’indicare elementi di prova nel corso del procedimento, ad eccezione del giudizio di cassazione. Essa, inoltre, svolge il ruolo di accusa penale privata, accessoria e adesiva, rispetto a quella riservata al pubblico ministero, a cui spetta, in via esclusiva, il potere di azione³⁹.

Ciò premesso, la riforma Cartabia è intervenuta proprio sull’art. 90 c.p.p., inserendo il comma 1 *bis* il quale recita che «la persona offesa ha facoltà di dichiarare o eleggere domicilio. Ai fini della dichiarazione di domicilio, la persona offesa può indicare un indirizzo di posta elettronica certificata o altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato».

Posto che la persona offesa deve essere individuata, per quanto possibile, al momento della acquisizione della notizia di reato e che essa, come già evidenziato, gode di una serie di diritti e facoltà, il legislatore delegato – in linea con i principi direttivi ispirati ad una maggiore informatizzazione del procedimento penale – ha riconosciuto a tale soggetto la possibilità di indi-

2012, 312; L. LUPARIA, *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Milano, 2015; G. TRANCHINA, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Cass. Pen.*, 2010, 4051.

³⁷ La suddetta distinzione tra “diritti” e “facoltà” assume un certo peso perché consente di escludere la prospettazione di questioni di invalidità rispetto al compimento di “atti neutri”.

³⁸ Si pensi, alla decisione quadro 2001/220/GAI e alla già menzionata direttiva 2012/29/UE (c.d. “direttiva vittime”, attuata nell’ordinamento interno con il D.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212).

³⁹ Esistono varie ipotesi di persona offesa di “creazione legislativa”. Ai sensi dell’art. 90, comma 3, c.p.p. qualora una persona sia deceduta in conseguenza del reato, le facoltà e i diritti previsti dalla legge in favore della persona offesa sono esercitati dai “prossimi congiunti” di essa, prescindendo dai diritti di natura civilistica derivanti dalla successione; pertanto la qualifica di offeso è attribuita anche a chi abbia rinunciato all’eredità. Sempre nel caso di persona deceduta in conseguenza del reato, le facoltà e i diritti previsti dalla legge sono esercitati anche dalla “persona alla medesima legata da una relazione affettiva e con essa stabilmente convivente”. Infine, ai sensi del nuovo ultimo comma dell’art. 572 c.p., aggiunto dalla legge cd. codice rosso, il minore di anni diciotto, che assiste ai maltrattamenti contro familiari e conviventi, è considerato persona offesa dal reato.

care un indirizzo di posta elettronica certificata o altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato.

Dal dato letterale della norma si evince che si tratta di una “facoltà” e non di un “obbligo” di dichiarare o eleggere domicilio, fermo restando che, nel caso di dichiarazione, a tale soggetto è concessa l’ulteriore facoltà di poter indicare, in luogo di un domicilio fisico, una propria pec ovvero un altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato.

5.1. Informazioni alla persona offesa (art. 90 *bis*).

L’intervento riformatore ha investito anche l’art. 90 *bis* c.p.p. che contiene il catalogo di informazioni che devono essere fornite alla persona offesa sin dal primo contatto con l’autorità procedente⁴⁰.

La norma, da un lato, mira ad ottemperare agli obblighi imposti dalla normativa sovranazionale e, dall’altro, evidenzia la inidoneità della riforma a proiettare la vittima del reato, nella sua dimensione procedimentale di persona offesa, nell’alveo dei soggetti ammessi ad alimentare, in modo immediato, diretto ed effettivo, le dinamiche caratterizzanti il contraddittorio processuale, ed in ultima analisi, ad esercitare *promo domo sua*, il diritto di difesa⁴¹.

Nello specifico, il D.lgs. n. 150/2022 ha apportato all’art. 90 *bis*, comma 1, le seguenti modifiche: 1) dopo la lettera a) sono inserite le seguenti: «a-*bis*) all’obbligo del querelante di dichiarare o eleggere domicilio per la comunicazione e la notificazione degli atti del procedimento, con l’avviso che la dichiarazione di domicilio può essere effettuata anche dichiarando un indirizzo di posta elettronica certificata o altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato»; a-*ter*) alla facoltà del querelante, ove non abbia provveduto all’atto di presentazione della querela, di dichiarare o eleggere domicilio anche successivamente; a-*quater*) all’obbligo del querelante, in caso di mutamento del domicilio dichiarato o eletto, di comunicare tempestivamente e nelle forme prescritte all’autorità giudiziaria procedente la nuova domiciliazione; a-*quinqües*) al fatto che, ove abbia nominato un difensore, il querelante sarà domiciliato presso quest’ultimo; che, in mancanza di nomina del difensore, le notificazioni saranno eseguite al querelante presso il domicilio digitale e, nei casi di cui all’articolo 148, comma 4, presso il domicilio dichiarato o eletto; che, in caso di mancanza, insufficienza o inidoneità della dichiarazione o elezione di domicilio, le notificazioni al querelante saranno

⁴⁰ La norma è stata introdotta dal D.lgs. n. 212 del 2015 e successivamente modificata dalla l. n. 103 del 2017, dalla l. n. 69 del 2019 e, da ultimo, dal D.lgs. n. 150 del 2022.

⁴¹ Sul punto si veda anche L. SAPONARO, *L’offeso dal reato, con le rafforzate garanzie, verso una nuova identità*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2021, 11, 1542 ss. la quale evidenzia come l’offeso dal reato sia diventato, nel tempo, un attivo interlocutore dell’accusa e del giudice, conquistando un ruolo dialettico nel procedimento penale. Gli interventi legislativi recenti hanno ampliato i poteri di controllo della persona offesa sull’attività del pubblico ministero e del giudice per le indagini preliminari nell’ottica di un’ampliata tutela, a livello europeo, della vittima del reato.

effettuate mediante deposito presso la segreteria del pubblico ministero precedente o presso la cancelleria del giudice precedente;»); 2) alla lettera n) le parole: «, o attraverso la mediazione» sono soppresse; 3) dopo la lettera n) è inserita la seguente: «n-bis) al fatto che la mancata comparizione senza giustificato motivo della persona offesa che abbia proposto querela all'udienza alla quale sia stata citata in qualità di testimone comporta la remissione tacita di querela;»; 4) alla lettera p), dopo le parole: «alle vittime di reato» il segno di interpunzione «.» è sostituito dal seguente: «;»; 5) dopo la lettera p) sono aggiunte le seguenti: «p-bis) alla facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa; p-ter) al fatto che la partecipazione del querelante a un programma di giustizia riparativa, concluso con un esito riparativo e con il rispetto degli eventuali impegni comportamentali assunti da parte dell'imputato, comporta la remissione tacita di querela.»».

Tali modifiche sono state rese necessarie per arricchire il corredo di informazioni volte ad assicurare alla persona offesa dal reato di partecipare in modo informato, consapevole e attivo al procedimento.

Si tratta di un ampliamento del catalogo di informazioni dovute alla persona offesa che si rende opportuno, onde assicurare la coerenza tra le modifiche qui proposte e lo statuto di garanzie informative che l'ordinamento ha assegnato alla persona offesa, recependo la «Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI»⁴².

In particolare, occorre conformare l'ordinamento al dettato dell'art. 4 § 1, lett. B) della *Direttiva vittime* (che prevede che gli Stati membri abbiano il dovere di dare informazioni in merito alle “procedure per la presentazione di una denuncia relativa ad un reato e il ruolo svolto dalla vittima in tali procedure) e degli artt. 5 e 6 della medesima direttiva (art. 5, *Diritti della vittima al momento della denuncia*; art. 6, *Diritto di ottenere informazioni sul proprio caso*”), posto che le “ulteriori informazioni che – con la modifica dell'art. 90 bis c.p.p. – debbono essere indirizzate alla persona offesa sono infatti funzionali: a) a rendere il querelante edotto delle possibili conseguenze derivanti dalla mancata dichiarazione o elezione di domicilio, esplicitando così la volontà del legislatore di rendere la persona offesa attivamente responsabile

⁴² L'implementazione della direttiva ha, comunque, lasciato inalterate le distinzioni ontologiche e giuridiche tra persona offesa, mero titolare degli interessi lesi dal reato escluso dal novero delle parti, e danneggiato costituito parte civile. In dottrina, è stata segnalata l'asistematicità dell'intervento di riforma (H. BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile; aspirazioni (comunitarie) e aporie nazionali*, in Spagnolo-Belluta-Bonini, *Il d.lgs. 15.12.2015, n. 212, L. Pen 07/2016*, 22) che, per quanto non releghi più la vittima a soggetto “dimenticato”, resta comunque “emarginata”, in quanto nell'asse “assistenza-informazione-partecipazione” manca una interazione tra supporto extraprocessuale e ruolo processuale (H. BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile; aspirazioni (comunitarie) e aporie nazionali*, cit., 37).

rispetto alla propria partecipazione al procedimento penale; b) a rendere il querelante edotto delle conseguenze derivanti dalla ingiustificata mancata comparizione del querelante all'udienza in cui egli sia citato a comparire come testimone”.

Giova, da ultimo, segnalare una lacuna *legis*, ovverosia la mancanza di sanzioni processuali, non avendo l'art. 90 *bis* previsto alcuna espressa sanzione di nullità per la violazione degli oneri informativi ivi elencati. Tale lacuna potrebbe rendere poco efficace la norma in quanto – ad eccezione del mancato avviso della richiesta di archiviazione, espressamente regolato dall'art. 410 *bis* – il sistema informativo dovrebbe restare nel limbo degli accidenti irrilevanti sul piano processuale⁴³.

5.2. Informazioni alla vittima (art. 90 *bis*.1).

Infine, la riforma Cartabia ha inserito, all'interno del codice di rito penale, l'art. 90 *bis*.1, rubricato “Informazioni alla vittima di cui all'articolo 42, comma 1, lettera b), del decreto legislativo attuativo della legge 27 settembre 2021, n. 134”.

Siamo nell'ambito della giustizia riparativa il cui obiettivo è quello di una composizione stragiudiziale del conflitto che ha dato origine al reato e gli artt. 42-67 D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (d'ora in poi semplicemente “decreto”) costituiscono quello che è stato definito il “codice della giustizia riparativa”⁴⁴. L'art. 42, comma 1, del decreto fa rientrare nella giustizia riparativa «ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore»⁴⁵.

I programmi di giustizia riparativa a cui possono partecipare tali soggetti sono previsti dall'art. 53 del decreto e comprendono: 1) la mediazione tra

⁴³ Cfr. S. CIAMPI, *Il diritto di difesa e all'informazione*, in Bargis-Belluta, *Vittime di reato*, Torino, 2017, 260.

⁴⁴ Per i dovuti approfondimenti in tema di giustizia riparativa, si vedano L. EUSEBI, *Giustizia riparativa e riforma del sistema sanzionatorio penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1, 2023, 79 ss.; R. ORLANDI, *Giustizia penale riparativa. Il punto di vista processuale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1, 2023, 87 ss.; G. SPANGHER, *La giustizia penale verso la reparative justice*, in *Il Penalista*, 4 marzo 2022.

⁴⁵ È l'art. 45 del decreto, nello specifico, a fornire l'elencazione dei soggetti che partecipano ai programmi di giustizia riparativa e, tra questi, il primo ad essere menzionato, è la vittima del reato. Segue, poi, “la persona indicata come autore dell'offesa” che, nell'eventuale, parallelo procedimento penale riveste il ruolo di imputato (o indagato); si fa poi riferimento ad altri soggetti eventuali, appartenenti alla “comunità”, esemplificati in “familiari, persone di supporto segnalate dalla vittima del reato e dalla persona indicata come autore dell'offesa, enti ed associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato, rappresentanti o delegati di Stato, Regioni, enti locali o di altri enti pubblici, autorità di pubblica sicurezza, servizi sociali”. L'elenco si chiude con una formula residuale che ammette come partecipante al programma “chiunque vi abbia interesse”.

vittima del reato e persona indicata come autore dell'offesa, anche estesa ai gruppi parentali ed anche alla vittima di un reato diverso da quello per cui si procede; 2) il dialogo riparativo; 3) ogni altro programma dialogico guidato da mediatori, svolto nell'interesse della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa⁴⁶. Ben si comprende come "scopo" della giustizia riparativa sia quello di promuovere la "riparazione" del rapporto tra vittima e reo, attraverso procedimenti e strumenti diversi da quelli tipizzati nei procedimenti penali⁴⁷.

Ciò premesso, l'art. 90 *bis*.1 c.p.p. sancisce che la vittima del reato, sin dal primo contatto con l'autorità procedente, deve essere informata in una lingua a lei comprensibile della facoltà di svolgere un programma di giustizia riparativa. Si riconosce così anche a tale soggetto, ove non coincida con la persona offesa, il diritto di essere parte del programma di giustizia riparativa⁴⁸.

Dunque, la norma di nuovo conio si inserisce nel contesto di un più ampio disegno normativo, volto alla introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa⁴⁹. Sullo sfondo si pone la necessità di assicurare l'accesso

⁴⁶ Non deve sfuggire un particolare di assoluto rilievo: l'art. 53 fornisce un'elencazione dei programmi di giustizia riparativa "aperta e non tassativa", così lasciando spazi anche a programmi non espressamente menzionati.

⁴⁷ Le finalità della procedura riparativa sono: 1) riconoscere la vittima; 2) responsabilizzare l'autore dell'offesa; 3) superare il conflitto provocato da una condotta illecita, ricostruendo i legami con la comunità (cfr. art. 43, comma 2, del decreto). È stato rilevato come la vera finalità sia quella indicata per ultima (ricostruire i legami con la comunità) mentre gli altri due "passaggi" (riconoscere la vittima e responsabilizzare l'autore dell'offesa) siano ad essa funzionali. La norma di cui all'art. 43, dunque, andrebbe letta come se fosse scritta così: "I programmi di giustizia riparativa tendono a promuovere il riconoscimento della vittima del reato, la responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa, al fine di ricostruire il legame con la comunità" (R. ORLANDI, *Giustizia penale riparativa. Il punto di vista processuale*, cit., 88). Secondo tale dottrina, l'accento sulla "comunità", quale destinataria dell'esito riparatorio, è essenziale se si vuol dare un significato proprio a questa dimensione della giustizia penale e coglierne la particolarità rispetto alla giustizia penale tradizionale, che continua invece ad avere nell'autorità statale il suo esclusivo punto di riferimento.

⁴⁸ Il D.lgs. n. 150/2022, infatti, riconosce il diritto alla informazione in base al quale la vittima del reato e la persona indicata come autore dell'offesa, nonché i loro difensori, l'esercente la responsabilità genitoriale in caso di minore, gli eventuali tutori o curatori, devono essere informati dall'autorità giudiziaria della possibilità di accedere ad un programma di giustizia riparativa, specificando in maniera completa ed obiettiva quali siano i programmi effettivamente disponibili, le modalità di accesso e i possibili esiti, nonché i diritti e le garanzie riconosciuti ai partecipanti. La partecipazione dei soggetti, inoltre, deve essere "attiva" e "volontaria" ed il "consenso" validamente espresso. In favore degli allogliotti è previsto un diritto all'assistenza linguistica di un interprete, qualora questi non comprendano la lingua italiana. Infine, la materia è regolata dal principio dell'equa considerazione secondo cui la giustizia riparativa deve essere disciplinata nell'interesse sia della vittima del reato sia della persona indicata come autore dell'offesa.

⁴⁹ Il legislatore ha optato per la introduzione di una disciplina organica, che probabilmente in seguito potrà essere arricchita e migliorata. Meglio una disciplina organica piuttosto che singoli interventi di "trapianto" che avrebbero generato maggiore confusione. Le criticità affioreranno comunque e l'assoluta novità del prodotto normativo impone cautela. Sicuramente, su tanti

ai programmi di giustizia riparativa nel corso del procedimento e non solo quale strumento di risoluzione del conflitto nella fase esecutiva⁵⁰.

Le difficoltà, per quel che interessa in questa sede, risiedono nella corretta individuazione del concetto di “vittima”, termine poco gradito e poco utilizzato nel nostro ordinamento ma che circola da tempo nella legislazione europea⁵¹.

Da un lato, per la direttiva europea “vittima” è la “persona fisica che abbia subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo o perdite economiche che siano stati causati direttamente dal reato”. La definizione abbraccia un ventaglio di posizioni molto ampio, comprendendo sicuramente anche il mero danneggiato.

Dall'altro, il D.lgs. n. 150/2022 ha fornito una definizione di vittima, anzi una “nuova definizione”, da utilizzarsi solo in materia di giustizia riparativa, identificandola con la persona fisica che abbia subito qualsiasi danno, dunque patrimoniale e non patrimoniale, nonché il familiare nel caso di morte (art. 42, comma 1, lett. b). La nozione di vittima non coincide esattamente con le figure note al nostro ordinamento di persona offesa e di persona danneggiata o di parte civile. Sembrerebbe riferirsi soprattutto alla persona danneggiata ma poi, all'ultimo comma, si opera una estensione di campo, prevedendo che “i diritti e le facoltà attribuite alla vittima del reato sono riconosciuti anche al soggetto giuridico offeso dal reato”⁵². Ma vi è un dato che maggiormente colpisce e che si pone in senso innovativo sia rispetto alla legge delega sia rispetto alle norme che fino ad oggi si sono occupate di fornire una definizione di vittima: è chiamata a partecipare al processo riparativo anche la persona offesa di un “reato diverso” da quello per cui si procede o per cui si avvia il programma. Questa scelta – si legge nella relazione – costituisce un valore aggiunto della giustizia riparativa rispetto alla giustizia penale convenzionale. Tale soggetto nella relazione è anche definito come “vittima aspecifica” o “vittima surrogata”.

aspetti sarà necessario l'intervento della giurisprudenza, ma piano piano prenderà corpo il nuovo statuto della giustizia riparativa.

⁵⁰ È previsto, infatti, un illimitato accesso temporale alla giustizia riparativa, essendo la partecipazione alla procedura possibile “in ogni stato e grado del procedimento, anche in fase esecutiva” (v. art. 44 D.lgs. n. 150/2022).

⁵¹ Sin dalla decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea, n. 2001/220/GAI, la vittima viene individuata attraverso una correlazione diretta tra il danno subito e il reato stesso. Un rafforzamento della tutela della vittima si è poi registrato con la direttiva del Parlamento europea e del Consiglio del 25 ottobre 2012, n. 2012/29/UE, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

⁵² Per una visione aggiornata del concetto di vittima, si veda C. VALENTINI, *La vittima del reato sotto la lente della riforma Cartabia*, in *Giur. It.*, 2022, 984.

6. La fragile tenuta del tradizionale assetto triadico del processo accusatorio.

L'unica, tra le modifiche qui esaminate della riforma Cartabia, che potrebbe spostare i già fragili equilibri tra i soggetti nel processo penale è quella relativa alla apertura delle porte del nostro sistema processuale penale alla giustizia riparativa.

Fulcro del problema è il processo di rafforzamento del ruolo della persona offesa, fortemente voluto dall'Europa ed oggi indiscutibilmente potenziato dal nuovo meccanismo di definizione della vicenda giudiziaria.

Già da tempo, l'Europa ha riconosciuto la vittima come soggetto titolare di interessi da proteggere nel procedimento penale, prima con la decisione quadro 2001/220/GAI, poi, e più incisivamente, con la già citata direttiva 2012/29/UE⁵³ (c.d. "direttiva vittime", attuata nell'ordinamento interno con il D.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212). L'idea è che il reato, oltre a costituire «un torto alla società», violi i diritti individuali delle vittime (considerando n. 9 della direttiva) cosicché è stato approntato un vero e proprio apparato di garanzie costruite allo scopo di salvaguardarle nel processo e dal processo.

Nel conformarsi a tali direttive, il nostro ordinamento processuale ha provveduto a garantire la tutela all'offeso dal reato, dapprima sotto il profilo della sua protezione "dal" e "nel" processo, più di recente aprendo alla prospettiva della soddisfazione dell'esigenza di riparazione, attraverso l'introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa.

Partiamo però dalle scelte intraprese dal legislatore nel lontano 1988.

Il ruolo della vittima - nell'assetto originario del codice - era marginale, soprattutto nella "fase delle indagini preliminari". Successivamente, condivisibili esigenze di protezione - avvertite soprattutto in ambito sovranazionale - hanno innestato un lungo processo di rafforzamento del ruolo della persona offesa la quale, progressivamente, ha visto consolidare in maniera sempre più incisiva il proprio ruolo all'interno della dinamica procedurale. Come efficacemente rilevato, se la formulazione originaria del codice 1988 le attribuiva un residuale potere di iniziativa e di contributo alle indagini, successivamente, sia con l'intervento legislativo del 2015 (D.Lgs. n. 212/ 2015) sia con la L. n. 103/2017, sono stati maggiormente ampliati i suoi poteri partecipativi e la funzione di stimolo e controllo sull'attività del pubblico ministero e su quella del giudice delle indagini preliminari. L'offeso dal reato è diventato un interlocutore dell'accusa e del giudice, pur non essendo una parte del processo e i poteri suindicati gli vengono attribuiti in quanto titolare dell'interesse protet-

⁵³ Si veda, S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in ALLEGREZZA-BELLUTA-GIALUZ-LUPÁRIA, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, 7 ss.

to dalla norma penale violata; sembra essere, pertanto, in questo rimodellato quadro legislativo, il soggetto emergente delle indagini preliminari⁵⁴.

Il livello di protezione, poi, si eleva ulteriormente qualora la vittima del reato rientri anche nel novero dei cd. “soggetti vulnerabili”.⁵⁵ La vulnerabilità, intesa come situazione di svantaggio da taluno patita⁵⁶, costituisce uno *status* che il nostro ordinamento riconosce a quel soggetto che, per alcune caratteristiche e peculiarità, si manifesta più debole del dovuto, dunque, esposto al rischio di subire violazioni⁵⁷. Si tratta di una adeguata protezione indispensabile per dare voce ai diritti e così la tutela del soggetto vulnerabile finisce con l’aprire lo spiraglio ad una giustizia che sappia guardare oltre la retribuzione e la distribuzione⁵⁸.

Ben chiare le ragioni di protezione ma bisogna mettere in conto che la tutela offerta a tali soggetti, in alcuni casi, può riverberarsi su terreni estremamente delicati. Si pensi, tanto per fare un esempio, a quello della prova, in cui le dichiarazioni della persona vulnerabile vengono assunte, di regola, al riparo da sguardi indiscreti, senza pubblicità, nelle segrete stanze dell’incidente probatorio. Ciò significa che «in silenzio e segretamente il contraddittorio risulta attutito dall’esigenza di tutelare la fonte di prova vulnerabile»⁵⁹. Vi è, inoltre, un’ulteriore criticità: quella della difficile individuazione dei soggetti

⁵⁴ In questo senso, L. SAPONARO, *L’offeso dal reato, con le rafforzate garanzie, verso una nuova identità*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2021, 11, 1542 ss.

⁵⁵ Il nostro codice di rito penale dedica un’intera norma alla condizione di particolare vulnerabilità, l’art. 90 quater, ai sensi del quale: «*Agli effetti delle disposizioni del presente codice, la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa è desunta, oltre che dall’età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede. Per la valutazione della condizione si tiene conto se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall’autore del reato*».

⁵⁶ Per un approfondimento sul concetto di vulnerabilità, si consiglia, *ex multis*, F. TRAPPELLA, *La vittima della legalità violata. Spunti in tema di vulnerabilità*, in *Arch. Pen.*, n. 1, 2023, web, p. 1 ss. La vulnerabilità è qualifica tipicamente associata alla vittima del reato: a livello europeo, prim’ancora che interno, si sono elaborati meccanismi a tutela del soggetto passivo; per contro, sugli Stati grava l’obbligo di prevedere situazioni di potenziale rischio per l’offeso e di farvi fronte: con il lessico della Convenzione di Istanbul si parla di *risk assessment* e di *risk management*.

⁵⁷ In questi termini M. BOUCHARD, *Sulla vulnerabilità nel processo penale*, in www.dirittopenaleuomo.org.

⁵⁸ E. LEVINAS, *Trascendenza e male, introduzione a NEMO, Job et l’excès du mal*, Parigi, 1978. Il pensiero di Levinas è approfondito in VERGANI, *Vulnerabilità. Premesse fenomenologiche delle categorie giuridiche nel pensiero di Levinas*, in *Etica & Politica*, 2020, 1, 563 ss.

⁵⁹ O. MAZZA, *Il contraddittorio impedito di fronte ai testimoni vulnerabili*, in *Tradimenti di un codice. La procedura penale a trent’anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, 81 ss. il quale rileva, inoltre, che «Lo spostamento dell’assunzione della testimonianza dei soggetti vulnerabili dal dibattimento all’incidente probatorio rappresenta plasticamente l’involuzione del metodo dialettico. Nell’incidente probatorio il contraddittorio è riplasmato dal legislatore e dalla prassi fino ad assumere la mera parvenza del confronto dialettico».

ascrivibili alla categoria dei “vulnerabili”. È una questione aperta all’interpretazione, avendo il legislatore fatto indifferentemente riferimento ai minorenni in quanto tali, ai minorenni vittime di reati sessuali, ai maggiorenni sempre vittime di reati sessuali, a persone che hanno un *deficit* cognitivo e alle donne vittime di certi reati a sfondo sessuale o intra familiare⁶⁰.

A prescindere dalla vulnerabilità, non va poi sottovalutato un altro dato: attesa la forte incidenza della costituzione di parte civile sulle dinamiche e sull’esito dell’accertamento, la persona offesa, che sia anche soggetto “danneggiato” dal reato, vede indiscutibilmente accrescere la propria posizione nella “fase processuale”. La parte civile, infatti, non si limita a introdurre la domanda risarcitoria, ma diviene inevitabilmente una vera e propria accusa privata interessata all’accertamento della responsabilità penale dell’imputato quale presupposto della responsabilità civile. Tale accusa privata, avendo un “interesse personale e diretto” alla condanna dell’imputato, risulta spesso più accanita di quella pubblica, finendo per generare un evidente squilibrio fra le parti processuali: una difesa a fronte di due accusatori, uno pubblico e uno privato.

In sintesi, l’interesse della persona offesa non è più solo quello che sia avviato l’accertamento dei fatti così da vedere realizzata la propria pretesa punitiva. Non è soltanto quello di ricevere tutela “dal” e “nel” processo, sul presupposto che esso possa rivelarsi esperienza suscettibile di acuire il trauma dell’illecito subito. Ora, a questi interessi, se ne è aggiunto un altro: quello di ricevere una riparazione dell’offesa patita e, a questo specifico fronte di protezione, apre la giustizia riparativa.

Ciò posto, una politica poco attenta alle esigenze di protezione dell’accusato ed eccessivamente proiettata verso un percorso di rafforzamento del ruolo della vittima, finirebbe col nuocere al sistema.

Si finirebbe con lo spostare eccessivamente il baricentro del processo in direzione (e dalla parte) della vittima, destabilizzando il tradizionale assetto triadico del nostro processo penale: un assetto fondato sulla dialettica pubblico ministero-imputato-giudice.

La preoccupazione è che proprio l’apertura delle porte del processo penale alla “giustizia riparativa”, possa significativamente stravolgere questo delicato assetto triadico del nostro processo a chiara vocazione accusatoria⁶¹. L’accesso alla giustizia riparativa, per l’accusato che intende accedervi,

⁶⁰ Nessuno nega l’importanza delle esigenze di protezione della vittima, ma ci si chiede se sia opportuno, atteso il vistoso e crescente interesse manifestato per il tema della vulnerabilità in ambito penale, portare tale concetto oltre la dimensione della persona offesa, così da riconoscere all’interno del nostro sistema processuale anche le figure di indagato, imputato e condannato vulnerabili. Sul tema, per i dovuti approfondimenti, si veda F. TRAPPELLA, *La vittima della legalità violata. Spunti in tema di vulnerabilità*, cit., 2.

⁶¹ Sia consentito un rinvio ad A. ZAMPAGLIONE, *La delega in tema di “giustizia riparativa” tra principi costituzionali e criticità processuali*, in *Diritti Fondamentali*, vol. 1, 2022, pubblicato 11 aprile 2022, 562-581 secondo cui il processo penale è nato come “luogo dell’accertamento del fatto”,

è, di fatto, rimesso nelle mani della vittima; a confermare il dato sono le fonti eurocomunitarie (art. 12, comma 1, lett. a, direttiva 2012/29/UE): «si ricorre ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell'interesse della vittima, in base ad eventuali considerazioni di sicurezza, e se sono basati sul suo consenso libero e informato, che può essere revocato in qualsiasi momento». Traspare, dunque, una netta finalizzazione della giustizia riparativa a tutela esclusiva della vittima.

Inoltre, la *restorative justice* appare incompatibile con la presunzione di non colpevolezza, essendo prevista come condizione essenziale per l'avvio del relativo procedimento che «l'autore del reato [abbia] riconosciuto i fatti essenziali del caso»⁶². Si tratta di un istituto di favore e di garanzia per la vittima al quale l'imputato accede solo riconoscendo la propria responsabilità⁶³.

In definitiva, in tale sede, non c'è attività cognitiva, il reato resta sullo sfondo, venendo alla ribalta la relazione umana che si stabilisce tra le parti in conflitto che partecipano ai programmi esprimendo il loro consenso. Il rischio che si corre è quello di dare la stura ad una "giustizia differenziata" che varia da imputato ad imputato, a seconda dello stato della vittima, compassionevole o vendicativa, povera o ricca, collaborativa o non collaborativa⁶⁴.

luogo che per tradizione vede da sempre l'imputato protagonista, in positivo ed in negativo, della vicenda processuale. In "negativo" perché subisce le conseguenze negative del processo mentre in "positivo" perché portatore di diritti fondamentali (es. diritto di difesa) e fruitore di imprescindibili garanzie processuali (es. la presunzione di non colpevolezza). Nel tempo, poi, il processo penale è divenuto anche "strumento per contrastare" i fenomeni criminali di maggiore allarme sociale. Adesso, è in atto un complesso ed intricato *iter* per trasformarlo anche in "luogo istituzionale per ricucire" i rapporti tra vittima e autore del reato.

⁶² Così, art. 12, comma 1, lett. c, direttiva 2012/29/UE.

⁶³ Fermo restando questo fondamentale profilo (il riconoscimento della responsabilità), la presunzione di non colpevolezza appare violata anche sotto un altro aspetto: la giustizia riparativa presuppone una già intervenuta cristallizzazione dei ruoli, colpevole e vittima, che per la logica del processo penale non solo non possono essere affermati fino all'accertamento definitivo di responsabilità ma sono addirittura ribaltati dalla previsione costituzionale per cui l'imputato va considerato non colpevole e la vittima va presunta non tale o comunque non vittima dell'azione dell'imputato (Cfr. O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in *Procedura Penale*, VIII Ed., Torino, 2023, 74).

⁶⁴ In tal senso, P. DELL'ANNO, *La giustizia riparativa sotto la lente di ingrandimento della Carta costituzionale: prime osservazioni*, in *Diritti Fondamentali*, fasc. 3, 2023, pubblicato 5 settembre 2023 e A. ZAMPAGLIONE, *La delega in tema di "giustizia riparativa" tra principi costituzionali e criticità processuali*, cit., 562-581.

Tanto tuonò che piovve: il nuovo sequestro di dispositivi informatici

Andrea Chelo*

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Lo scenario di riferimento. – **3.** I progetti del legislatore: il d.d.l. n. S 690.– **4.** Segue: il d.d.l. n. S 806. – **5.** Un po' di considerazioni...de iure condendo. – **6.** Conclusioni.

ABSTRACT

Finalmente il legislatore ha deciso di introdurre una disciplina apposita per il sequestro degli smartphone e, più in generale, dei dispositivi informatici e delle memorie digitali. L'autore esamina i due disegni di legge presentati e in valutazione al Senato, individuando una serie di punti critici che si spera troveranno correzione nel prosieguo dell'iter legislativo.

The legislator has decided to introduce new rules for the seizure of smartphones and, more generally, computer devices and mass storage devices. The author examines the two draft laws under discussion in the Senate, identifying a series of critical points that hopes will be correct in the legislative process.

1. Premessa.

Del tutto assente, più che inadeguata, può oggi definirsi la disciplina processuale relativa al sequestro di apparecchiature elettroniche/informatiche, vieppiù quelle utilizzate per le comunicazioni come *smartphone*, *tablet* e computer. Non si sta esagerando per enfatizzare un concetto: ci si sta limitando a descrivere lo stato dell'arte, avuto riguardo agli strumenti processuali disponibili e all'attuale rilevanza che i dispositivi in questione rivestono nella vita di ogni giorno, con conseguente vulnus alla sfera della *privacy* individuale talvolta al di fuori da ogni legittima proporzione.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte costituzionale ancor più di recente, con le loro pronunce, hanno enfatizzato taluni aspetti del diritto-

* Professore associato di Diritto processuale penale nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari.

to alla *privacy* e alla riservatezza delle comunicazioni, fornendo le indicazioni per riconoscergli una tutela effettiva. È per questa ragione che l'attuale iniziativa del legislatore di porre rimedio alla lacuna normativa deve essere colta con entusiasmo e favore, nella speranza che essa sia condotta con rigore metodologico, al fine di evitare che venga alla luce una disciplina inadeguata allo scopo che si prefigge.

La Commissione giustizia del Senato ha, infatti, avviato l'esame dei disegni di legge n. S 690¹ e n. S 806²; si tratta di due proposte di legge miranti, entrambe, ad introdurre nel codice di procedura penale l'art. 254-*ter* c.p.p.: una nuova norma che dovrebbe disciplinare il sequestro di dispositivi e sistemi informatici, *smartphone* e memorie digitali.

Per quanto può rilevarsi dall'iter reso noto attraverso il sito istituzionale del Senato, la trattazione dei due disegni di legge procede in parallelo: circostanza più che positiva, considerato che – anticipando un giudizio sui testi – nessuno dei due disegni di legge pare risolvere, da solo, le problematiche più frequenti incontrate in materia. È auspicabile, pertanto, che nella discussione parlamentare congiunta delle due proposte si trovi un accordo per una soluzione che, mutuando gli aspetti positivi di ognuno dei due testi, rappresenti un corretto equilibrio tra esigenze investigative e tutela della *privacy*.

2. Lo scenario di riferimento.

Sia le relazioni introduttive dei due disegni di legge che il dossier elaborato dall'Ufficio Studi del Senato e messo a disposizione dei componenti delle Camere chiariscono la delicatezza dello scenario di riferimento³, ovvero del contesto nel quale la soluzione legislativa dovrà trovarsi ad operare.

Oggi, però, vi è un dato fondamentale, venuto in evidenza successivamente alla presentazione dei due disegni di legge, che ha davvero stravolto la materia⁴: in data 27 luglio 2023, con una sentenza dal contenuto dirimpante rispetto allo *status quo*, la Corte costituzionale ha chiarito che i messaggi *e-mail* o di messaggistica istantanea sono da considerarsi corrispondenza – e non mero documento⁵ – anche quando sono stati già ricevuti e letti dal desti-

¹ Si tratta del disegno di legge d'iniziativa del senatore Scarpinato, comunicato alla presidenza il 9 maggio 2023, relativo alla "introduzione dell'articolo 254-*ter* del codice di procedura penale recante norme in materia di sequestro di strumenti elettronici".

² Si tratta del disegno di legge d'iniziativa dei senatori Zanettin e Bongiorno, comunicato alla presidenza il 19 luglio 2023, recante "modifiche al codice di procedura penale in materia di sequestro di dispositivi e sistemi informatici, *smartphone* e memorie digitali".

³ Per un approfondimento, volendo, cfr. A. CHELO, *Sequestro probatorio di strumenti di comunicazione: l'imprescindibilità di una riforma*, in *Dir. pen. e proc.*, 2022, 1583 ss.

⁴ Di esso si rinviene esclusivamente una fugace traccia nella conclusione del citato *dossier*.

⁵ Come noto la giurisprudenza di legittimità è sempre stata incline a ritenere che i messaggi *de quibus* fossero da considerare come documento. Sul punto cfr., ad esempio, Cass., Sez. VI, 22 agosto 2022, n. 31364, inedita, che richiama un costante orientamento già fatto proprio da Cass., Sez. VI, 12 novembre 2019, n. 1822, in *C.E.D. Cass.*, n. 278124, secondo cui ai messaggi whatsapp e

natario e sono, pertanto, tutelati, dall'art. 15 Cost.; più precisamente, la Corte ha concluso che, «analogamente all'art. 15 Cost., quanto alla corrispondenza della generalità dei cittadini, anche, e a maggior ragione, l'art. 68, terzo comma, Cost. tuteli la corrispondenza dei membri del Parlamento – ivi compresa quella elettronica – anche dopo la ricezione da parte del destinatario, almeno fino a quando, per il decorso del tempo, essa non abbia perso ogni carattere di attualità, in rapporto all'interesse alla sua riservatezza, trasformandosi in un mero documento “storico”»⁶.

La sentenza della Corte ha così lasciato il riflettore puntato su un'attività già di per sé estremamente delicata, perché profondamente invasiva della sfera della riservatezza dell'individuo: il sequestro di uno strumento che, per l'uso per il quale è stato concepito, è veicolo ma anche contenitore di corrispondenza. Nonostante ciò, la soluzione proposta dal giudice delle leggi ha risolto un problema ma ne ha creato un altro: la Corte, infatti, riconoscendo la sequestrabilità del dispositivo finalizzata ad acquisire i messaggi in esso contenuti e affermando la necessità della sola autorizzazione della Camera di appartenenza ai fini dell'acquisizione dei messaggi trasmessi dal parlamentare o da lui ricevuti, ha attribuito alla corrispondenza una tutela *sui generis*, che, come vedremo, si palesa incompleta alla luce della portata dell'art. 15 Cost., del quadro normativo sovranazionale e della disciplina codicistica. Circostanza, questa, che dimostra, davvero, l'imprescindibilità di un intervento normativo in materia.

Se, infatti, le *e-mail* già lette o le *chat* di messaggistica istantanea costituiscono corrispondenza tutelata dall'art. 15 Cost., quest'ultima disposizione, con la sua doppia riserva, di legge e di giurisdizione, impone non solo l'intervento dell'autorità giudiziaria – ciò che nell'ottica interna si è finora salvaguardato con il provvedimento di sequestro del pubblico ministero – ma anche la necessità che la limitazione della libertà della corrispondenza av-

sms rinvenuti in un telefono cellulare sottoposto a sequestro non sarebbe applicabile la disciplina dettata dall'art. 254 c.p.p., in quanto tali testi non rientrano nel concetto di “corrispondenza”, la cui nozione implica un'attività di spedizione in corso o comunque avviata dal mittente mediante consegna a terzi per il recapito (per questa affermazione cfr., ancor prima, Cass., Sez. III, 25 novembre 2015, n. 928, in *C.E.D. Cass.*, n. 265991); né, secondo la giurisprudenza, l'attività di acquisizione può inquadrarsi in un'attività di intercettazione, la quale postula, per sua natura, la captazione di un flusso di comunicazioni in corso, là dove i dati presenti sulla memoria del telefono acquisiti *ex post* costituiscono mera documentazione di detti flussi. I giudici di legittimità, infatti, hanno costantemente ritenuto che i messaggi *whatsapp*, così come gli sms conservati nella memoria di un apparecchio cellulare, abbiano natura di documenti ai sensi dell'art. 234 c.p.p., con l'ulteriore conseguenza di dover ritenere detti testi legittimamente acquisiti ed utilizzabili ai fini della decisione ove ottenuti mediante riproduzione fotografica a cura degli inquirenti. Nello stesso senso cfr. anche Cass., Sez. VI, 28 maggio 2019, n. 28269, in *C.E.D. Cass.*, n. 276227, relativa al sequestro di un server contenente messaggi di posta elettronica e Cass., Sez. V, 21 novembre 2017, n. 1822, in *C.E.D. Cass.*, n. 272319, relativa al sequestro di un cellulare contenente sms e messaggi *whatsapp*.

⁶ Così Corte cost. 27 luglio 2023, n. 170, in *Giur. cost.*, 2023, IV, 263 ss.

venga «con le garanzie stabilite dalla legge»⁷; e l'attenzione, a nostro modo di vedere, deve soffermarsi proprio su quest'ultima riserva, che, essendo assoluta, esige una disciplina dettata dal legislatore con normativa primaria⁸, ad oggi ancora assente. D'altronde, come sempre affermato dalla dottrina, il riferimento, nella citata disposizione costituzionale, alle "garanzie" deve essere interpretato «nel senso che la previsione legislativa debba accompagnare all'individuazione dei casi e modi (art. 13 Cost.) le garanzie tecniche e giuridiche idonee a limitare l'esercizio della libertà fondamentale e tutelare i protagonisti del rapporto comunicativo»⁹.

È evidente, allora, che se la limitazione della libertà e segretezza della corrispondenza può avvenire solo nei limiti indicati dalla legge quanto a casi, modi e garanzie, manca, oggi, nel sistema una disposizione specifica finalizzata ad individuare casi, modi e garanzie dell'intervento statale incidente sui messaggi *e-mail* e di messaggistica istantanea già letti e ricevuti.

Se è vero, infatti, che, «nel caso di sequestro probatorio informatico il "vero" oggetto del sequestro non è tanto il dispositivo elettronico (il "contenitore") - il quale, di per sé, non ha di norma alcun interesse per le indagini - quanto piuttosto i suoi dati (il "contenuto"), nella parte in cui risultano utili alle indagini stesse»¹⁰ non può ritenersi sufficiente, a soddisfazione della riserva di legge, la sola previsione codicistica del sequestro probatorio¹¹ di cui all'art. 253 c.p.p.

⁷ Sulla portata della riserva *de qua* cfr. P. BARILE - E. CHELI, voce *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, vol. X, Milano 1962, 743 ss.; V. ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, Milano, 1963, *passim*; A. PACE, sub *Art. 15*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA-A. PIZZORUSSO, Bologna 1977, 105 ss.; C. TROISIO, voce *Corrispondenza (Libertà e segretezza della)*, in *Enc. giur.*, vol. IX, 1988, 80 ss.; P. CARETTI, voce *Corrispondenza (libertà di)*, in *D. disc. pubbl.*, vol. IV, 1989, 200 ss.

⁸ È, infatti, riservata alla normativa secondaria la sola regolamentazione di aspetti strettamente esecutivi.

⁹ Così L. CALIFANO, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni*, in www.lamagistratura.it, che richiama sul punto le precedenti considerazioni di A. PACE, sub *Art. 15*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 106. Secondo M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Milano, 1985, 261, la previsione costituzionale imporrebbe, oltre alle ordinarie garanzie di riserva di legge e di giurisdizione, che altre garanzie debbano essere istituite dalla legge. Sul tema cfr. anche L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 43 ss.

¹⁰ Così sostiene la stessa Corte nella citata sentenza, rifuggendo da una "truffa delle etichette" ed anzi invitando, con schietta concretezza, a focalizzare l'attenzione sui messaggi stessi, imponendo di riconoscere agli stessi l'ordinaria tutela che la Costituzione appresta alla corrispondenza.

¹¹ Infatti, l'art. 253 c.p.p. è norma troppo generica per poter dare soddisfazione alla riserva di legge di cui all'art. 15 Cost.; l'art. 254 c.p.p., poi, disciplina un'ipotesi differente - il sequestro «presso coloro che forniscono servizi postali, telegrafici, telematici o di telecomunicazioni» - che non può essere utilizzata, in chiave estensiva, per legittimare un'apprensione che avviene in condizioni del tutto diverse. Per un approfondimento sulle ragioni per le quali non è possibile ritenere sufficienti le due disposizioni citate, sia consentito il rimando a A. CHELO, *Davvero legittimo il sequestro di messaggi e-mail e WhatsApp già letti?*, in *Giur. cost.*, 2023, IV, 296 ss.

È chiaro, pertanto, che manca, nell'attuale sistema, la necessaria e consapevole modulazione dell'atto invasivo che solo il legislatore, per dettato costituzionale, è chiamato a compiere in relazione ad uno strumento processuale che non si limita ad incidere sulla proprietà o sul possesso, ma sulla segretezza della corrispondenza e non di meno sulla libertà della stessa; non possiamo disconoscere, infatti, che l'ampiezza della libertà di comunicare deriva, in parte, dalla stessa segretezza che alla comunicazione è garantita.

Ma nello scenario di riferimento emergono altre problematiche.

La prima ruota attorno alla possibilità o meno di ritenere sufficiente un provvedimento del pubblico ministero per incidere sul diritto alla riservatezza delle comunicazioni garantito dall'art. 15 Cost. Fino a poco tempo fa, il provvedimento del giudice era stato ritenuto imprescindibile per incidere sul diritto in maniera subdola, come accade nelle intercettazioni¹²; da poco più di due anni, però, sulla scia delle indicazioni fornite della Corte di giustizia dell'Unione, il legislatore italiano è stato costretto a modificare la normativa in materia di accesso ai tabulati telefonici e telematici. Con il d.l. 30 settembre 2021, n. 132, convertito dalla l. 23 novembre 2021, n. 178¹³, è stato, infatti, modificato l'art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, anche noto come "codice della *privacy*", stabilendo, a differenza che in passato, che i dati esterni delle comunicazioni e quelli di ubicazione siano acquisiti, entro il termine di conservazione imposto dalla legge, «previa autorizzazione rilasciata dal giudice con decreto motivato, su richiesta del pubblico ministero o su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta a indagini, della persona offesa e delle altre parti private»¹⁴.

Per l'effetto, vacilla anche l'attribuzione in capo al pubblico ministero del sequestro di corrispondenza su un apparato che la contiene: che senso

¹² Secondo Corte cost. 24 gennaio 2017, n. 20, il diverso grado di materializzazione del mezzo comunicativo utilizzato avrebbe storicamente orientato il legislatore verso modalità differenti di ricerca della prova, secondo scelte che non possono essere ritenute irragionevoli: il sequestro, per la comunicazione realizzata attraverso un mezzo cartaceo, in linea con gli strumenti tradizionali per l'acquisizione di cose pertinenti al reato; l'intercettazione, invece, per la comunicazione realizzata attraverso mezzi visivi, acustici o elettronici.

¹³ Per un commento alla disciplina introdotta con il citato d.l., cfr. G. BATTARINO, *Acquisizione di dati di traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale: il decreto-legge 30 settembre 2021 n. 132*, in www.questionegiustizia.it; C. CARDINALE, *La nuova disciplina di acquisizione dei tabulati telefonici*, in www.rivistapenaleitaliana.it; F. DEMARTIS, *La nuova disciplina sui tabulati: un completo adeguamento agli standard europei?*, in *Dir. pen. proc.* 2022, 299 ss.; L. FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento "a caldo"*, in www.penaledp.it; ID., *Tabulati telefonici e telematici e rispetto della vita privata*, in www.dirittodidifesa.eu; A. MALACARNE, *La decretazione d'urgenza del Governo in materia di tabulati telefonici: breve commento a prima lettura del d.l. 30 settembre 2021, n. 132*, in www.sistemapenale.it; F. RINALDINI, *La nuova disciplina del regime di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici: scenari e prospettive*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, p. 10.

¹⁴ Il legislatore ha anche previsto che, qualora ricorrano ragioni di urgenza e vi sia fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero possa disporre l'acquisizione dei dati con decreto motivato da sottoporre a convalida del giudice.

avrebbe, anche in riferimento all'art. 3 Cost., affidare al giudice l'acquisizione dei dati esterni della comunicazione e al pubblico ministero, invece, quella del contenuto?

La seconda problematica attiene, invece, all'individuazione delle finalità dell'atto investigativo e dei casi nei quali è possibile compierlo. In materia di tabulati, ad esempio, l'acquisizione può avvenire esclusivamente qualora essi siano «rilevanti per l'accertamento dei fatti» e «se sussistono sufficienti indizi di reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale, e di reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi». È evidente, dunque, che se l'acquisizione di dati esterni richiede una motivazione rafforzata e l'atto non è, comunque, ammesso in riferimento a reati di minore gravità, analoghe previsioni dovrebbero sovrintendere il compimento di un'attività investigativa ben più invasiva, come quella dell'acquisizione del "contenitore" della corrispondenza e, dunque, della corrispondenza stessa.

La terza problematica è relativa, poi, alla conservazione dei dati. Oramai, a tutela della *privacy*, in materia di intercettazioni il legislatore ha istituito l'archivio riservato, ove vengono custodite, garantendo la massima riservatezza, le comunicazioni intercettate. È evidente, dunque, che se anche i messaggi di messaggistica istantanea o le *e-mail* già scambiati costituiscono corrispondenza e risultano tutelati, anch'essi, dall'art. 15 Cost., il loro contenuto debba necessariamente essere custodito con i medesimi accorgimenti e non confluire indiscriminatamente, come accade oggi, nel fascicolo processuale.

La quarta problematica attiene, infine, a due aspetti tra loro intimamente legati: l'individuazione di ciò che è rilevante tra il materiale oggetto di sequestro e la tempestiva restituzione dell'apparato all'avente diritto.

Oggi, lo *smartphone*, il *tablet*, il *notebook* rappresentano vere e proprie appendici della persona: vengono utilizzati per gli scopi più diversi e rappresentano, talvolta, l'unico accesso al domicilio informatico del soggetto. Privare a lungo nel tempo un individuo di questi apparati rappresenta, dunque, una misura eccessiva e sproporzionata se la loro acquisizione è funzionale solo a carpirne il contenuto¹⁵. Si pensi, ad esempio, che lo *smartphone* è lo strumento utilizzato il più delle volte per il riconoscimento e l'autorizzazione

¹⁵ A queste conclusioni è giunta da tempo anche la giurisprudenza: secondo Cass., Sez. VI, 2 novembre 2022, n. 44010, in *Dir. di internet*, 2023, n. 1, 129, con commento di F. CERQUA, *La durata ragionevole del sequestro probatorio informatico*, una volta realizzata la copia forense, lo smartphone deve essere immediatamente restituito, venendo meno le esigenze di indagine che giustificano la protrazione del sequestro. In precedenza, Cass., Sez. VI, 14 novembre 2018, n. 4857, inedita, aveva affermato che, poiché il dispositivo elettronico è un mero contenitore, la cui acquisizione è strumentale all'acquisizione dei dati utili per l'indagine, la legittimità del sequestro del primo è legata alla temporaneità dello spossessamento, finalizzata esclusivamente all'estrazione di una copia forense del contenuto.

a distanza in operazioni dispositive bancarie: privare una persona della sua disponibilità, dunque, significa impedirle di esercitare i propri legittimi diritti, senza che la limitazione soddisfi una qualche esigenza per l'accertamento laddove si protragga pur essendosi proceduto¹⁶.

Diventa allora essenziale prevedere delle tempistiche per la creazione di una copia forense dell'apparato, disponendo, poi, l'immediata restituzione dello stesso¹⁷.

Ma deve anche operarsi la selezione di quanto oggetto di acquisizione: la vita privata di un individuo non può essere violata se non nei limiti in cui la violazione è necessaria per l'accertamento¹⁸ e se quest'ultimo si palesa come dovuto. Pertanto, non è fondamentale prevedere solo la creazione di una copia forense, ma anche la selezione del materiale acquisito¹⁹, con distruzione di quanto non sia rilevante per le legittime esigenze investigative²⁰.

¹⁶ D'altronde, il contemperamento tra le contrapposte esigenze dell'autorità inquirente e del privato può essere assicurato attraverso un sequestro delle cose contenenti i dati da esaminare – o, se possibile, solo di questi ultimi – che si protragga solo per il tempo strettamente necessario al compimento di tale verifica.

¹⁷ Non deve dimenticarsi che proprio il fattore tempo è un parametro di valutazione della correttezza di un sequestro, a norma dell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione E.D.U.: in questo senso cfr., ad esempio, Corte E.D.U., 7 giugno 2007, Smirnov c/ Russa, n. 71362/01; Corte E.D.U., 19 giugno 2014, Draghici c/ Portogallo, n. 43620/10.

¹⁸ Secondo così Cass., Sez. VI, 11 novembre 2016, n. 53168, in *C.E.D. Cass.*, n. 268489, l'autorità giudiziaria, al fine di esaminare un'ampia massa di dati potenzialmente rilevanti per le indagini, può disporre un sequestro dai contenuti molto estesi, provvedendo, tuttavia, nel rispetto del principio di proporzionalità ed adeguatezza, alla immediata restituzione delle cose sottoposte a vincolo non appena sia decorso il tempo ragionevolmente necessario per gli accertamenti; con la conseguenza che, in caso di mancata tempestiva restituzione, l'interessato potrà presentare la relativa istanza e far valere le proprie ragioni, se necessario, anche mediante i rimedi impugnatori offerti dal sistema.

¹⁹ Secondo Cass., Sez. VI, 27 ottobre 2021, n. 38460, in *www.processopenaleegiustizia.it*, è illegittimo, per violazione del principio di proporzionalità ed adeguatezza, il sequestro a fini probatori di una massa di dati informatici, senza alcuna previa selezione di essi e comunque senza l'indicazione dei relativi criteri. Corollario della declaratoria di illegittimità del provvedimento è la restituzione all'avente diritto di tutte le copie forensi illegittimamente eseguite ed eventualmente ancora a disposizione del pubblico ministero.

²⁰ Da ultimo, sul punto, cfr. Cass., sez. II, 15 dicembre 2023, n. 50009, in *www.processopenaleegiustizia.it*, secondo cui, in tema di sequestro probatorio di dispositivi informatici o telematici, l'estrazione di copia integrale dei dati in essi contenuti, che consente la restituzione del dispositivo, non legittima il trattenimento della totalità delle informazioni apprese oltre il tempo necessario a selezionare quelle pertinenti al reato per cui si procede, sicché il pubblico ministero è tenuto a predisporre un'adeguata organizzazione per compiere tale selezione nel tempo più breve possibile, soprattutto nel caso in cui i dati siano sequestrati a persone estranee al reato, e provvedere, all'esito, alla restituzione della copia integrale agli aventi diritto. In precedenza, nello stesso senso, cfr. Cass., Sez. VI, 4 marzo 2020, n. 13156, inedita, secondo cui la c.d. copia integrale costituisce solo una copia-mezzo, cioè una copia che consente di restituire il contenitore, ma che non legittima affatto il trattenimento dell'insieme di dati appresi.

3. I progetti del legislatore: il d.d.l. n. S 690.

È alla luce di questo scenario che il legislatore interviene sulla materia, proponendo - in ambo i disegni di legge - l'inserimento di una nuova disposizione: l'art. 254-*ter* c.p.p.²¹

Ognuno dei testi ha dei punti di forza, dalla cui combinazione potrebbe emergere una disciplina efficiente.

Il d.d.l. n. S 690 introduce un art. 254-*ter* c.p.p. che dovrebbe regolamentare il sequestro di uno «strumento elettronico», così definito nella rubrica, che nel corpo della disposizione diventa, però, anche «strumento informatico»: a prescindere dalla differenza di significato tra le due definizioni²², il riferimento allo strumento informatico rende evidente, che non solo lo *smarthpone*, ma un qualsiasi strumento che possa essere considerato tale - un computer, un *tablet*, ma anche una memoria digitale - sarà soggetto a questa disciplina.

Nello specifico, si prevede che, qualora il pubblico ministero abbia il fondato motivo di ritenere che un tale apparato contenga dati o documenti pertinenti al reato necessari per l'accertamento dei fatti, debba richiedere

²¹ Per un pronto riscontro si riproduce, di seguito, il testo della nuova disposizione, così come proposto nel disegno di legge: «1. Il pubblico ministero, quando abbia fondato motivo di ritenere che uno strumento informatico contenga dati o documenti pertinenti al reato necessari per l'accertamento dei fatti, richiede al giudice competente l'autorizzazione a disporre il sequestro. Il giudice, nelle quarantotto ore successive, decide sulla convalida con decreto motivato qualora sussistono gravi indizi di reato. Nella valutazione dei gravi indizi di reato si applica l'articolo 203. 2. In deroga a quanto disposto dal comma 1, la convalida è data, con decreto motivato, quando il sequestro dello strumento elettronico è necessario per lo svolgimento delle indagini in relazione ad un delitto di criminalità organizzata in ordine al quale sussistano sufficienti indizi. Nella valutazione dei sufficienti indizi si applica l'articolo 203. 3. Nei casi di urgenza, quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone il sequestro con decreto motivato, che è comunicato immediatamente e comunque non oltre quarantotto ore al giudice competente. Il giudice, entro quarantotto ore dal provvedimento, decide sulla convalida con decreto motivato. Se il decreto del pubblico ministero non viene convalidato entro il termine stabilito, il sequestro perde di efficacia. 4. Al sequestro provvede il pubblico ministero personalmente ovvero un ufficiale di polizia giudiziaria delegato. 5. Copia del decreto di sequestro è consegnata all'interessato se presente. 6. Il pubblico ministero ordina la copia del contenuto dello strumento elettronico su adeguato supporto, con una procedura che assicuri la conformità dei dati acquisiti a quelli originali e la loro immodificabilità, nonché la tutela degli stessi. 7. Le operazioni di cui al comma 6 devono essere svolte nel più breve tempo possibile e comunque non oltre settantadue ore dal momento in cui il sequestro è stato convalidato. Al termine delle operazioni le cose sequestrate sono restituite a chi ne abbia diritto, salvo i casi in cui si debba procedere ai sensi degli articoli 240 e 240-*bis* del codice penale. 8. La copia dei dati è immediatamente trasmessa al pubblico ministero per la conservazione nell'archivio di cui all'articolo 269, comma 1, per il tempo strettamente necessario alla selezione dei dati rilevanti per le indagini relativamente al reato per il quale si procede. Una volta effettuate le operazioni di selezione, a tutela della riservatezza e su richiesta degli interessati, il pubblico ministero provvede alla distruzione della copia dei dati.»

²² Come noto, mentre l'elettronica si concentra sull'*hardware* e sui componenti fisici di un apparato che rendono possibile l'elaborazione delle informazioni, l'informatica è la disciplina che si concentra sul *software* e sul trattamento delle informazioni.

al giudice l'autorizzazione a disporre il sequestro e il giudice debba provvedere su tale richiesta²³ nelle quarantotto ore successive; la decisione dovrà essere adottata con decreto motivato al ricorrere di gravi indizi di reato, da valutarsi ai sensi dell'art. 203 c.p.p., o di sufficienti indizi, qualora le indagini siano relative ad un delitto di criminalità organizzata.

Ovviamente, nei casi di urgenza – cioè in quei casi in cui sussista un fondato motivo di ritenere, come in materia di intercettazioni, che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini – il provvedimento di sequestro può essere adottato direttamente dal pubblico ministero, con decreto motivato, che deve essere comunicato immediatamente e comunque non oltre quarantotto ore al giudice: entro quest'ultimo termine (quarantotto ore dal provvedimento), infatti, il giudice deve decidere sulla convalida con decreto motivato. Ovviamente, nell'ipotesi in cui il decreto non venisse convalidato entro il termine stabilito, il sequestro perderebbe immediatamente efficacia.

La norma si premura, poi, di indicare che il sequestro deve essere eseguito personalmente dal pubblico ministero ovvero da un ufficiale di polizia giudiziaria da questi delegato²⁴; e che, se l'interessato è presente, deve essergli consegnata copia del decreto di sequestro.

Il nuovo art. 254-ter c.p.p. si occupa, inoltre, di disciplinare la fase successiva al sequestro, ovvero quella di estrazione di una copia forense, conservazione della stessa, restituzione dell'apparato all'avente diritto ed estrazione dei dati rilevanti dalla copia, con distruzione di quelli in relazione ai quali non sussiste un interesse investigativo.

Si prevede, infatti, che il pubblico ministero ordini l'effettuazione di una copia del contenuto dello «strumento elettronico» (così nuovamente definito nel testo della norma) su adeguato supporto, attraverso una procedura che assicuri la conformità dei dati acquisiti a quelli originali e la loro immodificabilità, nonché la tutela degli stessi. Tali operazioni di copia devono essere svolte nel più breve tempo possibile e comunque non oltre settantadue ore dal momento in cui il sequestro è stato eseguito o convalidato²⁵, con immediata restituzione all'avente diritto, al termine delle operazioni, delle cose sequestrate, salva la necessità di confisca ai sensi degli artt. 240 e 240-bis c.p.

Ovviamente, la copia in questione è relativa a tutto il contenuto del dispositivo sequestrato, dovendosi, pertanto, procedere alla selezione dei dati rilevanti per le indagini in corso: a tal fine, la copia dovrà essere immediata-

²³ Impropiamente il testo fa riferimento ad una convalida, che, quale atto decisorio presuppone, però, l'esistenza di un provvedimento già adottato.

²⁴ Trattandosi di attività che può essere compiuta esclusivamente su delega, non sarà mai ammesso l'intervento da parte di un agente, neppure nei casi di assoluta necessità e urgenza. Ciò è consentito, infatti, stando al contenuto dell'art. 113 norme att. c.p.p., solo con riferimento agli atti previsti dagli artt. 352 e 354, commi 2 e 3, c.p.p.

²⁵ La norma, quanto alla decorrenza del termine, fa riferimento solo alla convalida ma è evidente che, nell'ipotesi in cui il sequestro sia disposto dal giudice, il termine non possa che decorrere dalla sua esecuzione, che avviene in un momento successivo.

mente trasmessa al pubblico ministero per essere conservata nell'archivio riservato istituito ai sensi dell'art. 269, comma 1, c.p.p.²⁶ per il tempo strettamente necessario ad operare la selezione. Una volta che quest'ultima sarà stata eseguita, a tutela della riservatezza e su richiesta degli interessati il pubblico ministero dovrà procedere alla distruzione della copia stessa.

4. *Segue: il d.d.l. n. S 806.*

Anche il d.d.l. n. S 806 è finalizzato ad introdurre, nel sistema codicistico, un nuovo art. 254-*ter* c.p.p.; dalla rubrica ben articolata, («Sequestro di dispositivi e sistemi informatici, *smartphone* e memorie digitali») si comprende che oggetto della disposizione è il sequestro, ancora una volta, di un'ampia categoria di apparati, che non si limita ai telefoni cellulari ma spazia fino a qualsiasi "contenitore" di dati, come una memoria digitale.

L'impostazione della nuova disciplina, stando al testo del d.d.l.²⁷, segue quella tradizionale dei sequestri, con qualche novità legata alla particolarità

²⁶ Il d.d.l. n. S 690, infatti, prevede anche un'interpolazione dell'art. 89-*bis*, comma 1, norme att. c.p.p., disciplinante l'archivio delle intercettazioni, nel quale, dopo la modifica, saranno «custoditi i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono nonché la copia dei dati di strumenti elettronici».

²⁷ Per un pronto riscontro si riproduce, di seguito, il testo della nuova disposizione, così come proposto nel disegno di legge: «Art. 254-*ter*. (Sequestro di dispositivi e sistemi informatici, *smartphone* e memorie digitali) - 1. Al sequestro di dispositivi e sistemi informatici, *smartphone* e memorie digitali l'autorità giudiziaria può procedere mediante decreto motivato che indichi espressamente: a) le ragioni che rendono necessario il sequestro in relazione al nesso di pertinenza fra il bene appreso e l'oggetto delle indagini; b) le operazioni tecniche da svolgere sul bene appreso e i criteri che saranno utilizzati per selezionare, nel rispetto del principio di proporzione, i soli dati effettivamente necessari per il prosieguo delle indagini. 2. Nel caso in cui vi sia pericolo che il contenuto dei dispositivi possa essere cancellato, alterato o modificato, l'autorità giudiziaria adotta le misure tecniche e impartisce le prescrizioni necessarie ad assicurare la conservazione e a impedirne a chiunque l'analisi e l'esame fino all'espletamento, in contraddittorio con gli interessati, delle operazioni di selezione dei dati di cui al comma 3; a tale fine l'autorità giudiziaria può disporre che si proceda alla duplicazione integrale dei suddetti dispositivi su adeguati supporti informatici mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immutabilità. 3. Entro cinque giorni dal sequestro il pubblico ministero avvisa la persona sottoposta alle indagini, la persona alla quale la cosa è stata sequestrata, la persona alla quale la cosa dovrebbe essere restituita e la persona offesa dal reato e i relativi difensori del giorno, dell'ora e del luogo fissato per l'affidamento dell'incarico da espletare ai sensi dell'articolo 360 e della facoltà di nominare consulenti tecnici. I difensori e i consulenti tecnici eventualmente nominati hanno diritto di assistere al conferimento dell'incarico e di partecipare alle operazioni di selezione ed estrazione dei dati, da effettuare eventualmente mediante l'utilizzo di parole chiave, formulando eccezioni o riserve, anche sui criteri utilizzati. Non si applica la disposizione di cui al comma 4 dell'articolo 360. 4. Sulle eventuali questioni concernenti il rispetto dei principi di necessità e di proporzione nella selezione e nell'apprensione dei dati ovvero l'apprensione di dati sensibili, il pubblico ministero decide entro 48 ore con decreto motivato. Entro le 48 ore successive il giudice per le indagini preliminari, con decreto motivato, convalida in tutto o in parte il provvedimento del pubblico ministero, eventualmente limitandone gli effetti solo ad alcuni dei dati selezionati, ovvero dispone la restituzione all'avente diritto del dispositivo informatico e

dei dati contenuti nei dispositivi in questione. Si prevede, infatti, che l'autorità giudiziaria - e, dunque, nella fase delle indagini, il pubblico ministero - disponga il sequestro di «dispositivi e sistemi informatici, smartphome e memorie digitali», con proprio decreto motivato, che deve espressamente indicare sia «le ragioni che rendono necessario il sequestro in relazione al nesso di pertinenza fra il bene appreso e l'oggetto delle indagini», sia «le operazioni tecniche» da svolgere sull'apparato e i criteri che verranno utilizzati «per selezionare, nel rispetto del principio di proporzionalità, i soli dati effettivamente necessari per il prosieguo delle indagini»²⁸. In buona sostanza, è imposta una motivazione rafforzata circa l'utilità del sequestro a fini investigativi e la sua proporzionalità sempre in funzione della prosecuzione delle indagini.

L'atto, giusta la previsione del provvedimento dell'autorità giudiziaria, si palesa come delegabile; ma il d.d.l. procede anche all'interpolazione dell'art. 354 c.p.p., che descrive un'attività di iniziativa della polizia giudiziaria, sicché pare emergere uno scenario composito.

Considerato che, ai sensi della già citata disposizione, in relazione ai dati, alle informazioni e ai programmi informatici o ai sistemi informatici o telematici è ammessa l'«immediata duplicazione su adeguati supporti, mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immodificabilità», il legislatore si premura ora di precisare che la copia realizzata deve essere «immediatamente trasmessa al pubblico ministero affinché, ove lo ritenga necessario, proceda ad attivare senza ritardo e, comunque, nelle 48 ore successive, le procedure di selezione dei dati di eventuale interesse investigativo previste dall'articolo 254-ter, commi 3 e seguenti», dovendo, in caso contrario, il pubblico ministero, procedere all'immediata restituzione della copia informatica all'avente diritto.

In buona sostanza, la nuova disposizione, più che disciplinare una nuova ipotesi di sequestro di pertinenza dell'autorità giudiziaria, assume la funzio-

dell'eventuale copia informatica nel frattempo realizzata. 5. Contro il decreto di convalida, la persona nei cui confronti sono svolte le indagini e il suo difensore, la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione possono proporre, entro dieci giorni dalla notifica del decreto, ovvero dalla diversa data in cui l'interessato ha avuto conoscenza dell'avvenuto sequestro, richiesta di riesame anche nel merito a norma dell'articolo 324. 6. Dopo la convalida, il pubblico ministero dispone che, in contraddittorio con i difensori e gli eventuali consulenti nominati, si proceda alla duplicazione dei soli dati selezionati nel contraddittorio delle parti ovvero indicati dal giudice per le indagini preliminari nel decreto di convalida, su un autonomo e idoneo supporto informatico con procedure che assicurino la conformità della copia ai dati fonte e l'immodificabilità della medesima. Una volta eseguita la copia dei dati di interesse, il dispositivo informatico o l'eventuale copia integrale del medesimo, eseguita a norma del comma 2, sono immediatamente restituiti all'avente diritto. 7. I dati informatici appresi dal pubblico ministero senza il rispetto delle formalità previste dal presente articolo sono inutilizzabili».

²⁸ Sarebbe opportuno valutare se il riferimento all'«oggetto delle indagini» o alla necessità «per il prosieguo delle indagini» possano comportare l'impossibilità di procedere al sequestro *de quo* dopo l'esercizio dell'azione penale, così come accade in materia di intercettazioni».

ne di individuare regole precise per l'esecuzione della copia, la selezione dei dati, e la restituzione all'avente diritto del dispositivo²⁹.

Da un lato, infatti, si prevede che, nel caso in cui vi sia pericolo che il contenuto dei dispositivi possa essere cancellato, alterato o modificato, l'autorità giudiziaria adotti le misure tecniche e impartisca le prescrizioni necessarie ad assicurarne la conservazione e a impedirne a chiunque l'analisi e l'esame fino all'espletamento, in contraddittorio con gli interessati, delle operazioni di selezione dei dati, disponendo, se del caso, la duplicazione integrale dei suddetti dispositivi su adeguati supporti informatici mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immodificabilità.

Quanto alla selezione, poi, la nuova disposizione prevede che, entro cinque giorni dal sequestro, il pubblico ministero avvisa la persona sottoposta alle indagini, la persona alla quale la cosa è stata sequestrata, la persona alla quale la cosa dovrebbe essere restituita e la persona offesa dal reato e i relativi difensori del giorno, dell'ora e del luogo fissato per l'affidamento dell'incarico (verosimilmente di copia del supporto, se non effettuata, e selezione dei dati) da espletare nelle forme degli accertamenti tecnici irripetibili (senza la possibilità di fare riserva di incidente probatorio), con facoltà di nominare consulenti tecnici. Questi ultimi e i difensori hanno diritto di assistere al conferimento dell'incarico e di partecipare alle operazioni di selezione ed estrazione dei dati, da effettuare eventualmente mediante l'utilizzo di parole chiave, formulando eccezioni o riserve, anche sui criteri utilizzati.

Sicuramente innovativa è la previsione, contenuta nel nuovo art. 254-ter c.p.p., secondo cui è possibile sollevare questioni concernenti il rispetto dei principi di necessità e di proporzione nella selezione e nell'apprensione dei dati ovvero l'apprensione di dati sensibili che devono essere decise, in prima istanza, entro 48 ore dal pubblico ministero con decreto motivato. In questa ipotesi, il provvedimento adottato è sottoposto a convalida, entro le 48 ore successive, dal giudice per le indagini preliminari, con decreto motivato: la decisione può convalidare tutto o parte del provvedimento del pubblico ministero, e può eventualmente limitare gli effetti solo ad alcuni dei dati se-

²⁹ La norma cerca, cioè, di dare soddisfazione al principio di proporzione: come affermato dalla giurisprudenza, questo principio, «certamente ancorato alla disciplina delle cautele personali nel procedimento penale ed alla tutela dei diritti inviolabili, ha nel sistema una portata più ampia in quanto travalica il perimetro della libertà individuale per divenire termine necessario di raffronto tra la compressione dei diritti quesiti e la giustificazione della loro limitazione»: così Cass., Sez. VI, 22 settembre 2020, n. 34265, in www.sistemapenale.it. È proprio in quest'ottica che la Corte ha affermato che quando il sequestro riguarda delle memorie fisiche è necessario procedere quanto prima alla realizzazione di una copia integrale delle stesse, al fine della loro immediata restituzione. Solo successivamente su tale copia potrà operarsi la selezione del contenuto, al fine di acquisire i soli dati utili ai fini delle indagini e distruggere i restanti: anche quest'ultima copia integrale, infatti, può essere trattenuta solo per il tempo strettamente necessario all'operazione di selezione. Per un commento alla sentenza citata, cfr. M. PITTIRUTI, *Dalla Corte di cassazione un vademecum sulle acquisizioni probatorie informatiche e un monito contro i sequestri digitali omnibus*, in www.sistemapenale.it.

lezionati; ma può anche disporre la restituzione all'avente diritto del dispositivo informatico e dell'eventuale copia informatica nel frattempo realizzata.

Il decreto di convalida può essere impugnato con riesame, anche nel merito, ai sensi dell'art. 324 c.p.p.: l'impugnazione può essere proposta dalla persona nei cui confronti sono svolte le indagini, dal suo difensore, dalla persona alla quale le cose sono state sequestrate e da quella che avrebbe diritto alla loro restituzione, entro dieci giorni dalla notifica del decreto, ovvero dalla diversa data in cui si è avuta conoscenza dell'avvenuto sequestro.

Una volta che la convalida è intervenuta, il pubblico ministero dispone che, in contraddittorio con i difensori e gli eventuali consulenti nominati, si proceda alla duplicazione dei soli dati selezionati nel contraddittorio delle parti ovvero indicati dal giudice per le indagini preliminari nel decreto di convalida; la duplicazione deve avvenire su un autonomo e idoneo supporto informatico con procedure che assicurino la conformità della copia ai dati fonte e l'immodificabilità della medesima. In ogni caso, a duplicazione eseguita, il dispositivo informatico o l'eventuale copia integrale del medesimo che fosse stata *medio termine* eseguita in condizioni di urgenza per preservarne il contenuto, devono essere immediatamente restituiti all'avente diritto.

Chiude la disposizione uno specifico divieto probatorio, secondo il quale i dati informatici appresi dal pubblico ministero senza il rispetto delle formalità dettate sono inutilizzabili.

5. Un po' di considerazioni...*de iure condendo*.

A fronte di due soluzioni normative dai contenuti così diversi, volte, però, a costruire una disciplina per la stessa materia, riteniamo opportuno – in quella che sostanzialmente è una prima lettura tutta da approfondire – individuare gli aspetti che ci sembrano i punti di forza di ognuno dei disegni di legge, sfruttando i quali potrebbe, magari, costruirsi una norma più performante, capace, cioè, di regolamentare adeguatamente l'attività in questione.

A tal fine, però, non può perdersi d'occhio lo scenario di riferimento che abbiamo ricostruito in premessa: infatti, se quella del legislatore è la risposta ad un'esigenza, è bene che l'esigenza stessa venga ben inquadrata per essere adeguatamente soddisfatta.

E allora, ciò che dovremmo aspettarci dalla nuova disciplina è che essa consenta di ritenere rispettate la riserva di legge e quella di giurisdizione, prevedendo casi, modi e garanzie del sequestro che, in ultima analisi, attinga la corrispondenza, con attribuzione del relativo potere al giudice, unica autorità caratterizzata da terzietà e imparzialità. Ma la disciplina dovrebbe, altresì, prevedere, nel contraddittorio, la tempestiva esecuzione della copia forense, la selezione dei dati utili e la distruzione di quelli non rilevanti; e, appena possibile, la tempestiva restituzione dell'apparato all'avente diritto.

Cercando di confrontarci con i testi normativi, dovrebbe, però, farsi innanzitutto chiarezza sull'oggetto da sottoporre a sequestro che nel d.d.l. n. S 690 è indicato talvolta come "strumento informatico", talaltra come "stru-

mento elettronico”, laddove il d.d.l. n. S 806 parla, invece, di “dispositivi e sistemi informatici, smartphone e memorie digitali”: si tratta di compiere, insomma una scelta di fondo, tra un riferimento più generale o uno più preciso. Quand’anche si adottasse un riferimento generale, capace di ricomprendere una più ampia pluralità di apparati, è bene, però, che esso sia generale e non, semplicemente, impreciso.

Un dato però è certo. La norma che entrambi i disegni di legge mirano ad introdurre si applicherà non solo al sequestro di “corrispondenza” ma, data l’ampiezza della categoria di apparati oggetto della misura ablativa e la loro eterogeneità, anche al sequestro di dati che non costituiscono espressione di comunicazioni. Si tratta, allora, di comprendere come operare: se costruire una norma sempre rispettosa dell’art. 15 Cost., oppure una norma che introduca una nuova ipotesi di sequestro e che, nell’eventualità in cui esso cada – indirettamente – sulla corrispondenza, fornisca solo in tal caso le garanzie che l’art. 15 Cost. impone.

Noi riteniamo che la scelta su come operare debba essere influenzata dalla consapevolezza che sugli apparati in questione vi è l’altissima probabilità – in relazione ad alcuni apparati addirittura la certezza – di rinvenire un contenuto che possa essere qualificato, seguendo le citate indicazioni della Corte costituzionale, come corrispondenza. Pertanto, qualora si volesse a tutti i costi introdurre una norma che ricomprendesse apparati così differenti tra loro, anche per funzione³⁰, non potrebbe farsi a meno di alzare l’asticella delle garanzie per evitare che talune situazioni meritevoli di particolare tutela ne rimangano prive.

Analizzando sotto questo profilo i due disegni di legge, è evidente che la soluzione del d.d.l. n. S 690 è certamente concepita per offrire una tutela ampia ed effettiva, risultando più simile a quella riconosciuta in materia di intercettazioni che in ambito di mero sequestro (seppur priva di sanzione). Tale disegno di legge, infatti, soddisfa appieno la riserva di giurisdizione, individuando nel giudice il soggetto che deve autorizzare il sequestro, con decreto motivato, e prevedendo, altresì, la possibilità di ricorrere, nei casi d’urgenza, al sequestro da parte del pubblico ministero da sottoporre a convalida: ciò che già si verifica in materia di intercettazioni e di acquisizione dei tabulati telefonici. La nuova disposizione, per vero, dovrebbe essere migliorata sotto il profilo della riserva di legge: è totalmente assente, infatti, l’indicazione dei casi in cui procedere all’acquisizione degli apparati *de quibus*, mentre, ad esempio, non solo le intercettazioni prevedono limitazioni alla loro esecuzione – per finalità e reati da accertare – ma la stessa acquisizione dei tabulati risulta legata al reato per il quale si procede.

³⁰ È evidente la differenza esistente tra uno *smartphone* e una memoria digitale: il primo è uno strumento di comunicazione e all’occorrenza di archiviazione; il secondo solo di archiviazione. Nel primo è certo che si troveranno tracce di una comunicazione, nel secondo vi è solo la possibilità.

La soluzione adottata dal d.d.l. n. S 806, invece, non convince: è, infatti, affidata all'autorità giudiziaria – e dunque al pubblico ministero – la decisione sul sequestro, salva la possibilità di sollevare «questioni concernenti il rispetto dei principi di necessità e di proporzione nella selezione e nell'apprensione dei dati» che verranno decise dapprima dallo stesso organo inquirente con decreto motivato, che sarà poi sottoposto a convalida da parte del giudice per le indagini preliminari. Posto che le questioni sono affidate alla parte e da essa dipendono, è difficile riuscire a comprendere, nell'ottica dell'art. 3 Cost., per quale ragione nell'ipotesi di acquisizione del “contenuto delle comunicazioni” (come nel caso del sequestro) l'autorizzazione possa promanare dal pubblico ministero, laddove, invece, solo il giudice può oggi disporre l'acquisizione dei tabulati, ovvero di “dati esterni alle comunicazioni”.

È, invece, sicuramente condivisibile l'indicazione data in quest'ultimo disegno di legge circa il contenuto della motivazione del decreto che dispone il sequestro, il quale deve indicare espressamente «a) le ragioni che rendono necessario il sequestro in relazione al nesso di pertinenza fra il bene appreso e l'oggetto delle indagini; b) le operazioni tecniche da svolgere sul bene appreso e i criteri che saranno utilizzati per selezionare, nel rispetto del principio di proporzione, i soli dati effettivamente necessari per il prosieguo delle indagini». Nell'ottica di un corretto bilanciamento tra opposte esigenze e all'insegna del principio di proporzionalità, un miglioramento potrebbe aversi se il sequestro fosse, però, agganciato all'esistenza di indizi di reato, come fa il d.d.l. n. S 690: esso prevede, infatti, che la decisione sia adottata con «decreto motivato qualora sussistono gravi indizi di reato», ovvero «sufficienti indizi» nell'ipotesi in cui le indagini siano relative ad un delitto di criminalità organizzata.

Quanto poi all'aspetto relativo all'effettuazione della copia, il d.d.l. n. S 690 prevede, in termini condivisibili, che la copia venga effettuata entro un termine predefinito seppure di natura ordinatoria, che è individuato «nel più breve tempo possibile e comunque non oltre settantadue ore dal momento in cui il sequestro è stato convalidato»³¹; meno rigido nelle tempistiche ma più attento al contraddittorio è, invece, sul punto, il d.d.l. n. S 806, secondo il quale la copia forense è eseguita nelle forme di cui all'art. 360 c.p.p.

³¹ È opportuno precisare che si tratta di un termine ordinatorio riferito, verosimilmente, all'inizio delle operazioni di copia. È vero che, in tema di sequestro probatorio avente ad oggetto dispositivi informatici o telematici, la finalizzazione dell'ablazione del supporto alla sua successiva analisi, strumentale all'identificazione e all'estrazione dei dati rilevanti per le indagini, implica che la protrazione del vincolo, nel rispetto dei principi di proporzionalità e di adeguatezza, debba essere limitata al tempo necessario all'espletamento delle operazioni tecniche. È altrettanto vero, però, che sempre secondo la giurisprudenza, la ragionevole durata di questo termine deve essere valutata in rapporto alle difficoltà tecniche di apprensione dei dati; e queste ultime devono ritenersi accresciute nel caso di mancata collaborazione dell'indagato che non fornisca le chiavi di accesso alle banche dati contenute nei supporti sequestrati: così Cass., Sez. II, 23 marzo 2023, n. 17604, in *C.E.D. Cass.*, n. 284393.

Infine, il d.d.l. n. S 806, prevedendo una causa di inutilizzabilità nell'ipotesi di violazione delle "formalità" introdotte, offre una ricaduta concreta sul piano processuale nell'ipotesi di violazione che, invece, il d.d.l. n. S 690, purtroppo, non offre.

6. Conclusioni.

Insomma, i disegni di legge che il legislatore sta valutando non convincono appieno; o meglio, come detto in premessa, considerati autonomamente non riescono a fornire piena soddisfazione alle esigenze che intenderebbero soddisfare.

Ci sembra che il problema stia nel fatto che si stia tentando di creare una disciplina da applicarsi a situazioni eterogenee, considerato che solo la corrispondenza rientra nell'alveo dell'art. 15 Cost. e non, invece, qualsiasi documento informatico nativo digitale o meno che possa essere archiviato in una memoria di massa.

Sarebbe, dunque, necessaria una disciplina differenziata per l'ipotesi di sequestro di apparati che possono essere utilizzati per la comunicazione rispetto a quella del sequestro che incide su apparati che sono destinati alla sola archiviazione: nel primo caso, infatti, deve essere riconosciuta, *ab origine*, la piena tutela che l'art. 15 Cost. assicura alle comunicazioni; nel secondo caso, invece, salva l'ipotesi che i dati archiviati riguardino corrispondenza, è sufficiente venga riconosciuta una valutazione di proporzionalità del sacrificio della *privacy* individuale, con limitazione dell'acquisizione di dati a quelli effettivamente rilevanti per l'indagine in corso.

In entrambi i casi, però, gli apparati sequestrati dovrebbero essere restituiti immediatamente dopo l'esecuzione della copia e la selezione: in caso contrario, infatti, ci si troverà di fronte ad una lesione inutile e sproporzionata dei diritti dell'individuo³², essendogli impedito di disporre di una *res* comunque inutile all'accertamento; e soprattutto, i dati non utili acquisiti in copia dovranno essere prontamente distrutti, dopo essere stati conservati, però, in modalità riservata.

Concludendo, viene anche da chiedersi, però, quale sarà l'impatto della nuova previsione.

³² Cass., Sez. Un., 19 aprile 2018, n. 36072, in *C.E.D. Cass.*, n. 273548, ha evidenziato che «la portata precettiva degli artt. 42 Cost. e 1 del primo Protocollo addizionale della Convenzione Edu richiede che le ragioni probatorie del vincolo di temporanea indisponibilità della cosa, anche quando la stessa si identifichi nel corpo del reato, siano esplicitate nel provvedimento giudiziario con adeguata motivazione, allo scopo di garantire che la misura, a fronte delle contestazioni difensive, sia soggetta al permanente controllo di legalità - anche sotto il profilo procedimentale - e di concreta idoneità in ordine all'*an* e alla sua durata, in particolare per l'aspetto del giusto equilibrio o del ragionevole rapporto di proporzionalità tra il mezzo impiegato, ovvero lo sposessamento del bene, e il fine endoprocessuale perseguito, ovvero l'accertamento del fatto di reato».

Riteniamo che le conseguenze siano numerose e importanti: l'introduzione di una norma che preveda il sequestro degli apparati elettronici/informatici – o anche, semplicemente, degli apparati di comunicazione – in casi predeterminati e con provvedimento del giudice non fa altro che confermare che il sequestro di tali dispositivi è stato finora disposto ed eseguito in sprezzo alla riserva di legge e di giurisdizione imposta dall'art. 15 Cost. e dalla giurisprudenza europea; dunque: *praeter legem e contra Constitutionem*. Non solo: l'entrata in vigore della nuova normativa dovrebbe porre fine a quelle attività di *online surveillance* che, per il tramite dell'art. 189 c.p.p., sono state finora eseguite sui dispositivi informatici utilizzati per le comunicazioni: un'attività certamente non rispettosa, ancora una volta, della riserva di legge e di giurisdizione dell'art. 15 Cost.

Per le stesse ragioni non è da escludere, poi, che il legislatore possa pensare ad una norma di diritto transitorio, così come avvenuto in materia di tabulati. Non che la soluzione ci aggradi, perché la lesione del diritto è comunque avvenuta e l'unica sua conseguenza dovrebbe essere l'inutilizzabilità; d'altronde, per utilizzare le parole sempre attuali del Giudice delle leggi, «attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»³³. Stiamo, dunque, a vedere.

Dopo l'accettazione del contributo da parte della rivista e la sua pubblicazione *online*, l'iter legislativo è proseguito al Senato con l'approvazione, il 10 aprile del 2024, del disegno di legge S.806, che ha assorbito il disegno di legge S.690. Il testo approvato, modificato rispetto a quello del proponente, è quello derivante dall'approvazione dell'emendamento 1.100, che ha corretto alcune delle criticità segnalate: per una sua prima disamina cfr. O. Murro, *Sequestro dei dispositivi informatici: verso l'art. 254 ter c.p.p.? Brevi note a margine del d.d.l. A.S. n. 806*, in www.penedp.it

³³ L'espressione è tratta da un memorabile *obiter dictum* del Giudice delle leggi, mai abbastanza seguito dalla giurisprudenza e in realtà neppure adeguatamente coltivato, in seguito, dalla stessa Corte costituzionale: così Corte cost. 6 aprile 1973, n. 34.

La vicenda dei criptofonini: le questioni aperte in attesa dell'imminente intervento delle Sezioni Unite

Giulia Fiorucci*

Sommario: 1. La vicenda. - 2. Nel tentativo di comprendere le attività svolte... - 3. ...Un rapido sguardo al contenuto degli Ordini europei di indagine. - 4. Precarie conclusioni.

ABSTRACT

Una delle questioni recenti e più discusse concerne certamente i criptofonini. In particolare, in primo luogo, le modalità attraverso le quali le Autorità competenti riescono a bucare lo schermo resistente da essi creato per la migliore conduzione delle attività illecite, in secondo luogo, le anomalie di tali attività di indagine vista la difficoltà di intercettare e acquisire i dati dei predetti strumenti. Ne è scaturito, infatti, un dibattito sulla riconducibilità delle indagini a un preciso e conosciuto modello legale e la relativa utilizzabilità processuale sia in ottica cautelare sia in ottica dibattimentale.

One of the recent and most discussed issues certainly concerns crypto phones. In particular, firstly, the methods through which the competent authorities manage to penetrate the resistant screen created by them for the better conduct of illicit activities, and secondly, the anomalies of such investigative activities given the difficulty of intercepting and acquiring data from these devices. This has resulted in a debate on the traceability of investigations to a precise and known legal model and the relative procedural usability both in a precautionary and in a trial perspective.

1. La vicenda.

Quando tecnologia e diritto si incontrano, i nodi da sciogliere diventano quasi sempre “doppi nodi”. Questo perché la natura delle due discipline è – per molti aspetti – incompatibile. L’una rapida e in continuo movimento, l’altro variabile, ma con tempi e modi decisamente “lenti” sono sempre più di frequente – considerando lo sviluppo e l’innovazione digitale – a contatto, dovendo affrontare e risolvere problemi comuni.

È il caso della vicenda che vede protagonista la società di telecomunicazioni canadese, Sky Global, fornitrice di criptofonini, attraverso i quali nu-

* Dottoranda di ricerca in scienze giuridiche e politiche presso l'Università degli Studi Guglielmo Marconi.

merosi soggetti – alcuni di questi indagati perché appartenenti alla criminalità organizzata – riuscivano a conversare mediante la piattaforma Sky ECC, piattaforma di messaggistica crittografata. La lunga e complessa indagine, quasi contemporanea e, comunque, simile a quella di Encrochat – condivisa da diversi paesi europei – si è concentrata sull'acquisizione delle chat e dei messaggi criptati in parte contenuti nei singoli criptofonini, in parte conservati nel server in cui transitavano le chat. Di difficile comprensione – almeno per ora – è la modalità investigativa. Secondo quanto è possibile comprendere dalla lettura fornita dai magistrati nostrani, le indagini sono state svolte dai cugini d'oltralpe considerato anche che il server ora nominato si trovava in territorio francese. Gli investigatori avrebbero installato un trojan in grado di copiare e trasmettere a un server della Gendarmeria tutte le chat confluite sul server della piattaforma Sky ECC, grazie all'autorizzazione emessa dal giudice francese competente; autorizzazione che si è dovuta rinnovare a causa della scoperta da parte della Sky ECC di una falla nel sistema con conseguente aggiornamento della sicurezza. Oltre alle chat, questa attività avrebbe permesso anche di acquisire le chiavi di cifratura – necessarie a decrittare i messaggi che, seppur acquisiti, continuavano a non poter essere letti – presenti nel server. A quanto pare, però, il captatore sarebbe stato in grado anche di inviare una specifica notifica – notifica push – a ogni criptofonino, raggiungendo e copiando le chiavi di cifratura di ogni telefono in questione. Questo ulteriore passaggio è stato necessario in considerazione della modalità di crittazione utilizzata dalla piattaforma: *end to end*; la caratteristica di questa crittazione sta nell'individuazione in ogni dispositivo di una specifica chiave di crittazione e decrittazione, il che non permette – se non al titolare del dispositivo – di leggere il messaggio arrivato. Banalmente, in maniera analoga, è quello che accade con Whatsapp: il messaggio viene scritto dal mittente, al momento dell'invio il telefono lo cripta e lo recapita al destinatario che – grazie alla chiave di lettura presente nel dispositivo – lo decrypta e lo rende leggibile, così che nessun altro possa decrittare e leggere il messaggio.

Così facendo, in sostanza, la Gendarmeria è stata in grado di decifrare sia i messaggi che fino a quel momento erano stati scambiati sulla piattaforma – ormai memorizzati – sia quelli che, in maniera dinamica, contestualmente, venivano mandati da un criptofonino e recapitati all'altro.

2. Nel tentativo di comprendere le attività svolte...

Due sono le problematiche sorte dalla vicenda, l'una legata all'altra. La prima: come devono o possono essere qualificati gli atti di indagine svolti? E la seconda: gli Ordini europei di indagine emessi dall'autorità italiana sono validi?

Cominciando dalla prima domanda, occorre primariamente comprendere come si sia mossa l'autorità francese. A ben guardare, l'ordinanza emessa dal giudice d'oltralpe autorizzava l'installazione del trojan, per poter procedere a

un'attività captativa che aveva – quindi – portato all'acquisizione delle *chat* e di alcune chiavi di cifratura, oltre che alla captazione di messaggi dinamicamente scambiati dagli utilizzatori. Allo stesso modo, anche la seconda ordinanza – alla stregua della prima – aveva la funzione di permettere l'acquisizione immediata dei messaggi. In sostanza l'attività svolta dall'autorità francese se non esclusivamente attività di intercettazione era certamente un'attività di intercettazione combinata a un'acquisizione di documenti o dati informatici; un'attività che si potrebbe definire ibrida.

Infatti, nell'installare il trojan, di fatto, l'Autorità è stata in grado di svolgere sia un'attività di ricerca sia un'attività di sorveglianza così riuscendo ad acquisire tanto dati in tempo reale c.d. dati caldi quanto dati salvati nel sistema informatico, dati c.d. freddi.

Il problema non è tanto nella realizzazione delle predette azioni combinate, ma consiste, come diversa parte della dottrina ha già sostenuto, nell'inesistenza di una normativa in materia che specifichi e limiti le attività in questione o, meglio, le modalità con cui vengono svolte.

Considerando che i dati acquisiti dall'Autorità francese sono stati trasmessi in Italia per mezzo di un Ordine Europeo di Indagine, occorre chiedersi – necessariamente – in quali categorie individuate dal legislatore interno siano sussumibili le indagini svolte, quantomeno alcuni passaggi di quelle indagini che, come detto, appaiono ibride.

Cercando, appunto, di trovare un mezzo di ricerca della prova in cui incastonare questo tipo di attività, la perquisizione potrebbe essere una delle proposte: il trojan, infatti, è riuscito a penetrare nel server permettendo la lettura e la copiatura dell'hard disk e, dunque, l'intero contenuto del server. Questa sorta di ingresso, ricerca e acquisizione ha, però, evidenti differenze con la perquisizione "ordinaria": intanto queste intrusioni e relative apprensioni sono state occulte, cioè, senza la conoscenza del soggetto (*rectius*: dei soggetti) che le subisce e senza che lo stesso possa rapidamente e chiaramente accorgersi dell'avvenuto accesso altrui e, poi, sono permanenti, perché di fatto – a differenza di un "banale" ingresso in abitazione (in caso di perquisizione locale), l'ottenimento dei dati richiede tempo. Infine, qualora si considerasse una perquisizione informatica quella svolta in Francia, quest'ultima – quantomeno per come realizzata nel caso in oggetto – ha permesso di visionare e di apprendere un'infinità di dati, non selezionati secondo criteri di ricerca per – a esempio – mittente, destinatario e contenuto. In sostanza, una volta entrati nel "luogo informatico" (*rectius*: spazio) non ci si è limitati a cercare quanto previsto dall'eventuale decreto di perquisizione, ma si è proceduto a tutto campo, come se si stesse utilizzando un "congegno bulimico".

Tutto questo senza contare che con questi nuovi strumenti è possibile, come è stato fatto – nei casi in cui l'inoculazione del trojan non vada direttamente a buon fine – con un comportamento quasi "fraudolento", chiedere al proprietario dell'apparecchio tecnologico di effettuare delle operazioni che garantiscano all'operatore di attivare il trojan, quasi ottenendo un comportamento collaborativo del soggetto controllato, senza lasciare alcuna traccia.

Anche se la giurisprudenza, sul punto, non sembra riuscire a rinvenire un comportamento “truffaldino”, visto che la Suprema Corte, investita dell’argomento, ha affermato che gli stratagemmi ora esemplificati non possono essere in alcun modo considerati strumenti in grado di incidere sulla libertà fisico morale dei soggetti passivi, non violando – quindi – l’art. 188 c.p.p.

Ancora, l’attività svolta dall’Autorità in questione non appare neppure o per meglio dire, tantomeno, un’ispezione. Non è stata realizzata, infatti, una mera attività di visualizzazione e/o di descrizione di quanto visibile o percepibile circa persone, luoghi o cose; non si è operato con una mera osservazione del contenuto del server, ammesso che ciò sia possibile, anche perché nel caso in questione, trattandosi di messaggi criptati, una ispezione avrebbe permesso – al massimo – una lettura di chiavi e numeri che, certamente, non avrebbe permesso la comprensione del contenuto di quanto letto e, quindi, di quanto necessario ai fini delle indagini.

L’attività compiuta, anche se – magari – non nella sua interezza, sembra avvicinarsi di più – invero – a una vera e propria intercettazione: un’infiltrazione in un sistema informatico che ha permesso l’apprensione occulta di conversazioni o comunicazioni in tempo reale da parte di soggetti terzi, estranei alla conversazione stessa. Pur se non immediatamente compreso dai giudici italiani, forse anche per la portata delle indagini in questione, non si può dubitare della tipologia di attività svolta: è certamente vero che le Autorità hanno proceduto all’acquisizione anche di dati freddi con l’accesso al server e a tutti i dati in esso già contenuti, ma evidentemente la captazione di comunicazioni e messaggi in tempo reale vi è stata, anche solo – a quanto si comprende – per poter raggiungere le chiavi di cifratura necessarie per la lettura dei messaggi, visto che, considerando il sistema di criptazione end to end, difficilmente la sola società Sky ECC avrebbe potuto fornire quanto utile alla decrittazione, fermo restando che la società non ha mai confermato di aver collaborato per fornire chiavi di cifratura o password e visto che molte di queste società fondano la loro costruzione proprio sulla privacy dei propri clienti e sull’impossibilità di trattenere e salvare dati in server a disposizione della società stessa o a rischio di intromissione di terzi.

Tra l’altro, anche rispetto al mezzo dell’intercettazione, che sembra essere il più confacente per l’investigazione in questione, una delle problematiche attiene alla modalità “a tappeto” con cui si è proceduto, considerando che – data la presenza di un primo procedimento “a monte”, ma di diversi procedimenti “a valle” – l’Autorità non è stata in grado di individuare criteri di selezione specifici che identificassero alcuni telefoni o utenze, dovendo hackerare entrambi i server della società fornitrice, acquisendo tutto, quasi – appunto – “bulimicamente”. Secondo il codice di rito, però, ciò non sarebbe possibile – almeno in Italia – visti i requisiti stringenti che limitano l’utilizzo del mezzo di ricerca in ragione della capacità invasiva che promana e che, nel caso di specie, ha manifestato.

Ora, non riuscire perfettamente a inquadrare l’attività svolta in uno dei mezzi di ricerca della prova presenti all’interno dell’ordinamento italiano po-

trebbe essere utile anche per – semplicemente – dire che si è proceduto con l'utilizzo di mezzi di ricerca atipici, che non trovano una normazione o compiuta regolamentazione nel nostro codice di rito.

Ma, a ben vedere, non è solo questo il punto: proprio in considerazione della difficoltà di catalogare il mezzo di ricerca della prova utilizzato, gli esiti di ciò a cosa corrisponderebbero? Quanto consegnato dalla Francia all'Italia, cos'è? Sono documenti informatici, è corrispondenza o sono esiti di intercettazioni e dalla risposta a questa domanda dipende anche la validità degli Ordini Europei di indagine emessi dall'Italia.

Ora, la Cassazione si è pronunciata a inizio novembre, con due sentenze “gemelle” sostenendo che le attività francesi erano attività di captazione, quantomeno alcune, fermo restando che – in alcuni casi – possa essersi verificata una mera acquisizione di dati, ma la risposta non sembra univoca.

Se così fosse stato, le regole da seguire avrebbero dovuto essere quelle degli artt. 266 ss. c.p.p., eppure si è proceduto secondo l'art. 234 *bis* c.p.p. La dottrina, che si è già accinta a commentare la vicenda, ha fatto notare che le difficoltà si rinverrebbero proprio nel comprendere quale sia la fattispecie corretta da applicare e da utilizzare per l'emissione degli Ordini di indagine, prendendo in considerazione anche l'art. 254 c.p.p.

Cercando di fare chiarezza – per quanto possibile: l'art. 234 *bis* c.p.p. sarebbe applicabile – secondo un orientamento giurisprudenziale – anche nel caso in cui la messaggistica su chat (acquisita tramite O.E.I.), decriptata da altra attività, venga poi inviata al paese richiedente, considerando l'oggetto dell'O.E.I. come un dato freddo, documentale, conservato all'estero e non un flusso comunicativo. Al contrario, secondo diverso orientamento, questo ragionamento sarebbe corretto solo nei casi di acquisizione di documenti e dati informatici c.d. dematerializzati e preesistenti rispetto all'avvio delle indagini o – comunque – formati fuori dalle investigazioni che poi li utilizzano.

Nel caso di specie sembra, piuttosto, che la documentazione acquisita sia in parte preesistente e in parte il risultato di un'attività di intercettazione dell'Autorità francese; alla luce di ciò, l'applicazione dell'art. 234 *bis* c.p.p. è discutibile, considerando che – appunto – quanto ottenuto dall'Autorità italiana si è concretizzato in un'apprensione occulta del contenuto del server della società fornitrice dei telefoni criptati e della relativa app di messaggistica, quindi, l'esito di un'intercettazione. Tra l'altro, per poter essere applicato – l'art. 234 *bis* c.p.p. – necessita del consenso del legittimo titolare, cioè o del mittente o del destinatario del messaggio; l'Autorità italiana ha sostenuto che il consenso sia stato legittimamente dato dall'Autorità francese, dato che il trojan inoculato aveva permesso di copiare i messaggi che pervenivano al server della società indagata anche a un server della stessa Autorità giudiziaria. Dunque, il legittimo titolare sarebbe stato – appunto – non la società proprietaria dell'app di messaggistica o mittenti e destinatari dei predetti messaggi, ma l'Autorità francese a seguito della copia effettuata. La motivazione fornita non è apparsa convincente, neanche alla Sesta Sezione nelle due sentenze del novembre 2023.

Un ulteriore problema sembra porsi in relazione all'art. 234 *bis* c.p.p.: la disposizione ammette che sia consentito acquisire dati e documenti informatici all'estero, senza bisogno di alcuna ulteriore autorizzazione se non il consenso del proprietario. Allora, di fatto, quale sarebbe stato il motivo di emanazione di un O.E.I., quando, proprio la norma in questione garantisce una rapidità peculiare e un rapporto tra Autorità immediato?

È stata fatta notare la possibilità di applicare anche l'art. 254 *bis* c.p.p. concernente il sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni. Ciò sarebbe potuto avvenire se si fosse trattato di dati freddi, chiesti al fornitore che avrebbe garantito la realizzazione di una copia dei dati, ma - nuovamente - nel caso di specie sembra trattarsi di comunicazioni captate, di flussi, di dati dinamici. L'attività svolta, infatti, è stata occulta, nascosta alla società di messaggistica e, al contrario, il sequestro, pur essendo un atto a sorpresa, non avviene al di fuori della conoscenza del soggetto spossessato. La società indagata, infatti, non ha mai sostenuto di aver consegnato quanto da essa posseduto nei server, anche perché, di solito, queste piattaforme garantiscono ai propri clienti che nessun messaggio venga salvato o trattenuto negli archivi.

Volendo scendere ancora più in profondità, se fosse un mero sequestro di dati, sarebbe un sequestro ordinario o un sequestro di corrispondenza, dato che il fulcro della vicenda sono messaggi intercorsi tra diversi soggetti? Il problema, che si sovrappone a quello già considerato, sta nel concetto di corrispondenza. Quanto acquisito dall'Autorità italiana mediante O.E.I. è corrispondenza?

Il dubbio si è posto perché a una prima lettura sembrano rientrare tra i documenti di cui all'art. 234 o 234 *bis* c.p.p. i dati conservati in una memoria del telefono cellulare (e-mail, SMS e messaggi Whatsapp), mentre la corrispondenza e il relativo sequestro, sarebbero applicabili nel caso di un'attività di spedizione in corso.

Cercando di comprendere meglio i passaggi fondamentali, il rapporto tra intercettazione, acquisizione di documenti ex art. 234 c.p.p. e sequestro ex art. 253 c.p.p. sembra potersi individuare nel c.d. criterio dell'inoltro: l'invio del messaggio al destinatario e la captazione dinamica dello stesso generebbe l'acquisizione di un flusso informatico, da sottoporre alla disciplina più specifica degli art. 266 ss. c.p.p. Al contrario, però, i messaggi Whatsapp e gli SMS presenti in un telefono cellulare non rientrano nel concetto di corrispondenza perché questa prevederebbe un'attività del mittente per la consegna o un'attività di spedizione a terzi.

In sostanza, se i messaggi - anche di posta elettronica - sono già stati ricevuti dal destinatario, pur non essendo dallo stesso ancora letti, si tratterà di un dato c.d. statico, per cui si può escludere l'applicazione della disciplina delle intercettazioni. Perciò, un conto è che l'Autorità proceda ad acquisire conversazioni in tempo reale, un conto sono le conversazioni già avvenute, la cui trasmissione si è già conclusa, per cui è possibile il sequestro.

In questo senso, quindi, le comunicazioni che hanno ormai raggiunto il recapito del destinatario, tenute nella memoria di un pc o di un telefono cellulare o, ancora, un account di gestione di posta elettronica dovrebbero rientrare nella disciplina del sequestro ordinario (ex art. 253 c.p.p.) e non nel sequestro di corrispondenza.

In realtà, rispetto al concetto di corrispondenza, non tutta la dottrina è concorde nell'escludere tale qualificazione a messaggi Whatsapp e SMS pur se già pervenuti al destinatario. Recente, infatti, è la pronuncia della Corte Costituzionale che ha completamente ribaltato l'orientamento precedente, riconoscendo le predette comunicazioni – contenute in un cellulare – tutelate ex art. 15 della Costituzione, anche se già ricevute dal destinatario, senza, quindi, quella distinzione tra attività di consegna e/o spedizione e “staticità” del dato ricevuto. Rimane, dunque, corrispondenza – anche elettronica – quello scambio che ancora non ha perso quel “carattere di attualità in rapporto all'interesse alla sua riservatezza”.

Di fatto, quindi, per l'ordinamento interno quanto ricevuto dall'Italia per mezzo dell'O.E.I. dovrebbe essere considerata corrispondenza, con la conseguente applicazione della disciplina o degli artt. 266 ss. o dell'art. 254 c.p.p. o, come possibile, in caso di acquisizione sia di dati caldi sia di dati freddi, di entrambe le discipline.

Insomma, comprendere dove ci si trovi determina una differenza di disciplina di non poco conto.

Parlando di sequestro di documenti e, dunque, dell'acquisizione di notizie circa l'avvenuta comunicazione – in passato – tra due soggetti, è sufficiente un decreto del P.M., motivato, così come avviene per i tabulati telefonici, essendo sufficiente questa come tutela rispetto alla lesione della riservatezza generata. In questo senso, il decreto di sequestro, che deve contenere una motivazione circa la finalità che gli investigatori vogliono perseguire con il sequestro stesso, deve essere realizzato non violando il limite di quanto concretamente utile alle indagini, così da rispettare il principio di proporzionalità tra tutela e lesione del diritto del privato, evitando, dunque, le ipotesi di sequestri esplorativi, dichiarato illegittimo dalla stessa Corte di cassazione. In realtà, comunque, occorre rilevare che non sono mancate pronunce che hanno escluso la lesione del principio in questione anche nei casi di sequestro dell'intero contenuto di un sistema informatico, a seguito delle necessità probatorie che si erano paventate. Diversamente avviene quando si tratti di sequestro di corrispondenza, per cui l'art. 15 della Costituzione impone una riserva sia di legge sia di giurisdizione: in questo caso, quindi, considerando la recente lettura della Corte Costituzionale circa il concetto di corrispondenza, i messaggi e le chat sequestrate ricadrebbero – di diritto – nell'art. 254 c.p.p. piuttosto che nell'art. 253 c.p.p. Dunque, l'Autorità interna non avrebbe potuto operare senza quantomeno prima chiedere l'autorizzazione al giudice competente. Analogamente, in caso di intercettazioni, considerata la maggiore incisività nella sfera privata dell'individuo, non è sufficiente un decreto dell'organo di accusa. Infatti, anche questa disciplina è sottoposta a

una riserva sia di legge sia di giurisdizione: non solo le intercettazioni possono essere effettuate solo nei casi e nei modi previsti da legge, ma è un giudice – di solito il G.I.P. – ad autorizzarle con un decreto motivato. Seppure il P.M. dovesse procedere con urgenza disponendo direttamente le intercettazioni, la comunicazione al giudice competente deve garantire l’emanazione di un decreto, da parte di quest’ultimo, nelle successive quarantotto ore. In caso di mancata convalida si assisterebbe all’immediata interruzione dell’attività e all’inutilizzabilità dei dati raccolti.

Saper distinguere quando l’attività svolta sia stata un’intercettazione o un sequestro di documenti (seppure più nello specifico di corrispondenza) permetterebbe agli interpreti di chiedersi e di comprendere se i risultati delle intercettazioni siano utilizzabili nell’ordinamento interno e se fosse servito un controllo preventivo o successivo sui dati.

Ebbene, volendo fare un passaggio ulteriore, come si poteva immaginare, l’attività – captativa o meno che sia – ha coinvolto diversi soggetti che ora sono indagati in Italia, alcuni di questi anche sottoposti a misure cautelari. La qualificazione dell’attività investigativa come attività di intercettazione determinerebbe la possibilità o necessità di applicare l’art. 270 c.p.p. per far sì che in tutti i procedimenti interni, concernenti la vicenda, possano essere utilizzate le relative intercettazioni. La questione sorge perché il fatto, nel suo complesso, è piuttosto articolato: da un primo procedimento “a monte” – francese – nel quale sono state autorizzate le intercettazioni, vista la portata transfrontaliera dell’indagine, sono scaturiti diversi procedimenti nazionali a carico di singoli indagati, nei confronti dei quali sono state anche applicate misure cautelari, proprio alla luce di quanto emerso dagli esiti delle intercettazioni. Il problema dell’utilizzabilità nell’ordinamento, infatti, sembra legata alla capacità di utilizzo degli stessi esiti nei singoli procedimenti. Il punto, in effetti, è che la regola generale di cui si legge nel primo comma dell’art. 270 c.p.p., afferma l’inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per cui sono state disposte, ma è immediatamente derogabile, così come previsto dalla seconda parte del medesimo comma, in caso di rilevanza e indispensabilità per l’accertamento. L’eccezione cui ci si riferisce appare piuttosto ampia, discrezionalmente orientata e tale da permettere di “annullare” la regola. A ciò è necessario aggiungere che il comma 1 *bis* del medesimo articolo afferma che le intercettazioni tra presenti realizzate con un captatore informatico installato su un dispositivo elettronico possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per cui il decreto è stato emesso.

Non è un caso, infatti, che la Corte di cassazione abbia nuovamente adito alle Sezioni Unite, per comprendere – appunto – se i risultati delle intercettazioni, ottenute mediante l’ordine europeo di indagine, integri quanto previsto dall’art. 270 c.p.p. Si ripropone, quindi, un problema che già con la Riforma del 2020 in tema di intercettazioni si era compreso: il significato dei termini rilevanza e indispensabilità e di diverso procedimento. A ben vedere, infatti, la dicotomia non solo non sembra esprimere una vera e propria capacità

selettiva o discrezionale dei procedimenti diversi nei quali i risultati delle intercettazioni possono essere utilizzati, ma si riduce al concetto di indispensabilità, perché – di fatto – il concetto di rilevanza è in gioco anche con riguardo ai reati connessi e non solo a quelli diversi, ulteriori. Per quanto concerne il diverso procedimento la Suprema Corte si era già pronunciata sostenendo che il divieto non opera per i procedimenti connessi secondo l'art. 12 lett. a) c.p.p. a quelli per i quali all'inizio l'intercettazione era stata disposta. Alla luce anche dei contrastanti orientamenti giurisprudenziali, sempre con la Riforma del 2020, il legislatore, modificando l'art. 270 c.p.p., ha deciso di normare che l'utilizzo nei diversi procedimenti è possibile (oltre che nel caso di indispensabilità e rilevanza) nei casi in cui si accertino i reati di cui all'art. 266 c.p.p. Numerose le interpretazioni di diverso procedimento realizzate dalla dottrina; per ciò che qui interessa, il dubbio viene se si pensa che il concetto di procedimento diverso non coincide con l'eventuale frazionamento di un procedimento all'origine unitario, ma che necessita – appunto – di una scissione per l'eterogeneità delle ipotesi di reato o per il numero di indagati. La diversità deve consistere proprio in relazione al fatto e non coinvolge neanche la possibilità che emergano, nell'ambito di un unico e principale procedimento, diversi reati; insomma, si deve trattare di un procedimento diverso inteso in senso sostanziale.

Alla luce di ciò: i procedimenti “a valle” dell'indagine principale transnazionale sono o no procedimenti diversi che necessiterebbero dei risultati delle intercettazioni per indispensabilità o perché, comunque, rientranti negli artt. 266 ss.?

3. ...Un rapido sguardo al contenuto degli Ordini europei di indagine.

Secondo quanto è stato detto rispetto all'attività svolta che, si ripete, secondo alcune sentenze della Suprema Corte sarebbe, quantomeno in parte captativa, l'autorità giudiziaria italiana cosa avrebbe dovuto fare? Emanare un O.E.I. per delle intercettazioni o avrebbe dovuto, come ha fatto, semplicemente chiedere all'autorità francese di decriptare le conversazioni dalla stessa – forse autonomamente e senza previa richiesta – acquisite e poi inviarle, avendo – quindi – in mano semplicemente dei documenti?

Senza volersi dilungare, l'Ordine Europeo di Indagine consiste in una decisione giudiziaria che viene emessa da un paese europeo al fine di ottenere atti di indagine effettuati in un altro paese; dunque, la direttiva che lo ha costruito aveva la finalità di creare un sistema globale di acquisizione di prove in tutte quelle fattispecie di reato in grado di avere una dimensione transfrontaliera. Il fondamento dello strumento in questione è individuabile nell'art. 82 TFUE concernente la cooperazione giudiziaria nell'Unione europea e, in particolare, sul principio del mutuo riconoscimento. Quest'ultimo, oggi oggetto di un titolo apposito nel codice di rito, è stato introdotto nel 2017 per garantire la cooperazione tra gli Stati in una sorta di “regime di fiducia reciproca”.

Di fatto, quindi, alla richiesta proveniente da uno Stato viene data attuazione in un diverso Stato, senza che – però – ci siano duplici controlli di legittimità e senza un potere di sindacabilità sull'attività l'uno dell'altro. Infatti, l'autorità di emissione dell'ordine non ha il potere di sindacare, appunto, le misure adottate dallo Stato di esecuzione per raccogliere le prove; per cui, spetta allo Stato di esecuzione conoscere le corrette modalità di acquisizione e a quello di emissione verificare se l'ordine sia legittimamente emesso, oltre che l'utilizzabilità nel procedimento interno di quanto acquisito. Ciò significa che ogni Autorità collabora, ciascuna con i propri strumenti giuridici e sulla base, però, di atti emessi da altri Stati in ragione del rispettivo diritto.

Le condizioni per l'emissione dell'O.E.I. sono il rispetto dei principi di equivalenza e proporzionalità, come stabilito dall'art. 6 della Direttiva; proprio in relazione a questi principi, infatti, l'atto di indagine oggetto dell'O.E.I. deve essere compiuto nel rispetto delle stesse condizioni che si sarebbero attuate se fosse stato realizzato nello Stato richiedente o, come specificamente dice la direttiva "alle stesse condizioni in un caso analogo". Ciò per evitare, secondo parte della dottrina, che l'Autorità giudiziaria possa aggirare le regole di acquisizione probatoria interna chiedendo ad altre Autorità di procedere – appunto – attraverso diverse modalità. Nel caso dello Stato italiano, sarebbero utilizzabili, alla luce di quanto previsto dall'art. 191 c.p.p., i materiali uscenti dal procedimento francese solo in caso di rispetto delle norme inderogabili interne, tra cui – le più importanti – il diritto al contraddittorio sulla prova e per la prova (di cui all'art. 111 co. 2 e 4 Cost.), il principio di legalità processuale (di cui al comma 1 dell'art. 111 della Costituzione), il diritto di difesa (ex art. 24 della Costituzione) e della libertà morale, di cui all'art. 188 c.p.p.

Ancora, l'O.E.I. è attivabile solo quando proporzionato e necessario per il procedimento penale interno allo Stato richiedente, anche questo per evitare che singole Autorità giudiziarie possano abusarne quando gli stessi atti non sarebbero giustificati nell'ordinamento interno per la tipologia di procedimento, entità della pena eventualmente da irrogare e rilevanza dei fatti. Il principio di proporzionalità impone che l'attività compiuta sia funzionale e adeguata in relazione al presupposto, cioè al fatto che si deve perseguire e alle conseguenze, cioè all'obiettivo che l'ordinamento vuole perseguire, considerando che si dovrebbe sempre realizzare l'attività meno lesiva dei diritti e delle libertà dell'indagato o imputato. È, però, proprio in relazione a questo art. 6 della Direttiva che potrebbero sorgere questioni; il controllo di proporzionalità appare centrale nella dialettica tra i due Stati, ma occorre comprendere se – oltre all'autorità emittente – anche quella ricevente possa operare una valutazione in merito, verificando che non ci siano soluzioni diverse, alternative e meno lesive di diritti fondamentali dei privati. La Direttiva sembra affidare in maniera esclusiva all'autorità che emette il provvedimento l'interpretazione del proprio diritto secondo il quale sarebbe realizzabile un atto di indagine e trasferibile il risultato dell'attività investigativa; solo il rispetto di tutte le condizioni richieste dall'ordinamento interno per l'acquisizione e la circolazione delle prove richieste permetterebbe l'emanazione

di un O.E.I. Questo requisito, infatti, sembra poterlo accertare solo l'Autorità che emette l'ordine e difficilmente anche quella che è chiamata a eseguirlo, anche perché il riconoscimento di poteri per il vaglio di proporzionalità dell'O.E.I. in capo all'Autorità di esecuzione comporterebbe una deroga al principio del mutuo riconoscimento, seppur in un'ottica di tutela dei diritti dei privati colpiti dall'atto investigativo (c.d. principio di autonomia procedurale). Concretamente, il principio opera per garantire che lo Stato che emette l'ordine possa avere assicurato – a livello europeo – che l'atto da esso realizzabile all'interno dell'ordinamento sia effettuabile anche a livello europeo. In maniera analoga, infatti, l'Autorità che procede all'esecuzione dell'atto investigativo, lo farà seguendo le regole procedurali interne, senza che l'Autorità di emissione dell'O.E.I. possa sindacarne la modalità di svolgimento.

Si tratta, in sostanza, di due poteri esclusivi, in capo a due differenti Autorità e che, però, devono riconoscersi proprio in ragione del mutuo riconoscimento. Ciò chiaramente potrebbe comportare alcune problematiche di attuazione, soprattutto quando la normativa interna dei diversi Stati è completamente differente, a esempio, nel caso in cui la modalità di acquisizione di una prova non sia legittima nello stato richiedente, bensì legittima in quello di esecuzione. Anche perché non sarebbe coerente ammettere che lo Stato di esecuzione possa rifiutarsi di eseguire quanto richiesto in considerazione dell'eventuale illiceità o inutilizzabilità dell'acquisizione probatoria per il diritto interno dello Stato di emissione. La Direttiva riconosce un'unica possibilità di rifiuto da parte dello Stato di esecuzione, armonizzando il limite all'esecuzione e individuandolo nell'art. 6 della Carta di Nizza e dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

4. Precarie conclusioni.

Premesso che le conclusioni possono essere solo precarie vista la materia in divenire, secondo quanto detto fino a ora, l'utilizzabilità dell'esito dell'attività francese dipende dalla possibilità, da parte dell'Autorità italiana, di svolgere la medesima attività nel paese. Ammettendo che l'indagine svolta fosse un'intercettazione, occorre chiedersi se sarebbe stato possibile realizzarla in Italia da parte degli investigatori considerati i limiti dettati dagli artt. 266 ss. c.p.p. in ragione dell'incisività del mezzo di ricerca della prova in questione. Una risposta negativa comporterebbe, da un lato, la liceità della richiesta e la legittimità dell'operazione in Francia, ma, dall'altro lato, l'inutilizzabilità dell'esito delle intercettazioni in Italia. Inutilizzabilità che potrebbe dipendere, tra l'altro, anche dall'assenza di una espressa autorizzazione da parte del G.I.P. competente; come detto, infatti, a differenza di altri mezzi di ricerca della prova, per le intercettazioni non può mancare il decreto motivato del giudice che autorizza l'attività stessa. Nel caso di specie, seppure non nell'O.E.I., visto che questo è emesso direttamente dalle Procure, queste ultime si sarebbero dovute premunire di un decreto dell'Autorità giudiziaria per potersi garantire una corretta acquisizione della prova secondo il diritto interno.

In maniera analoga, nel caso in cui l'attività svolta fosse stata una copia del dato informatico contenuto nel server, per poter essere utilizzata bisognerebbe accertare il rispetto delle regole concernenti la copia forense a tutela della genuinità del dato informatico.

Non a caso, infatti, la questione è stata rimessa alle Sezioni Unite dalla Terza sezione penale al fine di comprendere: la corretta modalità di acquisizione dei messaggi intercorsi nelle chat criptate in termini di documenti e/o dati informatici, ex art. 234 *bis* c.p.p.; la necessità di una verifica o autorizzazione da parte dell'Autorità giurisdizionale italiana.

Ancora, proprio sulle questioni ora sollevate, le Sezioni Unite saranno anche chiamate - questa volta investite dalla Sesta Sezione - ad approfondire due ulteriori sfaccettature problematiche: se l'acquisizione mediante O.E.I. dei risultati delle intercettazioni integri quanto previsto dall'art. 270 c.p.p. e se occorresse o meno un controllo preventivo o successivo dell'Autorità giurisdizionale italiana in ordine alla utilizzabilità dei dati raccolti.

Il quadro interno è piuttosto lacunoso sia perché manca nell'ordinamento interno una disciplina in grado di normare anche le nuove tecnologie e la conseguente nascita di nuovi mezzi di ricerca e acquisizione di dati virtuali sia - forse - per la scelta a monte operata nella Direttiva. Non si sono uniformate le norme processuali penali interne, considerando che ogni Stato continua a operare seguendo le proprie procedure, ma si sono uniformati i limiti che l'attività transfrontaliera non può superare; di fatto, la garanzia è che nello stato di emissione vengano rispettati diritto di difesa e il principio del giusto processo. Dunque, anche qualora l'attività investigativa fosse legittimamente svolta nel paese di esecuzione, secondo la *lex loci*, quanto assunto potrebbe non essere utilizzato dal paese di emissione se l'attività dovesse risultare in contrasto con i principi dell'ordinamento interno, secondo la *lex fori*.

Un ulteriore problema di inutilizzabilità - non irrilevante - si è posto e attiene al principio del contraddittorio; quest'ultimo - quale principio interno fondamentale - deve essere necessariamente rispettato per far sì che le prove acquisite all'estero possano trovare posto in Italia. Chiaramente, la rilevanza del contraddittorio concerne la possibilità di esercitare una difesa adeguata, in relazione alla presunzione di non colpevolezza nell'arco di tutto il processo e alla formazione della prova in condizione di parità tra le parti, per una tutela del corretto accertamento giurisdizionale. Difatti, l'art. 111 co. 2 Cost., considerata la natura precettiva della norma e, dunque, immediatamente applicabile al processo penale, dispone che vi sia l'obbligo di garantire la piena partecipazione all'attività istruttoria, nella sua interezza, in aderenza anche con quanto previsto dall'art. 6 C.E.D.U. Sul punto la giurisprudenza si è espressa, non sempre in maniera uniforme, per le vicende di messaggistica mediante Blackberry, per cui - secondo un orientamento - anche quando l'attività di intercettazione è legittimamente compiuta, è necessario assicurare che la decriptazione dei messaggi avvenga o alla presenza dei difensori o - quantomeno - è doveroso che la difesa possa ottenere la versione criptata dei messaggi e le relative chiavi di decriptazione, pena la nullità di ordine ge-

nerale e a regime intermedio di cui all'art. 178 lett. c) c.p.p. . Al contrario, secondo un diverso orientamento, l'attività di messa in chiaro dei messaggi non potrebbe comportare alcun errore o interferenza da parte degli investigatori o delle procure, perché – proprio la stretta relazione con la scienza informativa – permetterebbe di ottenere solo risultati fedeli anche nella riproduzione. Quindi, la mancata disponibilità per la difesa dei files originari non è lesiva del diritto di cui all'art. 24 della Costituzione considerando anche che non si tratterebbe di un problema di legittimità o utilizzabilità, bensì di affidabilità del dato. Dunque, l'ordinamento interno garantirebbe solo la certezza della c.d. catena di custodia per tutelare l'integrità probatoria, ma non anche l'accesso agli algoritmi da parte della difesa.

Seguendo il secondo orientamento, bisognerebbe, a prescindere dall'attività svolta in Francia, acquisizione di dati freddi o caldi, per quanto concerne la successiva attività di decriptazione non presumere, che quanto decriptato corrispondesse perfettamente al messaggio criptato, senza margini di errore o alterazione. Anche non volendo avere retropensieri, è comunque vero che l'attività di decriptazione richiede lo svolgimento di azioni tecniche e specialistiche, sicuramente non effettuate dall'Autorità giudiziaria, ma da terzi, seppure da essa nominati e in questo lavoro potrebbero realizzarsi condizionamenti alle prove che non sarebbero mai verificabili o controllabili, né dal giudice italiano né dal difensore.

Insomma, considerati i dubbi che emergono dal caso in questione, quale mezzo di ricerca della prova è stato utilizzato, ammesso che ce ne sia uno tipico? Quale doveva essere inserito all'interno dell'Ordine Europeo di Indagine? Quali margini di utilizzabilità ci sono nei singoli procedimenti interni, anche cautelari?

Non ci resta che aspettare le due pronunce delle Sezioni Unite.

L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia Appunti sul d.d.I. Nordio

Guido Colaiacovo e Giuseppe Della Monica*

Sommario: **1.** Un'idea rivoluzionaria ma priva di concreta garanzia. - **2.** I limiti allo svolgimento anticipato dell'interrogatorio di garanzia. - **3.** Quesiti procedurali. - **4.** La garanzia della collegialità. - **5.** Patologie. - **6.** L'interrogatorio anticipato in procedure diverse.

ABSTRACT

Gli autori analizzano criticamente la disciplina della anticipazione dell'interrogatorio di garanzie, evidenziando le incongruenze che caratterizzano il disegno di legge e prospettando possibili soluzioni in via interpretativa.

The authors critically analyze the new discipline of interrogation and outline interpretative solutions.

1. Un'idea rivoluzionaria ma priva di concreta garanzia.

L'ampliamento delle ipotesi di anticipazione dell'interrogatorio di garanzia è, sul versante processuale, uno dei tratti qualificanti del disegno di legge promosso dal Ministro Nordio¹. Secondo questa nuova impostazione, l'interlocuzione con il giudice, in casi espressamente indicati, precede - e non segue - la decisione sulla richiesta di applicazione della cautela, sulla falsariga del modello già delineato all'art. 289, comma 2, c.p.p. per la misura della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio².

* Guido Colaiacovo, Professore associato di diritto processuale penale presso l'Università di Foggia; Giuseppe Della Monica: Professore associato di diritto processuale penale presso l'Università di Cassino e del Lazio meridionale.

L'elaborato è il risultato di riflessioni comuni degli autori. Giuseppe Della Monica ha curato la redazione dei §§ 1-2; Guido Colaiacovo ha curato la redazione dei §§ 3-6.

¹ A.C. 1718.

² L'innovazione fu introdotta - com'è noto - dalla legge 16 luglio 1997, n. 234. Tra i primi commenti alla novella segnaliamo quello di M. FERRAIOLI, *L'interrogatorio dell'indagato prima della sospensione da un pubblico ufficio o servizio*, in AA.VV., *La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa. Commento alla legge 16 luglio 1997, n. 234*, a cura di A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, Milano, 1997, 217 ss. La disposizione è stata successivamente sottoposta al vaglio

Si tratta di una modifica auspicata da una parte della dottrina³ e che, oggi, trova la sua provvisoria regolamentazione nelle norme contenute nell'art. 2 comma 1, lett. d)-h), del disegno di legge attualmente all'esame della Camera⁴.

Tali disposizioni intervengono, precipuamente, sugli artt. 291 e 292 del codice, mentre le altre innovazioni proposte assumono una valenza che può definirsi "servente"⁵.

della Corte costituzionale, che ha escluso, però, il paventato contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., osservando che «la *ratio* della disposizione censurata sembra essere rinvenibile nell'esigenza di verificare anticipatamente che la misura della sospensione dall'ufficio o dal servizio non rechi, senza effettiva necessità, pregiudizio alla continuità della pubblica funzione o del servizio pubblico» (così C. cost., 22 giugno 2000, n. 229, in *Giur. cost.*, 2000, 1794). Una forma di contraddittorio anticipato in materia *de libertate* è prevista anche dall'art. 47 d.lgs. n. 231 del 2001, che impone la fissazione di un'apposita udienza a seguito della richiesta di applicazione della misura cautelare avanzata nei confronti dell'ente (su tale previsione, v. G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. LATTANZI, Milano, 2010, 541 ss.). La disposizione di cui all'art. 289, comma 2, c.p.p. è stata, poi, integrata dalla l. 16 aprile 2015, n. 47, con l'aggiunta dell'alinea volto a precisare che quando «la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio è disposta dal giudice in luogo di una misura coercitiva richiesta dal pubblico ministero, l'interrogatorio ha luogo nei termini di cui al comma 1-bis dell'articolo 294». Nel commentare quest'ultima novella, P. BRONZO, *Le modifiche alle misure cautelari interdittive*, in AA.VV., *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di L. GIULIANI, Torino, 2015, 15, ha rimarcato l'opportunità di anteporre l'interrogatorio di garanzia all'applicazione della misura: «anticipare le verifiche che il giudice opera (dopo l'esecuzione della misura) riduce il rischio che l'illegittimità dell'intervento restrittivo emerga solo a misura già applicata, quando il danno alla funzione e al prestigio dell'amministrazione si è già, almeno in parte, consumato». Volendo, infine, approfondire il tema in una prospettiva più ampia, interessanti spunti di riflessione possono trarsi dal contributo di G. RANALDI, *Il contraddittorio anticipato in materia de libertate: ratio e profili di una proposta operativa «possibile»*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1165 ss.

³ Tra le prime opinioni sul tema, AA.VV., *G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?*, Napoli, 1997, e successivamente A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, 2006.

⁴ Più di recente, favorevole all'introduzione dell'interrogatorio *ante custodia* è C. VALENTINI, *Com'è difficile trovare l'alba dentro l'imbrunire: note sparse sul futuribile interrogatorio ante cautela*, in *Arch. pen. web*, 12 settembre 2023, 3-4, la quale, pur ritenendo che la previsione di cui all'art. 294 c.p.p. abbia fallito il suo obiettivo, al punto da definirla, addirittura, una «garanzia canzonatoria», sostiene che la modifica normativa costituirebbe «una vera misura di civiltà», anche perché si consentirebbe all'indagato di partecipare all'interrogatorio da libero e, quindi, con un differente approccio psicologico. Sulla proposta di riforma, P. BRONZO, *Brevi note sul "disegno di legge Nordio"*, in *www.sistemapenale.it*, 12 aprile 2024, 3 ss.; L. LUDOVICI, *Disegno di legge c.d. Nordio: nuove garanzie processuali tra fughe in avanti e false partenze*, in *www.la legislazione penale eu*, 7 maggio 2024, 19 ss.; A. MARANDOLA, *Troppi i dubbi sulle garanzie dell'interrogatorio cautelare anticipato*, in *www.sistemapenale.it*, 10 maggio 2024.

⁵ Più specificamente, l'art. 2 comma 1, lett. d), n. 2, del disegno di legge prevede che, all'art. 291 c.p.p., «dopo il comma 1-ter, sono inseriti i seguenti: 1-quater. Fermo il disposto dell'articolo 289, comma 2, secondo periodo, prima di disporre la misura, il giudice procede all'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini preliminari con le modalità indicate agli articoli 64 e 65, salvo che sussista taluna delle esigenze cautelari di cui all'articolo 274, comma 1, lettere a) e b), oppure l'esigenza cautelare di cui all'articolo 274, comma 1, lettera c), in relazione ad uno dei delitti indicati nell'articolo 407, comma 2, lettera a), o nell'articolo 362, comma 1-ter, ovvero a gravi

Le manipolazioni più incisive riguardano l'atto che veicola la domanda cautelare e la procedura a cui esso dà origine, nonché il catalogo degli atti che devono essere trasmessi al giudice funzionalmente competente allo svolgimento dell'interrogatorio di garanzia.

Secondo lo schema normativo attualmente al vaglio del Parlamento, il giudice per le indagini preliminari, prima di decidere sulla richiesta di applicazione della misura avanzata dal pubblico ministero, deve procedere all'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini, osservando le regole dettate dagli artt. 64 e 65 del codice di rito.

A tal fine, l'indagato deve essere invitato a rendere interrogatorio almeno cinque giorni prima della data fissata per la comparizione. L'invito – per consentire un compiuto esercizio del diritto di difesa – deve essere corredato da una serie di informazioni e avvisi, soprattutto volti a rendere edotto l'indagato dell'addebito a suo carico e delle facoltà che può esercitare. In questa ottica, assume particolare rilievo l'anticipazione del deposito degli atti che sostengono l'iniziativa cautelare: nella cancelleria del giudice che procede devono essere disponibili la richiesta del pubblico ministero e gli atti che la accompagnano, dei quali è consentito alla difesa dell'indagato estrarre copia⁶.

delitti commessi con uso di armi o con altri mezzi di violenza personale. 1-*quinquies*. Nel caso di cui all'articolo 328, comma 1-*quinquies*, all'interrogatorio procede il presidente del collegio o uno dei componenti da lui delegato. 1-*sexies*. L'invito a presentarsi per rendere l'interrogatorio è comunicato al pubblico ministero e notificato alla persona sottoposta alle indagini preliminari e al suo difensore almeno cinque giorni prima di quello fissato per la comparizione, salvo che, per ragioni d'urgenza, il giudice ritenga di abbreviare il termine, purché sia lasciato il tempo necessario per comparire. Il giudice provvede comunque sulla richiesta del pubblico ministero quando la persona sottoposta alle indagini preliminari non compare senza addurre un legittimo impedimento oppure quando la persona sottoposta alle indagini preliminari non è stata rintracciata e il giudice ritiene le ricerche esaurienti, anche con riferimento ai luoghi di cui all'articolo 159, comma 1». L'art. 2 comma 1, lett. e), del disegno di legge prevede, invece, quanto segue: 1) al comma 2-*ter* dell'art. 292 c.p.p., dopo le parole «articolo 327-bis», sono aggiunte le seguenti: «e, nel caso di cui all'articolo 291, comma 1-*quater*, una specifica valutazione degli elementi esposti dalla persona sottoposta alle indagini nel corso dell'interrogatorio»; 2) al comma 2-*quater*, dopo le parole «brani essenziali», sono aggiunte le seguenti: «in ogni caso senza indicare i dati personali dei soggetti diversi dalle parti, salvo che ciò sia indispensabile per la compiuta esposizione degli elementi rilevanti»; 3) dopo il comma 3 è aggiunto il seguente: «3-*bis*. L'ordinanza è nulla se non è preceduta dall'interrogatorio nei casi previsti dall'articolo 291, comma 1-*quater*, nonché quando l'interrogatorio è nullo per violazione delle disposizioni di cui ai commi 1-*septies* e 1-*octies* del medesimo articolo».

⁶ La previsione è in linea con quanto affermato da C. cost. 10 ottobre 2008, n. 336, in *Cass. pen.*, 2009, 861, con nota di A. CORBO, *Il diritto di conoscere il contenuto integrale delle intercettazioni impiegate per un provvedimento cautelare personale*, che aveva dichiarato illegittimo l'art. 268 c.p.p. – nella versione antecedente il d.lgs. n. 216 del 2017 – nella parte in cui non prevedeva la facoltà del difensore dell'indagato, dopo l'esecuzione della misura cautelare, di ottenere la trasposizione delle registrazioni delle conversazioni o comunicazioni intercettate ed utilizzate per l'adozione del provvedimento restrittivo. La richiesta di copia delle registrazioni – come precisato da *Cass. pen.*, sez. un., 22 aprile 2010, n. 20300, in *Cass. pen.*, 2011, 461, con nota di L. MILANI, *Sul diritto del difensore alla piena conoscenza delle risultanze delle intercettazioni utilizzate nel*

Così congegnata, la nuova collocazione dell'interrogatorio di garanzia sembra rivoluzionare l'assetto del procedimento *de libertate*. Tuttavia, la disciplina complessiva dell'istituto – e, soprattutto, il rapporto tra regola ed eccezioni, unitamente ad alcune imperfezioni tecniche – rischia di confinare l'innovazione nel limbo della irrilevanza.

2. I limiti allo svolgimento anticipato dell'interrogatorio di garanzia.

È sufficiente un rapido sguardo all'articolato normativo per cogliere la propensione del legislatore a restringere fortemente il campo di applicazione delle nuove norme, limitando – peraltro in maniera discutibile – i casi in cui l'interrogatorio di garanzia deve essere svolto prima di assumere la decisione sulla cautela.

Il giudice, infatti, non è tenuto ad anticipare l'audizione dell'indiziato qualora sussistano determinate esigenze cautelari. Più precisamente, hanno valenza ostativa rispetto all'interrogatorio anticipato il pericolo di inquinamento o di dispersione delle fonti di prova e il pericolo di fuga [art. 274 comma 1, lett. a) e b), c.p.p.]⁷.

Evidente è la *ratio* di tali eccezioni: l'avviso dell'interrogatorio – e, di riflesso, la conoscenza della richiesta cautelare pendente – potrebbe indurre l'indagato a sottrarsi all'esecuzione del futuro, eventuale provvedimento coercitivo oppure ad intraprendere iniziative finalizzate a compromettere il quadro investigativo a suo carico⁸.

procedimento cautelare: le sezioni unite non sciolgono tutti i dubbi – va indirizzata al pubblico ministero, sul quale incombe l'obbligo di provvedere in tempo utile per non pregiudicare l'esercizio del diritto di difesa dell'indagato in sede di riesame.

⁷ Ciò significa che l'interrogatorio di garanzia non può essere mai anticipato in presenza del pericolo di fuga dell'indagato o del rischio di compromissione della genuinità della prova, a prescindere da una verifica sulla effettiva necessità di intervenire con urgenza a tutela delle suddette esigenze cautelari.

⁸ Tali rischi sono stati opportunamente evidenziati nei primi commenti al disegno di legge: v. G. SPANGHER, *Pacchetto Nordio: timidi ma significativi segnali di cambio di prospettiva*, in *questa rivista*, 27 giugno 2023, 4; cfr., altresì, F. PORCU, *Le modifiche al codice di rito nel d.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma in fieri*, in *questa rivista*, 2 agosto 2023, 5, secondo il quale, «ricorrendo un pericolo di inquinamento probatorio o un pericolo di fuga, l'avviso all'indagato della fissazione dell'interrogatorio di garanzia (propedeutico all'eventuale applicazione di una misura cautelare e non posticipato rispetto ad essa) sarebbe certamente percepito come un segnale di "allarme" che, anziché preservare le esigenze cautelari emergenti nel caso concreto, imprimerebbe un'accelerazione alla relativa compromissione. In altri termini, ove fosse effettivamente sussistente (dunque non solo ipotizzato) un concreto e attuale pericolo per l'acquisizione e la genuinità della prova, la consapevolezza della possibilità (*recte*: della probabilità) di un'imminente limitazione delle proprie libertà potrebbe spingere il soggetto interessato a concretizzare proprio il suddetto pericolo (*id est*: ad attivarsi, personalmente o per interposta persona, al fine di eliminare e/o modificare quegli elementi di prova eventualmente a suo carico). Analogamente, ove fosse realmente sussistente un pericolo di fuga, questa si concretizzerebbe ben prima dell'interrogatorio e (anche) in ragione dell'avviso dello stesso, che escluderebbe qualsiasi dubbio circa

Si tratta di eventualità indubbiamente plausibili, ma – coerentemente con le premesse – il discorso andrebbe allora esteso anche al pericolo di recidiva [art. 274 comma 1, lett. c), c.p.p.], ben potendo l'indagato – una volta venuto a conoscenza dell'imminente adozione di un provvedimento restrittivo nei suoi confronti – commettere ulteriori reati, semmai al fine di occultare o disperdere i proventi illeciti realizzati.

Sarebbe stato preferibile, pertanto, ancorare il divieto di anticipazione dell'interrogatorio non al “tipo” di esigenza ravvisabile in concreto, bensì alla sua effettiva rilevanza, vietando la *discovery* anticipata della richiesta cautelare solo nel caso in cui si dovessero profilare pericoli «imminenti» – e non solo «attuali» – di inquinamento delle prove, di fuga dell'indiziato o di protrazione dell'attività criminosa. L'imminente necessità di intervenire a tutela delle esigenze cautelari dovrebbe essere desunta, peraltro, da elementi specifici, che il pubblico ministero ha l'onere di rappresentare al giudice, se intende ottenere l'applicazione della misura *inaudita altera parte*⁹.

Soluzione alternativa potrebbe essere quella di ancorare l'anticipazione dell'interrogatorio non già alle esigenze cautelari, ma alla tipologia di misura da applicare, antepoendo l'audizione alla decisione sulla cautela soltanto nel caso di applicazione di misure più blande, nelle quali le esigenze cautelari sono sicuramente più tenui¹⁰.

Sia come sia, anche se l'unica esigenza cautelare ravvisabile in concreto è quella di cui alla lett. c) dell'art. 274 c.p.p., il disegno di legge esclude comunque la possibilità di anticipare l'interrogatorio di garanzia quando si procede

la sussistenza di indagini a proprio carico».

⁹ Sul punto, cfr. G. ILLUMINATI, *Le modifiche al processo penale nel d.d.l. Nordio: una prima lettura*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2023, 890, il quale si è interrogato «sui rapporti tra la richiesta del pubblico ministero e il dovere del giudice di verificare l'esistenza dei presupposti per emettere l'invito a presentarsi per l'interrogatorio. La legge nulla dice in proposito, ma è possibile immaginare un vaglio preliminare del giudice, che includa anche il rigetto *de plano* della richiesta, allo scopo di decidere se occorre procedere o meno all'interrogatorio. Comunque la si pensi, emerge però con particolare evidenza la controversa questione dell'eventuale vincolo del giudice – non ancora investito della decisione sul merito – rispetto alla procedura da adottare sulla richiesta del pubblico ministero, conformemente al principio della domanda. In altre parole, se per esempio il pubblico ministero allegasse soltanto il pericolo di commissione di reati, potrebbe il giudice escludere l'interrogatorio sulla base di una diversa esigenza cautelare rilevata d'ufficio? O, viceversa, ove il giudice non ritenesse esistenti i gravi indizi di colpevolezza per uno dei reati indicati dal comma 1-*quater*, ma per un diverso titolo di reato, per il quale sia previsto l'interrogatorio, dovrebbe procedervi o semplicemente rigettare la richiesta nei termini in cui è stata formulata? Quello che si può affermare con certezza è che, almeno indirettamente, la disciplina esaminata finisce quanto meno col farsi carico del fatto che il pubblico ministero sia tenuto ad indicare specificamente le esigenze cautelari e gli elementi che le giustificano, e non solamente i gravi indizi di colpevolezza, mentre finora l'art. 291 comma 1 c.p.p. non stabilisce il contenuto minimo necessario della richiesta».

¹⁰ Suggestisce di battere la strada dell'anticipazione dell'interrogatorio, relativamente alla misura del divieto di avvicinamento alla persona offesa, P. BRONZO, *Profili critici delle misure cautelari “a tutela dell'offeso”*, in *Cass. pen.*, 2012, 3479, il quale sottolinea peraltro come una scelta simile potrebbe qui risolvere anche le problematiche derivanti dalla “duttilità” di siffatte cautele.

per uno dei delitti elencati nell'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p. o nell'art. 362, comma 1-ter, c.p.p. oppure per «gravi delitti commessi con uso di armi o con altri mezzi di violenza personale».

Appare decisamente opinabile la scelta di rinviare a cataloghi di reati – quelli, cioè, contenuti negli artt. 407 e 362 c.p.p. – che il legislatore ha elaborato in funzione della disciplina di meccanismi processuali eterogenei rispetto alla materia cautelare (termini delle indagini e immediata audizione della persona offesa con sommarie informazioni), mentre sarebbe stato più coerente fare riferimento ai reati, elencati nell'art. 275 c.p.p., per i quali opera la presunzione di sussistenza dei *pericula libertatis*.

Non può che ritenersi, invece, del tutto indeterminato – e, quindi, di incerta applicazione pratica – il criterio ancorato alla «gravità dei delitti commessi con l'uso delle armi o altri mezzi di violenza»¹¹.

In definitiva, così come formulate, le eccezioni rischiano di sovrastare – e, per l'effetto, di sterilizzare – la regola¹².

D'altra parte, occorrerebbe quantomeno chiarire che, per escludere l'anticipazione dell'interrogatorio, non è sufficiente la mera prospettazione del pubblico ministero, ma occorre il vaglio del giudice *de libertate* volto a verificare l'effettiva sussistenza di esigenze che precludono l'operatività della garanzia¹³.

È, questa, l'unica soluzione idonea ad impedire che esigenze cautelari prospettate del tutto pretestuosamente dal titolare dell'accusa possano neutralizzare l'operatività del congegno. A tal fine, nel testo del nuovo comma 1-*quater* dell'art. 291 c.p.p., introdotto dal disegno di legge, la locuzione «salvo che sussista taluna delle esigenze (...)» andrebbe sostituita con l'espressione – obiettivamente meno equivoca – «salvo che (il giudice) ritenga sussistente taluna delle esigenze (...)», così da rendere chiara l'impossibilità di far dipendere il diniego dell'interrogatorio anticipato dalla mera *voluntas* dell'organo inquirente.

Va, altresì, evidenziato che il disegno di legge omette completamente di considerare – e, quindi, di disciplinare – l'ipotesi del processo “cumulativo” in cui i presupposti per l'interrogatorio di garanzia anticipato sussistano solo per alcuni indagati e non per altri¹⁴. *Quid iuris* in casi del genere? La decisio-

¹¹ In sostanza, come efficacemente rilevato ancora da G. ILLUMINATI, *Le modifiche al processo penale nel d.d.l. Nordio: una prima lettura*, cit., 891, «la complessa procedura prevista si applica solo per ipotesi tutto sommato marginali, visto che si tratta dei reati di minore gravità (fra cui rientrano, e non sembra casuale, tutti i reati finanziari e contro la pubblica amministrazione, per i quali l'esigenza cautelare più spesso fatta valere è appunto il pericolo di commissione di delitti della stessa specie)».

¹² Una preoccupazione, questa, condivisa anche da F. PORCU, *Le modifiche al codice di rito nel d.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma in fieri*, cit., 6.

¹³ Come detto, ricevuta la richiesta cautelare, il giudice dovrebbe compiere una verifica preliminare sulla concretezza e attualità delle esigenze “ostative”, per accertare la effettiva capacità preclusiva delle allegazioni dell'organo inquirente.

¹⁴ Sottolinea F. PORCU, *Le modifiche al codice di rito nel d.d.l. Nordio: un primo commento alla*

ne sarà resa, per tutti, senza la preventiva *discovery* degli atti di indagine o il pubblico ministero dovrà provvedere ad uno stralcio delle singole posizioni degli indagati? La risposta a tali interrogativi non può essere agevolmente ricavata in via interpretativa, ma sollecita, piuttosto, un intervento correttivo del legislatore in corso d'opera, per evitare il varo di una disciplina palesemente lacunosa.

3. Quesiti procedurali.

Il perseguimento dell'obiettivo di consentire l'esercizio del diritto di difesa prima dell'applicazione della misura cautelare, già compreso in un perimetro normativo asfittico, rischia di essere pregiudicato, nella pratica, dalle formule utilizzate per descrivere alcuni passaggi cruciali della procedura.

Da questo punto di vista, viene in rilievo, innanzitutto, la presenza del difensore, che in questi frangenti è presidio irrinunciabile. Sul punto, si è osservato che diversamente da quanto prevede l'art. 294 c.p.p., tale presenza non è espressamente contemplata come obbligatoria così come non è contemplata la nomina di un difensore d'ufficio all'indagato che ne sia sprovvisto¹⁵.

Particolarmente problematica, poi, è la disciplina dei termini.

Il preavviso di cinque giorni non appare sufficiente – anche in procedimenti non particolarmente complessi – per consentire all'indagato di metabolizzare il materiale raccolto dall'accusa e di predisporre una efficace difesa in vista dell'interrogatorio¹⁶. Qui un rimedio potrebbe essere ricavato – per una maggiore tutela del diritto di difesa – sulla falsariga del meccanismo di differimento “a richiesta” previsto dal comma 9-*bis* dell'art. 309 c.p.p. in materia di riesame, consentendo all'indagato di chiedere un differimento¹⁷.

riforma in fieri, cit., 7, «come non siano previste eccezioni al contraddittorio preventivo nel caso in cui i presupposti per lo stesso emergano soltanto in relazione ad alcuni degli indagati, con il rischio di vanificare “l'effetto sorpresa” anche nei confronti di coloro per i quali sussistano, ad esempio, le esigenze di cui alle lett. a) e b) dell'art. 274 c.p.p.», perché «il pubblico ministero, nell'ambito dello stesso procedimento, dovrebbe operare con richieste da trasmettere al giudice delle indagini preliminari in tempi sfasati». Secondo E. MACCORA, *Il cantiere sempre aperto della giustizia penale. Primissime osservazioni al d.d.l. Nordio ed all'impatto sulle sezioni gip-gup*, in *Quest. giust.*, 6 luglio 2023, tale *modus operandi* costituirebbe, peraltro, «ulteriore aggravio per uffici già molto sofferenti». Nella medesima direzione muove il parere reso dal CSM, p. 313.

¹⁵ G. SPANGHER, *Il d.d.l. Nordio in materia cautelare: ombre e dubbi*, in www.giustiziainsieme.it, 6 settembre 2023.

¹⁶ Sul punto, in senso fortemente critico F. PORCU, *Le modifiche al codice di rito nel D.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma in fieri*, cit., 6.

¹⁷ Tuttavia, l'introduzione, eventualmente in via interpretativa, di un simile congegno spiegherebbe effetti utili soltanto dinanzi a fascicoli di minore consistenza per un duplice ordine di ragioni: innanzitutto, perchè il differimento è contenuto in un termine comunque breve (da un minimo di cinque a un massimo di dieci giorni) e poi perchè l'accoglimento dell'istanza è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice (sul punto, Cass., sez. II, 26 giugno 2018, n. 35659, in *C.E.D. Cass.*, n. 273601) che potrebbe non concederla adducendo la necessità di assicurare speditezza alla procedura cautelare.

D'altro canto, il legislatore non si fa carico né di indicare in maniera tassativa le ragioni di urgenza che giustificano l'abbreviazione del termine, né di fissare il limite temporale minimo per comparire, che non può mai essere compresso.

Tutte previsioni – quelle sin qui richiamate – che rischiano di fiaccare il potenziale garantistico dell'adempimento di garanzia, riducendolo in un simulacro. La novella, insomma, finirebbe per assumere un connotato meramente propagandistico.

Volgendo lo sguardo al contenuto dell'avviso, esso contiene un cospicuo numero di informazioni da dare all'indagato: da quelle che riguardano la data e il luogo dell'interrogatorio a quelle che rendono edotto l'interessato della possibilità di nominare un difensore di fiducia. Il legislatore ha inserito anche l'ormai onnipresente avviso della facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa, ma non ha introdotto un avvertimento essenziale, che informi l'indagato delle conseguenze connesse alla mancata comparizione all'interrogatorio.

Del resto, proprio con riferimento alla mancata presentazione dell'indagato, il nuovo articolato normativo suscita ulteriori interrogativi.

La disciplina contempla la possibilità di far valere un legittimo impedimento. Il legislatore, tuttavia, non si premura di precisare se a far valere l'impedimento possa essere solo l'indagato o anche il suo difensore, né di chiarire fino a quando possa protrarsi tale impedimento e, quindi, la stasi del procedimento cautelare.

Sotto altro aspetto, si prevede che, qualora l'indagato non si presenti senza addurre alcuna giustificazione e il giudice ritenga le ricerche esaurienti, sia consentito procedere oltre e assumere la decisione *inaudita altera parte*.

Qui si tratta di chiarire quali sono le ricerche da svolgere e quali le ulteriori conseguenze dell'irreperibilità dell'indagato.

Le ricerche dovranno essere senz'altro esaustive, ma non sembra necessario accertare anche la volontarietà dell'assenza. In altri termini, a differenza di quanto previsto in relazione al limitrofo istituto della latitanza, non è necessario accertare che l'indagato si sia volontariamente sottratto all'interrogatorio di garanzia anticipato¹⁸.

Laddove, però, si registri tale situazione, deve ritenersi accertata la sussistenza di un concreto pericolo di fuga, se non di una fuga già compiuta. Una eventualità, questa, che dovrebbe escludere, per motivi sopravvenuti, l'obbligo di anticipare l'interrogatorio.

Non meno problematiche sono le questioni che sorgono al momento della conclusione dell'interlocuzione. Si è rilevato, infatti, che mancano precisi riferimenti procedurali conseguenti alle attività successive allo svolgimento

¹⁸ Sull'elemento soggettivo della latitanza e sulle ricerche da compiere per accertarlo, più di recente, G. TESSITORE, *La ricerca del latitante*, in P. MAGGIO (a cura di), *La nuova disciplina delle intercettazioni*, Torino, 2023, 477 ss., nonché, volendo, G. COLAIACOVO, *Il latitante*, 56 ss. e 107 ss.

dell'interrogatorio¹⁹. Le nuove disposizioni, invero, non disciplinano il periodo di tempo che trascorre tra la conclusione dell'interrogatorio e l'adozione della decisione. Un frangente, più o meno breve, secondo la solerzia del giudice, nel quale l'indagato dovrebbe rimanere in attesa di conoscere la sua sorte²⁰.

4. La garanzia della collegialità.

Ulteriore profilo di interesse è l'intersezione della disciplina dell'interrogatorio anticipato con altro tratto qualificante del disegno di legge, ossia l'attribuzione al collegio della competenza a decidere sulla applicazione della misura della custodia cautelare in carcere²¹.

Il coordinamento tra queste due innovazioni è garantito dall'introduzione, nel testo dell'art. 291 c.p.p., del comma 1-*quinquies*, in forza del quale, a fronte di una richiesta di custodia cautelare in carcere, all'interrogatorio procede il presidente del collegio o uno dei componenti da lui delegato²². Dunque, la composizione collegiale riguarda esclusivamente la decisione sulla misura e non gli adempimenti ad essa prodromici²³.

¹⁹ G. SPANGHER, *Il d.d.l. Nordio in materia cautelare: ombre e dubbi*, in www.giustiziainsieme.it, 6 settembre 2023.

²⁰ Come si è opportunamente osservato, «non è previsto un termine *ad hoc* per l'emissione dell'ordinanza: ma nel frattempo l'imputato, anche se è stata richiesta la custodia cautelare, dovrebbe rimanere in libertà» (così G. ILLUMINATI, *Le modifiche al processo penale nel d.d.l. Nordio: una prima lettura*, cit., 892).

²¹ Come ricorda G. ILLUMINATI, *Le modifiche al processo penale nel d.d.l. Nordio: una prima lettura*, cit., 894, la dottrina ha da tempo segnalato l'opportunità di affidare ad un organo collegiale la valutazione cautelare, anche laddove la decisione abbia ad oggetto misure meno afflittive della custodia in carcere: tra gli altri, v. E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in AA.VV., *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali. Atti del convegno di Trento, 11-13 ottobre 2013*, Milano, 2014, 17 ss.; G. CONSO, *La collegialità del g.i.p.: per un'ipotesi praticabile*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 401 ss.; L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova, 2013, 241 ss.

²² Più precisamente, l'art. 2 comma 1, lett. l), del disegno di legge prevede l'inserimento nell'art. 328 c.p.p. del comma 1-*quinquies*, a norma del quale il giudice per le indagini preliminari decide in composizione collegiale l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere. Su tale modifica ha espresso rilievi critici E. MACCORA, *Il cantiere sempre aperto della giustizia penale. Prmissime osservazioni al DDL Nordio ed all'impatto sulle sezioni gip-gup*, cit., reputandola «una norma discutibile, se si considera la filosofia di fondo dell'attuale codice di procedura penale, che consente al giudice monocratico la decisione sulla responsabilità penale per reati puniti con una pena massima non superiore ai dieci anni di reclusione e nel caso di rito abbreviato o di proscioglimento ex art. 425 c.p.p. anche per reati puniti con pene maggiori. Il progetto riformatore ritiene che una cura maggiore deve essere rivolta al giudizio cautelare custodiale rispetto a quello di cognizione». Ma il paragone non appare risolutivo, poichè i termini della questione dovrebbero piuttosto essere rovesciati, valutando criticamente la scelta di affidare al giudice monocratico decisioni che possono incidere in maniera tanto rilevante sulla libertà personale.

²³ L'impostazione non cambia qualora all'interrogatorio si proceda dopo l'applicazione della misura cautelare, come si evince dall'interpolarazione dell'art. 294, comma 4-*bis*, ad opera dell'art. 2 comma 1, lett. f), n. 2, del disegno di legge.

Tale opzione non convince del tutto: se con la riforma si persegue l'obiettivo di consentire un contatto tra l'indagato e il giudice che deve pronunciarsi sull'applicazione della misura restrittiva, la soluzione più coerente sarebbe quella di prevedere la composizione collegiale anche per l'interrogatorio di garanzia, consentendo, così, che tutti i componenti dell'organo giudicante possano ascoltare la versione dell'indagato. Un'impostazione che eviterebbe, d'altro canto, che il magistrato delegato allo svolgimento dell'interrogatorio possa assumere all'interno del collegio un ruolo preponderante.

Sia come sia, in questo frangente deve essere comunque attribuito rilievo preminente al principio di immediatezza e si deve perciò escludere che il magistrato che ha interrogato l'indagato non componga poi il collegio. L'unica deroga potrebbe essere ammessa qualora l'indagato non abbia presenziato all'atto o si sia avvalso della facoltà di non rispondere.

5. Patologie.

A presidiare la corretta applicazione del nuovo istituto, il legislatore ha posto due nuove ipotesi di nullità, aggiungendo, all'art. 292 c.p.p., il comma 3-*bis*, che sanziona l'omesso interrogatorio e la violazione delle previsioni contenute nei commi 1-*septies* e 1-*octies* dell'art. 291 c.p.p.

Dunque, l'ordinanza cautelare è nulla quando non è preceduta dall'interrogatorio, quando l'invito non contiene tutti gli elementi prescritti e quando non sono rispettate le previsioni che consentono all'indagato di accedere al fascicolo cautelare.

A rafforzare l'impianto sanzionatorio interviene l'ampliamento dei requisiti formali dell'ordinanza cautelare che dovrà contenere, sempre a pena di nullità, una specifica valutazione degli elementi esposti dalla persona sottoposta alle indagini nel corso dell'interrogatorio.

Restano da chiarire, invece, le conseguenze connesse ad altre violazioni che pure contribuiscono a rendere effettivo l'esercizio del diritto di difesa e che non sono espressamente contemplate dalla novella.

Il primo quesito concerne l'inosservanza del termine concesso per la comparizione all'interrogatorio o la sua ingiusta compressione. Poiché sono previsioni che assicurano la partecipazione dell'indagato, la nullità può essere ricavata in via interpretativa dalla norma generale contenuta nell'art. 178 comma 1, lett. c), c.p.p. Il regime della nullità, esclusi gli estremi della nullità assoluta e della nullità relativa, sarà intermedio, con la conseguenza che la relativa eccezione dovrà essere formulata prima dell'inizio dell'interrogatorio.

Altro quesito riguarda, invece, l'assenza nel collegio chiamato a pronunciarsi sull'applicazione della misura del magistrato che ha proceduto all'interrogatorio. Anche in tal caso, si deve concludere che l'ordinanza è affetta da una nullità di ordine generale a regime intermedio.

6. L'interrogatorio anticipato in procedure diverse.

L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia sembra connaturata agli incidenti cautelari innestati in procedimenti penali che vertono sul merito dell'accusa. Appare opportuno, però, verificare la possibilità di estendere il nuovo istituto in procedimenti con diverso oggetto²⁴ e, più precisamente, sondare l'applicabilità delle nuove norme soprattutto nell'ambito delle procedure di estradizione, mandato di arresto europeo e in altri meccanismi simili, nei quali è prevista la privazione della libertà personale del ricercato in vista della decisione sulla richiesta di cooperazione giudiziaria. A ben vedere, infatti, le disposizioni che regolano tali istituti prevedono un'interlocuzione con l'autorità giudiziaria dopo l'esecuzione della misura²⁵.

Al di là della – non condivisibile – ritrosia della giurisprudenza ad equiparare l'interlocuzione tra persona *in vinculis* e autorità giudiziaria nelle procedure di cooperazione all'interrogatorio di garanzia e, conseguentemente, ad applicare alla prima le garanzie del secondo²⁶, la conclusione negativa è sorretta da un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, ed il rilievo è assorbente, nelle richiamate procedure, l'applicazione di una misura cautelare è agganciata alla sussistenza di un pericolo di fuga²⁷, che preclude *in nuce* l'anticipazione dell'interrogatorio.

In secondo luogo, in simili contesti l'esecuzione di una misura è preceduta, nella generalità dei casi, dall'arresto del ricercato e dalla successiva udienza di convalida, con l'innesto, quindi, di un diverso modulo procedimentale, che già prevede, a seguito dell'esecuzione della misura precautelare, l'audizione anticipata della persona da sottoporre a misura restrittiva.

²⁴ Si potrebbe far riferimento – per usare un'espressione risalente – ai c.d. procedimenti “complementari” (G. SABATINI, *Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processo penale*, Torino, 1956, 36 ss.).

²⁵ In materia di estradizione, l'art. 717 c.p.p. disciplina l'audizione della persona sottoposta a misura coercitiva e analogamente dispongono l'art. 10, comma 1, della l. 22 aprile 2005, n. 69 (sul mandato d'arresto europeo) e l'art. 14 d. lgs. 7 settembre 2010, n. 161 (sul riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale).

²⁶ Su questo aspetto, sia consentito qui il rinvio a G. DELLA MONICA, *Il mandato di arresto europeo*, Torino, 2012, 48 ss., e G. COLAIACOVO, *Il sistema delle misure cautelari nel mandato d'arresto europeo*, Padova, 2019, 111 ss.

²⁷ In tema, ancora G. DELLA MONICA, *Il mandato*, cit., 56 ss., e G. COLAIACOVO, *Il sistema*, cit., 94 ss.

L'omicidio (tentato?) del delitto di abuso d'ufficio

Massimiliano Ravenna*

Sommario: **1.** Sintesi della schizofrenica storia del delitto di abuso d'ufficio. - **2.** In particolare, le fattispecie del 1997 e del 2020. - **3.** Il bene giuridico tutelato dall'art. 323 c.p. - **4.** Il disegno di legge Nordio. - **5.** L'irragionevolezza delle ragioni della proposta di abolizione, anche alla luce della funzione della norma (e della corrispondente sanzione) penale. - **6.** L'inconcludenza del mero dato statistico. - **7.** L'errata equiparazione tra efficacia di una norma penale e corrispondenti sentenze di condanna. - **8.** L'immotivata abolizione anche della forma omissiva. - **9.** Il rimedio peggiore del male?

ABSTRACT

L'articolo, dopo un sintetico riepilogo delle modificazioni subite nel corso del tempo dalla fattispecie di cui all'art. 323 c.p. e delle ragioni che le hanno determinate (*id est*: i ripetuti eccessi interpretativi), analizza la radicale proposta di abolizione del delitto contenuta nel c.d. DDL Nordio. L'autore evidenzia l'insufficienza e l'erroneità concettuale dei motivi sottesi alla proposta, anche alla luce dell'interesse tutelato dalla norma in oggetto. Inoltre, critica l'inerenza del dato statistico, il *silenzio* sulla forma omissiva del delitto e, infine, segnala il rischio di un utilizzo surrogatorio di ben più gravi fattispecie di quella che si vuole cancellare.

The article, after a brief summary of the changes undergone over time by the case in point, referred to in art. 323 of the Criminal Code, and the reasons that led to them (i.e.: the repeated interpretative excesses), analyzes the radical proposal for the abolition of the crime contained in the so-called Nordio Bill. The author highlights the insufficiency and conceptual error of the reasons underlying the proposal, also in light of the interest protected by the rule in question. In addition, it criticizes the inherence of the statistical data, the silence on the omissive side of the crime and, finally, points out the risk of a surrogate use of much more serious cases than the one that is intended to be deleted.

1. Sintesi della schizofrenica storia del delitto di abuso d'ufficio.

Come è noto, il disegno di legge n. A.S. 808, recante “*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare*”, prevede, tra le altre cose, l'abolizione del delitto di abuso d'ufficio. Prima di entrare nel merito della proposta e delle ragioni che la sottendono, appare utile

* Avvocato del Foro di Cagliari.

un brevissimo *excursus* del tormentato percorso subito dalla fattispecie, dal 1930 ad oggi.

All'origine, il Codice Rocco prevedeva due figure, per così dire, di abuso d'ufficio (*rectius*: due fattispecie che sarebbero poi convogliate nel delitto così denominato).

Gioverà riportarne il tenore letterale, anche al fine di evidenziare, plasticamente, l'evoluzione lessicale del reato in commento.

La prima figura, collocata anch'essa nell'art. 323 c.p., era intitolata dal legislatore "*Abuso di ufficio in casi non preveduti specificatamente dalla legge*" (prosaicamente detto: *abuso innominato o abuso generico di ufficio*) e così recitava: "*Il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa da lire centomila a due milioni*".

Accanto ad essa vi era, quale fattispecie in qualche modo limitrofa, il vecchio art. 324 c.p. ("*Interesse privato in atti d'ufficio*"): "*Il pubblico ufficiale che, direttamente o per interposta persona, o con atti simulati, prende un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica Amministrazione presso la quale esercita il proprio ufficio, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da lire duecentomila a quattro milioni*".

Le due norme, che (soprattutto la prima) non brillavano certo per precisione e determinatezza, furono, come è noto, sostituite e racchiuse dalla riforma dello statuto penale dei delitti contro la P.A. introdotto dalla L. 26.4.1990, n. 86¹ nel nuovo art. 323 c.p. ("*Abuso d'ufficio*"), il cui primo comma così statuiva: "*Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni*". Al secondo comma veniva previsto un considerevole innalzamento della pena (il massimo diventava il minimo edittale) laddove l'azione del reo fosse stata contrassegnata da un movente patrimoniale: "*Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale la pena è della reclusione da due a cinque anni*".

Tra gli scopi che si poneva il legislatore attraverso la nuova formulazione, possono ricordarsi i seguenti: riunire in un'unica fattispecie i casi disciplinati dall'art. 323 c.p. e dall'art. 324 c.p. (abrogato dalla L. 26.4.1990, n. 86); includere nell'alveo del fatto tipico anche i casi prima configuranti il vecchio peculato per *distrazione* (il cui lemma era stato espressamente espunto dalla coeva immissione del nuovo art. 314 c.p.); aggiungere tra i soggetti attivi anche gli incaricati di un pubblico servizio; descrivere con maggiore accuratezza ed esattezza il fatto tipico, pure al fine di ridurre l'area degli illeciti amministrativi che avevano (anche) rilevanza penale.

Come probabilmente non era difficile prevedere, l'ultimo scopo (e non solo, a dire il vero, visto l'ampio dibattito seguito – prima nella dottrina e poi anche in giurisprudenza – sulla permanente rilevanza delle condotte distrattive, almeno alcune, nel paradigma del peculato) non fu per nulla raggiunto. Anzi.

¹ "*Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*".

Il totale silenzio del legislatore riformatore sul concetto di *abuso*, concetto racchiudente pressoché l'intero fatto tipico nonché la portata offensiva del reato, provocarono intense *invasioni* da parte del giudice penale nel merito dell'azione della P.A., il cui operato, invece, avrebbe dovuto rimanere del tutto sottratto alla sua valutazione (il giudice penale, come è noto, non dovrebbe sindacare le scelte della P.A. a meno che, ovviamente, non integrino esse stesse dei reati). Ciò comportò per alcuni anni l'inerzia del pubblico amministratore (onesto) che aveva timore, certo non infondato stante la genericità della norma (che, in buona sostanza, consentiva una valutazione avente ad oggetto anche la mera discrezionalità del suo agire), di essere perseguito penalmente per comportamenti che pur egli riteneva perfettamente leciti (o, al più, opinabili sotto l'aspetto squisitamente amministrativo).

Per questo motivo, dopo appena sette anni dalla riforma, su impulso delle rimostranze provenienti dall'ANC², il legislatore emanò la L. 16.7.1997, n. 234 con lo scopo di circoscrivere il controllo penale sull'attività dei pubblici amministratori (in settori tradizionalmente connotati dalla discrezionalità della P.A.) e di descrivere il fatto di cui all'art. 323 c.p. in maniera più precisa e particolareggiata.

La norma fu quindi radicalmente modificata: *“Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità”*.

Come si nota, la struttura dell'illecito penale fu stravolta.

L'art. 323 c.p. *post* 1997 racchiude al suo interno un **reato di evento** (e non di *mera condotta* come nel 1990) caratterizzato da due condotte tipiche: una, di matrice **attiva**, consistente nella violazione di norma di legge o di regolamento (che, almeno nelle intenzioni del legislatore, dovevano avere un contenuto immediatamente precettivo); l'altra, **omissiva**, censurante la mancata astensione in casi specificati dalla stessa norma o da altre genericamente richiamate (*“negli altri casi prescritti”*). L'evento, che, naturalmente, deve essere collegato causalmente con una delle due condotte, può essere sia un vantaggio patrimoniale (perde rilevanza penale quello non patrimoniale) per sé o per altri, sia un danno arrecato a terzi³. Entrambi, come nel 1990, devono essere caratterizzati, per poter integrare la fattispecie, dalla clausola di illiceità speciale della ingiustizia. Ciò restringe considerevolmente il campo di applicazione della norma perché l'ingiustizia non concerne solamente il fatto causativo ma anche il risultato della condotta (c.d. **doppia ingiustizia**): l'evento, per essere ingiusto, non solo deve essere prodotto *non jure* ma essere esso stesso *contra jus*⁴. Come è stato evidenziato *“l'ingiustizia del vantaggio o del danno assume un ruolo di rilievo*

² Associazione Nazionale Comuni Italiani.

³ Pertanto il vantaggio e il danno non sono più soltanto i motivi dell'agire (che possono, dunque, anche non essere raggiunti) ma eventi alternativi che devono concretamente verificarsi.

⁴ *Ex plurimis*: Cass. pen., Sez. VI, 31.5.2022 (dep. 11.7.2022), n. 26625; Cass. pen., Sez. VI, 11.11.2015 (dep. 10.12.2015), n. 48914.

all'interno della fattispecie di reato dell'abuso d'ufficio, in quanto rappresenta la nota di disvalore che caratterizza e differenzia l'ambito degli abusi penalmente rilevanti dal mero illecito amministrativo"⁵. La fattispecie, rispetto alla precedente, è pure arricchita (e, quindi, più circoscritta) sotto il profilo dell'elemento soggettivo, in quanto l'evento deve rientrare nel *focus* del **dolo intenzionale** (esplicitamente manifestato dall'avverbio "*intenzionalmente*"): è necessario che l'agente abbia proprio ed esclusivamente di mira il conseguimento dell'ingiusto vantaggio patrimoniale o del danno ingiusto pur se, solo occasionalmente, vi sia anche una finalità pubblica; se, invece, la sua precipua finalità consiste nel perseguimento dell'interesse pubblico, la pur contemporanea consapevolezza di cagionare anche l'evento tipico non è sufficiente a configurare quella intenzionalità che presuppone la preminenza di uno *scopo privato*⁶. Ancora, nel 1997 sono state introdotte una clausola di riserva relativamente determinata ("*Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato*"), tendente anch'essa a limitare la portata dell'ambito applicativo della norma, nonché la necessità che la condotta tipica si perfezioni "*nello svolgimento delle funzioni o del servizio*" e che, quindi, sia esplicitazione (illegittima) dell'ufficio o del servizio ricoperto⁷.

Va aggiunto che la versione della norma sopra riprodotta è il risultato di un'ulteriore modifica operata dalla L. 6.11.2012, n. 190, afferente, tuttavia, esclusivamente all'innalzamento della pena: dalla precedente "*da sei mesi a tre anni*" all'attuale "*da uno a quattro anni*".

Come se tutte queste interpolazioni non fossero state sufficienti, nel 2020 (art. 23 del D.L. 16.7.2020, n. 76, convertito dalla L. 11.9.2020 n. 120), il delitto di abuso d'ufficio subì un'ennesima trasformazione, con la volontà di ulteriormente limitare e contenere la rilevanza penale della fattispecie: "*Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità*".

In buona sostanza, la locuzione "**di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità**" ha sostituito la precedente "*di norme di legge o di regolamento*".

⁵ Così, Cass. pen., Sez. VI, 22.6.2023 (dep. 4.10.2023), n. 40428, la quale soggiunge che "*accertata, dunque, la violazione della norma di legge o la mancata astensione, è proprio l'ingiustizia del risultato conseguito ad attribuire rilevanza penale alla condotta dell'agente*".

⁶ Tra le molteplici: Cass. pen., Sez. Fer., 18.8.2022 (dep. 16.9.2022), n. 34390; Cass. pen., Sez. II, 5.5.2015 (dep. 29.5.2015), n. 23019.

⁷ Secondo la già ricordata Cass. pen., Sez. VI, 22.6.2023 (dep. 4.10.2023), n. 40428, è "*(...) necessario che la condotta sia realizzata attraverso l'esercizio del potere pubblico attribuito al soggetto agente, configurando i comportamenti non correlati all'attività funzionale, o meramente occasionati da essa, una mera violazione del dovere di correttezza, non rilevante ai sensi dell'articolo 323 c.p. anche se in contrasto di interessi con l'attività istituzionale*".

Diventano, pertanto, penalmente irrilevanti, almeno all'interno dell'alveo dell'art. 323 c.p., le violazioni di norme di regolamento e le regole di condotta che lascino al soggetto pubblico una qualche discrezionalità. In tal modo, perlomeno nei propositi, si è inteso delimitare l'abuso solo alla "inosservanza di un dovere vincolato nell'an, nel quid e nel quomodo dell'attività"⁸.

Pur rimanendo inalterata la **figura omissiva** del delitto di abuso d'ufficio⁹, la riforma del 2020 pare avere eccessivamente ristretto l'ambito applicativo del delitto *de quo*.¹⁰ Non si comprende bene, infatti, per quale motivo sia stata espunta la violazione di norme regolamentari, le quali spesso contengono precetti ben più pregnanti e chiari di quanto non lo siano le norme di legge poste *a monte*. Così come non si vede perché solo gli atti meramente esecutivi e privi di alcuna discrezionalità (almeno a leggere letteralmente il tenore del recente inciso) possano essere sanzionati penalmente¹¹. Peraltro, com'era forse prevedibile (anche se non giustificabile), la giurisprudenza, in taluni casi, sembra avere *reagito* con l'ennesima interpretazione estensiva (v. *infra*).

Va infine brevemente rammentato che l'abuso d'ufficio non costituisce un *unicum* nell'ordinamento penalistico europeo.

Come è stato fatto correttamente notare¹²: in Francia, tramite l'art. 432-12 del Code Pénal, il quale punisce la *prise illégale d'intérêts*, si sanziona penalmente la presa, da parte dell'agente pubblico, di un interesse privato in un atto d'ufficio; in Spagna, attraverso il delitto di cui all'art. 404 del Código Penal, reprime la *prevaricación administrativa*, costituisce reato il caso in cui l'agente pubblico adotti volontariamente un provvedimento amministrativo illegittimo o arbitrario, che incida sui diritti dei consociati; in Germania, è prevista una norma incriminatrice - § 266 Untreue (StGB), perseguente la c.d. *infedeltà*, vale a dire un vero e proprio abuso di fiducia. Senza dimenticare la proposta di direttiva europea del 3.5.2023 in materia di anticorruzione la quale, all'art. 11, prevede appunto che sia incriminato anche il c.d. *abuse of functions* (v. *infra*).

Nel prossimo paragrafo, anche per ragioni di economia espositiva, si focalizzerà l'attenzione su alcuni profili inerenti solamente alle due ultime trasformazioni volute dal legislatore, profili il cui sintetico esame appare propedeutico alle osservazioni che seguiranno.

⁸ T. PADOVANI, *Vita morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. Pen. Web*, 2020, 7-8, 8.

⁹ In questo senso, tra le altre, Cass. pen., Sez. Fer., 25.8.2020 (dep. 17.11.2020), n. 32174.

¹⁰ A. MANNA, *L'abolizione dell'abuso d'ufficio: "cronaca di una morte annunciata"?*, in *Discrimen*, 2023, 10, il quale opportunamente puntualizza che la riforma del 2020 comporta "un depotenziamento della relativa fattispecie, responsabile, quindi, sia dell'esigua percentuale di pubblici agenti indagati per tale fattispecie criminosa e dell'ancora più esiguo numero di condanne per tale delitto".

¹¹ R. GAROFOLI, *La annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: le preoccupazioni dei sindaci tra PNRR e rilancio della macchina dello Stato*, in *Sist. Pen.*, 2023, 12, osserva come non si sia "mancato di osservare che assai di frequente gli abusi - anche i più odiosi - si annidano proprio nell'esercizio della discrezionalità".

¹² M. GAMBARELLA, *Considerazioni sulle "ultime" proposte legislative di modifica dei reati di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite*, in *Giur. Pen. Web*, 2023, 5, 6 s.

2. In particolare, le fattispecie del 1997 e del 2020.

La riforma del 1997, lo si è già detto, era motivata dalla necessità di tratteggiare con precisione il fatto penalmente rilevante, così da (finalmente) ottemperare al principio di determinatezza (e di tassatività) ed evitare l'inaccettabile invasione del giudice penale nelle scelte di merito della P.A.

Seppur con inevitabile approssimazione, può sostenersi che, sotto questo profilo, la giurisprudenza, dopo non molto tempo, prima introdusse e poi consolidò delle interpretazioni della fattispecie chiaramente amplificatrici del dettato normativo strettamente inteso e, almeno in parte, tradenti lo spirito della riforma, in modo tale da vanificarla, almeno parzialmente.

Infatti, giova ricordare che è stata considerata violazione di legge o di regolamento e, quindi, integrante la condotta tipica anche:

- a) la **violazione dell'art. 97 Cost.** – nella parte inerente al principio di imparzialità¹³ – in quanto si sosteneva, irrealmente, che fosse una norma immediatamente precettiva¹⁴;
- b) il vizio dell'**eccesso di potere**, nella sua forma maggiormente sintomatica dello *sviamento di potere*, a prescindere dalla specifica violazione di una norma precettiva¹⁵. Si tratta, in sostanza, di comportamenti formalmente corrispondenti alla norma che regola l'esercizio dei poteri, ma in assenza delle ragioni di ufficio che lo giustificano, in quanto perseguiti un interesse contrastante con quello attributivo del potere medesimo¹⁶.
- c) la violazione di **norme procedurali** (quindi non imponenti un comando o un divieto)¹⁷;
- d) la realizzazione di atti del procedimento amministrativo privi di rilevanza esterna o anche gli atti di mero impulso politico "*essendo tali atti idonei ad arrecare un danno o un ingiusto profitto, attraverso il concorso nell'atto esterno*"¹⁸;
- e) la trasgressione di meri atti amministrativi (circolari, ordinanze, ecc.), non costituenti legge o regolamento, soltanto perché, a monte, disciplinati, anche genericamente, da questi ultimi.

Può fin d'ora anticiparsi che queste (e altre) aporie interpretative non giustificano l'abolizione del delitto di abuso d'ufficio anche se offrono, purtroppo, una *sponda argomentativa* ai fautori della riforma. E non la giustificano non solo per le osservazioni che seguiranno ma anche perché la fattispecie, proprio al fine di meglio descriverla

¹³ L'imparzialità, come si vedrà, è semmai uno degli interessi salvaguardato dalla fattispecie.

¹⁴ *Ex pluribus*: Cass. pen., Sez. VI, 2.4.2015 (dep. 1.7.2015), n. 27816.

¹⁵ *Ex pluribus*: Cass. pen., Sez. Un., 29.9.2011 (dep. 10.1.2012), n. 155.

¹⁶ Va però detto che siffatta esegesi, pur criticata, francamente non pare contrastare in maniera così netta col tenore e con la *ratio* della norma, considerato che utilizzare un potere conferito dalla legge per finalità del tutto estranee (se non addirittura opposte) a quelle sottese all'assegnazione di quel potere significa (o equivale a) violare la legge stessa.

¹⁷ Cass. pen., Sez. VI, 22.6.2017 (dep. 13.9.2017), n. 41768.

¹⁸ Cass. pen., Sez. Fer., 25.8.2020 (dep. 17.11.2020), n. 32174, e ss.

e di diminuirne l'ampiezza, è stata, come visto, già assai incisivamente ritoccata nel 2020.

Infatti, con il D.L. 16.7.2020, n. 76, convertito dalla L. 11.9.2020 n. 120, si è certamente operata una *abolitio criminis* parziale¹⁹ regolamentata dall'art. 2, comma 2, c.p.²⁰. È opportuno ricordare che una delle *motrici* (o, se maliziosamente si preferisce, il pretesto) della novella risiede nel periodo emergenziale sanitario ed economico derivante dalla pandemia da Covid-19, con la conseguenziale esigenza di un'azione amministrativa celere, efficace e scevra da preoccupazioni di incappare in responsabilità penali, così da poter meglio contrastare le necessità derivanti dalla lotta alla pandemia.

Come ha osservato la Corte costituzionale²¹, la riforma del 2020 ha alla base “*due convinzioni*”: “*a) che il “rischio penale” e, in specie, quello legato alla scarsa puntualità e alla potenziale eccessiva ampiezza dei confini applicativi dell'abuso d'ufficio, rappresenti uno dei motori della “burocrazia difensiva”; b) che quest'ultima costituisca a propria volta un freno e un fattore di inefficienza dell'attività della pubblica amministrazione*”²².

Dunque, la Corte costituzionale, interpretando la *voluntas legis*, espressamente collega la *riduzione* dell'alveo di applicazione della fattispecie alla c.d. burocrazia difensiva e (altra faccia della stessa medaglia) all'inefficienza dell'attività amministrativa. Detto in altri termini, la funzionalità di quest'ultima viene salvaguardata con un (condivisibile o meno) restringimento del fatto tipico, non con la sua abolizione.

Sempre il Giudice delle Leggi dopo aver, di fatto, criticato le interpretazioni giurisprudenziali che, sia in relazione alla fattispecie del 1990, sia a quella del 1997, hanno esteso oltremodo il campo d'azione delle stesse, ha aggiunto che la novella “*richiede che la violazione abbia ad oggetto regole specifiche previste in modo espresso da fonti primarie e che non lascino al funzionario pubblico spazi di discrezionalità. Particolarmente su questo secondo versante, risulta trasparente l'intento di sbarare la strada alle interpretazioni giurisprudenziali che avevano dilatato la sfera di operatività della norma introdotta dalla legge n. 234 del 1997: **la puntualizzazione che l'abuso deve consistere nella violazione di regole specifiche mira ad impedire che si sussuma nell'ambito della condotta tipica anche l'inosservanza di norme di principio, quale l'art. 97 Cost.; richiedendo che le regole siano espressamente previste dalla legge e tali da non lasciare «margini di discrezionalità» si vuol negare rilievo al compimento di atti viziati da eccesso di potere***”²³.

¹⁹ Si veda A. NATALINI, *Nuovo abuso d'ufficio, il rischio è un'incriminazione ‘fantasma’*, in *Guida al dir.*, n. 42/2020, 76 ss.

²⁰ Cass. pen., Sez. Fer., 25.8.2020 (dep. 17.11.2020), n. 32174.

²¹ Corte cost., 24.11.2021 (dep. 18.1.2022), n. 8.

²² Fa correttamente notare M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio?*, in *Sist. Pen.*, 7-8/2021, 74, che “*è davvero fortissima l'impressione di trovarsi di fronte ad una situazione déjà vu: le considerazioni di politica criminale, la valutazione dei problemi da risolvere, gli obiettivi perseguiti e (per una certa parte della fattispecie di reato) le modalità tecniche di (ri)scrittura dell'art. 323, secondo cui oggi si è proceduto alla modifica dell'abuso d'ufficio, sembrano per molti aspetti una fotocopia di quelle che portarono alla precedente riforma ad opera della legge 16 luglio 1997, n. 234*”.

²³ Le evidenziazioni in grassetto sono opera del sottoscritto.

La Corte di cassazione, inizialmente, è parsa seguire l'interpretazione della Corte costituzionale ma, in seguito, è sembrata (talvolta) oltrepassare le *frontiere* della nuova formulazione²⁴.

Ad esempio, nel (non lodevole) tentativo di ampliare i confini della nuova fattispecie²⁵, ha affermato che il legislatore non ha voluto limitare la rilevanza penale solamente alle condotte del tutto vincolate ma ha voluto ricomprendervi “*anche i casi riguardanti l'osservanza di una regola di condotta collegata allo svolgimento di un potere che, astrattamente previsto dalla legge come discrezionale, sia divenuto in concreto vincolante per le scelte fatte dal pubblico agente prima dell'adozione dell'atto (o del comportamento) in cui si sostanzia l'abuso d'ufficio*”. Desta qualche perplessità anche quella decisione che, in continuità con precedente orientamento, ha ravvisato la violazione di legge nel mancato esercizio del dovere di vigilanza, impresso in un D.P.R., dal quale sono scaturiti provvedimenti illegittimi²⁶.

Più aderente al nuovo dettato normativo appare invece l'orientamento²⁷ secondo il quale gli atti connotati da un margine di *discrezionalità tecnica* (esempio classico: le valutazioni di una commissione sui titoli di un candidato) non rientrano più nell'alveo della fattispecie.

Opportunamente è stato pure ribadito che la violazione dell'art. 97 Cost. non possa più integrare l'abuso d'ufficio²⁸.

Questa, dunque, è l'approssimativa ricostruzione della travagliata vita dell'abuso d'ufficio, la cui configurazione è stata modificata, deformata, limata, ridotta, ma mai cancellata.

Anche perché, a dire il vero, il tenore della norma introdotta nel 1997 e – *a fortiori* quella del 2020 – è talmente ricca di elementi e di specificazioni da non poter essere considerata indeterminata o imprecisa²⁹. Naturalmente, la proiezione di essa nel c.d. *diritto vivente* è altra cosa ed è, per molti versi, non esente da censure.

3. Il bene giuridico tutelato dall'art. 323 c.p.

Per le successive osservazioni sulla paventata *abolitio criminis* (v. *infra*) giova ora rievocare, in estrema sintesi, l'interesse tutelato dalla fattispecie in commento, indivi-

²⁴ B. MUSOLINO, *Prospettive per una nuova riforma dell'abuso d'ufficio: è l'abrogazione dell'art. 323 c.p. la soluzione definitiva per superare la “paura della firma”?*, in *PDP*, 2/2023, 265, parla condivisibilmente di sterilizzazione, da parte della giurisprudenza, de “*l'effetto restrittivo della riforma*”, soprattutto in relazione al concetto di discrezionalità.

²⁵ Cass. pen., Sez. VI, 28.1.2021 (dep. 1.3.2021), n. 8057.

²⁶ Cass. pen., Sez. III, 8.6.2022 (dep. 3.8.2022), n. 30586 (nel caso di specie si trattava della violazione dell'art. 27 del D.P.R. 6.6.2001, n. 380, relativo alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia).

²⁷ Cass. pen., Sez. VI, 1.2.2021 (dep. 15.4.2021), n. 14124.

²⁸ In questo senso, Cass. pen., Sez. III, 21.2.2023 (dep. 27.4.2023), n. 17397.

²⁹ M. PARODI GIUSINO, *In memoria*, cit., 76, tende giustamente ad escludere che dopo la riforma del 1997 “*l'art. 323 fosse formulato in termini tanto imprecisi, vaghi, da non consentire una adeguata comprensione della portata dell'incriminazione o da lasciare al giudice margini inaccettabilmente ampi di spazio interpretativo, tali da consentirgli arbitrii*”.

duando anche qual è lo scopo repressivo del legislatore, cioè quali fenomeni intende scongiurare e, eventualmente, sanzionare.

Il bene giuridico tutelato dall'art. 323 c.p. non si discosta con nettezza da quello di categoria che contraddistingue in sostanza tutti i delitti del Capo I del Titolo II del Libro II del c.p.: la legalità, il buon andamento e (soprattutto) l'imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97, comma 1, Cost.). Seppur con diverse sfumature, si parla anche di probità, di fedeltà, di trasparenza e di correttezza dell'amministratore pubblico, nonché di interesse patrimoniale della pubblica amministrazione³⁰. Inoltre, nel caso di abuso *in danno*, taluni associano anche l'interesse del privato a non vedere lesi i suoi diritti dal comportamento illegittimo di un agente pubblico³¹.

Per una miglior definizione del perimetro criminale entro il quale, nelle diverse formulazioni succedutesi, deve (o dovrebbe) intervenire, può aggiungersi che il delitto di abuso d'ufficio, serve a reprimere le seguenti condotte criminose:

- 1) la prevaricazione;
- 2) il favoritismo di terzi - tendenzialmente affaristico - con o senza pregiudizio di (altri) terzi;
- 3) lo sfruttamento privato dell'ufficio per procurarsi un vantaggio patrimoniale.

Sempre allo scopo di meglio comprendere il disvalore dei fatti configuranti il delitto in oggetto si pensi, a titolo esemplificativo e senza alcuna pretesa di completezza, ai seguenti: concessione di permessi di costruire, benefici, licenze, ecc. illegittimi; stipula di contratti o di appalti pubblici senza il rispetto dei requisiti di legge; elargizione di incarichi o di ruoli pubblici a danno dei più meritevoli o titolati; acquisto di beni o servizi per la P.A. a prezzi maggiori per favorire il cedente; atteggiamenti persecutori e vessatori nei confronti dei subordinati (magari tramite applicazione di infondate sanzioni disciplinari); in ambito sanitario, dirottamento a strutture private di taluni pazienti; omissione, da parte del Sindaco e di funzionari comunali, di eseguire una ordinanza di demolizione; mancata riscossione delle multe durante la campagna elettorale; demansionamento per scopi ritorsivi (c.d. *mobbing*), ecc.

Ovviamente, questa breve enumerazione di alcuni contegni suscettibili di configurare il reato di cui all'art. 323 c.p. non è in grado di lumeggiare compiutamente l'ampio

³⁰ Tra i tanti: C. BENUSSI, *I Delitti contro la pubblica amministrazione*, Tomo I, *I delitti dei pubblici ufficiali*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, diretto da G. Marinucci e E. Dolcini, Padova, 2013, 923 ss.; A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, 248 ss.; M. CATENACCI, *Abuso d'ufficio*, in *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di M. CATENACCI, Torino, 2011, 120 s.; G. COCCO, *Abuso d'ufficio*, in *Manuale di diritto penale*, P.S., *I reati contro i beni pubblici*, a cura di G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, Padova, 2010, 249; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, I, Bologna, 2007, 247; A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019, 15 ss.; A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale*, P.S., I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2006, 258; G. RUGGIERO, *Abuso d'ufficio*, in *Trattato di diritto penale*, P.S., diretto da G.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. Grosso e M. PELLISSERO, Milano 2015, 351 ss.; S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, 278 s.

³¹ Ovviamente, non è questa la sede per dar conto della discussione sull'ammissibilità o meno di ipotizzare reati *plurioffensivi*.

panorama di accadimenti rientranti nel novero di quelli sanzionabili, ma può essere utile a comprendere o, perlomeno, a fare intuire le coordinate giuridiche dell'art. 323 c.p. e i beni che mira a salvaguardare.

4. Il disegno di legge Nordio.

Il disegno di legge n. A.S. 808, a firma del Ministro della Giustizia Carlo Nordio e del Ministro della Difesa Guido Crosetto, recante “*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all’ordinamento giudiziario e al codice dell’ordinamento militare*” propone, come già detto, pure l’abolizione del delitto di abuso d’ufficio³².

Le ragioni addotte a sostegno della suggerita abrogazione possono così essere compendiate:

- a) lo “*squilibrio tra le iscrizioni della notizia di reato*” e le sentenze di condanna – la relazione del DDL fa tuttavia riferimento solo a quelle del 2021 – sarebbe indice di una “*anomalia*” non meglio specificata. A tal proposito, si ricorda che il numero delle iscrizioni nel registro delle notizie di reato era pari a 4.745 nel 2021 e a 3.938 nel 2022, a fronte, rispettivamente, di 4121 e 3.536 procedimenti archiviati;
- b) il sistema dei delitti contro la P.A. rimarrebbe in ogni caso un “*apparato repressivo ampiamente articolato*”, considerando pure che i reati comuni sono puniti maggiormente se consumati con abuso dei poteri o violazione dei doveri di pubblica funzione o di pubblico servizio;
- c) si potrebbe, in prospettiva futura, valutare “*specifici interventi additivi*” finalizzati a sanzionare nuovi fatti di reato originanti “*da eventuali indicazioni di matrice euro-unitaria*”;
- d) l’esistenza “*da diversi anni*” di un impianto normativo volto a prevenire la commissione di illeciti all’interno della P.A. (piani anti-corrruzione, vigilanza dell’ANAC, protezione dei denunciatori gli illeciti);
- e) l’abolizione eviterebbe, dunque, almeno così pare di capire, sia un inutile appesantimento dell’azione giudiziaria sia – per il pubblico funzionario e la P.A. – le “*ricadute negative derivanti da iscrizioni per fatti che risultano non rientrare in alcuna categoria di illecito penale*”, a fronte di un sistema complessivo di prevenzione e di punizione (penale, disciplinare, contabile ed erariale) che consentirebbe, comunque, una tutela “*senza arretramenti*” degli interessi pubblici. Sotto questo profilo, il *Supplemento* al DDL specifica che i problemi interpretativi originanti dalle nozioni di violazione di legge e di attività discrezionale, avrebbero accresciuto la c.d. *burocrazia difensiva*.

Tutto qui.

³² Oltre al DDL Nordio, tra le proposte di legge di (ennesima) riforma dell’abuso d’ufficio, ve ne sono altre, alcune che prevedono anch’esse l’abolizione *tout court*, altre il declassamento ad illecito amministrativo, altre l’abrogazione parziale con espunzione dell’abuso di vantaggio. Per un esaustivo resoconto di queste ulteriori proposte v. B. MUSOLINO, *Prospettive*, cit., 266 ss.

Possono aggiungersi, pur non essendo state esplicitate nella Relazione del DDL, altre due motivazioni, ricavabili sia dalle interviste rilasciate dal Ministro della Giustizia e da altri alti esponenti politici, sia dai primi articoli della dottrina.

La prima concerne l'opinione dei Sindaci, anche di quelli appartenenti all'area politica opposta a quella governativa, preoccupati dai risvolti negativi della minaccia penale e favorevoli, pertanto, all'abolizione del delitto: la c.d. *paura della firma* (che sarebbe ancor più consistente nella gestione dei fondi del P.N.R.R.).

La seconda, invece, appena più tecnica, per la quale l'abuso d'ufficio verrebbe utilizzato quale *delitto esplorativo*, contestato genericamente allo scopo di garantire un accertamento ricognitivo: se non si prova la corruzione o la concussione rimane sempre l'art. 323 c.p.

È necessario rimarcare, infine, che nel *Supplemento bis* al DDL si riportano esplicitamente, allo scopo di corroborare la proposta di abolizione, alcuni passaggi critici espressi dalla già ricordata decisione n. 8/2022 della Corte costituzionale concernenti le aporie esegetiche (v. *supra*) constatabili nel *diritto vivente*. La conclusione appare però fuorviante: è vero che la Corte mette in rilievo gli effetti negativi prodotti sull'operato della P.A. dall'interpretazione scarsamente tassativa che in molti casi la giurisprudenza ha adottato a proposito dell'art. 323 c.p. (ad esempio, sulla natura precettiva dell'art. 97 Cost.), ma è altrettanto vero che tali considerazioni sono rivolte alla fattispecie precedente alla novella del 2020 e, soprattutto, a illustrare le ragioni sottese a questa modifica.

5. L'irragionevolezza delle ragioni della proposta di abolizione, anche alla luce della funzione della norma (e della corrispondente sanzione) penale.

Come è noto, nel nostro ordinamento, le sanzioni possono essere: reintegratorie, riparatorie, risarcitorie o punitive.

A queste ultime appartiene la pena derivante dal reato, cioè la sanzione comminata per la trasgressione di una norma penale.

Come è altrettanto noto, un precetto viene munito di sanzione penale laddove lo Stato voglia allestire o irrobustire la *punizione* comminata per l'inosservanza del medesimo precetto, allorché non ritenga sufficienti ed adeguate quelle civili o amministrative o disciplinari, ecc. (c.d. *principio di sussidiarietà*)³³. Detto in altri termini, il legislatore ricorre, quale *extrema ratio*, alla pena – quindi, alla (almeno potenziale) privazione della libertà personale – quando l'importanza del bene giuridico o dell'interesse statale è tale da richiedere, per la sua salvaguardia, la minaccia (ed eventualmente l'applicazione) della massima sanzione esistente. Dovendosi, pertanto, osservare il principio di proporzionalità³⁴, cioè il bilanciamento tra gli interessi in gioco, quelli da tutelare e quelli sacrificabili.

³³ Al quale va accostato e letto congiuntamente il *principio di frammentarietà* per il quale l'illecito penale non solo non coincide necessariamente con l'illecito giuridico o con l'illecito morale ma serve tendenzialmente a tutelare il soggetto passivo da particolari e più gravi modalità di aggressione al bene giuridico (es. truffa e mero inadempimento rispetto al bene giuridico patrimonio).

³⁴ L. SALVATO, *Sulle proposte di legge in tema di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite*, in

Ovviamente, il legislatore è libero, nel rispetto della Costituzione, di forgiare o di abolire fattispecie penali, di modificarne il contenuto dilatandolo o restringendolo, di mutare i limiti edittali della pena, di trasformarle in illecito amministrativo o civile. Può cancellare reati quando ritiene che il bene giuridico tutelato da quelle norme, magari perché divenuto nel tempo non più *primario*,³⁵ possa essere convenientemente difeso da sanzioni civili, amministrative, disciplinari, contabili (un esempio, tra i tanti, potrebbe essere quello dell'ingiuria, trasformato nel 2016, in illecito civile)³⁶.

Ciò detto, dobbiamo dire che sul punto il DDL non dice assolutamente nulla.

A parte un vago quanto anodino riferimento ad un "*apparato repressivo ampiamente articolato*", non si afferma, come ci si sarebbe aspettati, che l'interesse protetto (finora) dal delitto di abuso d'ufficio ha perso rilievo e può essere efficacemente difeso da una sanzione meno incisiva di quella penale.

Più in generale, nel dibattito politico-giuridico seguito alla manifestazione di intenti in oggetto, tale fondamentale aspetto non pare essere adeguatamente (o per nulla) considerato; in particolar modo, nessuno o quasi dei sostenitori dell'eliminazione dell'art. 323 c.p. dichiara, motivatamente, che il bene giuridico salvaguardato dalla norma che si vorrebbe espellere dal catalogo degli illeciti penali non sia più annoverabile tra quelli principali, quelli per la cui difesa lo Stato è costretto a ricorrere alla (minaccia della) reazione più severa³⁷.

D'altronde, siffatta ipotizzata asserzione sarebbe stata quantomeno imprudente: si potrebbe fondatamente sostenere che le ipotesi di abuso prevaricatore oppure le gravi forme di favoritismo affaristico per essere adeguatamente contrastate non abbisognino di una risposta penale? Che, quindi, sarebbe sufficiente rivolgersi al TAR, o al Tribunale del Lavoro o ad altri organi giurisdizionali?

Né varrebbe obiettare che il bene giuridico di categoria – imparzialità e buon andamento della P.A. – è comunque protetto dalle (altre) fattispecie di cui agli artt. 314 e ss. c.p., perché nessuna di queste ricomprende, salvo inammissibili interpretazioni analogiche³⁸, le particolari **modalità di aggressione** al medesimo bene punite dall'art. 323 c.p. (di cui gli esempi prima menzionati costituiscono un'efficace cartina di tornasole).

Chi scrive ritiene che la prospettata abolizione crei un evidente vuoto di tutela per una serie di contegni criminosi – favoritismi, affarismi, prevaricazioni, vessazioni, ne-

Giur. Pen. Web, 2023, 5, 1 s.

³⁵ D. BRUNELLI, *Eliminare l'abuso d'ufficio: l'uovo di Colombo o un ennesimo passaggio a vuoto?*, in *Arch. pen.*, 2023, 3, 4, afferma efficacemente che "Se escludiamo le depenalizzazioni deflative "generaliste" del 1989 e del 2016, nei casi più specifici il legislatore decide di cancellare una norma incriminatrice per due differenti ragioni: a) in seguito ad una valutazione di sopraggiunta eccedenza dello strumento penale rispetto allo scopo di tutela del bene che la norma realizza, quasi sempre conseguente ad una mutata sensibilità politico-ideologica verso quel bene o in ordine al bilanciamento degli interessi in gioco; b) nell'ambito di un'operazione di "riassetto" della materia, anche con formulazione di nuove norme chiamate ad assumere su di sé il compito di tutela di quel bene, quindi in una prospettiva di miglioramento di efficacia e di qualità".

³⁶ Tendenzialmente il legislatore ricorre in questi casi a provvedimenti di depenalizzazione o di decriminalizzazione, soprattutto al fine di deflazionare il carico processuale.

³⁷ Si veda D. BRUNELLI, *Eliminare l'abuso*, cit., 4 s.

³⁸ Si rinvia al successivo par. 9.

potismi, illeciti demansionamenti, ecc. – che meriterebbero, almeno nei casi più gravi, una risposta penale, essendo evidentemente inefficaci gli altri rimedi sanzionatori³⁹.

Si badi che con ciò non si vuole propugnare un ordinamento panpenalistico (anzi), nel quale tutti gli illeciti facciano parte del *giron* del diritto penale, ma si invoca, molto più semplicemente, un po' di coerenza da parte del legislatore (che, peraltro, in altri settori mostra un piglio assai repressivo), il quale, giova ribadirlo, può abolire un reato solo quando ritiene la sanzione penale non più necessaria, perché l'interesse salvaguardato ha nel tempo (ciò che è possibile) perso quella consistenza che aveva, in passato, suggerito il ricorso al catalogo dell'art 17 c.p.

Come è stato osservato, sarebbe assolutamente inefficace la tutela offerta in sede amministrativa o disciplinare per alcuni casi, mirabilmente esemplificati (in realtà il numero è indeterminabile): *“Un carcerato viene arbitrariamente e intenzionalmente escluso da ora d'aria, visite di parenti, visite mediche, ricreazione, esercizio di diritti, senza violare l'art. 608 c.p. (abuso di autorità contro arrestati o detenuti). Il professore universitario consente di entrare in ruolo nel suo ateneo solo ai propri mediocri allievi sottovalutando abusivamente candidati più titolati. Un paziente non riceve la normale assistenza in una R.E.M.S., ma subisce prevaricazioni consistenti in uso massiccio di sonniferi, mezzi di contenzione e isolamento non giustificati da necessità terapeutiche. Il primario ospedaliero demansiona un aiuto medico perché non diretta alcuni pazienti verso la sua clinica privata. Un poliziotto infierisce intenzionalmente con abusi comportamentali (atti arbitrari) contro soggetti controllati, barboni, passanti ubriachi, gruppi di persone che disturbano, tossici, prostitute, non arrestati. Un pubblico ministero avvia una indagine penale contro persona invisita per mera ritorsione, senza astenersi, e anzi usando l'ufficio per fini personali. Un magistrato assegna incarichi peritali solo a parenti e amici di una associazione, violando ogni criterio legale di distribuzione”*⁴⁰.

Ma che non ci sia (*rectius*: non ci possa essere), alla base del DDL in commento, alcun reale apprezzamento sulla non necessarietà della pena nei casi di abuso d'ufficio, è dimostrato dallo stesso atteggiamento del legislatore.

Da un lato, infatti, come è stato già detto, ha modificato la norma in ben quattro occasioni (1990, 1997, 2012 e 2020) – l'ultima appena quattro anni fa – ciò che dimostra, non potrebbe essere altrimenti, il reiterato ribadimento, seppur alla ricerca di una maggiore accuratezza, della necessità di una replica penale all'offesa del bene giuridico sotteso all'art. 323 c.p. o, meglio, a quelle **particolari forme di lesione o di messa in pericolo** dello stesso.

Dall'altro lato, la *variazione* del 2012 – operata con la L. 6.11.2012, n. 190, il cui titolo disvela chiaramente le motivazioni del legislatore: *“Disposizioni per la prevenzione*

³⁹ Secondo M. GAMBARELLA, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel “disegno di legge Nordio”*, in *Sist. Pen.*, 26 settembre 2023, *“(…) non potrebbe essere più penalmente rilevante, ai sensi dell'art. 323 c.p., il demansionamento di un dipendente comunale attuato con intento discriminatorio o ritorsivo. Ancora, non sarebbe più penalmente rilevante – nell'ambito di concorsi universitari – la condotta di un membro di una commissione e di un candidato che, attraverso condotte minacciose e con mezzi fraudolenti, turbano la regolarità di un concorso per un posto da professore (...)”*.

⁴⁰ M. DONINI, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. Pen.*, 23 giugno 2023, p. 3.

e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione" – ha addirittura comportato l'innalzamento della pena edittale, sia nel minimo che nel massimo («da sei mesi a tre anni» a «da uno a quattro anni»), ciò che si pone in totale antinomia con l'abolizione del delitto. È infatti evidente che se il legislatore ha irrobustito la risposta sanzionatoria penale – valutazione, non si dimentichi, pienamente confermata anche nel 2020, la cui riforma non ha toccato la pena – non solo ciò significa che riteneva ancora necessaria quest'ultima per proteggere il bene giuridico presupposto dall'art. 323 c.p. ma anche e soprattutto che quella precedente («da sei mesi a tre anni») non fosse adeguata allo scopo.

L'assenza di una valida e motivata ragione giustificante l'abolizione (*id est*: il venir meno della necessità della sanzione penale) rischia di fare apparire come strumentale la richiesta riforma.

A *fortiori* se, sia quali operatori del diritto sia quali semplici cittadini, avendo più o meno tutti un'esperienza diretta o indiretta di concorsi pubblici, assunzioni nella P.A., gare pubbliche, ecc., ci domandiamo: possiamo davvero sostenere che i concorsi, le nomine, le gare (all'interno di enti locali, società *in house*, università, pubblico impiego in genere, ecc.) siano condotti regolarmente, premino il migliore, il più meritevole? La natura retorica della domanda non richiede risposta.

Quanto, infine, all'asserita opinione favorevole dei Sindaci (enumerata in molti articoli di stampa come una delle principali motivazioni della proposta di abrogazione, anche se la Relazione al DDL è sul punto molto più sfumata), appare altamente inopportuno giustificare la eliminazione di un illecito penale basandosi sulla valutazione dei potenziali destinatari, perché chiunque in quelle condizioni, sia le persone oneste, sia quelle disoneste (anch'esse, per quanto poche, *interrogate* sulla proposta abolitrice) sarebbe ovviamente favorevole⁴¹. D'ora in poi che si fa? Si chiede ai potenziali destinatari di una norma penale se sono d'accordo o meno al suo mantenimento? Per ognuno dei reati comuni facciamo un referendum consultivo?

Senza contare che, come è stato fatto notare, non sono solo i Sindaci gli unici ipotetici autori del delitto in argomento⁴².

Sotto altro profilo, non appare corretto addossare all'intervento penale nell'azione amministrativa la responsabilità delle disfunzioni della P.A. Come è stato autorevolmente affermato, laddove si prospetti la realizzazione di un reato non esiste merito amministrativo che possa limitare il dovere della magistratura penale di fare chiare-

⁴¹ M. DONINI, *Gli aspetti*, cit., 3, sostiene causticamente: "Dunque, chi potrebbe sentirsi protetto da una legislazione priva dell'abuso di ufficio nella parte in cui punisce la volontaria violazione di legge commessa dal soggetto pubblico, che rechi intenzionalmente a terzi un danno ingiusto? Credo solo il pubblico ufficiale che abusa".

⁴² M. DONINI, *Gli aspetti*, cit., 3, per il quale "che l'art. 323 c.p. riguardi solo i sindaci, è una bufala giornalistica e politica che la dice lunga sulla maturazione del metodo legislativo e sull'uso strumentale dell'informazione giuridica". Ad analoga conclusione giunge, sulla base oggettiva dell'analisi delle sentenze massimate dalla Corte di cassazione dal 1997 ad oggi, C. PAGELLA, *L'abuso d'ufficio nella giurisprudenza massimata della Corte di cassazione: un'indagine statistico-criminologica su 500 sentenze*, in *Sist. Pen.*, 6/2023, 236: "(...) alla luce dell'analisi da noi condotta, non sembrerebbe vero che i sindaci siano un bersaglio privilegiato del presunto accanimento delle procure: le sentenze che li riguardano sono di poco più numerose di quelle che hanno ad oggetto detentori di altre cariche elettive, ma di molto inferiori a quelle che invece vedono come protagonisti dei 'tecnici' (dirigenti di uffici di enti territoriali, medici, professori universitari...)".

za. Certo le fattispecie penali devono essere determinate e interpretate correttamente ma il vero problema è a monte e risiede “*nel sommo disordine che caratterizza il nostro sistema amministrativo, nel tumultuoso accavallarsi delle competenze, nel viluppo inestricabile delle procedure, nell’aleatorietà degli strumenti normativi, nella formidabile carenza di efficaci controlli interni*”⁴³.

Due ultime ma brevi considerazioni.

La possibilità, evidenziata nel DDL, che un domani possano introdursi “*specifici interventi additivi (...) in forza di indicazioni di matrice euro-unitaria che dovessero sopravvenire*” – come a dire: se domani l’Europa ce lo dovesse richiedere potremmo forgiare un *nuovo reato*, magari un *nuovo abuso d’ufficio* – sembra non tener conto del meccanismo codicistico (e costituzionale) regolamentante, nel nostro ordinamento, la successione di leggi penali nel tempo.

Infatti, il congegno dell’art. 2 c.p., come è noto, travolgerebbe, in caso di *abolitio criminis*, tutte le condanne precedenti e impedirebbe il perseguimento di quelle condotte successive all’abrogazione e antecedenti all’ipotetica nuova fattispecie.

Inoltre, non c’è bisogno di aspettare future “*indicazioni di matrice euro-unitaria*” perché esse già ci sono! Come c’è scritto anche nel Dossier n. 121 del Servizio Studi del Senato e, segnatamente, nella scheda di lettura inerente proprio alla proposta di abrogazione dell’art. 323 c.p., il 3.5.2023 la Commissione europea ha presentato una proposta di direttiva sulla lotta contro la corruzione il cui art. 11, denominato testualmente *abuso d’ufficio*⁴⁴, ricorda molto da vicino il tenore del *nostro* omonimo delitto⁴⁵. Pressoché identico, si legge nel medesimo Dossier, il tenore dell’art. 19 della c.d. Convenzione di Merida del 2003, ratificata in Italia nel 2009.

Seconda considerazione: non si riesce a comprendere quale sarebbe il risvolto negativo dell’eventuale uso, in sé, dell’abuso d’ufficio quale *delitto esplorativo*, asseritamente finalizzato a ricercare altri e più gravi delitti contro la P.A.

Il tema, in questi termini appare mal posto e sviante. Infatti, ciò che conta è che gli elementi costitutivi dell’art. 323 c.p. sussistano e permangano all’esito delle indagini, anche se inizialmente gli inquirenti congetturavano l’esistenza di fattispecie più gravi (tipo corruzione o concussione). Non si vede per quale arcano motivo, una volta constatata l’insussistenza di queste ultime (o l’impossibilità di provarle), non si dovrebbe comunque *andare avanti* con l’abuso d’ufficio, naturalmente a patto che, come detto, siano stati raccolti gli elementi probatori suscettibili di ritenerlo consumato.

⁴³ T. PADOVANI, *Vita morte e miracoli*, cit., 15.

⁴⁴ “*Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché sia punibile come reato la condotta seguente, se intenzionale:*

1. *l’esecuzione o l’omissione di un atto, in violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell’esercizio delle sue funzioni al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo;*

2. *l’esecuzione o l’omissione di un atto, in violazione di un dovere, da parte di una persona che svolge a qualsiasi titolo funzioni direttive o lavorative per un’entità del settore privato nell’ambito di attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o commerciali al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo”*

⁴⁵ È pur vero che, come si legge nello stesso Dossier, la XIV Commissione della Camera ha espresso parere negativo, parere confermato dalla Camera dei deputati nel luglio del 2023, ma ciò non toglie che una precisa indicazione di tipo euro-unitaria ci sia.

6. L'inconcludenza del mero dato statistico.

Innanzitutto, va sottolineato che una norma penale male o insufficientemente applicata non può evidentemente giustificare, anche per quanto detto, l'eliminazione della medesima, visto che, come è ovvio, una cattiva esegesi o un errato utilizzo non si fronteggia producendo un *vuoto di tutela* quanto, semmai, attraverso una migliore specificazione (come è avvenuto nel caso di specie) della fattispecie o, nei casi più gravi e manifesti, con l'irrogazione di una sanzione disciplinare nei confronti di chi, colpevolmente, si rende inottemperante ai suoi doveri di magistrato.

Pertanto, se anche fosse condivisibile il presupposto statistico effigiato nella Relazione del DDL *Nordio*, il problema concernerebbe o la magistratura requirente, che istruirebbe procedimenti penali evidentemente insussistenti, oppure la magistratura giudicante, che errerebbe nella individuazione degli elementi costitutivi dell'abuso d'ufficio⁴⁶.

Ma non certo per questo si dovrebbe abolire il delitto.

Opinando diversamente si confonderebbe il **principio di determinatezza** della fattispecie – *alias* il dovere del legislatore, impostogli dalla Costituzione, di disegnare norme penali chiare, intelligibili e nelle quali il confine tra ciò che è penalmente illecito e ciò che non lo è deve essere netto – col **principio di tassatività**, il quale, invece, è rivolto al giudice, obbligandolo a non estendere l'applicazione delle norme penali a fatti non espressamente considerati dalla fattispecie (divieto di analogia).

Ciò premesso, in ogni caso pure il profilo statistico posto alla base dell'invocata abolizione non pare per nulla appagante.

In primis, è smentito dagli stessi numeri riportati nella Relazione. Come si legge ivi, le iscrizioni nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. sono state 4.745 nel 2021 e 3.938 nel 2022 ma “*di questi procedimenti 4.121 sono stati archiviati nel 2021 e 3.536 nel 2022*”. Se quest'ultimo dato, come sembra di arguire, si riferisce allo stesso anno dell'iscrizione – vale a dire che nel 2021 e nel 2022, dei 4.745 e dei 3.938 procedimenti rispettivamente iscritti, 4121 e 3.536 sono stati rispettivamente archiviati nel medesimo lasso temporale, ciò significa che la funzione di filtro delle Procure della Repubblica non è stata così inefficace, visto che le archiviazioni ammontano all'83% (delle iscrizioni) nel primo anno considerato e a quasi il 90% in quello successivo.

Peraltro, il numero di iscrizioni nel registro delle notizie di reato non dipende certo dal tenore della fattispecie di cui all'art. 323 c.p. o dalla volontà delle Procure della Repubblica quanto, ovviamente, dalla quantità delle denunce o delle segnalazioni recapitate nelle rispettive cancellerie⁴⁷. È infatti noto che ogni P.M. ha l'obbligo, la cui

⁴⁶ Fa giustamente notare, tra le altre cose, A. CISTERNA, *Via l'abuso d'ufficio, una svolta radicale che modifica l'assetto dei poteri italiani*, in *Guida al dir.*, n. 25/2023, 10 s., che “*La questione, invero, non riguarda l'azione penale in sé, quanto il clamore mediatico che accompagna le investigazioni, la platealità di certe perquisizioni, il clangore di certi megafoni politici*”.

⁴⁷ Osserva G.L. GATTA, *L'annunciata riforma dell'abuso di ufficio: tra “paura della firma”, esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, in *Sist. Pen.*, 5/2023, 168, che “*ci sono dunque tante denunce di abuso d'ufficio perché tanti sono i casi in cui, a torto o a ragione, i cittadini pensano di subire abusi (...). L'archiviazione di otto procedimenti ogni dieci testimonio, a ben vedere, sia la facilità di avviare con una denuncia i procedimenti, sia il forte filtro della magistratura nel fermare allo stadio iniziale la stragrande maggioranza di quelli destinati a finire nel nulla*”. *Contra*,

inottemperanza è sanzionata quantomeno a livello disciplinare, di procedere immediatamente all'iscrizione di una notizia di reato di cui abbia avuto conoscenza, non detenendo sul punto alcuna discrezionalità: *“in tema di iscrizione della notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., il P.M. – non appena riscontrata la corrispondenza di un fatto, di cui abbia avuto notizia ad una fattispecie di reato – è tenuto a provvedere all'iscrizione della notizia criminis, senza che possa configurarsi un suo potere discrezionale al riguardo, laddove ugualmente, una volta riscontrati elementi obiettivi d'identificazione del soggetto cui il reato è attribuito, il P.M. è tenuto a iscriverne il nome con altrettanta tempestività (Cass. pen., Sez. U, 24 settembre 2009, n. 40538)”*⁴⁸.

Quanto al numero, asseritamente esiguo, di condanne o di sentenze ad esse equiparate pronunciate nel 2021 e pari a complessive 62 (18 in dibattimento di primo grado, 9 davanti al GUP e 35 di applicazione della pena), si tratta di un'informazione a dir poco lacunosa⁴⁹.

Prima di tutto non si dice quante sono state, nello stesso anno, le sentenze di assoluzione (o di non luogo a procedere), al fine di poter valutare, sempre che abbia un senso, quanti processi si sono conclusi in un modo o nell'altro.

Nemmeno è scritto quanti processi si sono conclusi con sentenze di proscioglimento per estinzione del reato, segnatamente per prescrizione, considerato anche il termine (6 anni, estensibili a non più di 7½ ai sensi dell'art. 161, comma 2, c.p.) non particolarmente lungo se rapportato alla usuale durata delle nostre cause; allo stesso modo non si specifica se qualche altro (processo) si è concluso con la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (art. 168 *bis* c.p.), astrattamente applicabile anche al delitto in oggetto.

E ancora vien da domandarsi se lo stesso dato sia o meno condizionato dalla circostanza che nel 2020, come visto, vi fu un'abolizione parziale, ma significativa, dell'art. 323 c.p. in conseguenza della quale, evidentemente, molti fatti prima integranti il delitto in oggetto hanno perso rilevanza penale⁵⁰. È stato correttamente osservato *“che un esito di larga depenalizzazione, in caso di atti discrezionali del p.u., si è già realizzato nel nostro sistema dopo la riforma dell'abuso di ufficio del 2020, che lo ha limitato, fra l'altro, alla violazione di regole di legge “dalle quali non residuino margini di discrezionalità”*⁵¹.

M. ZANIOLO, *Abuso d'ufficio: a che punto siamo?*, in *PDP*, 3/2023, 7 s.

⁴⁸ Così, Cass. civ., Sez. Un., 26.9.2017 (dep. 13.9.2018), n. 22402. Nello stesso senso Cass. civ., Sez. Un., 5.7.2011 (dep. 12.10.2011), n. 20936, per la quale *“L'art. 335 cod. proc. pen. dispone che l'iscrizione di cui si tratta deve avvenire “immediatamente”. La perentoria assolutezza della norma impedisce di ritenere sussistente un qualche margine di facoltatività della sua applicazione (...)”* (si vedano pure: Cass. civ., Sez. Un., 15.6.2006 [dep. 21.9.2006], n. 20505; Cass. civ., Sez. Un., 25.6.2000 [dep. 14.11.2000], n. 1176). Come è noto, le Sezioni Unite civili hanno competenza sulle impugnazioni contro le sanzioni disciplinari disposte dal C.S.M.

⁴⁹ Anche perché non sarebbe stato inutile comparare questi dati con quelli concernenti altre fattispecie penali, quantomeno all'interno dei delitti contro la P.A., al fine di verificare se quelli contrassegnanti il delitto in argomento siano o meno così diversi dagli altri.

⁵⁰ L. SALVATO, *Sulle proposte*, cit., 3, sottolinea che alla riforma del 2020 sono conseguiti un *“alto tasso di archiviazione e la riduzione delle iscrizioni del 39,3% dal 2016 al 2021. Nel 2022 abbiamo avuto il 79% di archiviazioni; nel 2021 18 condanne (nel 2016 erano state 82) e 256 assoluzioni o proscioglimenti”*.

⁵¹ M. DONINI, *Gli aspetti*, cit., 4.

E non è tutto: un serio e recente studio⁵² condotto su circa 500 sentenze – quelle massimate dalla Corte di cassazione dal 1997 ad oggi – ha specificato che: 1) oltre il 50% delle decisioni conferma la fondatezza dell'addebito; 2) in un quarto circa dei casi è intervenuta la prescrizione; 3) dopo la riforma del 2020 il 42% degli annullamenti delle sentenze di condanna è causata dall'*abolitio criminis* parziale.

Non pare il caso di aggiungere altro.

Peraltro, se pure i dati sulla sorte processuale del delitto di cui all'art. 323 c.p. fossero, per qualsiasi motivo, allarmanti, se cioè vi fosse una significativa sproporzione tra i processi iniziati e quelli conclusi con un accertamento di responsabilità, per quale misterioso motivo si dovrebbe abolire il delitto?

L'eventuale problema dovrebbe essere risolto all'interno della magistratura, o dell'organizzazione della stessa, non certo eliminando una fattispecie relativa ad un fatto illecito che il legislatore non ha mai reputato di poter contrastare con sanzioni non penali. Ad esempio: "*sensibilizzando al contempo i pubblici ministeri, i quali dimostrano talvolta una scarsa attenzione nella gestione delle iscrizioni delle notizie di reato, oltretutto nella conduzione delle indagini preliminari*"⁵³. Oppure limitando il numero delle iscrizioni nel relativo registro non contentandosi della mera denuncia di un atto amministrativo illegittimo, in sé non necessariamente comportante anche la rilevanza penale del medesimo⁵⁴.

A tal uopo si potrebbe sfruttare il nuovo comma 1 dell'art. 335 c.p.p.⁵⁵ a mente del quale "*Il pubblico ministero iscrive immediatamente, nell'apposito registro custodito presso l'ufficio, ogni notizia che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa, contenente la rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice. Nell'iscrizione sono indicate, ove risultino, le circostanze di tempo e di luogo del fatto*". In associazione, per così dire, col nuovissimo art. 335 bis c.p.p. per il quale "*la mera iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 non può, da sola, determinare effetti pregiudizievoli di natura civile o amministrativa per la persona alla quale il reato è attribuito*"⁵⁶.

In sostanza, non si nega che la norma *sforata* dalla riforma del 1997 (sembra presto per dare un giudizio definitivo sull'esegesi susseguente alla novella del 2020) sia stata sovente interpretata, dalla giurisprudenza, in maniera davvero troppo estesa e rinnegante la *ratio* della riforma ma non si vede perché, a causa di questo *malcostume* esegetico, si debba reagire cancellando la fattispecie.

D'altronde, se si dovessero abolire tutte le norme penali applicate secondo canoni ermeneutici che, a torto o a ragione, non piacciono a qualcuno, il nostro ordinamento penalistico si ridurrebbe a ben poca cosa.

⁵² C. PAGELLA, *L'abuso d'ufficio nella giurisprudenza*, *Cit.*, p. 231 e ss. Si veda pure la perspicua analisi fatta da R. GAROFOLI, *La annunciata riforma*, *cit.*, 5 s.

⁵³ M. GAMBARELLA, *Considerazioni*, *cit.*, 2.

⁵⁴ In questo senso V. MANES, *Contestazioni in eccesso e la fine dell'abuso d'ufficio*, in *N&T Plus*, 23 giugno 2023, 2.

⁵⁵ Articolo così modificato dal D.Lgs. 10.10.2022, n. 150 (c.d. *Riforma Cartabia*). Lo stesso D.Lgs. ha introdotto anche il successivo art. 335 bis c.p.p.

⁵⁶ In questo senso M. GAMBARELLA, *Considerazioni*, *cit.*, 2 s.

7. L'errata equiparazione tra efficacia di una norma penale e corrispondenti sentenze di condanna.

Sia consentita una breve digressione: è vero che i propugnatori dell'abolizione del delitto disegnato dall'art. 323 c.p. pongono in rilievo il rapporto tra procedimenti iscritti e sentenze di condanna (anche se si è visto che la stragrande maggior parte dei primi termina la sua corsa senza l'esercizio dell'azione penale) ma è altrettanto vero che, alla base, nemmeno tanto sottintesa, c'è l'idea che una norma penale funzioni bene se da essa discendono molte condanne.

Tale assunto, più adatto a una competizione agonistica che non a una valutazione giuridica, non è condivisibile.

Si pensi, sperando che il fuoridopera non appaia eccessivamente eccentrico, ad una delle fattispecie penali più applicate, una di quelle per le quali sono continuamente emesse molteplici e severe sentenze di condanna (e pure quasi altrettante restrizioni della libertà): la cessione illecita di sostanze stupefacenti. Tale normativa esiste da più di 50 anni (L. 22.12.1975 n. 685), anzi, a dire il vero, fin dal 1954 (L. 22.10.1954, n. 1041) e prevede, come è noto, pene assai elevate.

Ugualmente noto è che i condannati per i reati attualmente disciplinati dal D.P.R. 9.10.1990, n. 309, presentino un significativo tasso di recidiva.

Dalla "Relazione annuale al Parlamento sul fenomeno delle tossicodipendenze in Italia" del 2023⁵⁷ si apprende che dal 2014 al 2022 il numero dei procedimenti penali pendenti e concernenti l'art. 73, D.P.R. n. 309/1990, va, per leggere solo alcuni dei dati ivi riportati, dai 78.535 del 2014 agli 88.162 del 2022 con una punta di 92.875 nel 2020⁵⁸. Dalla stessa Relazione si ricava che "dal 2018 al 2022 risultano condannate in via definitiva 103.077 persone"⁵⁹.

E, allora, non pare arbitrario affermare che questa perenne irrogazione di condanne dimostri l'inefficacia della funzione forse principale della pena, quella **generalpreventiva**, a mente della quale la pena serve a scongiurare che i consociati commettano reati tramite un'opera:

- a) di **dissuasione**, scoraggiando i destinatari della norma penale attraverso la minaccia di una conseguenza negativa;
- b) di **persuasione**, comunicando loro il messaggio che delinquere è male.

Ma non è tutto: perché la rilevante recidivizzazione dimostra altresì che nemmeno la funzione **specialpreventiva** della pena - cioè: evitare che il reo delinqua anche in futuro, attraverso la *rieducazione*, la *risocializzazione*, e/o la *forza intimidatrice* della concreta esecuzione della pena, suscettibile di fargli comprendere che la consumazione di un reato comporta un danno e non un beneficio - è efficace.

Rimane solo la funzione di **neutralizzazione**, costituita dalla prigionia che impedisce materialmente al condannato di delinquere nel periodo in cui è ristretto in carcere.

Il che è ben poca cosa e, soprattutto, sembra indegno di uno Stato democratico.

⁵⁷ Rinvenibile sul sito della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

⁵⁸ Ai quali vanno aggiunti quelli aventi ad oggetto l'art. 74 D.P.R. n. 309/1990: 4204 nel 2014, 4681 nel 2020 e 4719 nel 2022.

⁵⁹ Nel 2022, il 27% ha riguardato recidivi.

Al fine di evitare possibili fraintendimenti si specifica che l'esempio dei reati e delle condanne di cui alla normativa sugli stupefacenti non ha e non vuole avere, ovviamente, un significato strettamente comparativo con il delitto di abuso d'ufficio. È evidente che il contesto socioeconomico in cui maturano i primi è completamente diverso dal delitto disciplinato dall'art. 323 c.p., così come quest'ultimo presenta una platea di potenziali soggetti attivi molto minore, essendo perfezionabile non da chiunque ma solo da pubblici ufficiali e incaricati di un pubblico servizio.

Ma il tema non è questo. Si vuole invece sostenere che una norma penale non è (più) efficace se, in base ad essa, conseguono molte sentenze di condanna, bensì esattamente il contrario.

D'altronde, come è stato efficacemente detto, *“L'idea che si debbano abolire le leggi penali che recano con sé poche condanne (...) è del tutto miope e illusoria: sono ben modeste nelle raccolte di giurisprudenza le sentenze di responsabilità per i delitti di strage, di epidemia, di avvelenamento di acque, o per vari disastri. Per non parlare di tanti reati economici, dove la cifra oscura è assai più elevata. Eppure, si tratta di leggi che presidiano beni importanti, che producono condotte più virtuose o attente per il solo fatto di esistere, anche se questa prevenzione positiva non è “misurabile”. Ma nel caso degli abusi ogni p.u. sa bene quanti ne potrebbe impunemente commettere in caso di abrogazione del reato. Se dovessimo valutare la prevenzione sul numero delle condanne potremmo abolire davvero più di metà dei reati puniti con la reclusione: sono poche decine le fattispecie che mediamente portano davvero al carcere”⁶⁰.*

Sulla stessa falsariga, non è revocabile in dubbio che *“l'esiguità delle sentenze di condanna per abuso d'ufficio rischia di indurre ad una fallacia logica: considerare un illecito penale “inutile” solo perché concretamente ineffettivo non tiene in conto né l'effetto di prevenzione generale che assume il diritto penale, scoraggiando i cittadini a commettere reati, né l'importanza che alcune fattispecie penali assumono per la tutela di importanti beni giuridici. Per quanto riguarda, ad esempio, i delitti ambientali inseriti nel codice penale nel 2015, le sentenze di condanna sono ancora molto esigue (nel 2021, 16 condanne per inquinamento ambientale), ma ciò non porta comunque a ritenere vantaggiosa la loro abrogazione”⁶¹.*

8. L'immotivata abolizione anche della forma omissiva.

La matrice strumentale dell'ipotizzata abolizione dell'abuso d'ufficio è confermata, a parere del sottoscritto, da un'ultima considerazione: tutte le ragioni addotte per l'eliminazione della fattispecie non coinvolgono la forma omissiva dell'art. 323 c.p.

Nessuno dei fautori del DDL spiega per quale motivo il fatto omissivo previsto dall'art. 323 c.p. pregiudicherebbe l'agire della P.A., incoraggerebbe la *burocrazia difensiva*, rinfocolerebbe la *paura della firma*.

D'altronde, sarebbe assai complicato sostenere ragionevolmente che l'azione amministrativa possa essere condizionata da un precetto che sanziona colui il quale *“omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto*

⁶⁰ M. DONINI, *Gli aspetti*, cit., p. 5.

⁶¹ M. GAMBARELLA, *L'abrogazione*, cit.

vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto". E che richiede, in aggiunta, che siffatta astensione causi consapevolmente un vantaggio patrimoniale o un danno ingiusti.

Arduo negare la chiarezza del precetto, invero elementare, il disvalore della condotta, la necessità di un freno alle sempre più frequenti ipotesi di nepotismo. Talmente difficile che, sul punto, si registra un imbarazzante silenzio.

9. Il rimedio peggiore del male?

Anche mettendosi nella prospettiva – come detto, concettualmente errata – dei patrocinatori dell'abolizione, il **rimedio** rischia di essere **peggiore del male**.

Non è irragionevole supporre che l'evidente *vuoto di tutela* potrebbe essere **riempito** dalla maggiore applicazione di fattispecie ben più gravi⁶², tipo, a mero titolo esemplificativo:

- a) il peculato, figura storicamente *di confine* con l'abuso d'ufficio;
- b) i due tipi di corruzione: 1) la *corruzione per l'esercizio della funzione* che pur punisce l'emanazione di provvedimenti non contrari ai doveri d'ufficio; 2) la corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (c.d. *propria*). In entrambi i casi sarà sufficiente *scolorire* la sinallagmaticità delle rispettive prestazioni e interpretare in maniera più ampia l'elemento normativo dell'*altra utilità*⁶³;
- c) il rifiuto di atti d'ufficio;
- d) la turbata libertà delle gare e del procedimento di scelta del contraente⁶⁴.

Fattispecie⁶⁵, si badi, per le quali, con l'eccezione del rifiuto/omissione di atti d'ufficio, è possibile anche la custodia cautelare in carcere.

Il pericolo, per così dire, è quello di una eterogenesi dei fini (naturalmente quelli propri dei *paladini dell'abolitio criminis*).

In definitiva, tutte le motivazioni addotte per caldeggiare il Parlamento a cancellare il delitto di abuso d'ufficio non sembrano, a volere essere prudenti, per nulla appaganti e, soprattutto, rischiano seriamente di fomentare la creazione di un buco nero

⁶² V. MANES, *Contestazioni*, cit., 2; M. GAMBARELLA, *L'abrogazione*, cit.

⁶³ Già adesso la giurisprudenza rifugge dalla restrittiva esegesi patrimonialista e ne accoglie una più ampia, ricomprendente qualsiasi vantaggio, materiale o morale, patrimoniale o meno, consistente tanto in un dare quanto in un *facere*. Cfr.: Cass. pen., Sez. VI, 8.1.2021 (dep. 15.3.2021), n. 10084, per la quale rientra nella nozione di *altra utilità* "*qualsiasi vantaggio materiale o morale, patrimoniale o non patrimoniale, che abbia valore per il pubblico agente*".

⁶⁴ Desta stupore che i proponenti del DDL non sembrino prendere in considerazione questo *rischio* nonostante, espressamente, ammettano la stretta contiguità tra l'abuso d'ufficio e altre figure di reato. Infatti, il *Supplemento* al DDL parla di "*confine, non sempre ben definito, rispetto ad altre fattispecie di reato contro la Pubblica Amministrazione, quali lo stesso reato di corruzione*". Appunto, verrebbe da dire.

⁶⁵ Si può anche uscire dal recinto dei reati contro la P.A., come ipotizza, non senza ragione, D. BRUNELLI, *Eliminare l'abuso*, cit., 7, il quale aggiunge le "*figure del falso in atto pubblico (art. 479 c.p., ampliato dall'art. 48 c.p.), pronte a gonfiarsi di attestazioni implicite, di atti pubblici immateriali o comunque del tutto privi di ceralacca e timbrati*".

nella galassia dei reati contro la P.A. le cui conseguenze, da qualunque angolazione le si osservino, appaiono pregiudizievoli, *in primis* per i consociati⁶⁶.

Certo, è assai paradossale che la difesa dei cittadini più deboli dai soprusi dei pubblici ufficiali stesse più a cuore al legislatore fascista del 1930 di quanto non lo sia a quello attuale.

⁶⁶ A. MANNA, *L'abolizione*, cit., 11, parla senza mezzi di termini di “una riforma, (...), illiberale, ove il legislatore (...), ha evidenziato tutta la sua “insipienza”, nell’indebolire senza ragione alcuna uno dei settori più importanti della parte speciale del diritto penale di stampo codicistico”.

Le S.U. ammettono le prove francesi sui criptofonini acquisite con l'ordine europeo di indagine

Leonardo Filippi*

Sommario: **1.** Il problema controverso. – **2.** La natura delle comunicazioni acquisite dalla Francia. – **3.** La superfluità della preventiva verifica giurisdizionale di legittimità. – **4.** La necessità della successiva verifica giurisdizionale di legittimità. – **5.** Conclusioni.

1. Il problema controverso.

Le Sezioni unite hanno ritenuto utilizzabili in Italia, in esecuzione dell'Ordine Europeo di Indagine, gli atti trasmessi dalla Francia sul contenuto di comunicazioni effettuate attraverso criptofonini e già acquisite e deciptate dall'autorità giudiziaria estera in un proprio procedimento penale nella nota inchiesta su Sky ECC.

2. La natura delle comunicazioni acquisite dalla Francia.

La prima questione riguardava la natura delle comunicazioni acquisite in Italia e si domandava alle Sezioni unite se esso costituisse acquisizione di documenti e di dati informatici ai sensi dell'art. 234-*bis* c.p.p. o di documenti ex art. 234 c.p.p. ovvero fosse riconducibile ad altra disciplina relativa all'acquisizione di prove. In attesa di conoscere le motivazioni che meglio spiegheranno il senso della decisione, assunta senza che le Sezioni unite siano state poste in grado di conoscere l'oggetto del trasferimento e cioè se si sia trattato di intercettazioni o acquisizione di comunicazioni già avvenute, secondo l'informazione provvisoria, si tratta di **“acquisizione di atti di un procedimento penale che, a seconda della loro natura, trova alternativamente il suo fondamento” negli artt. 78 disp. att. c.p.p. e 238 c.p.p. (se si tratta di verbali di prove di altri procedimenti) oppure nell'art. 270 c.p.p. (se ha ad oggetto il risultato di intercettazioni)** e, in quanto tale, **“rispetta l'art. 6 della Direttiva 2014/41/U.E.”**, che, com'è noto, stabilisce le “Condizioni di emissione e trasmissione di un O.E.I., prevedendo che “L'autorità di emissione può emettere un OEI solamente quando ritiene soddisfatte le seguenti condizioni: a) l'emissione dell'OEI è necessaria e pro-

* Già Professore ordinario di Diritto processuale penale nell'Università di Cagliari.

porzionata ai fini del procedimento di cui all'articolo 4, tenendo conto dei diritti della persona sottoposta a indagini o imputata; e b) l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'OEI avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo. – Le condizioni di cui al paragrafo 1 sono valutate dall'autorità di emissione per ogni caso. – Se ha motivo di ritenere che le condizioni di cui al paragrafo 1 non siano state rispettate, l'autorità di esecuzione può consultare l'autorità di emissione in merito all'importanza di eseguire l'O.E.I. Dopo tale consultazione l'autorità di emissione può decidere di ritirare l'OEI." Occorrerà attendere la motivazione della sentenza per comprendere come siano stati rispettati i principi di necessità, di proporzionalità e di reciprocità tra gli Stati ed anche per conoscere quale sia la natura riconosciuta agli atti di indagine francesi. Infatti, è vero che le S.U. hanno decisamente escluso che si tratti di acquisizione di documenti e di dati informatici ai sensi dell'art. 234-bis c.p.p. o di documenti ex art. 234 c.p.p. ed hanno riconosciuto alle comunicazioni acquisite la valenza di "corrispondenza", seguendo il *dictum* della sentenza n. 170/2023 della Consulta, secondo cui i messaggi elettronici di testo, come gli *S.M.S.*, o quelli scambiati tramite l'applicazione *Whatsapp*, anche se già letti dal destinatario e conservati negli *smartphone*, devono qualificarsi non come documenti, ma come vera e propria "corrispondenza". Ma tale riconoscimento come "corrispondenza" non riguarda tutti gli atti acquisiti, ma ognuno di essi, **"a seconda della loro natura, trova alternativamente il suo fondamento negli articoli 78 disp. att. cod. proc. pen., 238 cod. proc. pen., 270 cod. proc. pen."** Ora, se è intuitivo che il riferimento all'art. 270 c.p.p. significa acquisizione del risultato di intercettazioni disposte in un diverso procedimento, assai più complicato è comprendere quali sarebbero i verbali di un diverso procedimento, ai quali si riferiscono gli artt. 238 c.p.p. e 78 disp. att. c.p.p. perché potrebbero essere le *chat* acquisite, i verbali delle operazioni di intercettazione e i "brogliacci" della polizia giudiziaria ex art. 268 c.p.p. ma anche altri verbali allo stato non conosciuti.

3. La superfluità della preventiva verifica giurisdizionale di legittimità.

La seconda questione aveva ad oggetto il dubbio se il trasferimento in Italia delle comunicazioni acquisite in Francia dovesse essere oggetto di verifica giurisdizionale preventiva della sua legittimità "in uscita", cioè nello Stato di emissione dell'Ordine Europeo di Indagine e la risposta del supremo Collegio è stata negativa, nel senso che **non occorre nello Stato di emissione una verifica giurisdizionale preventiva della legittimità dell'acquisizione** "rientrando nei poteri del pubblico ministero quello di acquisizione di atti di altro procedimento penale". La risposta al quesito, a differenza della prima, sembra dare per scontato che si tratti di "dati freddi" e quindi non è appagante perché, se dovesse invece trattarsi di intercettazioni da effettuare all'estero, l'art. 1, comma 1, della citata direttiva è chiaro nel precisare che "L'ordine europeo d'indagine (OEI) è una decisione giudiziaria emessa o convalidata da un'autorità competente di uno Stato membro (lo «Stato di emissione») per compiere uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro (lo «Stato di esecuzione») ai fini di acquisire prove conformemente alla presente direttiva" e in Italia competente ad autorizzare l'intercettazione è il G.I.P. e non certo il P.M. Se dovesse invece trattarsi

di acquisire *chat* presso i gestori del servizio di telecomunicazioni, l'art. 254 c.p.p. lo consente al pubblico ministero, anche se, in quanto corrispondenza, **le chat, se acquisite non in corso di svolgimento, devono rispettare le garanzie previste dall'art. 15 Cost.**, mentre l'art. 254 c.p.p., disciplinando il sequestro della "corrispondenza" presso coloro che forniscono servizi di telecomunicazioni, attribuisce il potere di limitarne la segretezza al pubblico ministero, anziché al giudice; pertanto, quest'ultima disposizione è "in odore di illegittimità" per contrasto con l'art. 15 Cost. sotto il profilo del mancato rispetto della riserva di giurisdizione, dal momento che la locuzione "autorità giudiziaria" si deve ormai intendere come autorità giurisdizionale.

4. La necessità della successiva verifica giurisdizionale di legittimità.

Il terzo quesito domandava se l'utilizzabilità del contenuto delle comunicazioni acquisite in Italia fosse soggetto al vaglio giurisdizionale nello Stato di emissione dell'ordine europeo di indagine e la risposta è stata affermativa, nel senso che **l'autorità giurisdizionale dello Stato di emissione dell'ordine europeo di indagine deve verificare il rispetto dei diritti fondamentali, comprensivi del diritto di difesa e della garanzia di un equo processo.** La soluzione pare ineccepibile e rispettosa della riserva di giurisdizione e del diritto di difesa, in quanto impone un controllo, almeno *ex post*, sulla prova raccolta all'estero. Di conseguenza il giudice italiano, al quale è richiesta l'acquisizione della prova proveniente dall'estero, deve valutarne l'ammissibilità, effettuando una verifica di legittimità "all'ingresso" che si atteggia diversamente a seconda della natura dell'atto acquisendo.

Se si tratta di intercettazioni, siano state esse richieste dall'Italia ed eseguite in Francia oppure eseguite autonomamente oltralpe, l'art. 270 c.p.p., nel testo ora vigente, stabilisce che "i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino rilevanti e indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza" (comma 1). Se in Francia vi fosse stato, come sembra, l'impiego del captatore informatico, troverebbe applicazione il comma 1-*bis*, secondo cui "fermo restando quanto previsto dal comma 1, i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione qualora risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti indicati dall'articolo 266, comma 2-*bis*". Le garanzie difensive consistono, anzitutto, nel deposito di verbali e registrazioni delle intercettazioni "presso l'autorità competente per il diverso procedimento". Inoltre, "si applicano le disposizioni dell'articolo 268, commi 6, 7 e 8" (comma 2) con conseguente diritto dei difensori all'esame degli atti e all'ascolto delle registrazioni, all'udienza stralcio e successiva trascrizione peritale con acquisizione al fascicolo per il dibattimento. Resta salvo il diritto del pubblico ministero e dei difensori delle parti di esaminare i verbali e le registrazioni in precedenza depositati nel procedimento in cui le intercettazioni furono autorizzate" (comma 3), anche se residuano molti dubbi che l'autorità giudiziaria francese consenta l'accesso ai difensori italiani alle restanti intercettazioni eseguite: dovrebbe essere l'Italia, che come Stato richiedente è l'unico legittimato, ad attivarsi, a richiesta dei difensori, con

l'autorità giudiziaria francese al fine di consentire loro di accedere alla totalità delle intercettazioni eseguite nello Stato richiesto.

Se invece si tratta di comunicazioni pregresse, sono operanti, ma solo per il dibattimento, gli artt. 238 c.p.p. e 78 disp. att. c.p.p. In particolare, il menzionato art. 78, disciplinando specificamente l'acquisizione di atti di un procedimento penale straniero, stabilisce che "la documentazione di atti di un procedimento penale compiuti da autorità giudiziaria straniera può essere acquisita a norma dell'articolo 238 del codice" (comma 1), mentre "gli atti non ripetibili compiuti dalla polizia straniera possono essere acquisiti nel fascicolo per il dibattimento se le parti vi consentono ovvero dopo l'esame testimoniale dell'autore degli stessi, compiuto anche mediante rogatoria all'estero in contraddittorio" (comma 2). A sua volta, l'art. 238, comma 3, c.p.p. precisa che "È comunque ammessa l'acquisizione della documentazione di atti che non sono ripetibili", come appunto il sequestro.

5. Conclusioni.

Le Sezioni unite hanno dovuto decidere sugli scarni atti del procedimento italiano, sostanzialmente sull'O.E.I. che chiedeva il trasferimento di comunicazioni già intercettate in un procedimento francese, ma senza poter conoscere quale tipo di attività investigativa fosse stata svolta nel procedimento d'oltralpe, anche perché la Francia ha posto il segreto di Stato sulle modalità di investigazione. Ma successivamente alla presentazione del ricorso si sono appresi *aliunde* maggiori dettagli sugli atti dell'istruzione francese e si sono conosciute, almeno in parte, le modalità dell'investigazione. Sembrerebbe così che in Francia si sia proceduto all'intercettazione, non di singole utenze, ma addirittura inoculando un *virus trojan* sia nell'*internet service provider*, sia nei singoli dispositivi (si trattava di 70.000 *devices* nel mondo), quindi eseguendo intercettazioni massive di tutte le comunicazioni ivi transitanti (5.000 erano gli utenti di Sky ECC), per giunta utilizzando l'intercettazione non per i fini, suoi propri, di captazione della comunicazione, ma di decriptazione delle comunicazioni non in chiaro: un impiego quindi dello strumento d'intercettazione non ammesso dal sistema processuale italiano e tanto meno dall'equo processo. Se così fosse, il *vulnus* per la garanzia della giurisdizionalità e del diritto di difesa non potrebbe essere maggiore, anche considerando che la prova consegnata dalla Francia consiste in una *compilation* di comunicazioni, selezionate dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero d'oltralpe, senza che la difesa abbia avuto o abbia tuttora la possibilità di verificare se sono state consegnate tutte le comunicazioni riguardanti un determinato imputato e se possano eventualmente essercene altre utili per la difesa e che l'accusa ha invece ritenuto irrilevanti. In definitiva, se fosse ufficialmente acclarato che quelle sopra indicate sono state le modalità investigative francesi, il processo penale sarebbe tornato al Medioevo: nella civilissima Francia si sarebbe proceduto all'impiego del *trojan* sul *server*, anziché sulla singola utenza, e quindi ad intercettazioni di massa, peraltro non a fini di captazione ma di previa decriptazione; se fossero intercettazioni richieste dall'Italia, il giudice italiano non ha autorizzato l'intercettazione da eseguire mediante Ordine di indagine, come richiede l'art. 1 della citata direttiva; è di fatto impraticabile qualsiasi garanzia difensiva, quale quella di esaminare i verbali e le registrazioni in precedenza depositati nel procedimento francese in cui le intercettazioni furono autorizzate e di conseguenza è impossibile la c.d. "udienza stralcio" e tanto meno la partecipazione,

con l'ausilio di un consulente tecnico, alle già eseguite operazioni peritali di decriptazione, eventuale traduzione e trascrizione delle comunicazioni. Si tratta di modalità acquisitive della prova tutte irrispettose della riserva di giurisdizione, del diritto di difesa e quindi dell'equo processo. Ma basterebbe considerare che la Francia ha posto il segreto di Stato sulle modalità di investigazione impiegate nel procedimento per concludere che una prova "a genesi ignota" è inammissibile nell'equo processo.

Mancata impugnazione della condanna pronunciata in abbreviato e sospensione condizionale della pena

Marco Cecchi* e Niccolò Salimbeni** ***

Sommario: 1. La questione giuridica. – 2. Il comma 2-*bis* dell'art. 442 c.p.p. – 3. L'attuale panorama normativo e giurisprudenziale in materia. – 4. I problemi di costituzionalità. – 5. Una battuta conclusiva.

1. La questione giuridica.

Quid iuris se la sospensione condizionale diventa praticabile soltanto a seguito della riduzione di pena conseguente alla mancata impugnazione della condanna pronunciata in abbreviato?

2. Il comma 2-*bis* dell'art. 442 c.p.p.

L'art. 24, co. 1 lett. c) del d.lgs. n. 150 del 2022 ha introdotto il nuovo comma 2-*bis* all'art. 442 c.p.p. Ai sensi di tale previsione, “quando né l'imputato né il suo difensore hanno proposto impugnazione contro la sentenza di condanna, la pena inflitta è ulteriormente ridotta di 1/6 dal giudice dell'esecuzione”.

L'innesto legislativo, certamente in linea con una delle idee di fondo del riformatore (*i.e.* quella di evitare la presentazione di appelli meramente dilatori), è innovativo perché per la prima volta si riconosce un beneficio – consistente in uno sconto di pena ulteriore – per chi non impugna¹.

* Dottore di ricerca e Docente a contratto presso la Scuola Marescialli e Brigadieri dei Carabinieri di Firenze.

** Avvocato del Foro di Firenze.

*** Il lavoro è frutto di una riflessione comune dei due Autori, che hanno congiuntamente contribuito alla scrittura del testo.

¹ Si tratta di un incentivo a rinunciare all'impugnazione; e siffatta rinuncia deve essere totale: deve cioè riguardare sia l'atto d'appello che il ricorso in cassazione, se si vuol godere del beneficio (così come puntualizzato dalla *Relazione* di accompagnamento al d.lgs. n. 150 del 2022, pp. 134-135; da ultimo, v. Cass. pen., Sez. I, 21 dicembre 2023, n. 51180, in www.giurisprudenzapenale.it). Al di là delle critiche – positive o negative – che possono muoversi a tale scelta politico-legislativa, occorre evidenziare che è la prima volta che avviene una cosa del genere. La sanzione irrogata in sede di abbreviato o con decreto penale di condanna si riduce, rispettivamente, di 1/6 (art. 442, co. 2-*bis* c.p.p.) o di 1/5 (art. 460, co. 5 c.p.p.) laddove non si impugni o non ci si opponga.

Il meccanismo è in apparenza semplice: mancata impugnazione; irrevocabilità della sentenza di condanna; applicazione *ex lege* dello sconto di pena da parte del giudice dell'esecuzione (che coinciderà, proprio in assenza di impugnazioni, con il giudice che ha irrogato la sanzione).

Tuttavia, la semplicità dello schema è – lo si è appena detto – apparente. Come solitamente accade per ogni istituto giuridico, anche in questo caso, fin dalla sua entrata in vigore la nuova disposizione ha portato con sé molteplici profili di criticità. Tra le problematiche più significative, segnaliamo i tre seguenti interrogativi: i) è possibile equiparare la mancata presentazione dell'impugnazione alla rinuncia a una impugnazione già promossa quando ancora non era entrata in vigore la riforma?; ii) può l'imputato essere rimesso in termini, al fine di avanzare richiesta di abbreviato sol perché oggi disciplinato da *lex mitior* (in punto di ulteriori benefici consequenziali al rito)?; iii) secondo quali modalità – su richiesta o d'ufficio; in udienza partecipata o *de plano* – si attiva il giudizio d'esecuzione? e quali poteri, se ve ne sono, accompagnano il giudice che applica la riduzione di pena?

Quest'ultimo tema (*sub* iii), peraltro attenzionato anche da parte del c.d. decreto “integrativo e correttivo” Nordio³, sarà il profilo che esamineremo in queste pagine.

3. L'attuale panorama normativo e giurisprudenziale in materia.

Due tematiche, dunque: a) modalità di attivazione del giudizio di esecuzione per l'applicazione della riduzione di 1/6; b) sussistenza e portata dei poteri giudiziali *in parte qua*.

Il primo nodo è stato sciolto – o meglio, sarà a breve sciolto – dal legiferatore, col citato decreto Nordio. Se si legge l'articolato – *recte*, allo stato: se si legge la bozza dell'articolato – si apprende che il nuovo comma 3-*bis* dell'art. 676 c.p.p. risolve la questione. In forza di tale innesto, “il giudice dell'esecuzione è, altresì, competente a decidere in ordine all'applicazione della riduzione della pena prevista dall'art. 442, co. 2-*bis*. In questo caso, il giudice procede d'ufficio prima della trasmissione dell'estratto del provvedimento divenuto irrevocabile”.

Come esplicitato nella *Relazione illustrativa*, “il correttivo è volto a consentire al giudice dell'esecuzione di provvedere d'ufficio alla riduzione di un sesto in caso di mancata impugnazione della sentenza di condanna emessa ai sensi dell'art. 442 c.p.p., così evitandosi una inutile attivazione di un procedimento di esecuzione su istanza di parte a fronte di una riduzione obbligatoria per legge”.

Pertanto, non appena sarà valida e vigerà la novella, sappiamo che il giudice dell'esecuzione procederà d'ufficio; e la procedura, evidentemente, non coinvolgerà il condannato ma si realizzerà *de plano*. Quest'ultimo aspetto è, a parere di chi scrive,

² Attualmente, la giurisprudenza – assoggettando l'art. 442, co. 2-*bis* c.p.p. al principio del *tempus regit actum* ed escludendone effetti sostanziali rilevanti ai sensi dell'art. 2 c.p. – risponde di no: v. Cass. pen., Sez. I, 10 marzo 2023, n. 16054, Moccia, in CED Cass. n. 284545-01 e Cass. pen., Sez. I, 9 novembre 2023 (dep. 2024), n. 389.

³ Entro il perimetro dell'art. 1, co. 4 l. n. 134 del 2021, sono di prossima approvazione “disposizioni correttive e integrative, nel rispetto dei principi e criteri direttivi della legge delega”, volte a ricalibrare alcuni aspetti della c.d. riforma Cartabia. La *Relazione illustrativa* del decreto è disponibile [online](#).

criticabile e da emendare nella misura in cui limita le potenzialità decisorie dell'autorità giudiziaria, da un lato, e le facoltà difensive esperibili, dall'altro. È l'assenza di contraddittorio (o quantomeno il mancato coinvolgimento dell'interessato prima che si assuma la decisione) ciò che incide negativamente sull'ampiezza del provvedimento che è possibile emanare. La difesa, giusto per esemplificare, non ha modo di chiedere la sospensione condizionale oppure la non menzione; di conseguenza, il giudice non ha spazio per apprezzare – sulla scorta dei parametri dell'art. 133 c.p. – e casomai riconoscere i benefici di cui agli artt. 163 e 175 c.p.

E così ci ricollegiamo al secondo punto e ci addentriamo verso il cuore del contributo. Il secondo punto, stavolta lasciato scoperto dal decreto Nordio, è quello relativo ai poteri che accompagnano il giudice che dispone la riduzione di pena.

Prima facie, paiono non esservi margini operativi ulteriori rispetto al mero automatismo aritmetico che consiste nel sottrarre dalla sanzione irrogata e divenuta definitiva il corrispondente di 1/6.

A ben vedere, però, il discorso merita di essere approfondito; perlomeno, per non perdere l'occasione di far girare a dovere ed efficacemente un istituto che, ponendosi quale valida alternativa rispetto alle classiche (appello e cassazione) o rinnovate (concordato ex art. 599-bis c.p.p.) opzioni difensive, abbisogna comunque di confini e orizzonti più nitidi di quelli che al momento esistono e si prospettano.

Monito, questo, che vale soprattutto con riferimento a processi definiti in abbreviato con condanne di medio-bassa e bassa gravità. Se infatti lo sconto di 1/6 viene applicato a pene gravi, lo stesso risulta significativo sotto il versante prettamente quantitativo della riduzione⁴; viceversa, se la diminuzione opera su pene minori, sebbene l'impatto del beneficio sia in proporzione meno importante sul *quantum* nondimeno apre scenari qualitativi di notevole rilievo.

La rinuncia all'impugnazione, difatti, può comportare che – proprio in virtù e solo a seguito della stessa – si scenda al di sotto della soglia di pena prevista per l'applicazione di misure alternative alla detenzione (con sospensione dell'ordine di esecuzione) o per la concessione della sospensione condizionale oppure per il riconoscimento della non menzione nel casellario.

Prendiamo una condanna a due anni e tre mesi di reclusione, emanata a conclusione di giudizio abbreviato. Ove non s'impugni, in forza dell'art. 442, co. 2-bis c.p.p., la pena si riduce a un anno, dieci mesi e quindici giorni di reclusione: sì da essere astrattamente sottoponibile tanto al beneficio ex art. 163 c.p. quanto a quello ex art. 175 c.p.

Il *punctum dolens* è che né lo 'strumentario Cartabia' né il 'correttivo Nordio' sembrano aver valutato un simile scenario, giacché nulla si dice al riguardo. Ma c'ha pensato il diritto vivente, e lo ha fatto riportandosi alle evoluzioni succedutesi circa l'applicabilità, o meno, *in executivis* della sospensione condizionale della pena: circostanza, questa, invece in parte normata dal codice di rito e ben nota alla giurisprudenza (sia costituzionale che di legittimità).

⁴ Ad esempio, l'imputato condannato in abbreviato a dodici (12) anni di reclusione, ove rinunci a impugnare la sentenza di primo grado, 'guadagnerà' immediatamente due (2) anni di libertà. È, in sostanza, l'effetto del rapporto di proporzionalità diretta applicato alla quantificazione dosimetrica della sanzione.

Guardando al diritto positivo, l'unico articolo esplicito sulla concedibilità del beneficio previsto dall'art. 163 c.p. (nonché del beneficio previsto dall'art. 175 c.p.) è l'art. 671, co. 3 c.p.p., ai sensi del quale "il giudice dell'esecuzione può concedere altresì la sospensione condizionale della pena e la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, quando ciò consegue al riconoscimento del concorso formale o della continuazione".

La *ratio* è chiara: rideterminare il trattamento sanzionatorio a fronte di una rivalutazione unitaria di plurimi fatti-reato che, in fase di cognizione, sono stati analizzati singolarmente e non hanno perciò consentito in tal sede di applicare la sospensione condizionale o la non menzione. Il fondamento su cui si regge l'art. 671, co. 3 c.p.p. e la configurazione lessicale della norma rendono eccezionale tale previsione: derogatoria del principio generale di intangibilità del giudicato penale e, a mente dell'art. 14 preleggi, insuscettibile di estensione analogica.

Occorre tuttavia usare il condizionale, anziché il presente indicativo, dato che – negli anni – molteplici sono state le pronunce giurisprudenziali che hanno dilatato le ipotesi che permettono al giudice dell'esecuzione di rivalutare la sanzione irrogata dal giudice della cognizione.

Nello specifico, per quanto concerne la praticabilità della sospensione condizionale della pena, è centrale Cass. pen., Sez. un., 20 dicembre 2005, n. 4687⁵. A partire da questa pronuncia, in effetti, le prerogative del giudice dell'esecuzione sono state progressivamente estese; e la Cassazione è giunta a teorizzare una sorta di generale potere giudiziale di applicazione del beneficio, ogniqualvolta tale possibilità si prospetti in concreto a seguito dell'espletamento di precipue attività imposte dalla legge⁶.

⁵ Cass. pen., Sez. un., 20 dicembre 2005 (dep. 6 febbraio 2006), n. 4687, in CED Cass. n. 232610. Con tale pronuncia, maturata a termine di un percorso giurisprudenziale niente affatto scontato, si assiste per la prima volta al riconoscimento, in capo al giudice dell'esecuzione e in assenza di una esplicita previsione legislativa in tal senso, del potere di concessione del beneficio della sospensione condizionale: inteso quale "provvedimento conseguente" da adottare a seguito di revoca della sentenza di condanna, per abrogazione del reato ex art. 673, co. 1 c.p.p. La Cassazione – lo ha ammesso la Corte stessa – ha esteso interpretativamente la norma in questione, "sviluppa[ndone] tutte le potenzialità applicative". In sentenza, invero, si legge la seguente argomentazione: "L'estensione e la flessibilità del valore semantico della locuzione 'provvedimenti conseguenti', nonché la coerenza razionale del sistema, consentono di scegliere l'opzione corrispondente all'*interpretazione adeguatrice* dell'art. 673 c.p.p., senza travalicare le regole ermeneutiche alle quali il giudice deve attenersi".

⁶ Siamo nell'alveo della c.d. teoria dei poteri impliciti. Ecco le parole di Cass. pen., Sez. un., 20 dicembre 2005 (dep. 6 febbraio 2006), n. 4687, cit.: "Una volta dimostrato che la legge processuale demanda al giudice una determinata funzione, allo stesso giudice è conferita la titolarità di tutti i poteri necessari all'esercizio di quella medesima attribuzione: onde è consequenziale inferirne che il riconoscimento della possibilità di eliminare l'effetto ostativo alla concessione della sospensione condizionale della pena comporta necessariamente la titolarità dei poteri necessari al conseguimento di tale risultato". Questo passaggio, ripreso identicamente da Cass. pen., Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 37107, in CED Cass. n. 264859, è ulteriormente arricchito da Cass. pen., Sez. I, 30 ottobre 2018, n. 51692, in CED Cass. n. 274547-01, ove afferma che "le Sezioni unite hanno, in buona sostanza, accreditato la teoria dei poteri impliciti, ossia dei poteri che possono essere affermati anche quando manchi un diretto riferimento normativo senza per questo sottrarsi al divieto di applicazione analogica di norme che, invece, quel richiamo facciano per casi simili. [...] In forza di tali previsioni, e non già per applicazioni analogiche di disposizioni dettate

In tale direzione, ad esempio, si ammette di poter sospendere condizionalmente la pena *in executivis* allorché la si ridetermini poiché trattasi di pena illegittima (es. illegalità per *abolitio criminis*)⁷ o la si rimoduli per intervenuta revoca di un capo o di una intera precedente condanna emessa in violazione del principio del *ne bis in idem*, ai sensi dell'art. 669, co. 8 c.p.p.⁸.

Ad ogni modo, quest'itinerario giurisprudenziale non ha (finora) condotto a un generalizzato riconoscimento di un potere implicito di concessione della sospensione condizionale della pena, non essendo mai stata riconosciuta – nemmeno dalle pronunce che aprono maggiormente in tal senso – la possibilità di un'estensione analogica dell'art. 671, co. 3 c.p.p. Anzi, esattamente in mancanza di una espressa previsione legislativa, si è piuttosto escluso che il giudice dell'esecuzione vanti una simile facoltà⁹.

In definitiva, seppur ampliato, il raggio di intervento giudiziale in materia rimane ancorato all'esercizio di una sua previa attività diretta a rimuovere la condizione ostativa o le condizioni ostative alla concessione della sospensione condizionale. Solamente se si verifica una tale situazione, allora conseguentemente scaturisce – per coerenza sistematica – il potere (implicito) di adottare i provvedimenti di cui agli artt. 163 ss. c.p.

Ebbene, calando ora la riflessione su ciò che è tenuto a fare il giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 442, co. 2-*bis* c.p.p., si potrebbe far linearmente rientrare nelle sue corde la facoltà di sospendere condizionalmente la pena, laddove questa opportunità si schiuda a seguito della riduzione di 1/6 della sanzione irrogata in abbreviato, per mancata proposizione dell'impugnazione.

A nostro parere, una differente lettura normativa non sarebbe costituzionalmente orientata.

4. I problemi di costituzionalità.

Sono due, principalmente, i problemi di (il)legittimità costituzionale che si pongono se non si permette al giudice dell'esecuzione di valutare la concedibilità della

per casi simili, il giudice dell'esecuzione può provvedere sulla sospensione condizionale, su cui in precedenza non si sarebbe potuto pronunciare per l'impedimento derivante dal giudicato di condanna revocato, perché l'adozione dei provvedimenti conseguenti è esplicazione di un potere che deve ritenersi coesistente a quello di porre nel nulla il giudicato di condanna”.

⁷ Purché, s'intende, la mancata concessione della sospensione condizionale sia in precedenza dipesa dall'impossibilità di accedervi per superamento dei limiti edittali di pena e non da una scelta di merito: Cass. pen., Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 37107, cit. Cfr. altresì Cass, Sez. I, 1° marzo 2013, n. 16679, in CED Cass. n. 254570 (“In caso di annullamento senza rinvio di uno o più capi di condanna, spetta al giudice dell'esecuzione provvedere sull'istanza di sospensione condizionale, avanzata ma non valutata nel giudizio di cognizione in quanto la pena complessivamente irrogata risultava superiore al limite di legge per la concedibilità del beneficio”) e Cass, Sez. I, 30 luglio 2014, n. 33817, in CED Cass. n. 261433.

⁸ Costituendo l'adozione dei provvedimenti conseguenti a tale decisione esplicazione di un potere coesistente a quello di porre nel nulla il giudicato: Cass. pen., Sez. I, 30 ottobre 2018, n. 51692, cit.

⁹ V. Cass. pen., Sez. I, 26 luglio 2022, n. 29796, inedita e Cass. pen., Sez. I, 24 marzo 2023, n. 29877, in CED Cass. n. 284972-01.

sospensione condizionale, una volta che tale beneficio diventa concretamente applicabile dopo che la pena è stata ridotta di 1/6 per mancata impugnazione della sentenza pronunciata in abbreviato.

Innanzitutto, si lede irrimediabilmente il diritto di difesa del soggetto sottoposto a procedimento penale (art. 24 Cost.), perché questi non ha alcuna sede per far valere le proprie legittime ragioni. Il condannato, che in veste di imputato non poteva chiedere la sospensione poiché 'a quel tempo' i limiti edittali di pena glielo impedivano, non ha adesso – che può accedere all'istituto – strumenti utili per avanzare un'istanza a tal fine; né il giudice dell'esecuzione si vede attribuiti i poteri per intervenire a rimedio... a meno che, per l'appunto, non si accolga una interpretazione estensiva dell'art. 442, co. 2-*bis* c.p.p. alla luce della teoria dei poteri impliciti¹⁰.

In secondo luogo, si viola il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), per irragionevolezza (intesa anche come inesistenza di ragionevoli motivi retrostanti alla scelta) del trattamento riservato a persone condannate alla medesima pena ancora da eseguire. Mentre il condannato a una pena inferiore a due anni di reclusione in sede di cognizione può arrivare a godere di certi benefici (spec., quelli di cui agli artt. 163 e 175 c.p.), il condannato alla stessa pena in sede esecutiva non può farlo benché e malgrado il fatto che sotto la soglia dei due anni si sia scesi in automatico, *ope legis* e sempre a pena non eseguita. I poteri giudiziali riconosciuti in altra occorrenza (v. art. 671, co. 3 c.p.p.) qua, insensatamente, non operano; e questo crea un'evenienza critica, alla quale si potrebbe riparare interpretando in maniera costituzionalmente conforme la legge¹¹.

5. Una battuta conclusiva.

Per chiudere, ci sia permesso di rivolgere una proposta al legislatore.

Senza bisogno di attendere il coinvolgimento della Corte costituzionale o di affidare soltanto nell'auspicabile diffusione di letture normative in linea con la Costituzione, sarebbe auspicabile intervenire legislativamente. Si potrebbe addirittura cogliere, in queste settimane, la palla al balzo e interpolare il decreto correttivo e integrativo Nordio: prevedendo *expressis verbis* in capo al giudice dell'esecuzione il potere di concedere la sospensione condizionale della pena in caso di abbattimento della soglia dei due anni di reclusione *ex art. 442, co. 2-bis c.p.p.*

Diversamente, non è illogico immaginare che a livello prasseologico si possa propagare una soluzione proceduralmente antieconomica (e avversativa, in un'eterogeneità dei fini, l'obbiettivo perseguito dalla riforma Cartabia con l'introduzione dell'istituto *de quo*).

Il rischio, pragmaticamente parlando, è che all'esito di riti abbreviati conclusi con condanne di medio-bassa afflittività, i difensori degli imputati si facciano – *de mau-*

¹⁰ Nella consapevolezza che in questa operazione interpretativo-argomentativa il confine che separa la (legittima) discrezionalità dalla (illegittima) creatività giudiziale è assai mobile, labile; e perciò da verificare, caso per caso, anche e soprattutto attraverso un'attenta disamina dell'apparato motivazionale del provvedimento adottato.

¹¹ Vale a dire: permettere al giudice dell'esecuzione di valutare la concedibilità della sospensione condizionale, una volta che tale beneficio diventa concretamente applicabile dopo che la pena è stata ridotta di 1/6 per mancata impugnazione della sentenza pronunciata in abbreviato.

vaise grâce e a prescindere da una reale necessità – “ritardatori della procedura”¹², per tutelare appieno i propri assistiti. Davanti all’impossibilità di chiedere la sospensione condizionale *in executivis*, è normale che l’avvocato incentivi l’impugnazione¹³: almeno per tentare, in appello, di ottenere uno sconto di pena e quindi l’accesso al beneficio (che l’attuale assetto codicistico non gli garantisce in sede esecutiva).

¹² Per riprendere un’icastica espressione di M. T. CICERONE, *Discorso congetturale contro Quinto Cecilio*, in M. T. CICERONE, *Processo di Verre (70 a. C.)*, (trad. it.) L. Fiocchi – N. Marinone – D. Vottero, Milano, 2000, 107 [49].

¹³ Nei casi in cui convenga appellare, è il maggior ventaglio di tutele difensive a rendere lo svolgimento del secondo grado di giudizio più appetibile della riduzione di pena ex art. 442, co. 2-*bis* c.p.p.

Mafia e mafie, prevenzione e contrasto: il sogno e la realtà*

Giuseppe Murone**

I. La riflessione sulla mafia e sulle mafie, sulla prevenzione e sul contrasto di tali fenomeni, evoca immediatamente l'immagine del sistema di prevenzione patrimoniale, delle appendici sanzionatorie extraprocessuali che figurativamente si collocano su un binario parallelo che segue e accompagna il processo penale, rappresentando attualmente uno strumento generalizzato di contrasto alla criminalità lucrogenetica di straordinaria efficacia.

È invero indubbio che in tempi relativamente recenti si sia consolidata una giurisdizione autonoma, che condivide della giurisdizione penale soggetti, oggetti e finalità e mira a sopperire alla crisi di efficienza di quest'ultima comunemente avvertita.

II. Il sistema di prevenzione, unitariamente disciplinato dal d.lgs. n. 159 del 2011, emblematicamente denominato "*Codice delle Leggi Antimafia e delle Misure di Prevenzione*", è essenzialmente diviso in due: alle primigenie misure di carattere personale sono state affiancate con la c.d. Legge Rognoni-La Torre del 1982 le misure di carattere patrimoniale.

Le misure personali importano limitazioni transitorie alla libertà personale, le misure patrimoniali intervengono sulla libertà di iniziativa economica e sul diritto di proprietà.

I due tipi di misura condividono il termine di riferimento essenziale, la pericolosità sociale del soggetto inciso, intesa quale probabilità che il medesimo ponga in essere in futuro attività delittuose e strutturata sulla sua inquadrabilità in determinate categorie soggettive, che hanno lo stesso valore che nel sistema penale hanno le fattispecie incriminatrici; per il resto, le due misure sono perfettamente autonome, a seguito delle riforme del 2008 e del 2009, che hanno determinato il passaggio del sistema di prevenzione dal principio di accessorietà della misura patrimoniale alla misura personale a quello della piena autonomia: lo sganciamento è iniziato introducendo il principio secondo cui le misure personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate disgiuntamente, è proseguito prevedendo che il procedimento continui nei

* Il contributo è tratto dalla relazione dell'autore all'incontro di studio "*MAFIA E MAFIE. ANALISI DEL FENOMENO, TESTIMONIANZE E STRUMENTI GIURIDICI DI PREVENZIONE E CONTRASTO*" svoltosi a Savona il 7 febbraio 2024.

** Dottore di ricerca in diritto processuale penale presso l'università degli studi di Cassino.

confronti degli eredi del proposto in caso di morte dello stesso o che, addirittura, inizi entro il termine di cinque anni dalla sua morte ed è terminato riconoscendo la possibilità che le misure patrimoniali vengano addirittura richieste e applicate indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto al momento della richiesta di prevenzione.

Quest'ultimo tratto, la possibilità di applicare la misura non avendo alcun riferimento alla attualità della pericolosità, al fatto che il destinatario sia tale al momento del giudizio, che risulti in quel momento estremamente probabile che commetta in futuro fatti di reato, caratterizza oggi in maniera essenziale la confisca, la misura di prevenzione "regina", provvedimento a carattere ablativo che implica la definitiva devoluzione allo Stato dei beni del soggetto.

Proprio lo sganciamento dalle misure personali, che intervengono sempre e comunque su una situazione di pericolo attuale, segna irrimediabilmente la natura e la *ratio* della confisca di prevenzione, allontanandola dal complessivo sistema in cui è inserita, solo nominalmente.

III. Accennando brevemente all'evoluzione legislativa in argomento, può osservarsi essenzialmente come le misure di prevenzione siano state introdotte nella legislazione postcostituzionale nel lontano 1956 e siano diventate, nel 1982, strumento privilegiato di contrasto alla accumulazione patrimoniale di sospetta provenienza, assumendo al contempo la connotazione di vessillo della lotta alla mafia: in quell'anno, lo stesso intervento legislativo che introduce nel Codice Penale l'art. 416 *bis* da luce alle misure patrimoniali e, soprattutto, prevede che le misure di prevenzione vengano estese agli indiziati di appartenere alle associazioni mafiose.

L'intervento è senza dubbio alcuno straordinario: nell'emergenza di contrastare il fenomeno mafioso, si intuisce che lo stesso può essere efficacemente combattuto sottraendo ai soggetti in via attuale indiziati di appartenere alla mafia i beni illecitamente accumulati.

A differenza delle altre confische *lato sensu* penali, che presentano l'univoca caratteristica di richiedere un nesso tra il commesso reato e il bene confiscato, con la confisca di prevenzione si spezza tale tradizionale legame, potendosi sottrarre all'interessato ciò di cui non possa giustificare la legittima provenienza e risulti essere titolare o avere la disponibilità in valore sproporzionato rispetto al reddito dichiarato o alla attività economica.

L'intuizione è fenomenale perché prende atto dell'essenza del fenomeno mafioso: lo strumento, dalle potenzialità straordinarie, elimina le risorse del crimine, in ottica specialpreventiva, e sottrae al tempo stesso alle consorterie mafiose la meta finale del loro agire, l'illecito arricchimento.

In quest'ottica, l'arretramento del *quantum* probatorio (bastando sufficienti indizi non occorre la prova dell'appartenenza mafiosa) viene giustificato dalla necessità di intervenire su situazioni di concreta e gravissima pericolosità, agendo su beni di rango costituzionale certamente secondario rispetto alla libertà personale.

IV. Questo formidabile sistema, condivisibile nella *ratio*, nella sostanza e nelle forme, appartiene tuttavia al passato, a ciò che è stato: sullo scenario appena descritto hanno invero impattato le riforme poste in essere nell'ultimo ventennio e lo sviluppo prepotente della prassi applicativa.

Occorre oggi prendere atto di come la confisca di prevenzione, pur ancora orientata anche a contrastare le associazioni di tipo mafioso, si discosti dall'essere puro e semplice strumento di contrasto alle consorterie mafiose e sia diventata la stampella di una giustizia penale che ha perso efficienza; in quest'ottica, si interviene, genericamente, sul possibile reo, prescindendo dalla specifica tipologia di delinquente. L'importante è che il crimine abbia pagato, abbia prodotto ricchezza.

Ciò è avvenuto disunendo l'aggressione patrimoniale dalla pericolosità, progressivamente ampliando a dismisura le categorie di soggetti destinatari, all'interno dei quali peraltro posizione preminente hanno assunto i cosiddetti pericolosi generici, abitualmente dediti a traffici delittuosi o che vivano abitualmente con i proventi di attività delittuose, sfumando sempre più nella prassi i presupposti applicativi. Si pensi all'interpretazione giurisprudenziale del concetto di appartenenza alla mafia, che riporta ad una situazione di contiguità pur in ipotesi di esclusione di partecipazione o di concorso esterno, o alla possibilità di giudicare in ottica prevenzionale appartenente un soggetto assolto nel giudizio penale.

L'analisi del sistema di prevenzione patrimoniale, pur tecnicamente ai confini della giurisdizione penale, dimostra come la crisi di efficienza della giustizia penale abbia determinato il ricorso a strumenti ablativi dei patrimoni illeciti in ottica punitiva e surrogatoria: si è inteso cioè privilegiare sanzioni slegate da rigorosi parametri probatori, esclusivamente finalizzate a sottrarre al soggetto passivo dell'accertamento il vantaggio ingenerato dalla possibile condotta illecita.

In questi termini, può individuarsi senza alcun dubbio il passaggio da un sistema incentrato sulla pericolosità del soggetto, da prevenire nella futura commissione di crimini, ad un sistema che, potendo da essa prescindere al momento dell'aggressione patrimoniale, è incentrato su una *fictio iuris*, la pericolosità della *res*, che palesa la finalità di colpire il cespite in ragione della sua formazione illecita. Sistema unicamente rivolto al fatto e al passato.

La confisca è in tal senso la manifestazione più emblematica di quel modello di "diritto penale moderno" votato all'efficienza contrastiva cui sembra tendere la politica criminale degli ultimi anni.

Abbandonata la logica specialpreventiva, la finalità perseguita dalla confisca deve dunque essere ricondotta alla repressione di illeciti penali già posti in essere, mediante la sottrazione in via definitiva al soggetto del frutto della sua attività illecita, in tal modo acquisendo natura giuridica di sanzione penale, volta genericamente a colpire la criminalità da profitto, ove nelle vie ordinarie lo Stato abbia fallito.

V. Tali affermazioni di carattere generalizzante trovano pieno riscontro nei numeri.

Ove si considerino le ultime statistiche fornite dal Ministero della Giustizia e, in particolare, i dati dal 2008 ad oggi, ci si avvede del fatto che, nonostante la prevalenza dei procedimenti iscritti nell'ultimo triennio riguardi l'area meridionale e l'area insulare, raggiungendo complessivamente il 64%:

- il numero totale dei procedimenti di prevenzione iscritti in Italia è raddoppiato tra il 2008 e il 2013;
- il numero dei procedimenti di prevenzione iscritti nel Nord Italia è quintuplicato tra il 2008 e il 2013;
- nell'ultimo triennio l'area settentrionale è in netto aumento percentuale rispetto al resto di Italia, raggiungendo il 27% delle iscrizioni;

- Milano e Bologna si collocano rispettivamente al quarto e al quinto posto in Italia per numero di nuovi procedimenti per distretto di corte di appello.

I numeri dimostrano come si sia registrata una crescita esponenziale dei procedimenti instaurati nelle regioni del Centro e del Nord Italia.

Il dato "territoriale" consente di rilevare, posto in relazione con le altre emergenze, come le misure di prevenzione siano diventate strumento generalizzato di lotta al crimine in qualunque luogo ed in qualunque forma commesso: ciò spiega l'aumento vertiginoso dei procedimenti di prevenzione sorti in zone che, pur attualmente non immuni da problematiche connesse alle organizzazioni di stampo mafioso, che sono anzi in crescita, sono comunque interessate da criminalità orientata a produrre reddito complessivamente intesa, nella quale la mafia si inserisce in maniera non fondante o esclusiva.

VI. Se a fronte di tali considerazioni non è revocabile in dubbio l'attuale appartenenza del diritto della prevenzione all'area del diritto penale, non può non porsi in evidenza come il procedimento di prevenzione, nella sostanza non normato e concepito a maglie larghe al fine di consentire improprie sovrapposizioni con il procedimento penale, rappresenti di quest'ultimo una sorta di "sucedaneo deformalizzato".

L'accertamento dei presupposti applicativi della confisca, che scontano, in sé stessi, un netto deficit di tassatività e fanno riferimento, diretto o indiretto, a illeciti penali, al contempo in gran parte richiedendo la sussistenza di elementi probatori solo indiziari o presuntivi, è affidato ad un procedimento probatorio semplificato e totalmente sganciato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova, in cui l'onere probatorio appare finanche invertito.

Procedimento in cui a mutare, ancora più significativamente, è la regola cardine del giudizio: l'evoluzione del sistema segna l'allontanamento dall'oltre ogni ragionevole dubbio, promanante dalla presunzione di innocenza, e l'approccio ad un giudizio fondato sul più probabile che non.

A fronte di aspetti di carattere generale, quali - a titolo non esaustivo - la formazione della prova ad opera della pubblica accusa mediante l'allegazione di elementi raccolti in segreto durante le indagini, un'udienza ordinariamente svolta senza la presenza del pubblico (salva espressa richiesta dell'interessato), la ordinaria impossibilità per il detenuto in luogo posto al di fuori della circoscrizione del giudice di partecipare all'udienza, la possibilità non ordinaria di assumere prove orali, la decisione resa in forma di decreto, si deve decisamente rilevare come la natura giurisdizionale del procedimento di prevenzione debba invece necessariamente implicare il doveroso rispetto dei principi del giusto processo.

In realtà, avendo riferimento solo ad alcuni principali temi, può osservarsi come la valenza probatoria degli atti delle indagini, peraltro nella prassi strutturate sugli atti del procedimento penale cui accede il procedimento di prevenzione, la pressoché assoluta mancanza di garanzie difensive durante tale fase, la possibilità, riconosciuta al giudice, di procedere ad ulteriori indagini oltre a quelle già compiute dal pubblico ministero, i cui atti hanno valenza probatoria, e di disporre d'ufficio le misure del sequestro e della confisca avvicino il procedimento di prevenzione patrimoniale ad un sistema fortemente inquisitorio.

Ciò senza considerare che, come accennato, il procedimento di prevenzione patrimoniale, che non prescinde affatto dal reato, ma unicamente dal suo accertamen-

to, supera nettamente il principio del contraddittorio nella formazione della prova, il quale deve presiedere all'accertamento – diretto o indiretto – di fatti di rilievo penale.

Secondo tale prospettiva, il procedimento – o, più propriamente, processo – di prevenzione è sistema autonomo, perché afferma principi e regole fondamentali all'ordine processuale, nella grossolanità degli istituti e rifacendosi al procedimento di esecuzione, e definisce una giurisdizione indipendente rispetto ad ogni altra giurisdizione, ancorché affidata ai giudici ordinari, al fine di regolare fatti di rilievo penale in via del tutto svincolata dalle regole che presiedono all'accertamento e alla punizione dei reati.

È così che viene in rilievo la logica surrogatoria e indiziaria che attrae il sistema di prevenzione in quello punitivo, finendo le misure di prevenzione patrimoniali – e, in particolare, la confisca – per assumere la fisionomia di misure di sicurezza largamente generalizzate, tendenti a divenire sanzioni correlate ad un accertamento giudiziale semipieno di reati pregressi di natura molto eterogenea e oggi previsti in numero esorbitante.

VII. L'analisi che precede pone davanti ad una evidente truffa delle etichette, ad uno strumento parallelo a quello punitivo, del quale condivide la natura, congegnato in modo da colpire più agevolmente tutti quei reati per i quali il legislatore avverta un'esigenza di semplificazione accertativa: sistema neutralizzato dai principi del processo penale e dai canoni del giusto processo e rispetto al quale è indifferente il decorso del tempo, capace di resistere alla prescrizione del reato e finanche alla morte del reo presunto.

In questo senso, ogni riferimento a “mafia e mafie”, “prevenzione e contrasto”, impone necessariamente di confrontarsi con la realtà esistente, divisa tra mafia e mafie, fenomeni criminali ulteriori e diversi, contrasto e prevenzione, in senso stretto o solo nominalistico.

La moderna prevenzione non previene, punisce al di là e al di fuori del processo. Il processo di prevenzione propriamente è processo al di là del processo: strumento primario della moderna tendenza a perseguire effetti sanzionatori al di fuori delle regole e dei principi fondamentali del processo penale, in tensione con i principi costituzionali di legalità e presunzione di non colpevolezza.

In questa prospettiva, è indispensabile e non più rinviabile riattribuire al sistema di prevenzione credibilità, sostanza, coerenza ai principi e alle regole, prima che i “correttivi” arrivino – come spesso è successo – dalla giurisprudenza europea.

Un formidabile strumento di contrasto alla mafia, la confisca di prevenzione, risente oggi nel complesso dell'asservimento alla necessità di sopperire alle mancanze del processo penale: ma il procedimento di prevenzione è l'eccezione, non può a tale funzione, per definizione, essere piegato.

Occorre ritrovare coerenza con il nome e con la finalità di prevenire i fenomeni criminali, compito fondamentale dello Stato: si deve necessariamente guardare all'attualità del pericolo, alla tassativa individuazione dei soggetti pericolosi, alla definizione dei contorni di un procedimento applicativo adeguatamente normato.

Il sistema antimafia di prevenzione è stato invece oggi snaturato e di fatto depotenziato, minandosi la consistenza della complessiva strategia preventiva del fenomeno mafioso: è necessario avere il coraggio di fare il processo penale nel processo penale, seguendo le sue regole, di costruire un processo efficace, capace di raggiun-

gere i suoi scopi al suo interno e che giudichi i fatti sulla base di prove, al di là di ogni ragionevole dubbio, di riportare la prevenzione antimafia alla propria naturale identità, giusta ed effettiva. Le attuali connotazioni della legislazione antimafia di prevenzione appaiono al contrario risentire delle attuali condizioni della legislazione penale, ipertroficamente espansa, ipernormata, inutilmente complicata, anche in ragione di ciò profondamente inefficiente.

Osservatorio Corte Costituzionale

a cura di Ottavia Murro

CARCERE

C. Cost., 26 gennaio 2024 (ud. 5 dicembre 2023), n. 10, A.A. Barbera, Presidente; S. Petitti, Redattore.

La questione.

Il Magistrato di sorveglianza di Spoleto ha sollevato, in riferimento agli artt. 2, 3, 13 primo e quarto comma, 27, terso comma, 29, 30, 31, 32 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 3 e 8 della C.e.d.u., questioni di legittimità costituzionale dell'art. 18 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), «nella parte in cui non prevede che alla persona detenuta sia consentito, quando non ostino ragioni di sicurezza, di svolgere colloqui intimi, anche a carattere sessuale, con la persona convivente non detenuta, senza che sia imposto il controllo a vista da parte del personale di custodia».

Le argomentazioni.

L'ordinamento giuridico tutela, tra le altre cose, anche le relazioni affettive della persona, riconoscendo, ai soggetti legati dalle relazioni, la libertà di vivere pienamente il sentimento di affetto. In tale contesto, se da un lato lo stato di detenzione può incidere sui termini e sulle modalità di esercizio di questa libertà, sotto altro profilo essa non può essere annullata in radice, con una previsione astratta e generalizzata.

La norma censurata, nel prescrivere in modo inderogabile il controllo a vista sui colloqui del detenuto, gli impedisce di fatto di esprimere l'affettività con le persone a lui stabilmente legate, anche quando ciò non sia giustificato da ragioni di sicurezza. Più precisamente, il suddetto controllo, disposto in termini assoluti e inderogabili, si risolve in una compressione sproporzionata e in un sacrificio irragionevole della dignità della persona, salvo che, tenuto conto del comportamento del detenuto in carcere, non ricorrano in concreto ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina.

Per tale ragione, la questione dell'affettività intramuraria deve consentire di individuare quale sia il limite concreto entro il quale lo stato detentivo è in grado di giustificare una compressione della libertà di esprimere affetto, anche nella dimensione

intima; limite oltre il quale il sacrificio della libertà stessa si rivela costituzionalmente ingiustificabile, risolvendosi in una lesione della dignità della persona.

Un ulteriore profilo di irragionevolezza delle restrizioni imposte all'espressione dell'affettività, riguarda il loro riverberarsi sulle persone legate al detenuto da stabile relazione affettiva che, di fatto, vengono limitate nella possibilità di coltivare il rapporto, anche per anni.

La Corte ha così riscontrato la violazione degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., per la irragionevole compressione della dignità della persona causata dalla norma in scrutinio e per l'ostacolo che ne deriva alla finalità rieducativa della pena. Altresì risulta violato l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 C.e.d.u., per il difetto di proporzionalità di un divieto radicale di manifestazione dell'affettività "entro le mura".

L'auspicio della Consulta è quella di un'«azione combinata del legislatore, della magistratura di sorveglianza e dell'amministrazione penitenziaria, ciascuno per le rispettive competenze», «con la gradualità eventualmente necessaria».

La Corte ha tuttavia precisato che la sentenza non concerne il regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis della legge sull'ordinamento penitenziario, né i detenuti sottoposti alla sorveglianza particolare di cui all'art. 14-bis della stessa legge.

La soluzione.

La Corte Costituzionale ha ritenuto, quindi, la **questione fondata** e ha dichiarato l'**illegittimità costituzionale dell'art. 18 della legge 26 luglio 1975, n. 354** nella parte in cui non prevede che la persona detenuta possa essere ammessa a svolgere i colloqui con il coniuge, la parte dell'unione civile o la persona con lei stabilmente convivente, senza il controllo a vista del personale di custodia, quando, tenuto conto del comportamento della persona detenuta in carcere, non ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, né, riguardo all'imputato, ragioni giudiziarie.

APPROPRIAZIONE INDEBITA E REGIME SANZIONATORIO

C. cost., 22 marzo 2024 (ud. 20 febbraio 2024), n. 46; A.A. Barbera, Presidente; F. Viganò, Redattore.

La questione.

Il Tribunale ordinario di Firenze ha sollevato – in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione – questioni di legittimità costituzionale dell'art. 646, primo comma, del codice penale, come modificato dall'art. 1, comma 1, lettera u), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici), censurandolo nella parte in cui punisce la condotta di appropriazione indebita con la reclusione da due a cinque anni, oltre alla multa, anziché con la reclusione da sei mesi a cinque anni, oltre alla multa.

Il giudice *a quo* precisa che tale cornice edittale è stata innalzata dall'art. 1, comma 1, lettera u), della legge n. 3 del 2019, che ha sostituito la pena della reclusione fino a tre anni e della multa fino a 1.032 euro, in precedenza prevista, con quella della reclusione da due a cinque anni e della multa da 1.000 a 3.000 euro. Tuttavia, se da un lato la *ratio* dell'intervento sarebbe dunque da ricondurre alla «volontà del Legislatore di colpire più severamente le attività prodromiche ai fenomeni corruttivi»; sotto altro

aspetto, l'innalzamento del minimo edittale della pena detentiva di ben quarantotto volte contrasterebbe con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., «sia per ciò che attiene al generale principio di uguaglianza, sia sotto il profilo della proporzionalità intrinseca del trattamento sanzionatorio».

Le argomentazioni.

Il brusco innalzamento della pena minima per l'appropriazione indebita, portata da quindici giorni a due anni di reclusione, è stato determinato dalla legge n. 3 del 2019. Tuttavia, precisa la Corte, se il legislatore gode di ampia discrezionalità nella definizione della propria politica criminale e, in particolare, nella determinazione delle pene applicabili a chi abbia commesso reati, tale «discrezionalità non equivale ad arbitrio».

Nello specifico, dalla lettura dei lavori preparatori, resta del tutto oscura la ragione che lo ha indotto ad innalzare in maniera così severa il minimo edittale proprio in presenza di un delitto, quale quello di appropriazione indebita, che comprende condotte di disvalore assai differenziato: produttive ora di danni assai rilevanti alle persone offese, ora (come nel caso oggetto del giudizio a quo) di pregiudizi patrimoniali in definitiva modesti, anche se non necessariamente di particolare tenuità ai sensi dell'art. 131-bis cod. pen.

In tale contesto, l'assenza di qualsiasi plausibile giustificazione – ricavabile dai lavori preparatori, o comunque ricostruibile dall'interprete sulla base delle *rationes* ascrivibili alla riforma – di un così rilevante inasprimento della pena, rende di per sé costituzionalmente illegittima la disciplina censurata, al duplice metro degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. evocati dal rimettente.

La Corte ha, così, sottolineato, che il rimedio appropriato alla violazione della Costituzione riscontrata è la cancellazione della pena minima, che resterà così automaticamente fissata in quella prevista in generale dal codice penale per la reclusione, pari appunto a quindici giorni.

Resterà poi libero il legislatore di valutare se stabilire un nuovo minimo di pena, nel rispetto del principio di proporzionalità tra gravità del reato e severità della pena.

La soluzione.

La Corte ha, così, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 646, primo comma, del codice penale, come modificato dall'art. 1, comma 1, lettera u), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici), nella parte in cui prevede la pena della reclusione «da due a cinque anni» anziché «fino a cinque anni».

CONDOTTE RIPARATORIE

C. Cost., 21 marzo 2024 (ud. 20 febbraio 2024), n. 45; A.A. Barbera, Presidente; G. Amoroso, Redattore.

La questione.

Con ordinanza del 12 dicembre 2022, iscritta al n. 8 del registro ordinanze 2023, il Giudice di pace di Forlì ha sollevato, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 35 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274 (Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'artico-

lo 14 della legge 24 novembre 1999, n. 468), nella parte in cui prevede che l'imputato possa procedere alla riparazione del danno cagionato dal reato solo prima dell'udienza di comparizione, anziché entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento.

Ad avviso del rimettente, la disposizione censurata, nello stabilire che l'imputato debba dimostrare di aver proceduto alla condotta riparatoria prima dell'udienza di comparizione, determinerebbe la violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo della disparità di trattamento tra colui che deve essere giudicato per la commissione di un reato rientrante nella competenza del giudice di pace e l'imputato che provveda alla riparazione del danno cagionato per effetto di un reato attribuito alla competenza del tribunale, reato al quale è applicabile l'istituto di cui all'art. 162-ter cod. pen. (introdotto dall'art. 1, comma 1, della legge 23 giugno 2017, n. 103, recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario»).

Le argomentazioni.

La Corte rimarca come la peculiarità del processo penale innanzi al giudice di pace, avente ad oggetto fatti di minore gravità, risiede in un approccio duttile poiché i comportamenti illeciti addebitati all'imputato chiamano in gioco l'attività di mediazione del giudice stesso. In tale contesto conciliativo si inserisce l'istituto dell'estinzione del reato per condotte riparatorie (art. 35, d.lgs. 274/2000).

Tuttavia, la preclusione – che discende dall'applicazione del termine perentorio – costituisce un fattore di irragionevolezza in una sequenza procedimentale che dovrebbe favorire, proprio nell'udienza di comparizione, la conciliazione. Tale termine, invero, preclude l'attività conciliativa del giudice di pace atteso che il termine previsto dall'art. 35 scade «prima dell'udienza di comparizione».

Al contrario, la fissazione del termine *ad quem* nella dichiarazione di apertura del dibattimento consentirebbe di realizzare la finalità deflattiva. Di contro, l'imputato nel processo ordinario ha un termine più ampio che comprende quello che lo vede comparire innanzi al giudice, il quale può contestualmente valutare la congruità dell'offerta di riparazione.

Pertanto, si legge nella sentenza, «il riallineamento del termine in esame, con la sua fissazione nell'apertura del dibattimento, è in linea con il processo penale in generale ed è pienamente compatibile, in particolare, anche con quello innanzi al giudice di pace».

La soluzione.

La Corte ha, pertanto, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 35, comma 1, del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274 (Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'articolo 14 della legge 24 novembre 1999, n. 468), nella parte in cui stabilisce che, al fine dell'estinzione del reato, le condotte riparatorie debbano essere realizzate «prima dell'udienza di comparizione», anziché «prima della dichiarazione di apertura del dibattimento» di cui all'art. 29, comma 7, del medesimo decreto legislativo.

Osservatorio Sezioni Unite

a cura di Guido Colaiacovo*

Patteggiamento

Sez. un., 28 settembre 2023 (dep. 6 febbraio 2024), n. 5352, Cassano, Presidente, Liberati, Relatore, Fimiani, P.m. (concl. conf.)

La sentenza di patteggiamento con cui sia stata concessa la sospensione condizionale della pena non subordinata, come concordato dalle parti, agli obblighi di cui all'art. 165, quinto comma, c.p., necessariamente previsti in relazione ai reati ivi contemplati, non è ricorribile per cassazione non determinando tale omissione un'ipotesi di illegalità della pena.

La questione.

Le Sezioni unite sono intervenute per definire il perimetro dell'art. 448, comma 2-bis, c.p.p. e stabilire se tra i casi di ricorso per cassazione esperibili avverso la sentenza di patteggiamento sia compresa l'ipotesi in cui il giudice, nonostante l'accordo delle parti sul punto, non abbia subordinato la concessione della sospensione condizionale della pena agli obblighi contemplati dall'art. 165, quinto comma, c.p.

Punto cruciale della questione, come si vedrà, è la definizione del concetto di pena illegale e la possibilità di ricondurre in tale nozione l'errore de quo.

I contrapposti orientamenti.

Nella giurisprudenza di legittimità si contrapponevano due orientamenti.

Un primo indirizzo riteneva ammissibile il ricorso per cassazione e sosteneva che l'omissione della statuizione sul punto fosse riconducibile nella nozione di pena illegale. Una lettura orientata dall'intento di evitare che simili violazioni di legge restassero prive di rimedi (in questo senso, *ex plurimis*, Sez. IV, 6 novembre 2018, n. 5064, in *C.E.D. Cass.*, n. 275118; Sez. VI, 14 marzo 2019, *ivi*, n. 275898; Sez. II, 27 gennaio 2020, n. 11611, *ivi*, n. 278632).

Altro indirizzo, alla luce di una differente nozione di pena illegale, giungeva a una diversa conclusione e sosteneva così che le questioni concernenti la sospensione condizionale della pena e le relative statuizioni accessorie non potessero essere ricondotte nel campo di applicazione dell'art. 448, comma 2-bis, c.p.p., anche al fine di non depotenziare la ratio deflativa di tale previsione (tra le numerose decisioni che

* Professore associato di diritto processuale penale - Università di Foggia.

hanno seguito tale indirizzo, Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 17111, in *C.E.D. Cass.*, n. 275898; Sez. VI, 3 maggio 2023, n. 30147, *ivi*, n. 285046; Sez. VI, 13 giugno 2022, n. 35627, *ivi*, n. 35627).

La soluzione.

Le Sezioni unite hanno dato seguito al secondo indirizzo e hanno escluso la possibilità di denunciare tramite ricorso per cassazione gli errori compiuti dal giudice nella determinazione degli obblighi al cui adempimento è subordinata la concessione della sospensione condizionale della pena. Analizzando la motivazione emerge, dalla trama argomentativa, un primo elemento di interesse: è significativo notare come la sentenza, prima di affrontare le questioni sottese alla definizione del concetto di “pena illegale”, metta in risalto - richiamando la recente decisione di Sez. un., 14 luglio 2022, n. 877, in *Cass. pen.*, 2023, p. 1498 - le finalità di economia processuale sottese alla previsione che disciplina il ricorso per cassazione avverso le sentenze di patteggiamento.

Il primo passo verso la composizione del contrasto è comunque la ricognizione delle evoluzioni della giurisprudenza di legittimità e, in particolare, delle Sezioni unite, sulla definizione della nozione di “pena illegale” (la sentenza richiama, più precisamente, Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 37107, in *Cass. pen.*, 2015, 4337; Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040, *ivi*, 2015, p. 4317; Sez. un., 31 marzo 2022, n. 38809, *ivi*, p. 97; Sez. un., 31 marzo 2022, n. 47182, *ivi*, p. 1135; nel concludere questa panoramica, la sentenza richiama anche Sez. un., 23 giugno 2023, n. 37503, in *Cass. pen.*, 2022, p. 4218, che si è soffermata sulla natura e la portata dell’istituto della sospensione condizionale della pena).

Ciò posto in linea di premessa, le Sezioni unite si addentrano nell’inquadramento storico dell’istituto, ricordando le esperienze normative (in particolare, la “condanna condizionale” disciplinata dalla l. 26 giugno 1904 e, poi, dall’art. 423 c.p.p. 1913) che hanno preceduto la disciplina attuale. In relazione a quest’ultima, la sentenza rammenta la progressiva espansione degli obblighi ai quali può essere subordinata la concessione del beneficio, valorizzando la natura di prescrizioni, obbligatorie o facoltative.

Tali elementi, tuttavia, non consentono di attribuire alla sospensione condizionale i connotati tipici della pena: essa conserva, infatti, un carattere esterno alla sanzione poichè ne consente la sospensione, ma ne presuppone la già avvenuta e completa determinazione con la sentenza di condanna. Conseguenza diretta di tale approdo è che non si può discorrere di illegalità della pena rispetto a un istituto che determina solo una astensione a tempo dalla esecuzione dalla quale possono discendere effetti estintivi. Del resto, proseguono le Sezioni unite, il catalogo delle pene è compiutamente descritto dall’art. 17 c.p. e tra queste, in ossequio ai principi di legalità e tassatività, non possono essere compresi gli obblighi contemplati dall’art. 165 c.p.

A rafforzare questa convinzione interviene poi un argomento tratto dalla legislazione europea e, in particolare, dalla decisione quadro 2008/947/GAI relativa alla applicazione del principio del mutuo riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive. Invero, tale disciplina non incide sulla nozione di pena, ma solo sulle modalità della sua esecuzione e ribadisce perciò la distinzione tra la sanzione e la sua sospensione condizionale.

Concludendo, le Sezioni unite escludono che una simile soluzione, che non ammette rimedi agli errori compiuti dal giudice del patteggiamento nella concessione della sospensione condizionale, contrasti con i principi costituzionali o - con precipuo riguardo alle caratteristiche del reato oggetto della sentenza impugnata (violenze sessuali commesse in danno di minori) - con gli obblighi internazionali derivanti dalla ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica.

REATO CONTINUATO

Sez. un., 28 settembre 2023 (dep. 16 febbraio 2024), n. 7029, Cassano, Presidente, Casa, Relatore, Ceniccola, P.m. (concl. parz. diff.)

Ai fini dell'individuazione della violazione più grave nel reato continuato in sede esecutiva, ai sensi dell'art. 187 disp. att. c.p.p., deve essere considerata come "pena più grave inflitta", che identifica la "violazione più grave", quella concretamente irrogata dal giudice della cognizione, siccome indicata nel dispositivo di sentenza.

In tema di continuazione in sede esecutiva, nel caso di riconoscimento del vincolo tra reati giudicati separatamente con rito abbreviato, fra cui sia compreso un delitto punito con la pena dell'ergastolo per il quale il giudice della cognizione abbia applicato la pena di anni trenta di reclusione, per effetto della diminuzione di un terzo ex art. 442, comma 2, terzo periodo, c.p.p. (nel testo vigente sino al 19 aprile 2019), il giudice deve considerare come "pena più grave inflitta" che identifica la "violazione più grave" quella conseguente alla riduzione per il giudizio abbreviato.

La questione.

Le Sezioni unite sono intervenute per fornire chiarimenti fondamentali per l'applicazione della disciplina del reato continuato in executivis. Più precisamente, hanno dettato l'interpretazione da seguire qualora il riconoscimento della continuazione, ai sensi dell'art. 671 c.p.p., debba avvenire tra reati giudicati separatamente con rito abbreviato e tra questi sia compreso un delitto punito con la pena dell'ergastolo per il quale il giudice della cognizione abbia applicato la pena di trenta anni di reclusione ai sensi dell'art. 442, comma 2, terzo periodo c.p.p. Il quesito verteva, infatti, sulla individuazione della "pena più grave inflitta" che identifica, ai sensi dell'art. 187 disp. att. c.p.p., la "violazione più grave", essendo controversa la possibilità di far riferimento a quella risultante dalla riduzione per il rito speciale ovvero a quella antecedente a tale riduzione.

I contrapposti orientamenti.

Le Sezioni unite avevano dinanzi due distinte opzioni ermeneutiche.

Un primo indirizzo della giurisprudenza di legittimità affermava che per "pena più grave inflitta" e, quindi per "violazione più grave", ai sensi dell'art. 187 c.p.p., doveva intendersi quella antecedente alla riduzione per il rito abbreviato (in questo senso, ex plurimis, Sez. I, 19 luglio 2019, n. 37168, in C.E.D. Cass., n. 276838, e Sez. I, I, 5 maggio 2010, n. 20007, ivi, n. 247616). Le decisioni che propugnavano tale interpretazioni affermavano infatti che il riconoscimento in sede esecutiva della continuazione tra i reati oggetto di condanne emesse all'esito di distinti giudizi abbreviati comporta, previa individuazione del reato più grave, la determinazione della pena base nella sua

entità precedente all'applicazione della diminvente per il rito abbreviato, l'applicazione dell'aumento per continuazione su detta pena base e infine il computo sull'intero in tal modo ottenuto della diminvente per il rito abbreviato. Questo orientamento si richiamava a un precedente delle Sezioni unite secondo il quale, nella fase di cognizione, la riduzione di pena conseguente alla scelta del rito abbreviato si applica dopo che la pena è stata determinata in osservanza delle norme sul concorso di reati e di pene stabilite dagli artt. 71 ss. c.p., fra le quali vi è anche la disposizione limitativa del cumulo materiale, in forza della quale la pena della reclusione non può essere superiore ad anni trenta (Sez. un., 25 ottobre 2007, n. 45583, in Cass. pen., 2008, p. 927, con nota di SANTALUCIA).

Un secondo indirizzo, al contrario, sosteneva che, ai fini dell'individuazione della violazione più grave nel reato continuato in sede esecutiva, il giudice deve tenere conto della sanzione più severa concretamente inflitta e occorre quindi avere riguardo alla pena risultante dall'applicazione della riduzione collegata alla definizione del procedimento con rito abbreviato (in questo senso, Sez. I, 10 dicembre 2008, n. 48204, in C.E.D. Cass., n. 242660 e, con differenti sfumature, Sez. I, 21 febbraio 2020, n. 13756, ivi, n. 278977).

La soluzione.

Le Sezioni unite hanno preliminarmente osservato che la corretta interpretazione dell'art. 187 disp. att. c.p.p. e la conseguente necessità di eliminare la disomogeneità di letture proposte dalla giurisprudenza di legittimità assumono rilevanza soprattutto allorché vengano in considerazione reati puniti con l'ergastolo o per i quali trovi applicazione il criterio moderatore di cui all'art. 78 c.p. Invero, solo per questi ha incidenza l'individuazione della pena base sulla quale operare gli aumenti a titolo di continuazione, potendo solo in tal caso mutare il computo (così come la natura) della pena finale. Viceversa – si legge ancora nell'incipit – nessuna incidenza si determina per le pene temporanee, essendo sostanzialmente irrilevante, per la medesimezza del risultato finale, che la riduzione per il rito venga effettuata sui singoli addendi (le frazioni di pena da unificare) ovvero sulla pena finale.

Ciò posto, dopo aver sunteggiato i termini del contrasto, le Sezioni unite decidono di dar seguito al secondo indirizzo.

La motivazione muove dall'adesione al criterio di interpretazione letterale enunciato dall'art. 12 delle preleggi, in applicazione del quale l'uso del participio passato "inflitta" contenuto nell'art. 187 disp. att. c.p.p. che, a sua volta, identifica la "violazione più grave", rimanda inequivocabilmente alla pena in concreto irrogata dal giudice della cognizione siccome indicata nel dispositivo di sentenza e quindi, in caso di pena inflitta a seguito di giudizio abbreviato, a quella risultante dalla riduzione di un terzo per il rito. Del resto, questa soluzione è coerente con la natura derogatoria e residuale della disciplina del reato continuato in fase esecutiva, già ravvisata dalle Sezioni unite in altre occasioni (Sez. un., 28 febbraio 2013, n. 25939, in Cass. pen., 2014, p. 467, con nota di Conz, e Sez. un., 18 maggio 2017, n. 28659, ivi, 2017, p. 4286, con nota di Varraso), e, all'esito di una più profonda analisi, anche con la decisione di Sez. un., 25 ottobre 2007, n. 45583, cit. che erroneamente era stato evocato a sostegno del primo tra i due indirizzi in contrasto. Ulteriore conforto è tratto poi da una più risalente pronuncia delle Sezioni unite che, in tema di pene accessorie, hanno affermato che, qualora il procedimento sia definito con le forme del rito contratto, deve sempre

aversi riguardo alla pena determinata all'esito della applicazione della riduzione per il giudizio abbreviato (Sez. un., 27 maggio 1998, n. 8411, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3229).

Questo itinerario consente dunque di affermare che la corretta interpretazione dell'art. 187 disp. att. c.p.p. richiede che, nella sequenza delle operazioni per la determinazione del trattamento sanzionatorio del reato continuato in fase esecutiva, la riduzione per il giudizio abbreviato assume rilievo in limine, dovendosi avere riguardo alla pena concretamente inflitta in esito alla applicazione della riduzione premiale per il rito, e ciò deve avvenire sia per il reato base, sia per i reati satellite e prima, eventualmente, dell'applicazione del criterio moderatore di cui all'art. 78 c.p.

Prima di concludere, le Sezioni unite confutano gli argomenti utilizzati dall'indirizzo negletto, che mostrano consistenti limiti laddove ritengono che la riduzione per il rito abbia una natura meramente processuale, e non sostanziale, e la sua applicazione si risolva in una mera operazione aritmetica (sulla natura sostanziale della riduzione, sono evocate soprattutto Sez. un., 6 marzo 1992, n. 2977, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1776; C. eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, in *Cass. pen.*, 2010, p. 832; C. Cost., 18 luglio 2013, n. 210, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2915; Sez. un., 19 aprile 2012, n. 34233, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4015; Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, *ivi*, 2015, p. 28 con nota di GAMBARDELLA).

CONFISCA

Sez. un., 26 ottobre 2023 (dep. 23 febbraio 2024), n. 8052, Cassano, Presidente, Silvestri, Relatore, Fimiani, P.m. (concl. diff.)

Il divieto previsto dall'art. 240-bis c.p., introdotto dall'art. 31, l. 17 ottobre 2017, n. 161, di giustificare la legittima provenienza dei beni oggetto della confisca c.d. allargata o del sequestro ad essa finalizzato, sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale, si applica anche ai beni acquistati prima della sua entrata in vigore ad eccezione di quelli acquisiti nel periodo tra il 29 maggio 2014, data della pronuncia delle Sezioni unite n. 33451/2014 ric. Repaci, e il 19 novembre 2017, data di entrata in vigore della legge n. 161 del 2017.

La questione.

Le Sezioni unite sono intervenute per definire il regime di diritto intertemporale della previsione introdotta dall'art. 31, l. 17 ottobre 2017, n. 161. Tale disposizione - nel più ampio contesto di una riforma del codice antimafia (d. lgs. 6 novembre 2011, n. 159), del codice penale e del codice di rito - ha modificato l'art. 12-sexies d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (conv. con modif. dalla l. 7 agosto 1992, n. 356) e ha introdotto un divieto (poi trasposto, in attuazione della cosiddetta "riserva di codice", dal d. lgs. n. 1 marzo 2018, n. 21 nell'art. 240-bis c.p.) che impedisce di giustificare la legittima provenienza dei beni oggetto di un provvedimento di confisca "allargata" o di un sequestro ad essa finalizzato, sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale.

Più precisamente, il quesito chiedeva di chiarire se il divieto de quo valesse anche per i cespiti acquistati prima del 19 novembre 2017, ossia prima del giorno di entrata in vigore della disposizione che lo ha introdotto.

I contrapposti orientamenti.

Nella giurisprudenza di legittimità si erano formati due contrapposti orientamenti.

Un primo indirizzo riteneva che la norma in questione avesse natura processuale poiché ha introdotto per il condannato un divieto probatorio da applicare nel contesto della operazione di ricostruzione delle sue capacità economiche. Pertanto, in ossequio a criteri di ragionevolezza e tutela dell'affidamento, la previsione non avrebbe potuto trovare applicazione, anche nei procedimenti in corso, in relazione alle ricostruzioni patrimoniali relative ad anni anteriori al 2017 (*ex plurimis*, Sez. I, 11 ottobre 2019, n. 1778, in Cass. pen., 2020, p. 3839).

In questa interpretazione, assumeva un peso fondamentale la sentenza delle Sezioni unite Repaci (Sez. un., 29 maggio 2014, n. 33451, in Cass. pen., 2015, p. 958). Tale decisione, infatti, aveva escluso la possibilità di giustificare la sproporzione tra i redditi posseduti e le attività economiche adducendo proventi da evasione fiscale soltanto in relazione alla diversa fattispecie della confisca di prevenzione. Dunque, coerentemente con questa lettura, si doveva ritenere che per la differente ipotesi della confisca "allargata", almeno fino alla data di entrata in vigore della legge 161 del 2017, fosse consentito indicare i proventi da evasione per giustificare la condizione economica.

Altro indirizzo, invece, sosteneva che il divieto probatorio in parola potesse trovare applicazione anche con riguardo a beni acquisiti prima dell'entrata in vigore della legge 161 del 2017. Alla base di tale affermazione stava la natura di misura di sicurezza - atipica - della confisca allargata. La collocazione dell'istituto in tale dimensione, infatti, escludeva l'applicazione del principio di irretroattività, sancito dagli artt. 25 Cost. e 2 c.p., poiché le misure di sicurezza sono regolate, ai sensi degli artt. 236, 199 e 200 c.p., dalla legge vigente al momento della loro applicazione (in questo senso, tra le altre, Sez. II, 12 gennaio 2022, n. 6587, in C.E.D. Cass., n. 282690; Sez. II, 4 novembre 2021, n. 15551, *ivi*, n. 283384).

La soluzione.

Le Sezioni unite, dopo aver tratteggiato gli argomenti a sostegno dei contrapposti indirizzi, non hanno dato seguito a nessuno dei due, e hanno piuttosto elaborato una soluzione intermedia, che è il risultato della analisi dei molteplici e soprattutto problematici profili della materia: per un verso, si sono soffermate sulla struttura e la natura della confisca allargata, definendo la base legale e le interpretazioni consolidate sul punto; per altro verso, hanno esaminato le modifiche normative che hanno interessato la versione originaria e, in particolare, hanno rivolto l'attenzione sul divieto introdotto dalla legge 161 del 2017, descrivendone coordinate costituzionali ed ambito applicativo.

La Suprema Corte, dunque, ha evidenziato l'importanza strategica della confisca nella lotta alla criminalità organizzata e ha descritto la progressiva estensione del campo di applicazione dell'istituto e, in particolare, la complicata genesi della confisca allargata. Una ricognizione che, muovendo dall'introduzione dell'art. 12-*sexies*, si snoda attraverso i precedenti arresti della giurisprudenza costituzionale (sono evocate soprattutto C. cost., 21 febbraio 2018, in *Giur. cost.*, 2018, p. 293 e C. cost., 27 febbraio 2019, n. 24, *ivi*, 2019, p. 292) e delle stesse Sezioni unite (Sez. un., 17 dicembre 2003, n. 920, in Cass. pen., 2004, p. 1182) ed esalta le peculiarità dell'istituto anche nella dimensione sovranazionale (il richiamo è alla direttiva 2014/42/UE).

La trattazione si focalizza soprattutto sulla questione concernente l'assetto degli oneri probatori e precisa come l'alleggerimento dei compiti dell'accusa su questo versante non attribuisca al condannato l'onere di provare la provenienza lecita del

bene, ma introduca un onere di allegazione che deve limitarsi “a rendere credibile la provenienza lecita dei beni”. Un contesto nel quale vengono in rilievo l’ambito di operatività della presunzione di illecita provenienza dei beni e il criterio della “ragionevolezza temporale” quale collegamento dal punto di vista cronologico tra l’attività delittuosa e l’ingresso dei beni nel patrimonio del condannato.

È a questo punto che le Sezioni unite si soffermano sul significato fondamentale della precedente sentenza Repaci. Questa decisione, nel delineare i connotati della confisca di prevenzione, ha infatti chiarito che soltanto per la confisca ex art. 12-sexies poteva avere rilievo, quale giustificazione, la provenienza dei redditi da attività lecita, ancorché sottratti al fisco.

Conseguentemente, se a far data da tale sentenza l’interessato poteva fare riferimento anche a proventi che avessero una simile origine, l’esigenza di assicurare il diritto di difesa, anche nella dimensione probatoria, e la prevedibilità delle decisioni giudiziarie impongono di tener ferma questa interpretazione e impedire che l’intervento legislativo possa spiegare effetti per il periodo precedente. In altri termini, poiché il legislatore con l’art. 31, l. 17 ottobre 2017, n. 161 ha voluto superare l’interpretazione delle Sezioni unite, sulla quale gli interessati avevano fatto affidamento, la modifica che introduce un “appesantimento” del contenuto dell’onere di allegazione e del diritto di difendersi provando deve necessariamente operare per il futuro.

Ciò posto, le Sezioni unite, dopo aver delineato le difficoltà che caratterizzano la successione di leggi processuali penali nel tempo (soprattutto laddove la modifica normativa riverbera effetti sui diritti fondamentali) e le diversità di tale disciplina rispetto alla successione di norme penali, precisano il regime di applicazione del divieto probatorio *de quo*.

Dunque, limitatamente ai beni acquisiti nel periodo intercorrente tra il 29 maggio 2014 – data della sentenza Repaci – e il 19 novembre 2017 – data di entrata in vigore della legge n. 161 del 2017 – concludono che è consentito addurre quale giustificazione la provenienza dei redditi da evasione fiscale. Ciò significa, al contrario, che una giustificazione simile non può valere – ovviamente – per i beni acquistati dopo l’entrata in vigore della legge 161 del 2017, ma anche per i beni acquistati prima della pronuncia della sentenza Repaci. Invero, nel periodo precedente alla soluzione del contrasto e alla enunciazione del principio da parte delle Sezioni unite non è configurabile un affidamento meritevole di tutela.

COMPETENZA E GIURISDIZIONE

Sez. un., 14 dicembre 2023 (dep. 28 marzo 2024), n. 12759, Cassano, Presidente, Corbo, Relatore, Gaeta, P.m. (concl. diff.)

Appartiene al giudice di pace, dopo l’entrata in vigore delle modifiche introdotte dall’art. 2, comma 1, d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, la competenza per materia in ordine al delitto di lesione personale, nei casi procedibili a querela, anche quando comporti una malattia di durata superiore a venti giorni e fino a quaranta giorni, fatte salve le ipotesi espressamente escluse dall’ordinamento.

La questione.

Le Sezioni unite sono intervenute per chiarire se competente a giudicare sul reato di lesioni personali comportanti una malattia di durata superiore ai venti, ma non

eccedente i quaranta giorni, sia il tribunale o il giudice di pace. La necessità di questo chiarimento è sorta a seguito delle modifiche apportate dall'art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, che nel ridisegnare il perimetro del regime di procedibilità di molte incriminazioni, ha interessato anche il reato di cui all'art. 582 c.p. e ha determinato il contrasto testè risolto.

I contrapposti orientamenti.

Sulla questione si erano formati, in un breve periodo, due orientamenti radicalmente antitetici.

Un primo indirizzo, seguito da numerose sentenze, affermava che la cognizione di simili condotte dovesse essere attribuita al giudice di pace. A sostegno di tale convinzione, si osservava, tra l'altro, che il mancato coordinamento dell'art. 582 c.p. con l'art. 4, comma 1, lett. a), d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, doveva essere risolto attraverso l'interpretazione estensiva di tale ultima disposizione, conformemente alla volontà del legislatore di ampliare la competenza della predetta autorità giudiziaria a tutti i casi di lesioni procedibili a querela (*ex plurimis*, Sez. V, 10 gennaio 2023, n. 12517, in Cass. pen., 2023, n. 2481, con osservazioni di Falaschetti; Sez. V, 31 gennaio 2023, n. 10669, in C.E.D. Cass., n. 284371; Sez. V, 5 luglio 2023, n. 41372, *ivi*, n. 285876).

Di contro, per un secondo indirizzo, enunciato da una sentenza rimasta però isolata, nessuna ipotesi di lesioni personali volontarie sarebbe rientrata nella competenza del giudice di pace. Tale impostazione aveva fondamento nel rilievo secondo il quale il difetto di coordinamento originato dalla riforma doveva essere risolto nel senso che ormai tutte le ipotesi di lesioni personali perseguibili a querela sono contemplate nell'art. 582 c.p., ossia in una disposizione estranea al rinvio effettuato dall'art. 4, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 (Sez. V, 20 settembre 2023, n. 40719, in C.E.D. Cass., n. 285172).

La soluzione.

Le Sezioni unite hanno dato seguito all'indirizzo maggioritario.

Il ragionamento che ha condotto a tale conclusione muove da una ricognizione preliminare delle previsioni applicabili e delle modifiche che hanno subito, anche a seguito di un intervento della Corte costituzionale (C. cost., 14 dicembre 2018, n. 236, in *Giur. cost.*, 2018, p. 2711).

Posta tale ricostruzione, le Sezioni unite, richiamando altri precedenti di legittimità e del Giudice delle leggi, indicano quale criterio ermeneutico al quale attenersi quello del rispetto letterale dei testi normativi, che costituisce un limite insuperabile anche qualora si intenda procedere a una interpretazione estensiva.

Ciò impone di escludere che la soluzione del quesito possa essere elaborata attribuendo valore preminente ai lavori preparatori e alla relazione illustrativa dei testi di legge (argomento che, invero, era stato valorizzato dal primo dei due orientamenti in contrasto), che non possono essere utilizzati come una sorta di grimaldello per superare il dato letterale.

Dunque, l'unico criterio ermeneutico utilizzabile è quello della interpretazione analogica, ammissibile anche nel diritto processuale penale, a condizione che si riscontri un vuoto di disciplina capace di menomare la precisione della disposizione. Tuttavia, le Sezioni unite non hanno ravvisato una siffatta situazione in materia di distribuzione della competenza tra organi giurisdizionali penali, soprattutto alla luce

della previsione dell'art. 6 c.p.p., che attribuisce al tribunale la cognizione di reati che non siano espressamente attribuiti ad altri giudici.

Le Sezioni unite, quindi, hanno battuto una strada differente.

Si legge infatti nella sentenza che il dovere di rispettare il dato testuale della legge non esclude, ma implica la necessità di un esame coordinato della singola disposizione con altre di pari rango, per delineare i rapporti intercorrenti. E così, valorizzando la sinergia dell'art. 4 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 e dell'art. 15, comma 1, l. 24 novembre 1999, n. 468, le Sezioni unite pervengono alla conclusione secondo la quale il giudice di pace è competente per tutti i delitti di lesione personale, consumati o tentati, quando la procedibilità degli stessi sia a querela, fatte salve le ipotesi espressamente escluse dall'ordinamento. Invero, dalle previsioni appena indicate emerge, quale *ratio legis*, che il legislatore voleva affidare a tale organo giurisdizionale la competenza per i reati di lesione personale perseguibili a querela e che con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 non ha inteso discostarsi da tale intento. In questa ottica, la sentenza precisa infine che l'art. 4, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, non può essere qualificato alla stregua di un rinvio fisso (o "materiale" o "statico" o "recettizio") all'art. 582 c.p.

D'altro canto, la sentenza aggiunge che l'affermazione di tale principio non è soltanto coerente con il dato normativo considerato nel suo complesso, ma consente anche di ridurre il ricorso alla pena carceraria, in favore di quelle meno afflittive che compongono l'arsenale sanzionatorio del giudice di pace, senza porsi in contrasto con le esigenze di tutela della collettività (soprattutto considerando le ipotesi che, comunque, rimangono di competenza del tribunale).

A margine dell'enunciazione del principio di diritto, le Sezioni unite precisano gli effetti della decisione dal punto di vista intertemporale.

In prima battuta, puntualizzano che in ordine ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (30 dicembre 2022), se l'azione penale è stata esercitata entro il 29 dicembre 2022, permane la competenza del tribunale in applicazione del criterio della *perpetuatio iurisdictionis*.

In seconda battuta, in relazione al mutamento del regime sanzionatorio che scaturisce dall'attribuzione della cognizione al giudice di pace, stabiliscono che non si dovranno automaticamente applicare le sanzioni del procedimento "di pace", poiché il trattamento previgente potrebbe essere in talune occasioni più favorevole. Pertanto, si dovrà valutare di volta in volta quale sia l'assetto migliore per l'imputato.

Una postilla

Dalla attribuzione al giudice di pace della competenza per i reati di lesione discende l'applicazione delle sanzioni previste dal d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274. Pertanto, la pena della reclusione, ai sensi dell'art. 52, comma 2, lett. b), si "trasforma" in pena pecuniaria, permanenza domiciliare o lavori di pubblica utilità.

Si presenta all'interprete un ulteriore quesito, non affrontato dalle Sezioni unite, sulle conseguenze di tale statuizione *in executivis*.

Più precisamente, si tratterà di chiarire quale sia la sorte dei condannati che stanno spiando o sono destinati a spiare la pena della reclusione già comminata in una sentenza irrevocabile e se tale sanzione potrà essere commutata dal giudice dell'esecuzione in pena pecuniaria o nelle altre sanzioni paradetentive, attraverso una interpretazione estensiva dell'art. 2, comma 3, c.p.

La confisca tributaria di valore tra diritto intertemporale e prescrizione: una “questione di principio... di legalità”

Nota a Cass. pen., SS.UU., 31 gennaio 2023 (ud. 29 settembre 2022), n. 4145

Ilaria Piccolo*

Sommario: **1.** Note introduttive. – **2.** Il fatto. – **3.** Gli orientamenti in punto di (ir) retroattività dell’art. 578-*bis* cod. proc. pen. per i reati tributari prescritti. – **4.** La soluzione. – **5.** Osservazioni a margine. – **6.** La categoria delle norme processuali a effetti sostanziali nel sistema “dislivello” dei diritti. – **7.** *Post scriptum*. “Cronaca di una morte annunciata”?

ABSTRACT

Con la sentenza in commento, le Sezioni Unite hanno escluso la possibilità di applicare la confisca per equivalente ai reati tributari prescritti e commessi prima dell’introduzione dell’art. 578-*bis* c.p.p. La soluzione adottata è apprezzabile nel *fine*, ma è il *mezzo* – l’interpretazione giurisprudenziale in chiave sostanzialistico-funzionale – che disvela la postmoderna e incessante crisi della legalità.

With the judgement under examination, the United Sections excluded the possibility of applying confiscation by equivalent to tax crimes prescribed and committed before the introduction of art. 578-bis c.p.p. The solution adopted is commendable in the end, but the means – the substantialist-functional jurisprudential interpretation – unveils the postmodern and never-ending crisis of legality.

1. Note introduttive.

Con la sentenza n. 4145 del 2023, le Sezioni Unite della Cassazione tornano a pronunciarsi in tema di confisca per equivalente (o di valore), toccando, nel tentativo di scioglierlo, l’ultimo nodo di un groviglio sempre più intricato¹.

* Dottoranda in “Diritti umani. Teoria, storia e prassi” presso l’Università degli studi di Napoli Federico II.

¹ Il quesito rimesso alle Sezioni Unite era così formulato: «se, e quando, la statuizione di confisca per equivalente possa essere lasciata ferma, o debba invece essere eliminata, nel caso in cui il giudice dell’impugnazione pronunci sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato presupposto, previo accertamento della responsabilità dell’imputato, e il fatto sia an-

L'istituto ha determinato una scompagine nel sistema delle categorie formali², sollevando criticità di non poco momento nel raccordo tra il dato positivo e la sua applicazione³.

Ebbene, la vicenda può essere esaminata da diversi punti di vista.

Sul primo versante: la specifica *quaestio iuris*. Il *dictum* si assesta nel solco formatosi in tema di “confisca senza condanna”, intendendo, con tale locuzione, l'applicazione di una misura ablatoria collateralmente a un reato ormai prescritto⁴. Un siffatto *modus procedendi* rinviene il proprio riscontro normativo⁵ nell'art. 578-bis cod. proc. pen., che attribuisce al giudice, in (in)determinati casi, il potere di disporre alcuni tipi di confisca anche a seguito della prescrizione maturata nel corso dei giudizi di gravame.

L'oggetto del contrasto interpretativo riguarda la possibilità di estendere la confisca per equivalente, mediante il viatico dell'art. 578-bis c.p.p., a *latere* del reato tributario prescritto e commesso prima dell'introduzione della norma.

Le Sezioni Unite ne hanno affermato l'irretroattività, in quanto trattasi di “norma processuale a parziale efficacia sostanziale”.

La qualificazione giuridica, invero, è il *prius* logico-giuridico imprescindibile ai fini della determinazione della disciplina applicabile, specie in chiave di individuazione delle garanzie.

Su tali premesse abbriva l'indagine dalla seconda prospettiva.

Il *fine* – nel caso di specie (!) – è apprezzabile, poiché si muove nella direzione di ampliare le garanzie; il *mezzo*, tuttavia, suscita qualche perplessità.

Per chiarire. Si è ormai presa cognizione dell'inidoneità di talune dicotomie care al formalismo classificatorio di stampo giuspositivistico – tra tutte, quella che assoggetta al *nullum crimen sine praevia lege poenali* le pene e al *tempus regit actum* le misure di sicurezza, le norme processuali e la disciplina dell'esecuzione penale – nel fornire alle garanzie «una protezione [...] effettiva e concreta»⁶.

teriore all'entrata in vigore dell'art. 1, comma 4, lett. f), legge 9 gennaio 2019 n. 3, che ha inserito nell'art. 578-bis c.p.p. le parole “o la confisca prevista dall'art. 322-ter c.p.”».

² Cfr. A. GAITO, *Prefazione*, in G. NAPOLITANO, *La confisca diretta o “per equivalente” del provento da reato. Profili sostanziali, processuali e tributari della confisca nei riguardi dell'ente collettivo e della persona fisica*, Cedam, Milano, 2021, p. 4; V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. contem.*, 13 aprile 2015, p. 2; F. MAZZACUVA, *Confisca per equivalente come sanzione penale: verso un nuovo statuto garantistico*, in *Cass. pen.*, 2009, 9, pp. 3420 ss.

³ Si rinvia a G. NAPOLITANO, *La confisca diretta o “per equivalente” del provento da reato. Profili sostanziali, processuali e tributari della confisca nei riguardi dell'ente collettivo e della persona fisica*, Milano, 2021, *passim*.

⁴ Sul tema, si rinvia a T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire?, Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino, 2020; M. PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali della confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010; F. NICOLICCHIA, *Dalla confisca “senza condanna” alla confisca “senza tempo”: rilievi critici dalla prospettiva processuale*, in *Arch. pen.*, 2020, 1; L.V. LO GIUDICE, *Confisca senza condanna e prescrizione: il filo rosso dei controlimiti*, in *Dir. pen. contem.*, 4, 2017, pp. 243 ss.

⁵ D.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, recante “Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, co. 85, lett q), della legge 23 giugno 2017, n. 103”.

⁶ V. MANES, *Retroattività, diritto e processo penale (da Scoppola a Contrada)*, in *Quest. Giust.*, 2019, 1, 45, p. 303.

Da qui la tendenza ermeneutica – prima con riguardo al diritto punitivo amministrativo, poi espandendosi a quello processuale e dell'esecuzione – volta a ripensare, in chiave sostanzialistico-funzionale, le nomenclature tradizionali ed estendere il raggio delle garanzie tipiche connesse alla *matière pénale*.

Vero è che si tratta di incertezze esegetiche che si risolvono (quasi sempre) *in bonam partem*⁷; ma dietro l'aspirazione di difendere e rafforzare la legalità, si celano derive a dir poco rischiose. Il riconoscimento della efficacia “sostanziale” di una norma è pur sempre rimesso a una valutazione *ad arbitrium* della giurisprudenza, la cui attività, sganciata da parametri certi e prevedibili, si orienta con la bussola rivolta a Strasburgo⁸. Così facendo però, si corre il rischio di alimentare un terreno fertile per i parassiti conosciuti come “truffe delle etichette” e stimolare le note e «perniciose tendenze verso forme di supplenza giudiziaria»⁹.

Insomma, al di là del pregevole proposito di estendere il presidio di legalità, compreso dei suoi corollari, alle norme processuali, occorre riflettere su un sistema che sempre più eleva il diritto *vivente*¹⁰ a fonte principale nella perimetrazione di ciò

⁷ I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, *Spunti di riflessione a margine di Corte cost., sent. 11 maggio 2017, n. 109, Pres. Grossi, Rel. Zanon*, in *Dir. pen. contem.*, 2017, 4, p. 172 ss. In particolare, «se si ammette che l'art. 25 co. 2 Cost. possa ricomprendere le tutele convenzionali per la materia penale, pur in spregio alla qualificazione legislativa voluta dal Parlamento, si vanifica infatti un profilo essenziale delle garanzie dello stesso art. 25 co. 2 Cost., ovvero la riserva di legge in materia penale. (...) Si potrebbe dubitare che le obiezioni a questa commistione di tutele abbiano fondamento, affermando sbrigativamente che fin tanto che essa dispiega conseguenze *in bonam partem* va accettata. Tuttavia, è bene sottolineare che i costi di questa operazione paiono non indifferenti, posto che la “strumentalizzazione” dell'art. 25 co. 2 Cost., al fine di applicare gli artt. 6 e 7 CEDU, porterebbe ad un vero paradosso: l'art. 25 co. 2 veicolerebbe nel nostro ordinamento violazioni di un istituto che esso stesso sancisce e protegge, cioè la riserva di legge penale, intesa come rinvio alla discrezionalità parlamentare della scelta, così come della esclusione, della sanzione penale per garantire la protezione di un bene giuridico».

⁸ A. CAVALIERE, *Osservazioni intorno al concetto di “materia penale”, tra Costituzione e CEDU*, in *Arch. pen.*, 2023, fasc. 2, *passim*.

⁹ S. MOCCIA, *Qualche riflessione sui fondamenti normativi dell'interpretazione in materia penale*, in *Dir. giust. min.*, 2015, 2, 10.

¹⁰ L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. Giust.*, 2016, 4, 13, «se chiamiamo *diritto vivente* l'insieme degli enunciati normativi e *diritto vivente* l'insieme dei loro significati quale risulta dalla loro interpretazione e applicazione, possiamo ben dire che mentre il diritto vivente è frutto della legislazione, l'intero diritto vivente è frutto della giurisdizione e perciò dell'argomentazione giudiziaria e, in particolare, di quella interpretativa». Si v. altresì P. FERRUA, *La lenta agonia del processo accusatorio a trent'anni dall'entrata in vigore: trionfante nella Carta costituzionale, moribondo nel reale*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, vol. 10, 1, 7-14, secondo cui «il diritto vivente, espresso dalla giurisprudenza, che dovrebbe uniformarsi al diritto vivente, prodotto dal legislatore, se ne è progressivamente distaccato e reso autonomo; al punto che sempre più spesso è il diritto vivente ad inseguire e ratificare gli approdi innovativi del diritto giurisprudenziale». Ancora, S. MOCCIA, *Qualche riflessione sui fondamenti normativi dell'interpretazione in materia penale*, cit., 10, secondo cui «il segno più evidente dell'eccessivo spazio rivendicato dalla magistratura nella stessa produzione del diritto è costituito dalla valorizzazione del cosiddetto diritto vivente. La Corte costituzionale, utilizzando tale criterio per salvare la legittimità di norme carenti sul piano della determinatezza [...] ha finito per svuotare di contenuto il principio di determinatezza: la cui ratio impone al legislatore il dovere di definire con chiarezza e precisione le fattispecie per limitare la discrezionalità giudiziale e, quindi, risulta violata allorché non è il legislatore, ma la giurisprudenza a definire, con interpreta-

che è penale (sostanziale) e ciò che non lo è¹¹.

2. Il fatto.

La vicenda prende avvio dal ricorso di un soggetto condannato, con doppia conforme, per il reato di «*Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*» di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 74/2000. La fattispecie incriminatrice mira a punire la condotta del contribuente che utilizza fatture o altri documenti per dichiarare delle passività fittizie nelle dichiarazioni annuali relative all'imposta sui redditi e all'IVA, al fine di ridurre fraudolentemente l'imponibile oggetto del prelievo fiscale.

Proprio nel 2000, ossia al momento dell'introduzione della legge sui reati tributari, il legislatore prevedeva la sola possibilità di disporre la confisca diretta, mentre non era menzionata quella di valore¹²; detta misura – com'è noto – consta nell'apprensione coattiva di un valore corrispondente, ma non coincidente, al profitto¹³ del reato, quando questo non sia rinvenuto o rinvenibile¹⁴ nel patrimonio del reo (*Einziehung des Wertes von Taterträgen*).

Tale premessa rende evidente la “sussidiarietà”¹⁵ della confisca per equivalente, nonché la funzione, che è quella di «privare il reo di un qualunque beneficio economico derivante dall'attività criminosa ... nella convinzione della capacità dissuasiva e disincentivante di tale strumento»¹⁶. Un substrato, dunque, intriso di istanze di ordine etico-sociale, giacché sarebbe intollerabile, agli occhi della collettività, che il reo si giovi del frutto del proprio crimine¹⁷.

zioni talvolta stabili, ma molto più spesso oscillanti, la sfera del punibile». Infine, O. MAZZA, *Cedu e diritto interno*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, 12 ss.

¹¹ A. CAVALIERE, *Osservazioni intorno al concetto di “materia penale”, tra Costituzione e CEDU*, cit., 4., secondo cui «non si può rimettere all'arbitrio dei giudici – neppure delle Corti supreme – il potere di stabilire che cosa sia materia penale e che cosa non lo sia: altrimenti, si tornerebbe ad un governo degli uomini anziché delle leggi, dei giudici costituzionali anziché della Costituzione».

¹² Si rinvia a T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, cit., 75 ss.

¹³ La nozione di è stata oggetto di vivaci dispute e contrasti giurisprudenziali, la cui analisi trascenderebbe le rime serrate del presente elaborato. *Ex plurimis*, si rinvia ad A.M. MAUGERI, *La nozione di profitto confiscabile e la natura della confisca: due inestricabili e sempre irrisolte questioni*, in *Legisl. pen.*, 17 gennaio 2023, *passim*.

¹⁴ L. PUCETTI, *La confisca per equivalente*, in MONTAGNA (a cura di), *Sequestro e confisca*, Torino, 2017, 414.

¹⁵ Come già affermato, la confisca presuppone la prodromica impossibilità di rinvenire, interamente o parzialmente – per qualsiasi motivo – nel patrimonio del reo il provento del reato, ovvero l'esistenza certa e stimabile dell'entità che segna il limite invalicabile del *quantum*. Cfr. A. GAITO, *Prospettive d'indagine*, in *Giur. It.*, Torino, 2009, nn. 8/9, *passim*.

¹⁶ Cass. pen., Sez. Un. pen., 25 giugno 2009 (dep. 6 ottobre 2009), n. 38691, *Caruso*.

¹⁷ Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1981, 369, secondo cui sarebbe immorale che «il corrotto, non punibile per qualsiasi causa, possa godersi il denaro ch'egli ebbe per commettere il fatto obiettivamente delittuoso”».

È evidente, quindi, la natura punitiva¹⁸ – «eminentemente sanzionatoria»¹⁹ – della confisca di valore: una «forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti»²⁰ tale da attivare le garanzie costituzionali e convenzionali connesse alle sanzioni penali.

E se il legislatore non ha optato per una disciplina generale dell'istituto, ne prevede espressamente la possibilità per le singole fattispecie di reato²¹, chiaramente accomunate dalla complessità di accertare e dimostrare il nesso di derivazione causale tra la *res* da confiscare e il delitto. Ed è questo connotato strutturale e caratterizzare anche la categoria dei reati tributari²², tanto che il legislatore del 2008, al fine di ampliare l'arsenale degli strumenti di contrasto all'evasione fiscale, è ricorso alla confisca per equivalente, in piena coerenza con l'annunciato fine di ablare il *lucrum sceleris* costituito dalle imposte evase.

In particolare, l'art. 1 co. 143 della L. Finanziaria prevedeva che «nei casi di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, dichiarazione infedele, omessa dichiarazione, emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, omesso versamento di ritenute certificate, omesso versamento di Iva, indebita compensazio-

¹⁸ Cass. pen., Sez. F., 17 agosto 2009 (ud. 28 luglio 2009), n. 33409, *Alloum*. Proprio in base alla siffatta natura "punitiva", le Sezioni Unite hanno affermato che «in caso di concorso di persone nel reato, la confisca "per equivalente" prevista dall'art. 648-*quater* cod. pen. può essere disposta per ciascuno dei concorrenti per l'intera entità del profitto». Cfr. A.M. MAUGERI, *La nozione di profitto confiscabile e la natura della confisca: due inestricabili e sempre irrisolte questioni*, cit., 7 ss.

¹⁹ La natura sanzionatoria è sostenuta dalla giurisprudenza unanime e dalla dottrina maggioritaria. Cfr. Corte cost. 2 aprile 2009, n. 97, in cui è possibile leggere che «la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un "rapporto di pertinenzialità" (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato e detti beni, conferiscono all'indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva». Nel panorama scientifico, la dottrina assolutamente maggioritaria è concorde. *Ex plurimis*, si rinvia a A. BARGI, *La rarefazione delle garanzie costituzionali nella disciplina della confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, 2071; S. FURFARO, *La confisca per equivalente tra norma e prassi*, in *Giur. it.*, 2009, 2083; F. MAZZACUVA, *Confisca per equivalente come sanzione penale: verso un nuovo statuto garantistico*, in *Cass. pen.*, 2009, 3423; M. PELISSERO, *Commento alla L. 29.9.2000 n. 300*, in *Leg. pen.*, 2001, 1026 e 1030; C. SANTORIELLO, *La confisca del profitto del reato nel sistema punitivo nei confronti degli enti collettivi e delle persone giuridiche*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2090; SOANA, *La confisca*, cit., 11. *Contra*, A.M. MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 491; *Id.*, voce *Confisca*, cit., 201. Le voci contrarie ritengono che sia la confisca per equivalente che quella diretta presentano una duplice componente: una «compensativo/riparatoria», per la parte in cui si colpisce il patrimonio del reo in misura corrispondente al profitto netto che questi ha ricavato dal reato, e una «punitivo/sanzionatoria», per la parte in cui si colpisce la differenza tra profitto lordo e profitto netto, così da incidere negativamente sul patrimonio del reo diminuendolo rispetto alla situazione di partenza.

²⁰ Cass. pen., Sez. V, 1° aprile 2004, n. 15445, *Napolitano*.

²¹ La confisca per equivalente misura ha fatto la sua prima comparsa nel Codice penale con riferimento al reato di usura previsto dall'art. 644 c.p., cui è seguita una significativa proliferazione, tanto da essere attualmente regolata da numerose disposizioni. Si rinvia a T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, cit., 77-81.

²² Cfr. G. GIANGRANDE, *La confisca per equivalente nei reati tributari: tra legalità ed effettività*, in *Dir. prat. trib.*, 2013, 173 ss.

ne e sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'art. 322-ter c.p.».

Nel 2015, il legislatore ha “sistemato” espressamente la possibilità di procedere con la confisca per equivalente “tributaria” all'art. 12 d.lgs. n. 74/2000, poiché, prima di tale momento, vi era solo il richiamo che la L. finanziaria faceva all'art. 322-ter c.p.; tra le due norme vi è piena continuità, in quanto in rapporto di sostanziale identità.

Il dato non è di poco conto, poiché tra i motivi di gravame, il difensore censurava anche la mancata prevedibilità per il ricorrente, al *tempus commissi delicti*, di applicare la confisca per equivalente per il reato ascrittogli; in realtà, i fatti contestati risalivano al 2010 e, dunque, in un momento storico in cui il reo poteva ben prevedere che, se fosse stato condannato, il giudice avrebbe potuto disporre la confisca di valore per quel titolo di reato. Tale possibilità era stata sancita proprio dalla L. Finanziaria del 2008²³.

Quello che il reo non poteva sicuramente prevedere, invece, era che una siffatta possibilità restasse in piedi anche nel caso in cui il reato si fosse prescritto, difatti sancita solo con l'implementazione dell'art. 578-bis c.p.p., la cui efficacia intertemporale è oggetto della presente disputa.

3. Gli orientamenti in punto di (ir)retroattività dell'art. 578-bis cod. proc. pen. per i reati tributari prescritti.

Nel loro nucleo essenziale, le posizioni emerse in giurisprudenza possono sintetizzarsi in due orientamenti principali e antitetici, a seconda che si riconosca all'art. 578-bis cod. proc. pen. una natura sostanziale o processuale²⁴.

Come già premesso, l'appartenenza allo specifico settore influisce sulle regole di efficacia temporale - irretroattività / *tempus regit actum* - e si riflette significativamente sul piano della disciplina applicabile al singolo; nel caso di specie: sull'an dell'ablazione.

Ebbene, per un primo indirizzo ermeneutico²⁵, l'art. 578-bis cod. proc. pen. sarebbe una norma (solo) processuale - in sostanza, priva dell'ignoto fattore “X” - e come tale non meritevole della garanzia dell'irretroattività *in peius*.

Nelle pronunce afferenti a detto filone, si argomenta, a vario titolo, che:

²³ In altri termini, non viene rievocata la *vexata quaestio* la sempre discussa possibilità di applicare retroattivamente le norme che prevedono la confisca, per quei reati per i quali non era prevista la possibilità di applicare la misura al tempo in cui sono stati commessi. Nel panorama scientifico, parte della dottrina ritiene che il principio di irretroattività debba operare anche per le misure di sicurezza, come per le pene, e che l'art. 200 c.p. consenta solo l'applicazione retroattiva della legge sopravvenuta che disciplini in modo diverso le modalità esecutive di una misura di sicurezza già esistente. *Ex plurimis*, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 873; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2019, 117 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 120 ss.; A. CAVALLIERE, *Osservazioni intorno al concetto di “materia penale”, tra Costituzione e CEDU*, cit., 19.

²⁴ Cfr. E. FLORIO, *Sui profili intertemporali dell'art. 578-bis c.p.p. in relazione alla confisca per equivalente ex art. 322-ter c.p.*, in *Giur. pen.*, 2022, 5, *passim*.

²⁵ Così Cass. pen., Sez. II, 2 aprile 2021, n. 19645.

- a) l'art. 578-*bis* cod. proc. pen. non avrebbe introdotto nuovi casi di confisca, ma solo definito la cornice procedimentale entro cui poterla disporre in assenza di un giudicato formale di condanna²⁶;
- b) la confisca di valore avrebbe una natura mista e solo in parte afflittivo-sanzionatoria²⁷, poiché, accanto alla funzione di neutralizzare indebiti arricchimenti (cui farebbe riscontro il principio che limita il quantum di ablazione “alla quota di prezzo o profitto conseguito effettivamente e personalmente da ciascuno degli imputati”), convergerebbero finalità ripristinatorie, di semplificazione probatoria ed esecutive;
- c) la soluzione sarebbe coerente con la giurisprudenza costituzionale e convenzionale formatasi con riguardo alla possibilità di disporre la confisca urbanistica (dunque, sanzionatoria), anche a seguito della prescrizione del reato di lottizzazione abusiva²⁸.

Seconda una diversa ricostruzione, invece, l'art. 578-*bis* cod. proc. pen. produrrebbe un effetto sostanziale tale da disinnescare il *tempus regit actum* e invocare l'art. 25, co. 2, Cost., proprio nella parte in cui estende il potere di disporre la confisca per equivalente a un reato prescritto.

Siffatta impostazione, postulando la natura afflittiva della confisca per equivalente, implica la necessità di garantire al destinatario una ragionevole prevedibilità delle conseguenze cui si esporrà trasgredendo la norma penale. Viceversa, l'applicazione retroattiva dell'art. 578-*bis* c.p.p. a fatti antecedenti finirebbe per sostanziersi in un'adozione di una pronuncia (in appello o in cassazione) impositiva di un sacrificio patrimoniale “a sorpresa”, non prevedibile per il ricorrente all'atto della commissione del reato.

4. La soluzione.

Le Sezioni Unite, aderendo al secondo dei citati orientamenti, hanno formulato il seguente principio di diritto: «la disposizione dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen. ha, con riguardo alla confisca per equivalente e alle altre forme di confisca che presentino comunque una componente sanzionatoria, natura anche sostanziale ed è, pertanto, inapplicabile in relazione ai fatti posti in essere anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 6, comma 4, d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, che ha introdotto la suddetta disposizione»²⁹.

Su un primo versante, la Cassazione ribadisce ancora una volta la natura afflittiva della confisca di valore. L'oggetto dell'ablazione consiste in una quota del patrimonio dell'imputato che in sé non presenta alcun collegamento con il reato: caratteristica, questa, che, pur in costanza del medesimo effetto (cioè l'espropriazione dei beni a favore dello Stato) ne implica la trasmutazione in “sanzione penale”.

Il *focus* si sposta poi sulla natura dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen.

²⁶ Cass. pen., Sez. III, 29 novembre 2019, n. 8785; Cass. pen., Sez. II, 2 aprile 2021, n. 19645, *Consentino*.

²⁷ Cass. pen., Sez. VI, 9 gennaio 2020, n. 14041, *Malvaso*.

²⁸ Cfr. Corte cost., 2015, n. 49; Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2017, n. 31617; Corte EDU, 28 giugno 2018, n. 1828/06, *G.I.E.M. e altri c. Italia*.

²⁹ Cass., Sez. Un., 31 gennaio 2023 (ud. 29 settembre 2022), n. 4145.

In primis, viene ribadita l'irrilevanza della collocazione topografica (nel caso di specie: nel Codice di procedura penale). Il fatto che una disposizione sia collocata nel Codice di rito e non presenti la paradigmatica combinazione precetto-sanzione non vale di per sé ad escludere la natura sostanziale.

Le Sezioni Unite richiamano la giurisprudenza costituzionale che riconduce le disposizioni processuali capaci di produrre effetti sostanziali all'area di applicazione del principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.³⁰.

In particolare il principio di prevedibilità, sancito dal combinato disposto degli artt. 25 co. 2 Cost. e 7 CEDU, non copre solo la sanzione penale *stricto sensu*, ma l'insieme delle conseguenze sanzionatorie riconnesse alla commissione di un fatto penalmente rilevante³¹; tra queste, anche la possibilità di disporre la confisca per equivalente a reato prescritto.

Sulla base di queste osservazioni, le Sezioni Unite pervengono al riconoscimento della natura mista dell'art. 578-bis cod. proc. pen.: sostanziale e processuale.

Tale disposizione, invero, non sarebbe meramente ricognitiva di un principio giurisprudenziale, ma sarebbe in parte costitutiva, poiché, per la prima volta, avrebbe riconosciuto il potere inedito di applicare la confisca per equivalente a un reato ormai prescritto.

5. Osservazioni a margine.

Il ragionamento delle Sezioni Unite può essere riassunto con un semplice sillogismo: *premessa maggiore*, una norma che produce effetti sostanziali è soggetta all'irretroattività sfavorevole; *premessa minore*, l'art. 578-bis è una norma a efficacia sostanziale; *conclusione*, l'art. 578-bis è soggetto all'irretroattività sfavorevole.

³⁰ Corte cost., 6 luglio 2021, n. 140. In tale occasione, la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 83, co. 9, D.L. n. 18 del 2020, nella parte in cui prevedeva la sospensione del corso della prescrizione «per il tempo in cui i procedimenti penali [fossero] rinviati ai sensi del precedente co. 7, lett. g), e in ogni caso, non oltre il 30 giugno 2020». In particolare, la Corte ha ravvisato la violazione del principio di legalità sancito dall'art. 25 co. 2, perché il rinvio delle udienze, cui si ricollega la sospensione della prescrizione, costituisce il contenuto eventuale di una misura organizzativa che il capo dell'ufficio giudiziario può adottare a sua discrezione, quale facoltà solo genericamente delimitata dalla legge quanto ai suoi presupposti e alle finalità da perseguire. Il fenomeno della sospensione del decorso della prescrizione ha valenza sostanziale in quanto determina un allungamento complessivo del termine di estinzione del reato, ricadendo, dunque, nell'area di applicazione del principio di legalità che richiede – proprio perché incide sulla sfera della punibilità – che la fattispecie estintiva sia determinata nei suoi elementi costitutivi in modo da assicurare un sufficiente grado di conoscenza o di conoscibilità. La norma censurata, nel prevedere una fattispecie di sospensione del termine di prescrizione, rinvia a una regola processuale non riconducibile alle ipotesi indicate nell'articolo 159 cod. pen., in quanto il suo contenuto è definito integralmente dalle misure organizzative del capo dell'ufficio giudiziario, «così esibendo un radicale *deficit* di determinatezza, per legge, della fattispecie, con conseguente lesione del principio di legalità limitatamente alla ricaduta di tale regola sul decorso della prescrizione».

³¹ Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza, la nozione di prevedibilità della legge non osta a che la persona interessata sia indotta a rivolgersi a legali specializzati per valutare, con ragionevole grado di certezza ed in relazione alle circostanze del caso di specie, le conseguenze che possano derivare da una determinata condotta. Cfr. Corte EDU, 17 settembre 2009, n. 10249/03, *Scoppola c. Italia*; Corte EDU, 6 ottobre 2011, n. 50425/06, *Soros c. Francia*.

Ebbene, la pronuncia che si annota si inserisce nella categoria delle sentenze inutilmente prolisse: le Sezioni Unite molto “dicono”, ma poco “affermano”; anzi, è in quel che non dicono e che può ricavarsi *a contrario* che si annidano le criticità. L'essenziale è invisibile agli occhi... della Cassazione.

È sempre più frequente, ormai, uno stile della motivazione che ricorre alla plastica riaffermazione di precedenti noti, passaggi pleonastici, con l'inevitabile conseguenza di minare all'intelligibilità generale della pronuncia.

L'esegesi del giudice penale appare sempre più appiattita in una tralatizia recezione di massime giurisprudenziali elaborate in relazione a costellazioni fattuali sovente diverse e inadatte alla risoluzione del caso di specie³².

Ebbene: per quanto estesa, la motivazione in commento non ci sembra convincente.

Si proverà allora a porre in evidenza alcuni punti su cui le Sezioni Unite soprassedono, o trattano fuggacemente, e che avrebbero meritato un maggiore sforzo argomentativo.

In primis. Le Sezioni Unite richiamano, come di *routine*, i criteri Engel³³ elaborati a Strasburgo - *collocazione, natura dell'illecito, severità della sanzione* - al fine di giustificare la qualificazione giuridica in termini di “sanzione penale” della confisca per equivalente. Nessun cenno, invece, alla sentenza Öztürk³⁴ che, valorizzando l'indice-criterio della “finalità” afflittivo-punitiva della sanzione, rappresenta ancor oggi il *leading case* di riferimento³⁵.

Altra questione non chiarita è l'ambito di operatività. La Corte avrebbe potuto (*rectius* dovuto) soffermarsi maggiormente sull'*an*, cioè sulla possibilità a monte di poter ricondurre la confisca tributaria per equivalente nel frastagliato perimetro dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen., norma che pecca fortemente sui fronti della determinatezza e della tassatività.

Volendo andare più a fondo. L'art. 578-*bis* cod. proc. pen., nella sua originaria formulazione, si limitava a menzionare la confisca allargata prevista «*dall'art. 240-bis e dalle altre disposizioni di legge*».

³² S. MOCCIA, *Qualche riflessione sui fondamenti normativi dell'interpretazione in materia penale*, in *Dir. giust. min.*, cit., 12.

³³ Corte EDU, 23 novembre 1976, n. 5100/71, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, § 82.

³⁴ Corte EDU, 21 febbraio 1984, n. 8544/79, *Öztürk c. Germania*, § 53. «Il fatto che si tratti pacificamente di un illecito minore che ben difficilmente è tale da danneggiare la reputazione dell'autore non lo pone al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 6. Non vi è infatti nulla che suggerisca che il concetto di illecito penale di cui parla la Convenzione implichi necessariamente un qualche livello di gravità [...]. Per di più sarebbe contrario all'oggetto e allo scopo dell'art. 6, che protegge “chiunque sia soggetto ad un'accusa penale” il diritto a un tribunale e ad un equo processo, se allo Stato fosse consentito di sottrarre dal campo di applicazione dell'art. 6 un'intera categoria di illeciti solo per il fatto che siano qualificati come minori».

³⁵ Secondo F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste, Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 21, il criterio della severità sembra ormai richiamato più che altro come «argomento *ad abundantiam*». Cfr. altresì A. CAVALIERE, *Osservazioni intorno al concetto di “materia penale”, tra Costituzione e CEDU*, in *Arch. pen.*, 2/2023, 28 ss.; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 37 ss.

Il legislatore della “Spazzacorrotti”, con l’inserimento del richiamo all’art. 322-ter cod. proc. pen. nell’alveo dell’art. 578-bis cod. proc. pen., ha per la prima volta esteso anche alla confisca per equivalente la possibilità di sopravvivere alla prescrizione.

In via preliminare, le Sezioni Unite precisano che «*i reati tributari - a differenza di quelli previsti dal Codice penale e per i quali si applica la confisca di cui all’art. 322-ter cod. pen., a seguito della novella dell’art. 578-bis cod. proc. pen. introdotta dall’art. 1, comma 4, lett. f), legge n. 3 del 2019 - rientrano nel novero di quelli per i quali l’art. 578-bis cod. proc. pen. è applicabile sin dalla sua iniziale previsione*»³⁶.

In altri termini, i giudici affermano l’irrelevanza della Spazzacorrotti, poiché la confisca di valore tributaria rientrerebbe nell’inciso «*e dalle altre disposizioni di legge*», contenuto sin dalla primigenia versione della norma.

A tal proposito, si richiama l’esegesi effettuata dalle Sezioni Unite Perroni³⁷ che, proprio mediante la sussunzione al suddetto inciso, hanno esteso il potere di disporre la confisca “urbanistica” – una misura di natura sanzionatoria – al reato di lottizzazione abusiva ormai prescritto. Ma nel riconoscere l’applicabilità dell’art. 578-bis cod. proc. pen. anche alla confisca urbanistica, le Sezioni Unite Perroni già erano incorse in una evidente forzatura del dato normativo.

Come già evidenziato, «in ossequio al criterio principe nell’interpretazione della legge codificato all’art. 12 delle Preleggi (secondo cui “nell’applicare la legge, non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”), il riferimento alle “*altre disposizioni di legge*” non può che rapportarsi alle sole ipotesi di “*confisca nei casi particolari*” (appunto previste “*da altre disposizioni di legge*”), e non a qualunque confisca prevista da “*da altre disposizioni di legge*”, come invece sostenuto dalle Sezioni Unite. La piana lettura del dato testuale della norma rivela che la proposizione “*e da altre disposizioni di legge*” – considerate la congiunzione ‘e’ e la preposizione semplice ‘da’ e, quindi, secondo l’analisi logica del discorso – si lega alla proposizione precedente mediante l’aggettivo “*prevista*”, che segue (e non inframezza) il riferimento alla “*confisca nei casi particolari*”»³⁸.

Vero è che la forzatura operata dalle Sezioni Unite Perroni postulava una giurisprudenza, interna e convenzionale³⁹, che aveva ormai riconosciuto la possibilità di disporre la confisca senza condanna in caso di lottizzazione abusiva; ma, al contrario, la stessa possibilità non è stata affermata a chiare lettere per la confisca per equivalente⁴⁰.

³⁶ Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 2023 (ud. 29 settembre 2022), n. 4145, §1 Considerato in diritto.

³⁷ Cass. pen., Sez. Un., 30 gennaio 2020 (dep. 30 aprile 2020), n. 13539, con nota di A. BASSI, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato: le Sezioni unite aggiungono un nuovo tassello alla disciplina processuale della materia*, in *Sist. pen.*, 2020, 5, 285 ss.; E. ADDANTE, A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: l’intervento delle Sezioni unite sembra ristabilire gli equilibri costituzionali*, in *Arch. pen.*; MANFRIN, *Confisca urbanistica in caso di prescrizione del reato e poteri dell’autorità amministrativa*, in *Sist. pen.*, 2020, 9, 5 ss.

³⁸ A. BASSI, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato: le sezioni unite aggiungono un nuovo tassello alla disciplina processuale della materia*, cit., p. 293.

³⁹ Corte EDU, 28 giugno 2018, n. 1828/06, *G.I.E.M. e altri c. Italia*.

⁴⁰ Cfr. T. TRINCHERA, *Rimessa alle sezioni unite una questione relativa alla definizione dell’ambito*

Invero, le Sezioni Unite Lucci⁴¹ hanno esteso i principi interpretativi sostanzialistici accreditati in sede convenzionale e costituzionale per sostenere la confisca-sanzione di cui all'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001, anche in caso di prescrizione, alla sola confisca-misura di sicurezza avente ad oggetto il prezzo del reato ovvero il profitto, nel caso previsto dall'art. 322-ter cod. pen.

Stando così le cose, il richiamo *ad adiuvandum* del precedente “Perroni” ripropone una lettura a-tassativizzante dell'art. 578-bis cod. proc. pen. che, quale norma penale in bianco, sarebbe capace di attrarre – mediante l'inciso «*e dalle altre disposizioni di legge*» – tutte le forme di confisca previste *ex lege* nonché quelle che eventualmente saranno introdotte in futuro.

Ad aggravare il quadro, si rammenta che la confisca per equivalente non è disciplinata in via generale, ma è prevista in maniera espressa per le singole fattispecie incriminatrici e contenute sia nella parte speciale del Codice penale, sia nelle leggi complementari.

Il caos regna sovrano, come se nel sistema vi fosse un «attrattore di Lorenz»⁴² capace di sconvolgere tutti gli equilibri.

Una lettura costituzionalmente orientata, invece, imporrebbe di circoscrivere l'operatività dell'art. 578-bis ai soli casi espressamente menzionati – cioè, gli artt. 240-bis e 322-ter cod. pen. – attribuendo all'inciso «*e dalle altre disposizioni di legge*» un significato estensivo, ma pur sempre relativo alle altre ipotesi di confisca allargata contenute nelle disposizioni speciali⁴³.

di applicazione temporale dell'art. 578 bis c.p.p. un'occasione per ripensare alla natura giuridica della confisca per equivalente?, in *Sist. pen. Web*, 1 agosto 2022, 9. «La riconosciuta applicabilità dell'art. 578 bis c.p. alla confisca urbanistica – una confisca che da sempre la corte di Cassazione ritiene possa essere applicata dal giudice penale anche in caso di proscioglimento per prescrizione del reato, laddove sia accertata la responsabilità dell'autore per un fatto di lottizzazione abusiva – non crediamo possa essere un argomento sufficiente a replicare *sic et simpliciter* la stessa soluzione anche con riferimento alla confisca per equivalente in materia tributaria che, all'opposto, sulla base di un principio assolutamente consolidato, almeno prima dell'introduzione dell'art. 578 bis c.p.p., non avrebbe potuto essere disposta in caso di prescrizione del reato. Le sezioni unite Perroni hanno invero individuato nell'art. 578 bis c.p.p. la base normativa di un orientamento interpretativo già ampiamente sperimentato dalla giurisprudenza in materia di confisca urbanistica».

⁴¹ Cass. pen., Sez. Un., 30 settembre 2015 (ud. 21 luglio 2015), n. 31617, *Lucci*.

⁴² L'attrattore di Lorenz, scoperto nel 1963, da Edward N. Lorenz del Massachusetts Institute of Technology, consta in un sistema di equazioni differenziali a bassa dimensionalità capace di generare un comportamento caotico.

⁴³ In maniera conforme, T. TRINCHERA, *Rimessa alle sezioni unite una questione relativa alla definizione dell'ambito di applicazione temporale dell'art. 578 bis c.p.p. un'occasione per ripensare alla natura giuridica della confisca per equivalente?*, cit., 9, secondo cui l'inciso si riferisce, in particolare, alla disposizione contenuta nell'art. 85 bis del T.U. in materia di stupefacenti (che ha previsto l'applicabilità della confisca allargata in caso di condanna per il reato di cui all'art. 73 del medesimo T.U.) e a quella contenuta nell'art. 301, co. 5 bis, del T.U. in materia doganale (che ha previsto l'applicabilità della confisca allargata in caso di condanna per uno dei reati contemplati dal medesimo articolo), nonché ora anche a quella di recente introduzione contenuta nell'art. 12 ter del d.lgs. n. 74 del 2000 (che ha previsto l'applicabilità della confisca allargata in caso di condanna per taluni reati in materia tributaria).

Stando così le cose, l'art. 578-bis cod. proc. pen. non ci sembra compatibile con il dettato costituzionale, poiché contrastante con le esigenze di determinatezza imposte dall'art. 25 Cost. e che, mediante il reticolo degli artt. 24, 111 e 112, valgono anche per le regole processuali.

A monte, si impone un recupero di determinatezza sul versante normativo, funzionale anche a contenere gli imprevedibili esiti interpretativi della giurisprudenza⁴⁴.

6. La categoria delle norme processuali a effetti sostanziali nel sistema dislivello dei diritti.

Nell'ottica di una prospettiva più ampia, la teorizzazione della categoria delle norme processuali a effetti sostanziali suscita non pochi rilievi critici.

Sul primo versante: la congenita fragilità della legalità processuale⁴⁵.

Un retaggio culturale, quello che postula l'asserita neutralità delle norme di diritto processuale penale sui diritti individuali, che la giurisprudenza tenta da tempo di spostare dall'*impasse* affermando l'irrilevanza della collocazione topografica.

L'impostazione ermeneutica è condivisibile. Le norme che attengono non solo al *punire* ma anche al *procedere* – in particolare al *se*, *quando* e *come* – contribuiscono a definire la dimensione costituzionale della punibilità⁴⁶. Non fosse altro per l'eco mediatica e il processo *mass-mediale*⁴⁷, che si svolge parallelamente a quello delle aule giudiziarie.

⁴⁴ Si rinvia a C. IASEVOLI, *L'imprevedibilità degli esiti interpretativi*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, 589 ss.

⁴⁵ Sebbene l'art. 25 Cost. non operi alcun distinguo – limitandosi a statuire che nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso – al principio di legalità processuale non è riconosciuta la stessa forza di quello "sostanziale" (cioè della punibilità), né del resto postula la stessa elaborazione dottrinale. Si rinvia a C. IASEVOLI, *La cassazione penale 'giudice dei diritti'*, Napoli, 2018; ID., *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2009; D. NEGRI, *Dallo 'scandalo' della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2; ID., *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, 421-454; O. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, in *Criminalia*, 2016, 11, 329 ss.; G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, 389 ss.; M. RONCO, *Legalità penale e legalità processuale*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, 455 ss.; A. FRANCESCHINI, *Per l'affermazione della legalità processuale, contro la giurisprudenza creativa*, in *Rass. pen.*, 2019, 4.

⁴⁶ In maniera conforme A. CAVALIERE, *Osservazioni intorno al concetto di "materia penale", tra Costituzione e CEDU*, cit., 12, secondo cui «lo stigma, gravemente lesivo della dignità della persona, legato al procedimento penale e alla condanna stessa, configurano, nel loro insieme, un intervento sulla persona tanto invasivo da imporre l'applicazione di tutti i principi penalistici»; F. FALATO, *Sulla non cedibilità della unità di ordine della magistratura*, in *Arch. pen.*, 2021, 2, il cui parere è quello per cui «l'applicazione delle regole processuali concorre a definire, insieme alla qualità delle garanzie liberali, il contributo della giurisdizione alla complessiva tenuta della legalità e alla tutela degli interessi legalmente protetti». *Contra*, E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957, 133, secondo cui le norme che pongono e regolano le condizioni della pronuncia giurisdizionale di merito, cioè da cui non dipende il contenuto dell'accertamento giudiziale, ma il solo dovere del magistrato di emettere un accertamento di merito o astenersene, hanno natura processuale.

⁴⁷ S. MOCCIA, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000, 159;

Ciò che non convince è la logica argomentativa adottata per giungere al risultato.

Nel dichiarato fine di arginare le “frodi delle etichette”, la giurisprudenza deve pur sempre ricorrere a una etichetta – quella del “sostanziale” – per riconoscere l’operatività delle garanzie.

L’esemplificazione è offerta dalla vicenda Scoppola, nella quale l’ancoraggio all’art. 7 della Convenzione ha consentito di sottrarre al canone del *tempus regit actum* la modifica peggiorativa del regime sanzionatorio premiale connesso alla scelta del rito abbreviato, in quanto misura ritenuta idonea ad incidere sulla determinazione della pena⁴⁸.

Nelle medesime coordinate si ascrive la pronuncia in commento, la cui soluzione passa, ancora una volta, per una interpretazione sostanzialistico-funzionale della giurisprudenza (stavolta) di legittimità⁴⁹.

Evidente è il rischio delle strumentalizzazioni.

Volendo restare in tema di confisca. Com’è noto, l’istituto presenta una natura “proteiforme”⁵⁰ che, in taluni casi, si affranca da una configurazione di genotipo special-preventivo, per divenire una vera e propria pena accessoria, servente ad esacerbare quella applicata in via principale.

Già Manzini affermava che la confisca, più che una misura di sicurezza, fosse una vera e propria sanzione *sui generis*; lo stesso Beccaria si opponeva alla pratica, ritenendo che la stessa peccasse di un *deficit* di proporzionalità, in quanto diretta non solo verso il colpevole, ma anche nei confronti della famiglia e dei suoi discendenti, valicando i confini della punizione per il delitto commesso.

Non a caso, proprio la confisca tributaria di valore ha dato il “la” per una rimeditazione della interpretazione tradizionale dell’art. 25 Cost.⁵¹

Se la dottrina è sempre stata più solerte nel riconoscere una natura afflittiva alle confische, è (solo) a partire dal 2008 che la giurisprudenza ha espressamente ascritto la *species* “per equivalente” nel *genus* delle sanzioni penali⁵².

E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale*, Milano, 2016, *passim*.; C. CONTI (a cura di), *Processo mediatico e processo penale. Per un’analisi critica dei casi giudiziari più recenti da Cogne a Garlasco*, a cura di CONTI, Milano, 2016; C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed “effetti penali” dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 467 ss.; SPANGHER, *L’imputato è un morto che cammina, condannato prima del processo*, in *www.ildubbio.news*, 17 maggio 2021. Se manca da parte della stampa il racconto del processo, la narrazione rimane ancorata alla formulazione dell’imputazione fatta dal P.M. durante le indagini e alla comunicazione che fa sulle fonti di prova. La gente assorbe pienamente la qualificazione giuridica data dal Pubblico Ministero che presenta come già colpevoli gli indagati. Questo inoltre va a condizionare – ed è l’aspetto ancora più grave – tutta la fase iniziale del procedimento.

⁴⁸ Corte EDU, 17 settembre 2009, n. 10249/03, *Scoppola c. Italia*.

⁴⁹ Già C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1984, § IV, 153, sosteneva che «l’autorità d’interpretare le leggi penali [non] può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori».

⁵⁰ La nota espressione si rinviene in Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008 (dep. 2 luglio 2008), n. 26654.

⁵¹ L. MASERA, *La nozione costituzionale di materiale penale*, cit., 8.

⁵² Cass. pen., Sez. III, 24 settembre 2008, n. 39172. Con nota di F. MAZZACUVA, *Confisca per equivalente come sanzione penale: verso un nuovo statuto garantistico*, in *Cass. pen.*, 2009, 9, 3420 ss.

Permangono ancora dei contrasti sulla latitudine delle garanzie da riconoscere⁵³; ma al di là delle criticità scaturenti da una concezione dicotomica della legalità, intendiamo, per il momento, soffermarci sul “contenuto essenziale del precetto costituzionale”⁵⁴: il principio di irretroattività *in peius*.

Ripercorrendo al contrario il percorso esegetico svolto, ricaviamo che in tutti i casi in cui la confisca sia priva del fattore “X” che la rende “sanzione penale”, non entra in gioco la garanzia costituzionale di cui all’art. 25, comma 2, Cost.

Calando l’asserzione nel caso di specie, se ne trae la possibilità di applicare retroattivamente l’art. 578-*bis* cod. proc. pen. in caso di confisca-misura di sicurezza per il reato prescritto.

Vieppiù. La vicenda assume contorni kafkiani se si richiama il diritto vivente consolidatosi sulla confisca di denaro. Invero, «deve essere tenuto ben presente che la confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma [sempre] confisca diretta»⁵⁵.

La natura fungibile del bene, a detta della Cassazione, determina un *pot-pourri* tale che prezzo o profitto si uniscono, sino a confondersi, con le altre disponibilità economiche del reo, perdendo qualsiasi connotato di autonomia quanto alla sua identificabilità fisica.

Rebus sic stantibus, i conti non tornano.

L’impossibilità di individuare il profitto “diretto” del reato e la conseguente ablazione del *tantundem* sono i tratti connotativi principali della confisca per equivalente, che ne determinano la mutazione in “sanzione penale” ex art. 25, co. 2, Cost.

Wenn A, B muss sein. Se c’è A, deve esserci B, dove A è l’impossibilità di rintracciare fisicamente il provento implicante la necessità dell’ablazione per equivalente e B è la natura punitiva della misura.

Qualora si tratti di denaro, la medesima impossibilità, dovuta alla fungibilità del denaro, determina una presunzione assoluta di pertinenzialità tra la somma materialmente oggetto della confisca e il reato.

Wenn A, nicht B sein muss. A e B restano identici, ma l’assioma è capovolto in nome di istanze utilitaristiche che confondono i concetti di fungibilità e pertinenzialità⁵⁶.

⁵³ Si rinvia a F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste, Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., 106; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 14 ss.

⁵⁴ Così Corte cost., sentenza n. 43 del 2017.

⁵⁵ Cass. pen., Sez. Un., 5 marzo 2014 (ud. 30 gennaio 2014), *Gubert*. «Qualora il profitto tratto da taluno dei reati per i quali è prevista la confisca per equivalente sia costituito da denaro, l’adozione del sequestro preventivo non è subordinata alla verifica che le somme provengano dal delitto e siano confluite nella effettiva disponibilità dell’indagato, in quanto il denaro oggetto di ablazione deve solo equivalere all’importo che corrisponde per valore al prezzo o al profitto del reato, non sussistendo alcun nesso pertinenziale tra il reato e il bene da confiscare». Principio ribadito anche in Cass. pen., Sez. Un., 30 settembre 2015 (ud. 21 luglio 2015), n. 31617, *Lucci* e, più di recente, Cass. Pen., Sez. Un., 18 novembre 2021 (ud. 27 maggio 2021), n. 42415, *Gaeta*.

⁵⁶ In maniera critica, M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1687, secondo cui «nel caso di profitto/indebito rimborso, la confisca sarà diretta, al solito, ove il denaro acquisito sia ancora identificato e rintracciabile nel patrimonio del soggetto; altrimenti (proprio perché il denaro è bene fungibile), sarà per equivalente, sia che colpisca altro denaro di cui egli disponga, sia che, non disponendone, si colpiscano beni per il

A rendere ancor più intricato il groviglio, si aggiungano le vette più recenti e radicali, giacché la Cassazione è arrivata ad affermare che l'eventuale allegazione o prova dell'origine lecita del denaro non ha alcuna efficacia ostativa all'adozione della confisca diretta⁵⁷.

In aliis verbis: la prova contraria non è solo superflua, è inutile.

Stando così le cose, si percepisce quanto sia sfumata la linea di confine tra una confisca per equivalente ("sanzione penale") e una confisca diretta di denaro ("misura di sicurezza")⁵⁸.

Un siffatto *modus procedendi* si risolve in un ribaltamento interpretativo *in peius* che, oltre a scontare gravi *deficit* di logicità e coerenza interna, si risolve in una violazione del divieto di analogia *in malam partem* e del *favor rei*.

A mettere in crisi il sistema è l'assenza di contorni ben definiti, tratti idiomatici propri e marcati che consentano di modulare l'area dei principi senza esitazioni; al contrario, si è dinanzi a figure traslucide, le cui fattezze – opache, fluide, malleabili – si prestano alle più disparate mutazioni genetiche.

Stando così le cose, la lettura che ci sembra più coerente con la Costituzione imporrebbe di ricondurre tutte le confische – a prescindere dalle varie etichette – a una formula, che in ambito penale, dovrebbe valere incontrastata: il *favor rei*⁵⁹. Da qui

corrispondente valore. Nel caso di omesso versamento, invece, mancando somme identificabili come direttamente pertinenti e provenienti dal reato, la confisca si attingerà sempre a confisca per equivalente, disponga o non disponga il soggetto di denaro pari al suo debito». Dette affermazioni sono ribadite e condivise in R. BARTOLI, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto, Dialogando con la sentenza Gubert e Mario Romano*, in *Dir. pen. contem.*, 20 ottobre 2016, secondo cui «risulta un'autentica forzatura ricavare dalla circostanza che un bene non possa essere "ontologicamente" rintracciato perché di per sé non marcato, il carattere necessariamente diretto della confisca, dovendo portare tale ragionamento proprio alla conclusione contraria».

⁵⁷ Il riferimento è a Cass. Pen., Sez. Un., 18 novembre 2021 (ud. 27 maggio 2021), n. 42415, Gaeta, con nota di M. SCOLETTA, *La confisca di denaro quale prezzo o profitto del reato è sempre "diretta" (ancorché il denaro abbia origine lecita). Esiste un limite azionabile alla interpretazione giudiziaria della legge penale?*, in *Sist. pen. Web*, 23 novembre 2021. L'A. critica il ragionamento delle Sezioni Unite che, nell'attribuire rilevanza generalizzata (ed assoluta) alla confusione patrimoniale come effetto normativo automatico dell'accrescimento monetario conseguente alla ricezione del profitto o del prezzo del reato, non tiene adeguatamente conto dell'autonomia del diritto penale e dei limiti funzionali entro i quali gli istituti e i concetti civilistici – come quello di fungibilità del bene e di confusione patrimoniale – possono essere utilizzati nell'articolazione del ragionamento giuridico nella materia penale. *Contra*, Cass. pen., Sez. VI, 1 luglio 2020 (ud. 11 dicembre 2019), n. 19766, Salina, secondo cui «in tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca del prezzo o del profitto del reato eseguito su conto corrente cointestato all'indagato ed a soggetto terzo, è necessario accertare la derivazione del denaro dal reato e la sua provenienza dall'indagato dovendosi verificare, anche solo a livello indiziario, se ed in che misura il conto sia stato alimentato con risorse derivanti dalla commissione del reato».

⁵⁸ R. BORSARI, *Percorsi interpretativi in tema di profitto del reato nella confisca*, in *Legisl. pen.*, 8 settembre 2019, 14 ss., secondo cui, così facendo, si addivene alla sostanziale abolizione della distinzione tra confisca diretta e confisca per equivalente.

⁵⁹ Già F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, Lucca, 1867, 471 ss., sosteneva, proprio in tema di prescrizione, che quando le norme incidono direttamente sul rapporto di garanzia tra Stato e individuo, la qualificazione diventa irrilevante, perché in questi casi, la formula che offre la soluzione è quella di far «prevalere sempre ciò che più torna in favore dell'accusato». In maniera conforme, MANES, secondo cui, a prescindere da ogni valutazione in

l'auspicata estensione della legalità, in tutte le sue articolazioni (compresa la funzione rieducativa!), per tutte le forme di confisca⁶⁰.

Tirando le somme. La crisi politica⁶¹ – e con essa la produzione di norme connotate da un disfunzionale linguaggio giuridico – ha senz'altro contribuito al processo di patogenesi del «libertinaggio interpretativo»⁶² giurisprudenziale, instillando l'idea, avallata dai *mass-media*, di una magistratura «correttiva degli errori del legislatore e riempitiva di lacune»⁶³, baluardo ultimo della Costituzione.

Ciò detto, non si dubita che la giurisprudenza abbia svolto un ruolo scomodo, in supplenza di un legislatore poco attento⁶⁴. Ma agli iniziali sforzi ermeneutici della giu-

chiave di prevedibilità soggettiva – lo Stato non “cambi le carte in tavola” alle spalle (e a detrimento) degli individui, dovendo sempre garantire – in un sistema basato sul principio di *prééminence du droit* e sulla *rule of law* – una *fairness*, sostanziale o processuale.

⁶⁰ In maniera conforme, A. CAVALIERE, *Osservazioni intorno al concetto di “materia penale” tra Costituzione e Cedu*, cit., 19, secondo cui «se la misura di sicurezza è sostanzialmente una pena, cade qualsiasi ragione pure per interpretare in modo differenziato il principio di legalità: anche le misure di sicurezza devono essere conformi a determinatezza ed anche per esse deve valere, senza limitazioni arbitrarie, il principio di irretroattività».

⁶¹ L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., 14, secondo cui «l'espansione della giurisdizione e del potere dei giudici è dovuta a molteplici fattori. Il primo di questi fattori è riconducibile alla responsabilità della politica. Consiste nell'incapacità del legislatore di fare il suo mestiere, quale si manifesta nel dissesto della produzione legislativa, sia sul piano quantitativo che su quello qualitativo: innanzitutto nella sovra-produzione delle leggi, che in Italia si contano ormai in decine di migliaia; in secondo luogo nella disfunzione del linguaggio legale, che ha raggiunto forme di vera inconsistenza a causa della crescente oscurità, tortuosità, vaghezza e talora contraddittorietà dei testi legislativi; in terzo luogo nella crisi della forma generale ed astratta delle norme di legge e nella prevalenza delle leggi-provvedimento, molto spesso a tutela di interessi particolari e clientelari. Perduta da tempo la centralità dei codici, la legislazione si è oggi tramutata in un'“accozzaglia di leggi speciali”, composte di solito da innumerevoli articoli e commi che rinviano spesso ad altre leggi, dando luogo a interminabili labirinti normativi e a intricati sistemi di scatole cinesi nei quali si smarrisce qualunque interprete. Si aggiungano i processi di de-regolazione, di delegificazione e di privatizzazione che in questi anni hanno allargato gli spazi del mercato in danno dei diritti sociali e del lavoro. Il risultato è una crisi della capacità regolativa della legislazione – per eccesso o per difetto di regole – che sta minando alle radici la soggezione dei giudici alla legge, snaturando il ruolo sia pure solo tendenzialmente cognitivo della giurisdizione e così deformando l'assetto dello stato di diritto. In breve, l'espansione del cosiddetto diritto giudiziario è soprattutto l'effetto inevitabile dell'espansione e delle disfunzioni non meno patologiche del diritto legislativo».

⁶² A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, 86, richiamato da L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., nota 39.

⁶³ S. MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 3, 1720 ss. In maniera conforme, V. MANES, F. F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *Dir. pen. contem.*, 2020, 1, 24, secondo cui «sono diverse le pronunce con cui la Corte costituzionale, di recente, ha impresso una evoluzione significativa alla propria giurisprudenza, e molte quelle che hanno affrontato – anche in materia penale – temi tradizionali in modo innovativo¹, promuovendo un deciso innalzamento nella tutela di principi e valori che contrassegnano il “volto costituzionale” del sistema penale, e un maggior rigore nel controllo di legittimità, quasi a contraltare delle lacerazioni – sempre più frequenti – inferte da leggi incalzate ed approvate, ormai, “a furor di popolo”».

⁶⁴ Cfr. Cass. pen, Sez. Un., 31 marzo 2011, n. 27919, richiamata da V. MANES, F. F. MAZZACUVA, *Irre-*

risprudenza – che ha manovrato *ad hoc* il paradigma classico della “sanzione penale”, onde riconoscere, ove il quadro positivo non lo permetteva, maggiori garanzie – non ha fatto seguito alcun adeguamento da parte del legislatore; e quegli sforzi, ormai sempre più degenera(n)ti in forzature, hanno portato a una radicalizzazione dell’*ars interpretandi* in chiave sostanzialistico-funzionale.

Allo stato attuale, invero, ci sembra che il richiamo al concetto del “sostanziale” abbia perso l’originario spirito, di antigene alle “frodi delle etichette” di matrice legislativa, per assumere un ruolo da agente patogeno: un espediente da proporre e riproporre per risolvere in maniera sbrigativa le questioni, ma al costo di allargare, sino a lacerarle, le maglie della legalità⁶⁵.

La circostanza, unita al progressivo rafforzamento del precedente mediante il viatico dell’art. 618 co. 1-*bis* cod. proc. pen.⁶⁶, presenta pericolose derive, tra cui quella di istituire una sorta di autodichia, per cui diviene lo stesso «potere giudiziario ad autolegittimare le proprie decisioni in merito ai confini ermeneutici della legge penale»⁶⁷.

Ma se la giurisprudenza si è fatta avanti come bastione contro le “frodi delle etichette” del legislatore, chi è che farà da bastione contro quelle della giurisprudenza?

*troattività e libertà personale: l’art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell’esecuzione penale, cit., 34. Vale la pena di ricordare, in proposito, che nella stagione delle “presunzioni di adeguatezza” della misura cautelare custodiale [...] già prima dell’intervento della Corte costituzionale, e pur non rinnegando in via di principio la regola del *tempus regit actum*, con un significativo *revirement* giurisprudenziale le Sezioni Unite avevano posto dei limiti alla retroattività di tale disciplina, individuando nel momento genetico della misura il parametro temporale rispetto al quale limitare l’efficacia delle riforme sfavorevoli.*

⁶⁵ A. CAVALIERE, *Osservazioni intorno al concetto di “materia penale” tra Costituzione e Cedu*, cit., 4, secondo cui «la necessità del riferimento ad un concetto sostanziale di reato e di sanzione penale va, ad ogni modo, bilanciata con l’esigenza imprescindibile della certezza del diritto, connessa al concetto formale: l’individuazione del concetto ‘sostanziale’ è pur sempre rimessa ad un interprete (magari dottrinale) e la sua applicazione ad un giudice. Un’interpretazione costituzionalmente orientata e ancor più una prevalenza del concetto sostanziale, costituzionalmente o convenzionalmente fondato, su quello formale, sancita attraverso una pronuncia di illegittimità costituzionale o di incompatibilità con la CEDU, richiede, in tale prospettiva, solidità e controllabilità razionale del relativo impianto argomentativo. [...] In altri termini, non si può rimettere all’arbitrio dei giudici – neppure delle Corti supreme – il potere di stabilire che cosa sia materia penale e che cosa non lo sia: altrimenti, si tornerebbe ad un governo degli uomini anziché delle leggi, dei giudici costituzionali anziché della Costituzione». *Contra*, F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste, Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., 55, per il quale «i timori secondo cui una dilatazione del concetto di materia penale comporterebbe fatalmente un affievolimento di determinate garanzie, quasi come se si trattasse di materiale plastico alla cui estensione corrisponderebbe una diminuzione del relativo spessore, si dimostrano infondati proprio in quanto riferiti a principi che, in realtà, sono estranei al tema della colpevolezza e che attengono piuttosto alla legittimazione ed alla giustificazione delle scelte punitive».

⁶⁶ Si rinvia a IASEVOLI, *L’imprevedibilità degli esiti interpretativi*, cit., 607 ss.

⁶⁷ Così M. SCOLETTA, *La confisca di denaro quale prezzo o profitto del reato è sempre “diretta” (ancorché il denaro abbia origine lecita). Esiste un limite azionabile alla interpretazione giudiziaria della legge penale?*, cit., 10.

7. *Post scriptum*. “Cronaca di una morte annunciata”?

Esauriti – si fa per dire – i rilievi critici, la sentenza *de qua* ci offre anche l'occasione per qualche rapida considerazione sulle sorti future dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen.

La norma sembra(va) avere destino breve a seguito della transizione, ad opera della Riforma Cartabia⁶⁸, verso un modello cronologico “dualista”, che affianca, alla prescrizione sostanziale, una di tipo “processuale”⁶⁹, nelle forme della improcedibilità dell'azione penale per decorrenza dei termini nei giudizi di impugnazione (art. 344-*bis* cod. proc. pen.)⁷⁰.

⁶⁸ L. 27 settembre 2021, n. 134 recante “Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari”.

⁶⁹ L'improcedibilità *ratione temporis* era stata già proposta dalla Commissione Riccio per la riforma del codice di procedura penale. Cfr. AA.VV., *Azione civile e prescrizione processuale nella bozza di riforma della commissione Riccio*, a cura di Menna-Pagliano, Torino, 2010, 55 ss.

⁷⁰ Si rinvia a P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, 2022, 2; ID., *La singolare vicenda della “improcedibilità”*, in *www.ilpenalista.it*, 27 agosto 2021; NEGRI, *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, in *Sist. Pen.*, 2022, 2, 51 ss.; G. CANZIO, *Il modello “Cartabia”. Organizzazione giudiziaria, prescrizione del reato, improcedibilità*, in *www.sistemapenale.it*, 14 febbraio 2022; O. MAZZA, *A Midsummer Night's Dream: la riforma Cartabia del processo penale (o della sola prescrizione?)*, in *Arch. pen.*, 2021, n. 2; ID., *Fenomenologia dell'improcedibilità cronologica*, in *www.penaledp.it*, 23 febbraio 2022; ID., *Inammissibilità versus improcedibilità: nuovi scenari di diritto giurisprudenziale*, in *www.discrimen.it*, 2 gennaio 2022; G. SPANGHER, *L'improcedibilità non è la soluzione*, in *www.giustiziainsieme.it*, 19 luglio 2021; ID., *Questioni in tema di sistema bifasico (prescrizione/improcedibilità)*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, n. 11, 1444 s.; M. DANIELE, *La limitata retroattività in bonam partem dell'improcedibilità dell'impugnazione*, in *Cass. pen.*, 2022, n. 3, 1031 ss.; A. NAPPI, *Appunti sulla disciplina dell'improcedibilità per irragionevole durata dei giudizi di impugnazione*, in *www.questionegiustizia.it*, 9 dicembre 2021; A. DE CARO, *La riforma della prescrizione e il complesso rapporto tra tempo, vicende della punizione e processo: le eccentriche soluzioni legislative e le nuove proiezioni processuali sulla prescrizione dell'azione e l'estinzione del processo*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 1; G. DE FRANCESCO, *Riforma e tempi della giustizia: considerazioni generali su prescrizione e improcedibilità*, in *Leg. pen.*, 2022, n. 1, 171 ss.; L. DI BITONTO, *Osservazioni “a caldo” sulla improcedibilità dell'azione disciplinata dall'art. 344-bis c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2021, n. 12, 3852 ss.; L. SIRACUSA, *Note brevi a margine della proposta “Cartabia” di riforma della prescrizione penale*, in *www.giustiziainsieme.it*, 23 luglio 2021. Si v. altresì il Documento a firma di DANIELE-FERRUA-ORLANDI-SCALFATI-SPANGHER, *Improcedibilità: la preoccupazione dell'Accademia*, in *www.ilpenalista.it*, 31 agosto 2021.

In sostanza: esaurito il primo grado di giudizio, la prescrizione cessa di decorrere – non di esistere! – per fare spazio a un inedito congegno che misura il tempo del processo⁷¹, con risvolti dogmatici⁷² e pratici⁷³ di non poco momento.

Tra questi, un ruolo di prim'ordine è rivestito proprio dal destino della confisca.

A differenza della prescrizione sostanziale, la natura meramente processuale della declaratoria di improcedibilità *ratione temporis* implica, per l'orientamento tradizionale, l'effetto preclusivo rispetto a qualsiasi accertamento nel merito.

Senza dilungarsi, l'impostazione non ci trova d'accordo.

Sul piano dell'inquadramento dogmatico, l'improcedibilità di cui all'art. 344-bis cod. proc. pen., pur facendo espresso riferimento all'azione, si sostanzia più correttamente in una *condizione di perseguibilità*⁷⁴.

La separazione tra il versante della *procedibilità* e quello della *perseguibilità* è tutt'altro che teorica, riflettendosi sulle interazioni con la regola di giudizio sancita dall'art. 129 cod. proc. pen.

La mancanza di una condizione di procedibilità inficia l'azione, che, qualora esercitata, non costituirebbe un titolo valido. In tal caso, si comprende come la decisione debba avere necessariamente ad oggetto l'accertamento della condizione impeditiva dell'azione.

⁷¹ La scelta di confinare il meccanismo ai soli giudizi di impugnazione è stata ampiamente criticata. L'esigenza di contemperare contrapposte istanze politiche ha prodotto un sistema disorganico, poiché si prevede l'arresto del processo quando la potestà punitiva statale è ancora in vigore, cioè, a reato non prescritto. Non si velocizza, bensì si rallenta il giudizio di prime cure, potendo il giudice sfruttare l'intero periodo prescrizione, con la contrazione, invece, dei gradi successivi. Così G. SPANGHER, *L'improcedibilità dei giudizi di impugnazione per mancata definizione nei termini di legge*, in MARANDOLA (a cura di), "Riforma Cartabia" e rito penale, *La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, Milano, 2022, 284. In maniera conforme, cfr. A. MARANDOLA, *Gli incerti orizzonti dell'improcedibilità per decorrenza dei termini "ragionevoli" nei giudizi d'impugnazione*, in AA.VV., *La Riforma Cartabia. La prescrizione, l'improcedibilità e le altre norme immediatamente precettive*, cit., 77.

⁷² Sia consentito rinviare a I. PICCOLO, *Le temps de l'oubli et le temps de l'action. Una prospettiva di diritto comparato tra Italia e Francia*, in *Arch. pen.*, 2023, 3, 10-19.

⁷³ Si rinvia a ROMANO-MARANDOLA (a cura di), *La riforma Cartabia. La prescrizione, l'improcedibilità e le altre norme immediatamente precettive*, Pisa, 2021; E.N. LA ROCCA, *La delega per la Riforma: genesi e principi*, in MARANDOLA (a cura di), "Riforma Cartabia" e rito penale. *La legge delega tra impegni europei e scelte valoriali*, Milano, 2022, 6.

⁷⁴ In maniera conforme, F. FALATO, *Immediata declaratoria e processo penale*, Padova, 2010, 119 ss., secondo cui l'azione penale non si identifica nemmeno col processo; che implica un più ampio complesso di elementi tendenti all'accertamento del fatto-reato; alla applicazione della pena che consegue alla verifica positiva della responsabilità dell'imputato; all'esercizio dell'azione civile e alla applicazione delle misure di sicurezza. Il processo include non solo l'idea della esistenza di un potere di azione per l'esercizio della giurisdizione, ma anche un potere-dovere del pubblico ministero di attuare le condizioni per ottenere dal giudice una decisione sulla realizzabilità della pretesa punitiva dello Stato, derivante da un fatto che la legge prevede come reato. Così intesa, l'azione penale può essere considerata secondo un duplice aspetto: come espressione di un obbligo funzionale del pubblico ministero e come manifestazione di una dichiarazione di volontà riservata all'apprezzamento. e alla valutazione dell'organo dell'accusa, non discrezionale, ma vincolata a regole di comportamento (art. 125 Disp. Att.) che ne determinano la possibilità di esercizio.

L'affermazione, però, non ci sembra parimenti traslabile nell'alveo delle condizioni di perseguibilità e, *a fortiori*, per quanto concerne l'improcedibilità *ratione temporis*, la quale presuppone un'azione validamente esercitata: l'elemento impeditivo della prosecuzione sorge solo successivamente e in via del tutto eventuale.

Eppure, la qualificazione come norma "solo" processuale preclude la possibilità di essere prosciolti nel merito, anche qualora sia stata già acquisita la prova evidente dell'innocenza.

Ancora una volta, viene in rilievo una petizione di principio, giustificata dall'ennesima "truffa delle etichette" che atomizza prescrizione sostanziale e processuale⁷⁵, quando l'effetto è il medesimo: la fuoriuscita del soggetto dal circuito penale⁷⁶.

Riprendendo le fila del discorso, l'introduzione della improcedibilità ha implicato l'esigenza di coordinare la relativa disciplina con le disposizioni in tema di confisca.

A seguito della "carta bianca" fornita dal legislatore delegato⁷⁷, il d.lgs. di attuazione n. 150 del 2022 ha implementato un inedito art. 578-ter cod. proc. pen., rubricato appunto «*Decisione sulla confisca e provvedimenti sui beni in sequestro nel caso di improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione*».

La novella ha previsto una metamorfosi drastica del sistema, prevedendo un regime differenziato a seconda del tipo di confisca.

In estrema sintesi. Se la confisca è obbligatoria, *nulla quaestio*. Il giudice del gravame deve disporla anche a seguito della scure della improcedibilità. La condanna è superflua, poiché trattasi di cose considerate intrinsecamente pericolose (sostanzialmente: i beni di cui all'art. 240, co. 2, n. 2, cod. proc. pen).

Fuori dai casi di obbligatorietà, invece, il giudice dell'impugnazione deve disporre con ordinanza la trasmissione degli atti al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto o al Procuratore nazionale antimafia o antiterrorismo competenti a proporre le misure di prevenzione patrimoniali di cui al D.Lgs. 159/2011; da qui l'impulso per un inedito procedimento avente ad oggetto un vaglio, entro novanta giorni, sulla sussistenza dei presupposti per agire con la richiesta del sequestro propedeutico alla confisca antimafia⁷⁸.

⁷⁵ Il problema dei confini "interni" della materia penale, ossia delle partizioni tra la disciplina sostanziale e quella del processo, si è concentrato proprio sull'istituto della prescrizione, in particolare a seguito della vicenda *Taricco*. Cfr. Corte giust., Grande sezione, 8 settembre 2015, C-105/14.

⁷⁶ L'approfondimento esorbiterebbe i limiti del presente contributo. Si rinvia a I. PICCOLO, *Le temps de l'oubli et le temps de l'action. Una prospettiva di diritto comparato tra Italia e Francia*, in *Arch. pen.*, 2023, 3, 10-19.

⁷⁷ L'art. 1, co. 13, lett. d), L. n. 134/2021, si limitava a delegare di «disciplinare i rapporti tra l'improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione e (...) la confisca disposta con la sentenza impugnata».

⁷⁸ Che non si tratti di una prosecuzione è confermato dal raffronto strutturale con il rinnovato art. 578 cod. proc. pen., che, per quanto concerne il destino dell'azione civile, utilizza la locuzione 'prosecuzione'. Da ciò si desume che il giudice civile di rinvio, a differenza di quello della prevenzione, non decide *ex novo*, ma come giudice dell'impugnazione rispetto alle statuizioni civili contenute nella sentenza penale. In tema, sia consentito rinviare a I. PICCOLO, *Azione civile e processo penale. (Ri)componenti, snodi e prospettive*, in *Arch. pen.*, 2022, fasc. 3.

Svariati i profili critici della Riforma⁷⁹, che chiamerebbero in campo le considerazioni più disparate in termini di ragionevolezza, forme, efficienza, sistematicità...

Ma non sarebbe che una fatica di Sisifo⁸⁰.

La questione prescrizione, infatti, è già tornata all'ordine del giorno nel dibattito politico; recentissima è l'approvazione della Camera alla proposta di legge C. 893, presentata in data 17 febbraio 2023, su iniziativa dei deputati Pittalis e altri, e abbinata alle proposte C. 745 e C. 1036, recante "Modifiche al Codice penale e al codice di procedura penale in materia di prescrizione".

La proposta di legge, che risulta dall'unificazione di altre proposte di legge parlamentari e da un emendamento dei relatori Costa e Pellicini, intende abolire, dopo poco più di due anni, l'improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini di durata massima dei giudizi di impugnazione ex art. 344-bis c.p.p., operando una retromarcia all'operatività della prescrizione sostanziale⁸¹.

Come in un «eterno ritorno dell'uguale», Orlando, Bonafede, Cartabia, spazzati via dall'ennesima manipolazione del "tempo della giustizia", da parte dell'ultimo di una sfilza di governi che, muovendosi sull'onda dell'improvvisazione e dell'approvazione sociale⁸², non hanno favorito politiche, criminali e giudiziarie, destinate ad operare nel lungo periodo.

Verosimilmente, la retrocessione al monopolio della prescrizione sostanziale travolgerà il sistema appena inaugurato - *tué dans l'oeuf* - e in pratica mai entrato in azione.

L'art. 578-bis cod. proc. pen., come un'Araba fenice mai divenuta veramente cenere, tornerà a disciplinare i rapporti tra confisca ed estinzione del reato.

Cosa sarà dei fatti commessi nella vigenza (forse brevissima) dell'art. 578-ter?

Ebbene, il principio di legalità dovrebbe poter garantire al soggetto agente, al *tempus commissi delicti*⁸³, la possibilità di prevedere che l'accertamento della respon-

⁷⁹ Su quali si rinvia a E.N. LA ROCCA, *Improcedibilità e confisca*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1, 213; V. MAZZOTTA, *L'improcedibilità e le sorti della confisca. Il paracadute (apparente) del procedimento di prevenzione*, in *Il Processo*, 2023, fasc. 1, 341 ss.

⁸⁰ Nell'Odissea (XI Libro) Sisifo è un personaggio mitologico condannato a spingere per l'eternità un enorme masso fino alla vetta dove questo, come spinto da una forza divina, finisce per rotolare di nuovo giù a valle.

⁸¹ Più in particolare, il testo prevede un'ulteriore causa di sospensione della prescrizione - inserita con un nuovo art. 159-bis c.p. - a seguito della (sola) sentenza di condanna, stabilendo che il corso della prescrizione rimanga sospeso per un tempo non superiore a due anni in appello e un anno in cassazione. La sospensione decorrerebbe dal termine per il deposito delle motivazioni (art. 544 cod. proc. pen.) e si cumulerebbe con eventuali diverse cause sospensive previste dall'art. 159 c.p.

⁸² Per quanto concerne i riverberi della cronica instabilità politica nel settore criminale, si rinvia a S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 2000, *passim*.

⁸³ *Ex plurimis*, cfr. Cass., Sez. un., 24 settembre 2018 (ud. 19 luglio 2018), n. 40986, Pittalà, che, pronunciandosi sulla successione di leggi penali in caso di reati c.d. ad evento differito, hanno ribadito la condotta quale «punto di riferimento temporale essenziale a garantire la "calcolabilità" delle conseguenze penali e, con essa, l'autodeterminazione della persona»; al contrario, riferire l'operatività del principio di irretroattività al momento dell'evento comporta l'applicazione retroattiva del *jus superveniens* sfavorevole intervenuto dopo l'esaurimento della condotta, «con l'inevitabile svuotamento dell'effettività della garanzia di autodeterminazione della persona e della ratio di tutela del principio costituzionale di irretroattività».

sabilità e le conseguenze sanzionatorie dipenderanno da leggi prestabilite, in modo da modulare anche le relative strategie processuali⁸⁴.

Dunque, la sfera di prevedibilità di un soggetto che tiene una condotta penalmente rilevante nel 2023 dovrebbe includere: a) l'imprescrittibilità del reato a seguito della sentenza di primo grado; b) l'improcedibilità dell'azione a seguito della scadenza dei termini di due anni in appello o di un anno in Cassazione; c) fuori dai casi di obbligatorietà, la caducazione della confisca ove il giudice della prevenzione non si pronunci positivamente entro 90 giorni.

Pur stando così le cose, non confidiamo nella «cristallizzazione delle regole del gioco»⁸⁵ qualora dovesse, con tutta probabilità, venir meno il sistema fondato sul combinato degli artt. 344-bis e 578-ter cod. proc. pen.

Scetticismi a parte, è noto che nella temperie culturale postmoderna – che chiede forme di controllo penale più 'flessibili', più 'dinamiche', anche ai fini di una 'semplificazione' processuale – quelli ad essere sacrificati sono i principi dello Stato sociale di diritto⁸⁶.

Frattanto, inevitabile è una riflessione sull'incessante crepuscolo della prevedibilità⁸⁷ che, in un tale ginepraio di riforme, ha sempre meno le fattezze di un canone di natura precettiva e sempre più quelle di «uno spettro [che] si aggira per l'Europa».

⁸⁴ Cfr. F.R. DINACCI, *I valori della Costituzione a presidio dell'esigenza di certezza e "prevedibilità"* (La difficoltà di una corretta esegesi tra nova fenomenici, ordinamento "liquido" e norme diluite), in *Arch. pen.*, 2022, 2, 9, non deve infatti trascurarsi come la nozione di prevedibilità sia connotata alle regole del processo, dove "l'indagato" o "l'accusato" è chiamato ad effettuare scelte "consapevoli" che attengono non solo all'eventuale rilascio di dichiarazioni ma anche a più ampie opzioni di strategia processuale.

⁸⁵ L'espressione è di C. IASEVOLI, *La Cassazione penale «giudice dei diritti»*, Napoli, 2018, 158.

⁸⁶ Così S. MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto*, cit., 1720 ss. Secondo l'A. le esigenze della postmodernità, con la fine dello storicismo, hanno determinato la perdita dell'idea di fondamento, che ha spinto all'adozione di canoni 'deboli' di comprensione ed interpretazione della realtà, con il ricorso, nell'esperienza giuspenalistica, a logiche, miopi, d'immediatezza; queste, tuttavia, mal si adattano alla 'forza', alla sostanza dei diritti fondamentali, quali vengono normalmente in discussione con il controllo penale.

⁸⁷ F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in PALIERO-MOCCIA-DEFRANCESCO-INSOLERA-PELISSERO-RAMPIONI-RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, Atti del Convegno Napoli 7-8 novembre 2014, Napoli, 2016, 213.

La Consulta riconosce la sessualità in carcere. Una tappa importante del percorso di inveramento del volto costituzionale della pena

Maria Brucale*

Sommario: **1.** La ragioni dell'ordinanza di rimessione alla Consulta della questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 O.P. – **2.** La sessualità in carcere. Storia di un diritto soggettivo non ancora assoluto. – **3.** Una tappa importante nel percorso di inveramento del volto costituzionale della pena.

ABSTRACT

Con la sentenza n. 10 del 2024, la Corte costituzionale riconosce finalmente un diritto soggettivo delle persone detenute alla sessualità. Un importante approdo per una pena costituzionalmente orientata al reinserimento del condannato. Un cammino ancora in divenire che presenta notevoli ostacoli di applicazione e di interpretazione.

With Judgment No. 10 of 2024, the Constitutional Court finally recognizes a subjective right of the detained people to sexuality. An important landing place for a punishment constitutionally oriented to the reintegration of the condemned. A path still in the making that presents considerable obstacles to application and interpretation.

1. La ragioni dell'ordinanza di rimessione alla Consulta della questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 O.P.

Con sentenza n. 10 del 2024 (in G.U. 31.01.2024, n. 5, la Corte costituzionale “dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non prevede che la persona detenuta possa essere ammessa, nei termini di cui in motivazione, a svolgere i colloqui con il coniuge, la parte dell'unione civile o la persona con lei stabilmente convivente, senza il controllo a vista del personale di custodia, quando, tenuto conto del comportamento della persona detenuta in carcere, non ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, né, riguardo all'imputato, ragioni giudiziarie”. Un approdo importante, seppur ancora incompiuto, al diritto per le persone detenute all'intimità.

* Avvocato del Foro di Roma.

Con ordinanza del 12 gennaio 2023, il Giudice di Sorveglianza di Spoleto rimetteva alla Consulta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 della legge 26 luglio 1975, n. 354 *“nella parte in cui non prevede che alla persona detenuta sia consentito, quando non ostino ragioni di sicurezza, di svolgere colloqui intimi, anche a carattere sessuale, con la persona convivente non detenuta, senza che sia imposto il controllo a vista da parte del personale di custodia”*.

Il giudice a quo evidenziava come l'imposizione ad opera dell'articolo 18 dell'ordinamento penitenziario del controllo a vista da parte del personale di custodia si traduce nella negazione di rapporti intimi con il proprio partner, un vero e proprio divieto di esercitare l'affettività in una dimensione riservata e, di conseguenza, il diritto alla sessualità definito fondamentale, finalizzato ad una serena relazione di coppia.

Chiarisce, l'ordinanza di rimessione, come l'istituto del permesso premio non possa affatto considerarsi idoneo a garantire a tutti il diritto, sia in considerazione delle tante persone ristrette in custodia cautelare che non vi hanno accesso, sia a causa dei termini per richiederlo al magistrato di sorveglianza che impongono comunque un tempo, a volte molto lungo, dal momento che la previsione nel programma trattamento di tale opportunità consegue all'esito dell'osservazione intramuraria ed è, pertanto, incerta nell'an e nel quando. Ancora, a fronte del fatto che non sia possibile subordinare l'accesso a un diritto soggettivo fondamentale a logiche di premialità e di raggiungimento di obiettivi trattamentali.

Tantomeno sarebbe invocabile l'istituto del permesso per motivi familiari di particolare gravità, contemplato dall'art. 30 O.P. per casi molto stringenti, che non includono quanto attiene alla sfera della sessualità.

Il divieto di colloqui intimi tra il detenuto e il partner lederebbe il “diritto [del primo] alla libera espressione della propria affettività, anche mediante i rapporti sessuali, quale diritto inviolabile riconosciuto e garantito, secondo il disposto dell'art. 2 Cost.”.

Sarebbe altresì violato l'art. 13, primo comma, Cost., perché “[l]a forzata astinenza dai rapporti sessuali con i congiunti in libertà” integrerebbe una compressione aggiuntiva della libertà personale, ingiustificata da specifiche esigenze di sicurezza.

L'art. 13 Cost. sarebbe violato anche nel quarto comma, giacché il divieto di assecondare una normale sessualità si risolverebbe in una violenza fisica e morale sulla persona sottoposta a restrizione di libertà, peraltro con negativa incidenza su qualunque progetto di nuova genitorialità.

Ne deriverebbe inoltre un vulnus alla serenità e alla stabilità della famiglia, protette dagli artt. 29, 30 e 31 Cost., nonché un danno alla salute psicofisica del detenuto, garantita dall'art. 32 Cost.

Ancora, sarebbe contraria al senso di umanità e inidonea alla finalità rieducativa, con violazione dunque dell'art. 27, terzo comma, Cost., una pena che conducesse, “attraverso la sottrazione di una porzione significativa di libera disponibilità del proprio corpo e del proprio esprimere affetto, ad una regressione del detenuto verso una dimensione infantilizzante”.

Con sentenza n. 10 del 2024, la Corte costituzionale, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 18 dell'ordinamento penitenziario nella parte in cui non prevede che la persona detenuta possa essere ammessa, nei termini di cui motivazione, a svolgere i colloqui con il coniuge, la parte dell'unione civile o la persona con lei stabilmente convivente, senza il controllo a vista del personale di custodia, quando, tenuto conto del comportamento della persona detenuta in carcere, non ostino ra-

gioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, né, riguardo all'imputato, ragioni giudiziarie.

A fronte dell' opposizione dell' Avvocatura di Stato che aveva chiesto di dichiarare inammissibile la questione in coerenza al precedente arresto della Consulta con sentenza n. 301 del 2012, la Corte ha ravvisato la necessità di apprestare tutela a una esigenza reale e fortemente avvertita, quale quella di permettere alle persone sottoposte alla restrizione della libertà personale di continuare ad avere relazioni affettive intime anche a carattere sessuale, a fronte di un quadro normativo oggi mutato in ragione delle norme che parificano i diritti spettanti al coniuge a quelli del convivente di fatto nonché, in materia di colloqui penitenziari, a quelli della parte dell' unione civile tra persone dello stesso sesso, chiarendo uno degli aspetti che aveva indotto la Corte a ritenere non praticabile l'accoglimento della questione pur segnalando che si trattasse di un "problema che merita ogni attenzione". E, ancora, in ragione della modifica intervenuta proprio sull'art. 18 O.P. secondo cui "i locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto".

2. La sessualità in carcere. Storia di un diritto soggettivo non ancora assoluto.

Il tema della sessualità o, meglio, dei colloqui intimi in carcere, infatti, era già stato nel tempo oggetto di studio e di interesse in ragione degli evidenti riflessi di esso sulla vita delle persone ristrette.

Già nel 1987, con sentenza numero 561, il Giudice delle leggi aveva affermato: "essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire".

Nel 2012 il tribunale di sorveglianza di Firenze, con l'avallo della procura generale competente, interpellava la Corte costituzionale chiedendo che fosse dichiarato illegittimo l'art. 18 O.P. che nel prevedere la costante presenza vigile del personale penitenziario agli incontri del recluso con i propri congiunti comportava una lesione del diritto ad una carcerazione umana e non degradante rientrando il diritto della persona ristretta ad avere rapporti sessuali con il coniuge o con il partner tra i diritti inviolabili dell'uomo, anche secondo le raccomandazioni del Consiglio d'Europa.

La Raccomandazione n. 1340(1997) del Consiglio d'Europa, sugli effetti sociali e familiari della detenzione, adottata dall'Assemblea generale il 22 settembre 1997, all'art. 6 invita, infatti, gli Stati membri a "migliorare le condizioni previste per le visite da parte delle famiglie, in particolare mettendo a disposizione luoghi in cui i detenuti possano incontrare le famiglie da soli". In modo ancora più puntuale, la successiva Raccomandazione R. (2006) sulle regole penitenziarie europee, adottata dal Comitato dei ministri l'11 gennaio 2006, prevede, con la regola n. 24.4, che "le modalità delle visite devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali": concetto - quello di normalità - che evoca anche i profili affettivi e sessuali, come emerge dal commento a detta regola, ove si precisa che, "ove pos-

sibile, devono essere autorizzate visite familiari prolungate”, le quali “consentono ai detenuti di avere rapporti intimi con il proprio partner”, posto che “le visite coniugali” più brevi autorizzate a questo fine possono avere un effetto umiliante per entrambi i partner.

Anche la Raccomandazione del Parlamento europeo del 9 marzo 2004, n. 2003/2188(INI), sui diritti dei detenuti nell'Unione europea, nell'invitare il Consiglio a promuovere, sulla base di un contributo comune agli Stati membri dell'Unione europea, l'elaborazione di una Carta penitenziaria europea comune ai Paesi membri del Consiglio d'Europa, menziona specificamente, all'art. 1, lettera c), tra i diritti da riconoscere ai detenuti, “il diritto ad una vita affettiva e sessuale prevedendo misure e luoghi appositi”. Sebbene non immediatamente vincolanti per lo Stato italiano e tali, comunque, da lasciare “una certa flessibilità” nella loro attuazione, le regole ora ricordate indicherebbero, peraltro, chiaramente quale sia la tendenza del “regime penitenziario europeo”.

Coerentemente, l'art. 8 Cedu, nell'ammettere limiti all'obbligo degli Stati al rispetto alla vita privata e familiare di ogni individuo, dà corpo al concetto che gli stessi possano essere, appunto, limitati, mai annullati, dalla condizione di restrizione della libertà personale in un contemperamento di interessi di pari rango che ammette la contrazione di diritti soggettivi solo in ragione di comprovate esigenze di sicurezza.

La pronuncia della Consulta, n. 301, intervenuta nel dicembre del 2012, rassegnava, tuttavia, la propria incompetenza a definire, senza l'intervento del legislatore, un ambito tanto complesso e delicato che involge il tema dell'ordine e della sicurezza e richiede l'estrinsecazione chiara di termini e di modalità di accesso al diritto a vivere, pur reclusi, la propria sessualità, l'individuazione dei relativi destinatari, interni ed esterni, la definizione dei presupposti comportamentali per la concessione delle “visite intime”, la specificazione del loro numero e della loro durata, la predisposizione dei locali, la determinazione delle misure organizzative.

Nel 2016, si dava il via agli Stati Generali dell'esecuzione penale, un'imponente operazione di raccordo di esperti nel settore della giustizia e l'istituzione di 18 tavoli tematici, tra i quali uno denominato “Mondo degli affetti e territorializzazione della pena”: riconoscimento del valore assoluto della vita affettiva del detenuto come anello fondante il percorso di recupero, di reintegrazione e di reinserimento sociale.

Tra gli obiettivi enunciati: tenendo anche in considerazione le esperienze straniere, *“il problema del se ed eventualmente del come assicurare all'interno del carcere uno spazio e un tempo in cui la persona detenuta possa vivere la propria sessualità”*.

Per i colloqui intimi, il Tavolo 6 aveva proposto modifiche normative volte ad introdurre il nuovo istituto giuridico della “visita”, che si distingue dal “colloquio”, già previsto dalla normativa, poiché garantisce al detenuto incontri privi del controllo visivo oltre che auditivo da parte del personale di sorveglianza. Si legge nella relazione: “Il gruppo ha ipotizzato la creazione di un nuovo istituto giuridico costituito dalla visita che può essere effettuata all'interno del carcere tra il detenuto e le persone con cui è autorizzato a fare colloquio. La visita si distingue dal colloquio, già previsto dalla normativa, poiché garantisce l'esercizio del diritto all'affettività del detenuto e quindi la possibilità di incontrarsi con chi è autorizzato ad effettuare i colloqui, senza però che durante lo svolgimento della visita vi sia un controllo visivo e auditivo da parte del personale di sorveglianza. I caratteri connotanti della visita sono: può essere effettuata con tutte le persone che vengono autorizzate ad effettuare colloqui. In tal

senso si è scelto di non fare distinzioni tra familiari, conviventi e le cc.dd. “terze persone”, poiché si tratta di garantire il diritto della persona detenuta alla cura dei rapporti affettivi, senza limitarli alla sfera familiare o coniugale; le visite si svolgono in apposite “unità abitative” collocate all’interno dell’istituto, adeguatamente separate dalla zona detentiva; la loro manutenzione e pulizia è affidata ai detenuti lavoratori individuati dalla direzione; la durata di una visita può andare da un minimo di quattro ore ad un massimo di sei “laddove vi sia la disponibilità di spazi sufficienti a garantirla” (v. proposta allegata di modifica art. 18 O.P.); si prevede il diritto di ogni detenuto ad almeno una visita ogni due mesi, con un avvio sperimentale, entro sei mesi dall’entrata in vigore della modifica di legge, in cinquanta istituti penitenziari. Seguirà la messa a regime entro due anni in tutti gli istituti. Su questo tema insisteva l’ultima domanda del questionario indirizzato agli istituti a riguardo della disponibilità di spazi interni per garantire il diritto all’affettività. Quasi tutte le direzioni che hanno risposto al questionario comunicano che non vi è attualmente alcuna disponibilità, ma ad un’analisi più contestualizzata si può sostenere che almeno nel 50% dei casi vi sono le aree utili per andare a collocare *ex novo* le cc.dd. “unità abitative”, con l’insediamento di prefabbricati negli istituti di più recente definizione (costruiti dagli anni ’80 in poi) e con le ridefinizioni di alcuni spazi esistenti negli istituti più vecchi che spesso non dispongono di aree aperte da recuperare. 16 Si è discusso del rapporto tra spazi ricavabili, numero di detenuti ipoteticamente presenti in una struttura e organizzazione dei servizi per garantire il diritto all’affettività. In proposito le autorizzazioni all’accesso per le visite si sovrappongono a quelle per i colloqui; pertanto, su questo aspetto non vi sono elementi di criticità. È invece il rapporto tra spazi e numero di detenuti che ha spinto il gruppo, almeno in una prima fase di applicazione della legge, a fissare il diritto minimo a una visita ogni due mesi. Infatti, soprattutto negli istituti più grandi appare estremamente problematico abbreviare il sopracitato range; si pensi ad un istituto con una media di mille detenuti, che disponga di dieci unità abitative e che con un servizio di ricezione di otto ore per cinque giorni a settimana potrebbe teoricamente garantire venti visite al giorno, 100 a settimana e circa 400 al mese”.

Nel ddl n. 4368 del 2017, di modifica del codice penale, di procedura penale, dell’ordinamento penitenziario, veniva previsto, tra gli obiettivi della delega il cui fine ultimo era l’attuazione, finalmente, dell’art. 27 della Costituzione: *“il riconoscimento del diritto all’affettività delle persone detenute e internate e disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio”*.

La Commissione di esperti nominata per tradurre in norme gli impeti di garanzia della promessa riforma aveva proposto una modifica dell’art. 18 O.P. introducendo i commi 3 *bis*, *ter* e *quater*: *“Ai detenuti e agli internati, ad eccezione di quelli sottoposti al regime previsto dall’art. 41 bis, co. II O.P., sono consentiti incontri periodici di durata non inferiore alle tre ore consecutive con il coniuge, con la parte dell’unione civile, con il convivente e con persone legate da continuativi rapporti affettivi desumibili anche dai colloqui e dalla corrispondenza, senza controllo visivo e auditivo, in locali idonei a consentire relazioni intime”*; *“l’autorizzazione agli incontri è concessa dal direttore, su richiesta dell’interessato, acquisite le necessarie informazioni e, per gli imputati, il nulla osta del giudice individuato ai sensi dell’art. 11 c. II. È data la precedenza a coloro che non possono coltivare la relazione affettiva in ambiente esterno. Possono autorizzarsi incontri con frequenza ravvicinata per coloro che, a causa della distanza o delle condizioni soggettive della persona a loro affettivamente legata, non*

possano fruirne con cadenza regolare”; “l’autorizzazione è negata quando l’interessato ha tenuto una condotta tale da far temere comportamenti prevaricatori o violenti ovvero quando sussistono elementi concreti per ritenere che la richiesta abbia finalità diverse dal coltivare le relazioni affettive”.

Numerose le difficoltà affrontate e le resistenze riscontrate (l’opposizione strenua dei sindacati di polizia penitenziaria che tuonavano “carceri come postriboli”, un sentire comune che relega il sesso alla dimensione ludica e peccaminosa inconciliabile con l’istanza punitiva della reclusione). Dolorosa l’esclusione delle persone ristrette nel regime derogatorio di cui all’art. 41 *bis* O.P., diuturnamente sottratte a qualsivoglia approdo alle aspirazioni risocializzanti costituzionalmente annesse ad ogni pena, senza eccezioni.

L’esperienza degli Stati Generali e i decreti attuativi della Legge delega, tuttavia, sono rimasti per lo più lettera morta – sebbene costituiscano un bagaglio prezioso di studi e di esperienze sempre potenzialmente fruibili per il legislatore – in ragione di cautele di convenienza politica, espressione della nota, imperante quanto erronea convinzione che più dura è la punizione maggiore è la sicurezza.

3. Una tappa importante nel percorso di inveroamento del volto costituzionale della pena.

Finalmente la Consulta cristallizza oggi l’esistenza di un diritto soggettivo alla sessualità, ad un approccio intimo con il proprio partner che non la importa necessariamente ma neppure la esclude e cui consegue la previsione di spazi sottratti allo sguardo del terzo.

Ribadisce che si tratta di materia di diritti primari perché connessi all’essenza della persona nel suo dispiegarsi nelle relazioni sociali ove si sviluppa la sua personalità.

“Tra i «principi direttivi» dell’ordinamento penitenziario, declinati dall’art. 1 della legge n. 354 del 1975 – scrive la Corte – vi è quello per cui «[i]l trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona» (comma 1, primo periodo), quello per cui esso «è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati» (comma 2) e altresì il principio del “minimo mezzo”, per cui «[n]on possono essere adottate restrizioni non giustificabili con l’esigenza di mantenimento dell’ordine e della disciplina e, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari» (comma 5)”. Detti principi corrispondono a quelli enunciati dalla giurisprudenza di questa Corte sul «volto costituzionale» della pena, che è una sofferenza in tanto legittima in quanto inflitta «nella misura minima necessaria»”.

Secondo la Consulta: “La prescrizione del controllo a vista sullo svolgimento del colloquio del detenuto con le persone a lui legate da stabile relazione affettiva, in quanto disposta in termini assoluti e inderogabili, si risolve in una compressione sproporzionata e in un sacrificio irragionevole della dignità della persona, quindi in una violazione dell’art. 3 Cost., sempre che, tenuto conto del comportamento del detenuto in carcere, non ricorrano in concreto ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell’ordine e della disciplina, né sussistano, rispetto all’imputato, specifiche finalità giudiziarie”. “Un ulteriore profilo di irragionevolezza delle restrizioni imposte all’espressione dell’affettività, quali conseguono all’inderogabilità del controllo a vista

sui colloqui familiari, riguarda il loro riverberarsi sulle persone che, legate al detenuto da stabile relazione affettiva, vengono limitate nella possibilità di coltivare il rapporto, anche per anni”.

Un aspetto, quest'ultimo, di estrema rilevanza perché la Corte si occupa della lesione che produce il carcere non soltanto al detenuto ma anche all'esterno, ai suoi familiari, alle persone a lui legate, in termini di compressione della dignità umana su chi, pur estraneo al reato e alla condanna, tuttavia, subisce dalla detenzione del proprio caro un pregiudizio indiretto. Uno sguardo lungimirante sul senso della pena e sulla frattura che determina inevitabilmente nel mondo affettivo del ristretto anche in ragione della sofferenza e delle privazioni che ne discendono per coloro che con il detenuto hanno una relazione affettiva; sulla necessità, ancora, coerente agli obiettivi della pena secondo Costituzione, di tutelare i legami della persona detenuta con il mondo esterno “in quanto una pena che impedisce al condannato di esercitare l'affettività nei colloqui con i familiari rischia di rivelarsi inidonea alla finalità rieducativa e di produrre la dissoluzione delle relazioni affettive frustrate dalla protratta impossibilità di coltivarle nell'intimità di incontri riservati, con quell'esito di “desertificazione affettiva” che è l'esatto opposto della risocializzazione.

Nel dichiarare l'illegittimità nella norma censurata, la Corte costituzionale richiama le regole penitenziarie europee laddove è stabilito che le visite devono essere svolte con modalità tali da consentire ai detenuti di mantenere e sviluppare le relazioni, nello specifico familiari, in modalità il più possibile coerenti alla vita libera. La prescrizione del controllo a vista, scrive la Corte, si risolve in una compressione sproporzionata dei diritti dell'individuo e in un sacrificio irragionevole della dignità della persona. Anche ove si pensi ai matrimoni celebrati in carcere, la privazione di una compiuta intimità e il fenomeno indicato con l'immagine dei “matrimoni bianchi” conduce a una lesione della dignità degli sposi.

La disposizione censurata, scrive ancora la Corte, si pone anche in violazione dell'articolo 117 della Costituzione in riferimento all'articolo 8 Cedu. La Corte di Strasburgo, infatti, chiede espressamente di operare un bilanciamento tra interessi pubblici e privati temperando le ragioni di sicurezza, di difesa dell'ordine e di prevenzione dei reati, con le esigenze individuali.

La Corte rimanda, infine, alla precedente sentenza, n. 26 del 1999, con la quale si è dichiarata l'illegittimità degli articoli 35 e 69 dell'ordinamento penitenziario nella parte in cui non prevedevano una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti dei detenuti. Anche in tale occasione la Consulta richiamava il legislatore all'esercizio della funzione normativa che ad esso compete. Si tratta dunque di una sentenza “additiva di principio” con la quale la Corte accerta la fondatezza della questione di legittimità costituzionale e dichiara l'illegittimità della disposizione di legge nella parte in cui non prevede qualcosa che dovrebbe prevedere e tuttavia non integra con la regola mancante ma chiarisce il principio al quale il legislatore dovrà ispirarsi nella futura azione legislativa e il giudice dovrà adattarsi nella sua decisione del caso concreto.

L'azione combinata del legislatore, della magistratura di sorveglianza e dell'amministrazione penitenziaria, ciascuno per le rispettive competenze, potrà accompagnare una tappa importante del percorso di inveroamento del volto costituzionale della pena, prescrive la Corte.

Consapevole dell'impatto che la pronuncia di legittimità costituzionale avrà nella gestione degli istituti penitenziari già gravati da un estremo sforzo organizzativo a fronte del sovraffollamento detentivo e di una endemica carenza di risorse umane e materiali, nonché del rischio di una discontinua e non uniforme attuazione del diritto appena disegnato, la Corte chiarisce alcuni principi cui il legislatore dovrà adattarsi e cui gli operatori tutti dovranno conformarsi.

La durata dei colloqui intimi deve essere adeguata all'obiettivo di consentire al detenuto e al suo partner di esprimere appieno l'affettività e l'intimità anche sessuale; le visite devono potersi svolgere in modo non sporadico al fine di consentire la continuità di una relazione affettiva; i luoghi deputati agli incontri devono essere appropriati dotando gli istituti di apposite unità abitative organizzate per consentire anche la consumazione di pasti e riprodurre il più possibile un ambiente di tipo domestico; i locali devono essere sottratti allo sguardo esterno.

Ritiene la Corte che la possibilità che gli incontri tendano all'approccio sessuale determina la necessità che si svolgano esclusivamente con il coniuge, la parte dell'unione civile o la persona stabilmente convivente. Il direttore dell'istituto dovrà verificare la sussistenza del legame affettivo e l'effettività della pregressa convivenza.

Un aspetto, questo, di estrema problematicità perché allo stato le carceri pretendono, perfino per l'accesso ai colloqui ordinari, un certificato di convivenza che molti ristretti stranieri non sono in grado di produrre. Occorrerà, allora, che si stabiliscano nuovi criteri per definire la "convivenza di fatto" di cui parla la Consulta per e aprire ai colloqui, intimi e non, per coloro che di essa riescano a fornire prova al di là di una certificazione a volte non disponibile anche ammettendo, come si era fatto nei decreti attuativi della delega del 2017, che un legame affettivo possa essere scaturito, nel corso di una detenzione magari molto lunga, anche da una corrispondenza epistolare.

Occorrerà - precisa la Corte - tener conto di ragioni di sicurezza o di esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina e, riguardo all'imputato, di motivi di carattere giudiziario potendo quindi rilevare in senso ostativo condotte irregolari o precedenti disciplinari. Per l'imputato, invece, saranno da considerare rilevanti esigenze processuali quali quelle di salvaguardia della prova, di competenza dell'autorità che procede. Concetti, in vero, estremamente vaghi, generici e ampiamente interpretabili che instillano il timore di una applicazione potenzialmente arbitraria da parte delle singole direzioni che tenda a rendere di fatto il beneficio connesso a logiche di premialità in aspro conflitto con le statuizioni della Consulta ed al carattere finalmente riconosciuto alla sessualità di diritto soggettivo primario, espressione di ogni individualità.

Resteranno esclusi i ristretti in regime di 41 *bis*, co. II O.P. e chi è soggetto alla sorveglianza particolare per il tempo di durata della misura. Non le persone ristrette per i reati di cui all'art. 4 *bis* O.P. per le quali "non sussistono impedimenti normativi che precludano l'esercizio dell'affettività intra moenia, posto che l'ostatività del titolo di reato inerisce alla concessione dei benefici penitenziari e non riguarda le modalità dei colloqui". Tuttavia, in ragione della presunzione di pericolosità connessa al tipo di reato ed alle limitazioni previste per i colloqui dall'art. 37 co. 8 d.p.r. 230 del 2000, sarà ammesso "un maggiore controllo sugli incontri di queste persone, e ciò non può che tradursi in una più stringente verifica dei presupposti di ammissione all'esercizio dell'affettività intramuraria".

Ribadisce, dunque, la Corte il concetto che l'accesso al diritto non debba essere connesso a ragioni di premialità o di gradualità inerenti alla partecipazione al percorso rieducativo. Va tenuto presente che la Consulta ha giudicato rilevante la questione prospettata relativa a un detenuto cui era impossibile accedere alla sessualità perché gravato da sanzioni disciplinari che non lo rendevano ancora meritevole di permesso premio. Ciò indica che la valutazione del comportamento dovrà essere espressa in termini di sicurezza e non in termini di astratta meritevolezza.

“Resta ovviamente salva – conclude – la possibilità per il legislatore di disciplinare la materia stabilendo termini e condizioni diversi da quelli sopra enunciati, purché idonei a garantire l'esercizio dell'affettività dei detenuti, nel senso fatto proprio dalla presente pronuncia”.

E, tuttavia, puntualizza il venir meno, all'esito della decisione, dell'inderogabilità del controllo visivo sugli incontri, ipotizzando la creazione all'interno degli istituti penitenziari, con la gradualità necessaria, di appositi spazi riservati ai colloqui intimi tra la persona detenuta e quella ad essa affettivamente legata.

“In questa prospettiva – chiosa – l'azione combinata del legislatore, della magistratura di sorveglianza e dell'amministrazione penitenziaria, ciascuno per le rispettive competenze, potrà accompagnare una tappa importante del percorso di inveroamento del volto costituzionale della pena”.

Una strada che si disegna a piccoli passi e con timide aperture a volte, spesso, interrotte da gravi battute d'arresto.

Eppure l'importante diritto, riconoscimento basilare dell'umanità dei ristretti, potrebbe cambiare perfino la logica di allocazione in carcere da sempre sorretta da criteri di sicurezza e di protezione che traggono fondamento anche nelle differenze di genere e sostanza nella drammatica esperienza maturata nel tempo che ha dimostrato come persone spezzate nella naturale propensione alla sessualità, mortificate in un così saliente aspetto della personalità, possano giungere a esprimere con violenza i propri impulsi coattivamente repressi.

La circolare DAP n. 500422 del 2001 valuta le differenze di genere proprio in termini di rischio di violenza e di prevaricazione individuando i soggetti che in ragione della loro estraneità al concetto binario (uomo/donna) siano da considerarsi particolarmente meritevoli di tutela e da allocare nelle c.d. “sezioni protette”. Il mondo LGBTQ+, quello transessuale e omosessuale vengono trattati in carcere come potenziale oggetto di rapacità sessuale e, conseguentemente, pensati come soggetti da proteggere e isolare con grave detrimento delle opportunità trattamentali e risocializzanti. Le persone transessuali vengono collocate in regimi maschili in conformità con il dato biologico e protette dalla comunità nella quale devono vivere, oggetto di attenzioni moleste e indesiderate, sentendosi a volte donne in vetrina ora ambite, ora schernite. Chi è omosessuale tende a nascondere la propria identità restando nella tranquillizzante idea binaria per non esporsi a violenze, sopraffazioni e abusi in un mondo concepito per affermare sicurezza, ordine e disciplina più che per garantire l'integrazione ed evitare ogni forma di discriminazione.

L'art. 14 O.P. novellato nel 2018 proprio in ragione del riconoscimento della particolare vulnerabilità connessa a differenze di genere e della correlata esigenza di tutela, così si esprime: “L'assegnazione dei detenuti e degli internati, per i quali si possano temere aggressioni o sopraffazioni da parte della restante popolazione detenuta, in ragione solo dell'identità di genere o dell'orientamento sessuale, deve avvenire, per

categorie omogenee, in sezioni distribuite in modo uniforme sul territorio nazionale previo consenso degli interessati i quali, in caso contrario, saranno assegnati a sezioni ordinarie”. Una norma, questa, che certamente risponde ad un progresso nella considerazione dell’identità di genere di ciascuno e nel rispetto di essa e che, tuttavia, nasce dalla consapevolezza di un mondo fino a oggi brutalizzato dalla negazione dei più elementari istinti.

Il diritto alla sessualità come espressione della natura umana, come inscindibile dal bisogno di relazionalità, come aspetto saliente dell’io che ha riflessi sulla salute fisica e psichica delle persone, una volta attuato, alleggerirà certamente le pulsioni emozionali di una comunità reclusa e sofferente già vessata da una condizione del vivere assai lontana dai moniti costituzionali che ammettono unicamente le limitazioni alla libertà – il più alto, il più protetto dei diritti – rese indispensabili in virtù di esigenze di tutela della sicurezza collettiva.

Il concorso apparente di norme: un possibile revirement dei criteri sostanziali?

Nota a Cass. pen., sez. V, sent. 24 marzo 2023 (dep. 5 maggio 2023), n. 18891, Pistorelli, Presidente – Pilla, Estensore

Lara Vecchioni*

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Il fatto concreto ed il suo inquadramento nelle fattispecie incriminatrici previste dall'art. 453 c.p. – **3.** Brevi cenni sul principio dell'assorbimento e sui recenti approdi della giurisprudenza. – **4.** Considerazioni critiche. – **5.** Una possibile alternativa: il *post factum* non punibile. – **6.** Conclusioni.

ABSTRACT

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di Cassazione affronta nuovamente il tema del concorso apparente di norme, mostrando di discostarsi dal dictum delle Sezioni Unite nell'applicazione del criterio dell'assorbimento. Traendo spunto dalla pronuncia, il presente contributo analizza la questione alla luce dell'orientamento delle Sezioni Unite n. 41588/2017 sui criteri di risoluzione del concorso apparente di norme, nonché in relazione al rapporto intercorrente con il tema del divieto di bis in idem. L'analisi procede analizzando le criticità emerse dall'applicazione del criterio dell'assorbimento, offrendo una prospettiva alternativa mediante l'applicazione del *post factum* non punibile, il quale, in ultima analisi, si dimostrerà non del tutto soddisfacente.

With the sentence in the epigraph, the Supreme Court once again addresses the issue of the apparent concurrence of norms, showing to deviate from the dictum of the United Sections in the application of the absorption criterion. Drawing inspiration from this decision, the contribution analyzes the topic considering the orientation of the United Sections no. 41588/2017 on the criteria for resolving the apparent conflict of norms, as well as the relationship with the prohibition of bis in idem. The analysis proceeds by evaluating the critical issues that emerged from the application of the absorption criterion, offering an alternative perspective through the application of the non-punishable post factum, which, in the final analysis, will prove to be not entirely satisfactory.

MASSIMA

In tema di concorso apparente di norme, stante la struttura di norma incriminatrice a fattispecie plurima dell'art. 453 c.p., qualora il fatto integri più condotte tipiche si deve escludere il concorso formale tra il delitto di detenzione o spendita di banconote false e quello di acquisto o rice-

* Praticante Avvocato del Foro di Roma.

zione delle stesse, rispettivamente previsti dall'art. 453, n.ri 3 e 4 c.p. Invero, la fattispecie di cui all'art. 453 n. 3 c.p. risulta essere già contemplata dall'ipotesi delittuosa di cui all'art. art. 453, n. 4 c.p., nella parte in cui prevede che l'acquisto o la ricezione di banconote false avvenga con il fine di metterle in circolazione. Ineluttabilmente, ciò determina l'assorbimento della fattispecie di spendita di banconote false nell'ipotesi delittuosa dell'acquisto di cui all'art 453, n. 4 c.p. e, pertanto, la mancata insorgenza della fattispecie ex art. 453, n. 3 c.p. in via autonoma e concorrente.

1. Premessa.

Ancora oggi, il tema del concorso di norme costituisce uno dei maggiori spazi di dibattito per la dottrina e la giurisprudenza, nell'ambito del quale sono state elaborate le teorie più disparate, fino al recente *dictum* delle Sezioni Unite con cui sembrerebbe essersi conclusa l'antica *querelle* tra tesi monistica e tesi pluraliste, con la prevalenza della prima sulle seconde¹.

È indubbio che l'argomento è lungi dall'essere di mero carattere teorico: l'indagine sull'unità o pluralità di reati determina un'eccezione *quoad poenam* alle regole sul concorso di reati. In altre parole, l'inquadramento dei fatti oggetto di giudizio nell'alea dell'unicità del reato annovera i medesimi nel concorso apparente di reati con un conseguente spostamento della questione dal piano della tipicità a quello del trattamento sanzionatorio².

Com'è evidente, l'intero discorso attiene alla distinzione tra qualificazioni giuridiche multiple concrete oppure apparenti presenti all'interno del sistema penale, a seconda che una determinata vicenda naturalistica appaia sussumibile in un'unica o in più fattispecie incriminatrici ovvero la sussunzione sia *prima facie* da ritenersi esclusivamente in più fattispecie, ma quella concretamente applicabile risulti essere una sola³. Tale ultimo caso descrive, per l'appunto, il concorso apparente di norme⁴ o – come meglio definito da autorevole dottrina – la convergenza di norme «che appaiono contemporaneamente applicabili ad un medesimo fatto»⁵.

Come noto, l'articolo 15 c.p. rappresenta l'unico riferimento codicistico al concorso apparente di norme nell'intero apparato normativo, sicché è stato indicato dalla Cassazione quale unico criterio praticabile che deve guidare l'interprete nella risoluzione del conflitto tra più fattispecie incriminatrici, convalidando così la supremazia della tesi monistica su quelle pluraliste⁶.

¹ Per un approfondimento sul tema, si v. G. SERRA, *Le Sezioni Unite e il concorso apparente di norme, tra considerazioni tradizionali e nuovi spunti interpretativi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, fascicolo n. 17.

² L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Torino, 2022, 111 ss.

³ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.

⁴ In dottrina si v. F. ANTOLISEI, *Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme*, in *Giust. pen.*, 1942, 209; G. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966; A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1954; M. SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1961.

⁵ F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, *ibidem*.

⁶ Cass. pen., sez. un., sent. 22 giugno 2017, n. 41588.

Ciò considerato, è possibile constatare come, nella prassi, talvolta le soluzioni adottate dalle sezioni semplici⁷ della Corte mostrino di discostarsi dal principio di diritto delle Sezioni Unite del 2017, seguendo invero alcuni dei criteri prospettati dalle teorie pluraliste, ulteriori rispetto al tradizionale criterio di specialità di cui all'art. 15 c.p., di cui, peraltro, la sentenza in commento ne rappresenta un esempio particolarmente interessante⁸.

Con tale lavoro, pertanto, si intende evidenziare come la tesi monistica sottovaluti la portata del criterio di specialità, il quale, a ben vedere, contiene *lato sensu* al proprio interno taluni di quei criteri forniti dalle teorie pluraliste, come il criterio dell'assorbimento⁹. Del resto, nel caso in considerazione, il ricorso al criterio dell'assorbimento è apparso il solo in grado di porre rimedio ad un capo di imputazione che, al momento della sua formulazione, non ha tenuto conto della realtà fenomenica emersa a seguito delle indagini preliminari svolte in rapporto alla fattispecie contestata.

Con la sentenza in commento, infatti, la Quinta sezione della Cassazione¹⁰ si è occupata del concorso apparente di norme con riferimento alle fattispecie incriminatrici previste dall'art. 453 c.p. in tema di acquisto e spendita di banconote false. La citata sentenza, seppur breve, è densa di diversi argomenti tra quelli più sopra richiamati che, a loro volta, sono strettamente interconnessi con due ulteriori temi di fondo: il divieto di *bis in idem*¹¹ e il *post factum non punibile*¹².

Alla luce della complessità dei temi sopra richiamati, appare opportuno dapprima inquadrare la fattispecie concreta, in fatto e in diritto, da cui ha avuto origine la vicenda in parola, per poi trattare le menzionate tematiche ad essa sottese.

2. Il fatto concreto ed il suo inquadramento nelle fattispecie incriminatrici previste dall'art. 453 c.p.

Nel caso di specie, l'imputata veniva condannata per aver acquistato e ricevuto da un falsario una somma di denaro in banconote false e per averle spese, una volta

⁷ Ad esempio, Cass. pen., sez. II, sent. 14 gennaio 2019, n. 21987, secondo cui “il reato di detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a servizi informatici o telematici è assorbito in quello di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, del quale il primo costituisce naturalisticamente un antecedente necessario, ove il secondo risulti contestato, procedibile e integrato nel medesimo contesto spaziotemporale in cui fu perpetrato l'antefatto e in danno dello stesso soggetto”. In questo caso, la S.C. ha utilizzato la categoria dell'ante fatto non punibile, per eludere il principio di diritto delle Sezioni Unite del 2017.

⁸ L'oscillazione delle sezioni semplici sui confini dell'operatività del criterio di specialità deve individuarsi nella “peculiarità delle molteplici fattispecie concrete” che, di volta in volta, si presentano, così come rilevato dall'Ufficio del Massimario, in *Rassegna della giurisprudenza di legittimità – Gli orientamenti delle Sezioni Penali*, 2017, in www.cortedicassazione.it.

⁹ L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, *ibidem*, 140 s.

¹⁰ Cass. pen., sez. V, sent. 24 marzo 2023, n. 18891.

¹¹ Secondo il principio del *ne bis in idem* sostanziale, il medesimo fatto non può essere addebitato più volte allo stesso soggetto “qualora l'applicazione di una sola delle norme in cui il fatto è sussumibile ne esaurisca, per intero, il contenuto di disvalore sia da un punto di vista oggettivo, che soggettivo”, G. RANALDI-F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Archivio penale*, 2017, fascicolo n. 1, 9 ss.

¹² G. VASSALLI, voce *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. dir.*, II, 1958, 505 ss.

ricevute, per l'acquisto di articoli di vario genere. Le due fattispecie – rispettivamente quelle previste dagli artt. 453 n. 4 e n. 3 c.p. – venivano contestate altresì con le aggravanti di cui all'art. 61 nn. 2 e 5 c.p.

La sentenza di primo grado veniva parzialmente riformata dalla Corte di appello territorialmente competente in virtù dell'avvenuta prescrizione di due ulteriori capi di imputazione, per l'effetto della quale veniva rideterminata la pena in relazioni ai citati reati (si ribadisce: l'acquisto e la ricezione di banconote false ai sensi dell'art. 453 n. 4 c.p. e la spendita delle medesime di cui all'art. 453 n. 3 c.p.). Nel resto, la sentenza di appello confermava le circostanze aggravanti riconosciute con la sentenza di primo grado.

Al contrario, la sentenza qui annotata ha ricondotto la fattispecie della spendita di banconote false di cui all'art. 453 n. 3 c.p. nell'alveo del reato di acquisto e ricezione di banconote false di cui al successivo n. 4, ritenendo il primo reato assorbito nel secondo ed escludendo altresì la configurazione dell'aggravante del nesso teleologico ai sensi dell'art. 61 n. 2 c.p. Conseguentemente, la Corte ha annullato la sentenza impugnata limitatamente al trattamento sanzionatorio e al giudizio di bilanciamento con rinvio ad altra sezione della Corte di appello competente.

È evidente, dunque, che le sentenze di condanna dei due giudizi di merito e, ancor prima, le contestazioni formulate dalla Pubblica Accusa – sebbene apparentemente rispondenti alla realtà fenomenica – non aderissero alla legge penale.

Ed infatti, nelle ipotesi di norme incriminatrici a fattispecie plurima, quali l'art. 453 c.p., la Cassazione aveva già fornito indicazioni utili al fine di consentire una corretta individuazione della fattispecie contestata, prevedendo che *“in tema di falso in monete, avendo l'art. 453 cod. pen. natura giuridica di norma incriminatrice a fattispecie plurima, deve escludersi il concorso formale di reati quando il fatto integri più condotte tipiche e queste vengano realizzate senza apprezzabile soluzione di continuità sul medesimo oggetto materiale”*¹³, poiché *“le stesse perdono la loro individualità e rimangono assorbite nella più grave di esse”*¹⁴.

La sentenza qui annotata riprende l'orientamento espresso nelle massime già indicate, nella parte in cui ritiene che le condotte poste in essere dall'imputata siano attinte da contiguità cronologica e convergano sullo stesso oggetto materiale attraverso la condotta di acquisto di banconote false immediatamente precedente e la loro successiva cessione, concludendo per l'assorbimento della seconda fattispecie (la spendita) nella prima (l'acquisto e la ricezione).

A ben vedere, già da una rapida lettura della fattispecie di cui all'art. 453 n. 4 c.p., si può giungere ad una prima conclusione intermedia.

Prima di qualsivoglia interpretazione giurisprudenziale e dottrinale, infatti, è proprio la *littera legis* ad indicare all'interprete che la fattispecie in esame si applica a chiunque acquisti o riceva le monete contraffatte con il fine specifico di «metterle in circolazione». In tal modo, sembrerebbe che il delitto di cui all'art. 453, n. 4 c.p. includa già al proprio interno la fattispecie prevista al n. 3 dell'art. 453 c.p.

¹³ Cass. pen., sez. V, sent. 7 giugno 2012, n. 37632, Baldari e altri, Rv. 254559.

¹⁴ Così Cass. pen., sez. III, sent. 17 novembre 2021, n. 3323, Bruno, Rv. 282699, con riferimento alle fattispecie di cui all'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

In realtà, dal raffronto strutturale tra le due norme emerge un autonomo campo applicativo per ciascuna di esse¹⁵, che, purtuttavia, nel caso in considerazione è coinciso.

In particolare, sebbene il reato di spendita di banconote false sia punito autonomamente dall'art. 453 n. 3, non può non rilevarsi come la condotta rappresentata dalla spendita possa sovrapporsi altresì con il fine di mettere in circolazione le citate banconote. Vi è da chiedersi, difatti, in che altro modo il fine menzionato debba conseguirsi, se non proprio attraverso una messa in circolazione delle monete false, che, per logica, si attua tramite la spendita di queste ultime.

Inoltre, sia consentita sul punto una considerazione extragiuridica: non si comprende quale possa essere la ragione sottesa all'acquisto di banconote false, se non con l'ulteriore proposito di spenderle in seguito.

Non solo. A ciò si aggiunga che, tra le condotte elencate nell'art. 453 n. 3 c.p., figura anche quella di «*mettere altrimenti in circolazione monete contraffatte o alterate*».

Si potrebbe affermare, allora, che l'elemento della messa in circolazione di monete false coincida, in taluni casi, con una delle condotte del reato nella fattispecie prevista dall'art. 453 n. 3 c.p. e, al contempo, con l'elemento soggettivo del reato nel delitto di cui all'art. 453 n. 4 c.p. Ne deriva che solo da un raffronto "interstrutturale" tra gli elementi fattuali e le due diverse fattispecie incriminatrici sarà possibile annoverare la messa in circolazione nell'elemento oggettivo o soggettivo del reato.

Appare, dunque, quantomai opportuno il correttivo svolto dalla Corte nella sentenza in commento, che, in tal modo, ha ripristinato la corretta applicazione della legge penale.

3. Brevi cenni sul principio dell'assorbimento e sui recenti approdi della giurisprudenza.

Come premesso, la questione giuridica sottesa alla sentenza in commento deve individuarsi nell'enucleazione delle regole che governano il concorso apparente di norme. Posto che il tema si manifesta ogni qual volta una condotta sia apparentemente sussumibile sotto più norme incriminatrici, assumono notevole rilevanza le teorie dei criteri volti alla risoluzione del concorso apparente medesimo.

Le due teorie antitetiche in questione sono, come noto, la tesi monistica e le tesi pluralistiche.

La prima corrente propugna l'applicazione di un unico criterio, individuato nella specialità di cui all'art. 15 c.p., per l'individuazione della singola disposizione concretamente applicabile. Secondo tale prospettiva, pertanto, si dovrebbe applicare la norma speciale rispetto a quella di carattere generale.

D'altra parte, le tesi pluralistiche sostengono che esistono ulteriori criteri in grado di intervenire in aggiunta al criterio di specialità, nel caso in cui attraverso quest'ul-

¹⁵ Le differenze strutturali sono varie: ad esempio, l'elemento soggettivo corrisponde, rispettivamente, al dolo generico nel primo caso e al dolo specifico nel secondo. Ancora, le condotte richieste ai fini dell'integrazione delle fattispecie sono parzialmente diverse tra loro: da un lato, l'introduzione nel territorio dello Stato, la detenzione, la spendita o la messa in circolazione, dall'altro l'acquisto o la ricezione delle monete contraffatte.

timo non sia possibile individuare la fattispecie incriminatrice concretamente applicabile¹⁶.

Di recente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ribadito il principio di specialità come l'unico criterio idoneo a risolvere un eventuale concorso apparente di norme, poiché rispetta integralmente il principio di legalità. Pertanto, tale criterio è da considerarsi come il «parametro euristico di riferimento».

Di conseguenza, *“il criterio di specialità deve intendersi e applicarsi in senso logico-formale. Il presupposto della convergenza di norme, perché risulti applicabile la regola sulla individuazione della disposizione prevalente ai sensi dell'art. 15 c.p., risulta integrato solo da un rapporto di continenza tra fattispecie, alla cui verifica deve procedersi attraverso il confronto strutturale tra le norme incriminatrici astrattamente configurate, mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie di reato”*¹⁷.

Se da un lato, dunque, il principio della specialità è stato disciplinato dal legislatore, nonché riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità, quale unico criterio di risoluzione del concorso apparente di norme, d'altro canto, non può sottacersi la necessità dell'intervento di ulteriori criteri di soluzione del concorso di norme.

Come si dirà meglio nel prosieguo¹⁸, infatti, benché a volte sia lo stesso ordinamento a prevedere in modo espresso l'esclusione del concorso reale di norme, taluni considerano possibile ricavare dal sistema un criterio generale ulteriore rispetto al criterio di specialità, rispettivamente nel cd. *ne bis in idem* sostanziale¹⁹, considerandolo

¹⁶ Dopo il principio di specialità, le teorie pluralistiche individuano il principio di sussidiarietà e il principio di consunzione quali criteri di risoluzione del concorso apparente di norme. Riassumendo, la sussidiarietà si verifica quando una norma di rango inferiore, quale norma sussidiaria appunto, si subordina alla norma principale. Quest'ultima, oltre a tutelare il medesimo bene giuridico presidiato dalla prima norma, provvede alla salvaguardia di uno o più beni giuridici ulteriori ovvero sanziona una forma di offesa più grave allo stesso bene. Dal canto suo, la giurisprudenza ha riconosciuto l'operatività del criterio di sussidiarietà in presenza delle cd. clausole di riserva (si v. Cass. pen., sez. V, sent. 2 maggio 2019, n. 30455).

Il criterio di consunzione – meglio noto come criterio dell'assorbimento – *“determina una fondamentale unità di disvalore oggettivo e soggettivo: a tale unità corrisponde una unicità di valutazione giuridica alla stregua della norma che prevede la pena più grave, unicità che, evitando la violazione del ne bis in idem, fa salva un'esigenza di giustizia materiale e di razionalità dell'ordinamento”*, così M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, I, Milano, 2004, 172. Con riferimento alla giurisprudenza, si v. Cass. pen., sez. VI, sent. 10 aprile 2019, n. 18572,

¹⁷ Il riferimento, ancora una volta, è a Cass. pen., sez. un., sent. 22 giugno 2017, n. 41588.

¹⁸ *Infra* §5.

¹⁹ Il divieto di *bis in idem* deve il proprio successo alla CEDU, in particolare alla nota sentenza *“Grande Stevens”* (Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, sent. 4 marzo 2014, n. 18640). In quest'ultima, la Corte EDU prende una posizione in parte divergente riguardo al primato del principio di specialità. Essa ritiene che, per determinare la violazione del principio del *ne bis in idem*, sia essenziale valutare se i fatti specifici oggetto di imputazione coincidano o meno, risultando al contempo irrilevante la struttura astratta delle fattispecie.

Nel panorama nostrano, invece, è opportuno segnalare la pronuncia con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente, Corte cost., sent. 21 luglio 2016, n. 200. Per un approfondimento sul tema, si v.: R. CALÒ, *Divieto di doppio processo – La dimensione costituzionale del divieto di doppio processo*, in *Giur. It.*,

“come risultato normativo dell’elaborazione dogmatica di un’istanza-guida di giustizia materiale che non tollera l’addebito plurimo di un medesimo fatto quante volte l’applicazione di una sola delle norme cui il fatto in teoria corrisponde ne esaurisca l’intero contenuto di disvalore sul terreno oggettivo e soggettivo”²⁰.

Ora, sebbene il principio del *ne bis in idem* sostanziale riveli che, in alcuni casi, il criterio di specialità non è di per sé sufficiente a riconoscere che il concorso di reati sia apparente, il principio stesso è considerato un criterio valoriale, che, in quanto tale, non può trovare spazio se non di concerto con le regole prescritte dal legislatore²¹. In altre parole, il *ne bis in idem* viene riconosciuto come principio argomentativo, di politica criminale, che può essere richiamato in sede interpretativa purché in ossequio al principio di specialità di cui all’art. 15 c.p.²².

In questo delicato equilibrio, si inserisce il principio di consunzione²³, meglio noto come principio dell’assorbimento, secondo cui si applica la norma che prevede la pena più grave o comunque che esaurisce l’intero disvalore oggettivo e soggettivo del fatto²⁴ («*lex consumens derogat legi consumptae*»).

In questo senso, il criterio di assorbimento opererebbe quando tra ambedue le fattispecie considerate sussista un rapporto di continenza necessario, ovvero sia quando la commissione del fatto previsto dal reato assorbente è accompagnata dal naturale perfezionarsi della fattispecie assorbita. In tali casi, ciò si riflette inevitabilmente nella determinazione della pena da parte del legislatore, in modo tale che il complessivo disvalore del fatto si esaurisce con l’applicazione della sanzione – più severa – prevista per il reato principale. Di fatto, l’ulteriore irrogazione della pena relativa al reato assorbito determinerebbe una intollerabile duplicazione dell’intervento sanzionatorio dello Stato²⁵.

È interessante segnalare che, dal canto suo, la giurisprudenza di legittimità ha ravvisato il principio di consunzione in fattispecie di cui le Sezioni Unite non sono ancora state chiamate a pronunciarsi²⁶. Ed infatti, il riconoscimento del solo criterio

2016, 10, 2240; L. DELBONO, *Concorso di norme e bis in idem sostanziale dopo la sentenza della Corte cost. 200/2016*, in *Giurisprudenza penale*, 2018, fascicolo n. 2; G. DI CHIARA, *Osservatorio Corte costituzionale – Ne bis in idem, nozione di idem factum e concorso formale di reati tra ordinamento interno e garanzie CEDU*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2016, 9, 1171; D. PULITANÒ, *Ne bis in idem. Novità dalla Corte costituzionale e problemi aperti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 12, 1588.

²⁰ M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, I, *ibidem*, 165; Cass. pen., sez. un., sent. 28 marzo 2001, n. 22902.

²¹ L. BIN, *Il reato eventualmente complesso come (unica) ipotesi di concorso apparente ulteriore rispetto alla specialità. L’esempio del rapporto tra incendio e disastro ambientale*, in *Legislazione penale*, 2023, 12 ss.

²² Per una trattazione completa ed approfondita, si rimanda interamente a L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, *ibidem*, 198 ss.

²³ Secondo una parte della dottrina, il principio di consunzione troverebbe il proprio fondamento normativo nell’inciso finale dell’art. 15 c.p., il quale consente di derogare al principio di specialità nei casi previsti dalla legge, cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2000, 548.

²⁴ A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 551 ss.

²⁵ E. MEZZETTI, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, Bologna, 2023, 182.

²⁶ Il riferimento è a quell’orientamento costante che ritiene vi sia assorbimento del reato di riduzione in schiavitù in danno di persona convivente con quello di maltrattamenti contro i familiari,

di specialità per la risoluzione del concorso apparente di norme è avvenuto esclusivamente con riferimento a particolari ipotesi di alcune fattispecie incriminatrici²⁷. Ciononostante, si deve comunque ritenere che il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite sia valevole per tutti i casi di concorso apparente di norme, salva diversa indicazione legislativa.

4. Considerazioni critiche.

Pur potendosi condividere in generale, per i motivi suesposti, la soluzione adottata nella sentenza in commento, la conclusione raggiunta dalla Suprema Corte desta qualche perplessità.

Il primo *punctum dolens* risiederebbe, infatti, nel rapporto intercorrente tra le fattispecie incriminatrici di cui all'art. 453 nn. 3 e 4 c.p. Ed infatti, all'esito della disamina svolta *sub* II, si potrebbe constatare come in realtà la Corte di Cassazione abbia applicato il criterio di specialità, mentre l'assorbimento può considerarsi al più come il risultato di tale processo applicativo.

In effetti, nel caso concreto, la fattispecie di acquisto e ricezione delle monete falsificate risulta speciale rispetto a quella rappresentata dalla mera spendita²⁸, in virtù del già citato raffronto tra le due fattispecie.

L'elemento comune ad entrambe le ipotesi, allora, corrisponderebbe alla messa in circolazione, alla spendita, mentre gli elementi specializzanti sarebbero rappresentati dalle condotte di acquisto e di ricezione.

Il risultato sarebbe stato senz'altro diverso nell'ipotesi in cui, oltre all'acquisto e alla ricezione, la spendita si fosse accompagnata da un'ulteriore condotta – ad esempio, l'introduzione delle banconote false nel territorio dello Stato. In quest'ultimo caso, è evidente che ambedue le fattispecie avrebbero assunto autonoma rilevanza, sottostando alle regole ordinarie del concorso di reati.

Una simile interpretazione permetterebbe alla sentenza in commento di non entrare in conflitto con il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite del 2017, aderendo all'impostazione monistica, secondo cui il principio di specialità è l'unico strumento espressamente previsto dal legislatore nella risoluzione dei conflitti tra fattispecie incriminatrici²⁹.

ex multis Cass. pen., sez. V, sent. 8 giugno 2022, n. 26429; Cass. pen., sez. V, sent. 11 febbraio 2016, n. 35115.

²⁷ A titolo esemplificativo, nei reati previsti da leggi speciali in tema di armi, di sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a sequestro ex art. 334 c.p. o, infine, di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti con la truffa aggravata ai danni dello Stato.

²⁸ L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Torino, 2022, p. 424 e ss., secondo l'Autore “non si può negare un rapporto di specialità tra una fattispecie e l'altra solo perché quella speciale è contenuta in una disposizione che prevede anche altre modalità di realizzazione alternative, perché un tale formalismo pregiudicherebbe un'interpretazione della specialità come forma di attuazione del principio di colpevolezza, imponendo una duplice commisurazione della sanzione sulla base del mero dato che una delle due fattispecie contiene una modalità la cui realizzazione rispetto all'altra è del tutto irrilevante”.

²⁹ In dottrina, E. MEZZETTI, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, *ibidem*, 183. Occorre sottolineare, infatti, che le Sezioni Unite del 2017 si pongono in linea di continuità con tale indirizzo

Nel caso *de quo*, purtuttavia, l'utilizzo del criterio dell'assorbimento da parte della Quinta sezione della Corte di Cassazione non presenta solo l'inconveniente di collidere con l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite, bensì anche quello di aver proceduto a far assorbire il reato più grave in quello meno grave.

L'ulteriore *busillis* è rappresentato, infatti, dalla circostanza che il reato di spendita (rimasto soccombente) risulta essere di maggiore gravità rispetto al reato di acquisto e di ricezione.

A tale conclusione si perviene per due principali ragioni.

Innanzitutto, occorre premettere che le fattispecie in parola sono punite con lo stesso *quantum* di pena, sicché non è possibile ricorrere al principio di rilevanza giuridica secondo cui si applica la sanzione capace, di per sé, di esaurire completamente il disvalore dell'azione³⁰. Ne discende che l'indagine sulla maggiore gravità delle anzidette fattispecie dovrà necessariamente prendere le mosse da elementi differenti rispetto al trattamento sanzionatorio.

La prima ragione risiede, infatti, nell'apprezzamento del bene giuridico tutelato dalle due norme. Esso è rappresentato in entrambe le fattispecie dalla pubblica fede, definita come la fiducia che la collettività ripone nella genuinità e veridicità delle monete³¹. In particolare, la giurisprudenza ha specificato che entrambi i delitti contenuti nell'art. 453 c.p. sono reati di pericolo, posti a tutela dell'interesse patrimoniale dell'istituto di emissione, dei privati nonché della collettività, *sub specie* di fede pubblica nella legalità della circolazione monetaria³².

La seconda ragione, invece, è consequenzialmente logica rispetto alla prima. Con la condotta di spendita, il soggetto agente immette nell'economia circolare monete contraffatte che, pertanto, continuano a fluire all'interno del mercato con conseguenze notevolmente rischiose. È indubbio, invece, che l'acquisto e la ricezione di banconote false, quando non seguiti da alcuna successiva condotta, comportino un pericolo considerevolmente inferiore.

A tali considerazioni, inoltre, deve affiancarsi quella sul limite applicativo al criterio dell'assorbimento derivante dalla *voluntas legislatoris*. Ed infatti, se il reato primario o assorbente prevede una pena meno severa o uguale rispetto al reato soccombente, si deve considerare l'ipotesi che il legislatore abbia voluto punire autonomamente i fatti considerati. Pertanto, invece di avere una convergenza solo apparente tra le norme, andranno applicate, in tali circostanze, le norme sul concorso di reati³³.

Al contrario, nel caso in cui il legislatore abbia previsto una pena più grave per il reato assorbente, il principio della *lex consumens derogat legi consumptae* potrà operare e il reato soccombente, punito con una pena inferiore, resterà assorbito nel primo.

interpretativo; cfr. Cass. pen., sez. un., sent. 20 dicembre 2005, n. 47164; Cass. pen., sez. un., sent. 28 ottobre 2010, n. 1963; Cass. pen., sez. un., sent. 28 ottobre 2010, n. 1235.

³⁰ M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, Torino, 1997, 74 s.

³¹ A. FIORELLA, *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2016, 605 ss.

³² Cass. pen., sez. V, sent. 1° giugno 2011, n. 35774.

³³ E. MEZZETTI, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, *ibidem*, 183.

Alla luce di tale interpretazione, è plausibile arguire che la spendita o la messa in circolazione di monete contraffatte costituisca una fattispecie delittuosa affetta da una maggiore gravità rispetto a quelle di acquisto e di ricezione delle stesse.

Di conseguenza, pur condividendo l'obiettivo finalistico della Corte, si rileva che su questo specifico aspetto si potrebbe avanzare una diversa interpretazione: il reato più grave (la spendita) avrebbe dovuto assorbire quello meno grave (l'acquisto e la ricezione), in quanto in grado di esaurire in sé l'intero disvalore penale del fatto, anziché il contrario.

5. Una possibile alternativa: il *post factum non punibile*.

Rilevate le sopra esposte criticità, si tenterà di ricercare una soluzione alternativa a quella adottata dalla Suprema Corte e, al contempo, aderente al principio di specialità ai sensi dell'art. 15 c.p.

Sovente in dottrina si suole accostare ogni ragionamento sul concorso apparente di norme con le categorie del *post factum* e dell'*ante factum non punibile*, benché la giurisprudenza sia restia a riconoscerle. Al contrario, dal *post factum non punibile* è possibile trarre un utile spunto per la sentenza in commento.

Si proceda con ordine.

Come noto, il concorso apparente di norme può delinarsi in due gruppi di casi.

Il primo gruppo viene in considerazione allorché vi sia un unico fatto concreto, scaturente da un'unica azione od omissione, sussumibile nell'alveo di una pluralità di norme incriminatrici, una sola delle quali concretamente applicabile.

Il secondo gruppo si realizza, invece, quando vi siano più azioni od omissioni, logicamente separate tra loro, ciascuna riconducibile ad una fattispecie incriminatrice e di cui risulta applicabile una sola di esse. Il fatto antecedente o susseguente a quello concretamente punito rimarrà in quest'ultimo «assorbito» e, pertanto, non punito³⁴.

Ne consegue che l'*ante factum* e il *post factum non punibili* sono quei fatti che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, anticipano oppure susseguono cronologicamente un fatto di reato³⁵.

Al di là delle previsioni espresse³⁶ racchiuse nelle diverse fattispecie incriminatrici, parimenti è stato ritenuto³⁷ che sussistano ipotesi tacite dell'una e dell'altra categoria. In particolare, per ciò che attiene al post fatto non punibile, le clausole di riserva «fuori dei casi di concorso nel reato» antecedente o «fuori dei casi preveduti nell'articolo o negli articoli precedenti» vengono considerate indicatori di quest'ultimo.

³⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001, 725.

³⁵ E. MEZZETTI, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, *ibidem*, 620.

³⁶ Su tali questioni A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1954, 92 ss.; G. VASSALLI, voce *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, *ibidem*; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, Bologna, 1966, 587 ss. Tali espressioni sono mutuare dalla dottrina tedesca che si esprime facendo riferimento allo *straflose Vor-und Nachtat*. La dottrina tedesca tende, però, a far rientrare, nella stessa nozione, le ipotesi di reato progressivo, progressione criminosa e il c.d. reato di passaggio *Durchgangsdelikt*. Sul punto WESSELS-BEULKE-SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Monaco, 2013, 320 ss.

³⁷ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2021, 592.

A ben vedere, si è innanzi ad un *post factum* non punibile ogni qual volta il secondo reato costituisca il normale sviluppo della condotta precedente – *rectius* del primo reato – con cui il soggetto agente raggiunge oppure consolida i vantaggi derivanti dal primo.

Tenendo presente le posizioni correnti sulla natura giuridica delle suddette categorie³⁸, che – per esigenze di brevità – non possono essere interamente riportate in questa sede, si può tentare di fornire una diversa soluzione della vicenda sottesa alla sentenza in commento, riconducendo all'interno della categoria del *post factum* non punibile la fattispecie di spendita di banconote false di cui all'art. 453 n. 3 c.p. in caso di precedente acquisto delle stesse.

Di seguito verrà fornito qualche esempio in grado di dimostrare la praticabilità di una simile interpretazione.

In tema di falsità in monete, chi contraffà carta filigrana è punito ai sensi dell'art. 460 c.p. «solo se il fatto non costituisce più grave reato»; ed infatti, se colui che ha falsificato la carta filigrana se ne serve, poi, per contraffare monete, sarà punito a norma dell'art. 453 n. 1 c.p. In tal caso, la contraffazione della carta assumerà i connotati dell'*ante factum* non punibile.

Un altro esempio³⁹ può ricavarsi dall'art. 455 c.p., il quale punisce chi spende o mette altrimenti in circolazione monete falsificate «*fuori dei casi preveduti dai due articoli precedenti*». Di conseguenza, nel caso di soggetto che prima contraffà, in qualità di autore o partecipe, le monete e successivamente le mette in circolazione, questo sarà punito a norma dell'art. 453 n. 1, dovendosi considerare la spendita e la messa in circolazione come *post factum* non punibili.

I precedenti due esempi costituiscono ipotesi espresse di ante fatto e post fatto non punibili. Al contrario, si potrebbe sostenere che la sentenza in commento offra un'ipotesi tacita di *post factum* non punibile, in parte ricavabile dai suesposti esempi.

La locuzione usata dal legislatore nell'art. 453 n. 4 c.p. («*al fine di metterle in circolazione*») dà per scontato, infatti, che l'acquisto e la ricezione siano avvenuti proprio per spendere le monete contraffatte. La *ratio* della citata fattispecie delittuosa si attesterebbe sulla fase antecedente – rappresentata dall'acquisto e dalla ricezione – in cui si entra in possesso del denaro contraffatto, dovendosi considerare la spendita come l'esito naturale delle precedenti condotte.

A riprova di ciò, è necessario considerare che le norme inerenti al concorso di reati trovano applicazione a meno che non sia lo stesso legislatore a regolare, in relazione a specifiche tipologie di reato, l'assorbimento del reato che costituisce la premessa logica o la conseguenza naturale del reato più grave, stabilendo una forma di “uni-

³⁸ La dottrina ha elaborato teorie differenti sulla natura giuridica dell'ante fatto e del post fatto non punibile. In particolare, un primo orientamento li considera quali semplici manifestazioni del principio di sussidiarietà o, a seconda delle posizioni, del principio di assorbimento (FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, ibidem*, 724). Vi è, poi, chi ritiene che dovrebbero avere autonoma rilevanza e chi, contemporaneamente, ne sottolinea l'inutilità a seguito dell'estensione del reato continuato alle ipotesi di concorso eterogeneo (R. GALLI, *Nuovo corso di diritto penale*, Padova, 2017, 922). Infine, tra questi vi sono coloro che equiparano l'*ante factum* e il *post factum* non punibili alle ipotesi di reato complesso o di reato progressivo (sempre R. GALLI, *Nuovo corso di diritto penale, ibidem*, 923).

³⁹ Lo stesso esempio è citato in FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, ibidem*, 725.

ficazione legale"⁴⁰. La questione richiede, quindi, una valutazione interpretativa, da affrontare in modo specifico per ogni singolo caso.

D'altronde, nel caso *de quo*, la logica del sistema creato dal legislatore è proprio quella di tutelare il bene giuridico della pubblica fede mediante più previsioni complementari tra loro, a seconda degli elementi fattuali che, di volta in volta, si presentano⁴¹.

Se così stessero le cose, allora, saremmo di fronte ad un'ipotesi – seppur non espressamente sancita – di post fatto non punibile, in cui la spendita di monete contraffatte è necessaria, prodromica e naturalmente susseguente all'acquisto e alla ricezione delle medesime.

Una dettagliata analisi svela, tuttavia, che la prospettiva del *post factum* non punibile non risulta del tutto pervasiva. Quest'approccio, pur rispettando la sovranità del criterio di specialità contemplato dall'art. 15 c.p., non è in grado di giustificare integralmente l'assorbimento della condotta di spendita nell'alveo della fattispecie di acquisto e di ricezione ai sensi dell'art. 453 n. 4 c.p., senza incorrere nelle criticità sopra esposte.

In altre parole, se da un lato il ricorso alla categoria del post fatto non punibile non entra in conflitto con il criterio della specialità, dall'altro lato ciò non impedisce l'assorbimento di un reato più grave (la spendita) all'interno di quello meno grave (l'acquisto e la ricezione).

6. Conclusioni.

All'esito di questa breve analisi, risulta opportuno proporre alcune fondamentali conclusioni di quanto è stato discusso.

Giunti a questo punto, è ben noto l'orientamento ormai granitico dei giudici di legittimità, secondo il quale il criterio di specialità rappresenta l'unico mezzo predisposto dal legislatore per risolvere il concorso apparente di norme. Come enunciato in premessa, ciò porta inesorabilmente ad un ampliamento della sfera applicativa del concorso di reati; soluzione che, d'altra parte, pare essere in auge nella giurisprudenza della Cassazione⁴².

Inoltre, si è evidenziato come tra le fattispecie di cui all'art. 453 nn. 3 e 4 c.p. possa sussistere un rapporto di specialità in concreto, senza la necessità di ricorrere al criterio dell'assorbimento. Tuttavia, in questo caso, risulta difficile spiegare la decisione della Corte di sussumere il reato di spendita all'interno dell'acquisto o della ricezione.

Pertanto, si è cercato di esplorare una via alternativa, rappresentata dal *post factum* non punibile. Come è emerso, anche questa interpretazione lascia irrisolto il nodo sull'assorbimento del reato più grave in quello meno grave.

Si deve quindi concludere che il risultato della sentenza in esame sia erroneo: la Cassazione avrebbe dovuto disporre l'assorbimento del reato di acquisto e di ricezio-

⁴⁰ E. MEZZETTI, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, *ibidem*, 621 s.

⁴¹ Anche in altre fattispecie incriminatrici, il legislatore ha previsto un simile sistema. Basti pensare agli artt. 640-*bis*, 316-*bis* e 316-*ter* c.p., fattispecie poste a tutela dei finanziamenti pubblici in qualsiasi fase e modo avvenga la distrazione delle risorse pubbliche.

⁴² Il riferimento è a Cass. pen., sez. un., sent. 23 febbraio 2017, n. 20664, in cui è stato ritenuto possibile il concorso tra il reato di malversazione in danno dello Stato ex art. 316-*bis* c.p. e il reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche di cui all'art. 640-*bis* c.p.

ne delle monete contraffatte all'interno della fattispecie più grave di spendita di cui all'art. 453 n. 3 c.p., al più considerando l'acquisto e la ricezione come ante fatti non punibili.

A nostro avviso, tuttavia, in tali circostanze l'*impasse* può essere superata da una interpretazione delle fattispecie basata sul raffronto strutturale tra di esse.

Nel caso in cui si constati l'applicabilità del principio di specialità, anche attraverso l'applicazione del principio del *ne bis in idem* o dell'*idem* legale, allora *nulla quaestio*.

In caso contrario, dovrebbe nondimeno prediligersi l'esclusione del concorso di reato ogni qual volta l'applicazione di "*una delle sanzioni da irrogare possa considerarsi «superflua» in relazione al fine di proteggere gli interessi alla cui tutela essa è concretamente adibita, già adeguatamente salvaguardati dall'applicazione della sola norma incriminatrice principale*"⁴³.

In quest'ultima circostanza, infatti, occorre ricondurre la problematica in questione ai comuni problemi di interpretazione⁴⁴; così, come del resto, si parla di interpretazione nell'applicazione del criterio di specialità.

⁴³ S. BERNARDI, *La Suprema Corte alle prese con il "principio di assorbimento" in una recente sentenza in materia di abuso d'ufficio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, fascicolo n. 6.

⁴⁴ C. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 1996, 172.

Illegittimo subordinare la sospensione condizionale della pena all'obbligo delle restituzioni in assenza di costituzione di parte civile

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 27 aprile 2023, n. 32939

Ettore Colelli Riano*

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** La questione rimessa alle Sezioni Unite. – **3.** Il principio di diritto. – **4.** Il danno criminale e il danno civilistico. – **5.** Le finalità civilistiche sottese all'obbligo restitutorio. – **6.** L'obbligo di eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato. – **7.** Considerazioni conclusive.

ABSTRACT

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza annotata, annullando senza rinvio l'ordinanza impugnata, hanno affermato la necessità della costituzione di parte civile per la subordinazione della sospensione condizionale della pena all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni.

The United Sections of the Court of Cassation, with the sentence noted, annulling without postponement the contested order, affirmed the necessity of the constitution of a civil party for the subordination of the conditional suspension of the sentence to the fulfillment of the obligation of restitutions.

1. Premessa.

Il Tribunale di Brescia, riconosciuta la penale responsabilità dell'imputato per il reato di ricettazione, irrogava la pena di otto mesi di reclusione ed € 400,00 di multa, concedendo, ex art. 165, commi 1 e 2, c.p., il beneficio della sospensione condizionale della pena subordinata al pagamento della somma di € 300,00 in favore della persona offesa a titolo di risarcimento del danno.

Divenuta irrevocabile la sentenza, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Brescia, con nota del 29 aprile 2021, chiedeva all'ufficio esecuzioni penali dello stesso Tribunale di essere informato dell'avvenuto adempimento della condizione apposta in sentenza. Ricevuta la nota, il Tribunale di Brescia fissava udienza in camera di

* Dottore in giurisprudenza.

consiglio all'esito della quale il giudice dell'esecuzione, sentite le parti, con ordinanza del 2 dicembre 2021, preso atto che non era stata corrisposta la somma liquidata a titolo di risarcimento del danno alla persona offesa, disponeva la revoca della sospensione condizionale della pena concessa al condannato.

Avverso tale provvedimento l'imputato, a mezzo del proprio difensore, proponeva ricorso per Cassazione deducendo la violazione degli artt. 165 e 168 c.p. e chiedendo il conseguente annullamento senza rinvio del provvedimento impugnato.

Ad avviso del ricorrente, poiché alcun titolo risarcitorio esigibile si era formato con la sentenza a favore della persona offesa, non essendosi quest'ultima costituita parte civile, doveva ritenersi insussistente il presupposto individuato dal giudice dell'esecuzione per la revoca del beneficio sospensivo subordinato riconosciuto al condannato.

2. La questione rimessa alle Sezioni Unite.

Con ordinanza del 4 novembre 2022, la Prima Sezione Penale della Corte di Cassazione, assegnataria dell'atto di impugnazione, rimetteva il ricorso alle Sezioni Unite, ex art. 618 c.p.p., rilevando un contrasto giurisprudenziale sulla possibilità di subordinare la sospensione condizionale della pena all'adempimento di un obbligo restitutorio in favore della persona offesa non costituitasi parte civile in giudizio.

In particolare, secondo un primo orientamento giurisprudenziale, in assenza di costituzione di parte civile, deve escludersi che il giudice possa legittimamente subordinare la sospensione condizionale della pena alla restituzione dei beni conseguiti per effetto del reato¹.

Invero, le restituzioni, così come il risarcimento del danno, attengono al danno civilistico arrecato alla persona danneggiata dal reato: ne deriva che la sospensione condizionale della pena può essere subordinata all'adempimento di un obbligo restitutorio esclusivamente in presenza una parte civile che, regolarmente costituita nel processo penale, abbia espressamente richiesto la condanna dell'imputato alla restituzione².

¹ *Ex Plurimis*, Cass. Pen., Sez. I, 20 dicembre 2021, n. 26812; Cass. Pen., Sez. VI, 28 gennaio 2021, n. 8314, Cass. Pen., Sez. II, 15 luglio 2021, n. 23917; Cass. Pen., Sez. II, 13 settembre 2019, n. 45854; Cass. Pen., Sez. II, 5 marzo 2015, n. 12895.

² Cass. Pen., Sez. II, 18 dicembre 2013, n. 3958 secondo cui *“il giudice non può subordinare la sospensione condizionale della pena, in difetto della costituzione di parte civile, all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni di beni conseguiti per effetto del reato, perché queste, come il risarcimento, riguardano solo il danno civile e non anche il danno criminale, che si identifica con le conseguenze di tipo pubblicistico che ineriscono alla lesione o alla messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma penale e che assumono rilievo, a norma dell'art. 165 c.p., solo se i loro effetti non sono ancora cessati...una cosa è l'obbligo di restituzione a favore della parte civile (che rientra nel danno civilistico), altra e diversa cosa è l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato (cd. danno criminale): il che comporta che anche la condanna alla restituzione così come quella al risarcimento del danno, in tanto può essere pronunciata in quanto vi sia una parte civile che, costituitasi in giudizio, abbia chiesto espressamente la condanna dell'imputato alla restituzione”*.

Un diverso orientamento giurisprudenziale, *a contrario*, ritiene necessaria la costituzione di parte civile della persona danneggiata dal reato esclusivamente nel caso in cui la sospensione condizionale della pena sia subordinata al risarcimento del danno³.

Nello specifico, partendo dal tenore letterale del primo periodo dell'art. 165, comma 1, c.p., il quale prevede una netta separazione tra l'istituto restitutorio e quello risarcitorio, resa evidente dall'apposizione di una virgola tra la prima e la seconda condizione sospensiva⁴, tale orientamento ritiene che la restituzione di beni illegittimamente percepiti in relazione al fatto criminoso rientri tra le condotte di eliminazione delle conseguenze dannose del reato: pertanto, la sospensione condizionale della pena può essere subordinata all'obbligo delle restituzioni anche in assenza di costituzione di parte civile⁵.

Come già rappresentato, con decreto del 24 gennaio 2023 il Primo Presidente Aggiunto della Corte di Cassazione assegnava il ricorso alle Sezioni Unite, chiamate a pronunciarsi sulla seguente questione: *“se il giudice possa subordinare, a norma dell'art. 165 c.p., il beneficio della sospensione condizionale della pena, oltre che al pagamento della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno, anche all'adempimento dell'obbligo della restituzione di beni conseguiti per effetto del reato, solo qualora vi sia stata costituzione di parte civile”*.

3. Il principio di diritto.

La Suprema Corte, a Sezioni Unite, con la sentenza che si annota, giunge ad affermare la necessità della costituzione di parte civile per la subordinazione della sospensione condizionale della pena all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni⁶. Invero, gli obblighi restitutori, al pari di quelli risarcitori, previsti dalla prima parte dell'art. 165, comma 1, c.p., ineriscono al danno civilistico, la cui riparazione nel processo penale necessita dell'esercizio dell'azione civile nei confronti dell'imputato, da parte del danneggiato dal reato, a norma degli artt. 74 e 76 c.p.p.

In tal guisa, dopo aver rimarcato la diversa finalità cui sono tesi l'obbligo delle restituzioni, di cui all'art. 165, comma 1, prima parte, c.p., da un lato, e l'obbligo dell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, previsto dalla seconda parte del medesimo comma, dall'altro, la Suprema Corte individua la necessità di interpretare

³ *Ex Plurimis*, Cass. Pen., Sez. II, 24 settembre 2019, n. 42583; Cass. Pen., Sez. III, 24 giugno 2014, n. 1324; Cass. Pen., Sez. II, 28 settembre 2019, n. 41376; Cass. Pen., Sez. II, 29 marzo 2007, n. 16629.

⁴ Cass. Pen., Sez. II, 29 marzo 2007, n. 16629.

⁵ Cass. Pen., Sez. II, 24 settembre 2019, n. 42583; Nello stesso senso, Cass. Pen., Sez. II, 28 settembre 2010, n. 41376, secondo cui *“l'applicabilità dell'art. 165 c.p., presuppone la costituzione di parte civile solo nel caso in cui il giudice intenda subordinare la sospensione condizionale della pena al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno o provvisoriamente assegnata sull'ammontare di esso e non, invece, nel caso in cui tale subordinazione inerisca all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni o alla eliminazione delle conseguenze dannose del reato, in quanto le restituzioni non sono più finalizzate alla tutela degli interessi civili del danneggiato, bensì al reinserimento sociale del reo, motivandolo a comportamenti sintomatici di una maggiore socialità”*.

⁶ Cass. Pen., Sez. Un., 27 aprile 2023, n. 32939.

la prima parte della disposizione in stretto raccordo con gli artt. 185 c.p., 74, 76, 538 e 578 c.p.p.

4. Il danno criminale e il danno civilistico.

L'analisi della pronuncia in commento implica, in via preliminare, di operare le necessarie distinzioni tra i concetti di danno criminale e di danno civilistico.

Il danno criminale esprime un concetto che ha come punto ineludibile di riferimento il reato e che si identifica nella lesione⁷ o messa in pericolo⁸ del bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice violata. Pertanto, essendo immanente alla violazione di ogni norma penale, è al centro della *ratio* di ogni reato: il legislatore, infatti, mediante la minaccia della sanzione penale, in funzione general-preventiva, intende evitare proprio la lesione o la messa in pericolo dell'interesse tutelato dalla fattispecie penale e, dunque, il danno criminale⁹.

Il danno civilistico, al contrario, consiste nel pregiudizio economico patito dalla persona danneggiata dal reato. Invero, il fatto storico penalmente rilevante, oltre a un'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, può aver in concreto cagionato la perdita di un bene o un danno patrimoniale o non patrimoniale. In tali casi, sorge, in campo al reo, l'obbligazione restitutoria o risarcitoria prevista dall'art. 185 c.p.¹⁰ e, correlativamente, in capo al danneggiato dal reato, ex art. 74 c.p.p., la facoltà di scegliere il processo penale – in luogo di quello civile – quale sede giurisdizionale per la tutela dei propri interessi civili lesi dal reato.

In tal guisa, l'azione civile nel processo penale – la quale può essere esercitata, mediante costituzione di parte civile, esclusivamente per ottenere la restituzione delle cose perdute in conseguenza del reato, o, quando il reato abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, per conseguire il risarcimento dello stesso¹¹ – è frammento meramente eventuale della giurisdizione, così come meramente eventuale è la partecipazione del soggetto che la esercita¹². Sotto altro profilo, essa costituisce un'anomalia o un'alterazione del sistema processuale genericamente inteso, che non

⁷ F. CARNELUTTI, *Il danno ed il reato*, Padova, 1930, 17 ss., secondo cui “la legge non proibisce l'atto in sé, ma questo in vista del danno che ne deriva. Il diritto non impone obblighi a vuoto: obbligo vuol dire, innanzitutto, subordinazione di un interesse a un interesse altrui, quindi non vi è violazione di un obbligo senza lesione di un interesse protetto, cioè senza danno”; nello stesso senso, F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 1987, 175 ss. e A. Rocco, *L'oggetto del reato*, Milano, 1913, 282.

⁸ Sulla rilevanza del pericolo come *species damni*, F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 28, secondo cui il reato di pericolo è un reato “a danno variabile”, suscettibile di minore o maggiore sviluppo. Nello stesso senso, A. ROCCO, *op. cit.*, 322.

⁹ D. FIORDALISI, *Il danno criminale*, Torino, 2006, 7.

¹⁰ In tal senso, P. TONINI – C. CONTI, *Manuale breve di Diritto Processuale Penale*, Milano, 2023, 101, secondo cui, ad esempio, nel reato di lesioni personali ex art. 582 c.p., l'offesa consiste nella lesione dell'integrità fisica di una persona, mentre il danno risarcibile consiste nelle perdite patrimoniali, nelle sofferenze e nel pregiudizio alla salute subiti dalla persona offesa.

¹¹ C. QUAGLIERINI, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, Milano, 2003, 12.

¹² E. M. MANCUSO, *La parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in G. SPANGHER, *Trattato di Procedura Penale, Volume I*, Milano, 2009, 523.

richiede affatto la presenza di parti diverse dal pubblico ministero a sostegno dell'azione penale.

Ne emerge come il reato sia un illecito a prospettiva sanzionatoria multipla, nel senso che assoggetta chi lo ha commesso non solo alla pena, ma, anche, ricorrendone le condizioni, alle restituzioni e al risarcimento del danno¹³.

5. Le finalità civilistiche sottese all'obbligo restitutorio.

Alla stregua di tale impostazione, le Sezioni Unite hanno affermato come l'obbligo restitutorio, cui può essere subordinata la sospensione condizionale della pena ex art. 165, comma 1, c.p., prima parte, sia finalizzato esclusivamente alla riparazione del danno civilistico e come tale necessita, per la sua applicazione, dell'esercizio dell'azione civile nel processo penale.

A sostegno di ciò, milita, in primo luogo, sotto un profilo strettamente formale, la circostanza che le restituzioni si trovino, negli artt. 185 c.p. e 74, 76, 538 e 578 c.p.p., invariabilmente abbinata alle pretese della parte civile.

Ancora, in secondo luogo, un dato insuperabile di natura esegetica, rappresentato dal fatto che il testo originario dell'art. 165, comma 1, c.p.¹⁴, per l'unanime giurisprudenza formatasi sotto la sua vigenza, ineriva esclusivamente al danno civilistico, tant'è che, in assenza della costituzione di parte civile, il provvedimento con cui veniva disposta la subordinazione del beneficio sospensivo all'adempimento di obblighi civilistici, sia restitutori che risarcitori, veniva ritenuto connotato da abnormità, poiché disposta senza domanda di parte, unica titolare del potere di chiedere legittimamente la soddisfazione delle sue pretese riparatorie di matrice esclusivamente privatistica¹⁵.

Pertanto, al di là dell'indubbia ispirazione pubblicistica che anima la disposizione – soprattutto a seguito delle modifiche intervenute sul testo originario dell'art. 165 c.p.¹⁶ – per ragioni insuperabili di ordine sistematico, le restituzioni implicano necessariamente che il giudizio inerente al fatto, conclusosi con la sentenza penale di condanna che applica la sospensione, abbia esteso la propria valutazione anche alle istanze restitutorie del danneggiato, il che, indubbiamente, può avvenire soltanto nel caso in cui nel processo penale sia stata esercitata l'azione civile: difatti, trattandosi di una pronuncia sulle conseguenze civili del reato, soltanto una precisa domanda

¹³ A. GIARDA – G. SPANGHER, *Codice di Procedura Penale Commentato, Tomo I*, Wolters Kluwer, 2023, 1214.

¹⁴ Art. 165, comma 1, c.p., ante legge n. 689 del 24 novembre 1981: “*La sospensione condizionale della pena può essere subordinata all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno o provvisoriamente assegnata sull'ammontare di esso e alla pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno*”.

¹⁵ *Ex plurimis* Cass. Pen., Sez. III, 13 ottobre 1975, n. 7761 e Cass. Pen., Sez. IV, 5 febbraio 1974, n. 205.

¹⁶ Con la legge n. 689 del 24 novembre 1981, si è aggiunta, nella seconda parte dell'art. 165, comma 1, c.p., la possibilità di subordinare la sospensione condizionale della pena all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato; con la legge n. 145 dell'11 giugno 2004, la possibilità di subordinare l'istituto alla prestazione di attività non retributiva a favore della collettività.

del danneggiato dal reato attribuisce al giudice il potere-dovere di pronunciarsi sulla medesima¹⁷.

6. L'obbligo di eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato.

L'obbligo di eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato di cui alla seconda parte dell'art. 165, comma 1, c.p., *a contrario*, inerisce esclusivamente alla riparazione del danno criminale, la cui riparazione, nel processo penale, prescinde da iniziative privatistiche.

Invero, tale obbligo è stato introdotto mediante le modifiche aggiuntive e non modificative intervenute sul testo originario dell'art. 165, comma 1, c.p., allo scopo di tutelare non più solamente la persona subente un pregiudizio economico in conseguenza del reato, ma anche il bene giuridico protetto dalla norma penale violata¹⁸.

Uno scopo tipicamente pubblicistico, dunque, la cui attuazione prescinde da qualsivoglia iniziativa privatistica: in tal caso, infatti, l'ordinamento rivendica il diritto di imporre al soggetto che goda della sospensione condizionale l'obbligo di incidere, secondo modalità definite dal giudice, sui contenuti lesivi del reato commesso.

Ne emerge, pertanto, una netta differenza di finalità e disciplina tra i due obblighi, acuita dalla scelta legislativa di separare graficamente le finalità civilistiche e le finalità pubblicistiche perseguite dal beneficio sospensivo subordinato, come si evince dal ricorso al punto e virgola, rispettivamente indicate nella prima e nella seconda parte della disposizione.

L'erronea riconducibilità delle restituzioni tra le condotte di eliminazione delle conseguenze dannose del reato ad opera di parte della giurisprudenza, che ha reso necessario l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, è derivata dalla confusione tra i concetti di danno criminale e di danno civilistico: invero, se la differenza tra i due concetti, per alcune tipologie di reati, è di immediata percezione e non si presta ad alcun equivoco, nei reati contro il patrimonio il confine tra le due nozioni diviene estremamente labile¹⁹.

Al fine di evitare tale confusione, occorre rilevare come il legislatore, facendo riferimento all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ha avuto riguardo esclusivamente agli effetti del reato ancora in essere che il reo ha la possibilità di far cessare: diversamente, la norma, ove interpretata nel senso di eliminare le conseguenze dannose o pericolose degli effetti di un reato già consumato i cui effetti sono impossibili da eliminare, non avrebbe ragion d'essere.

¹⁷ Cass. Pen., Sez. VI, 19 gennaio 2004, n. 933.

¹⁸ In tal senso, Cass. Pen., Sez. II, 15 febbraio 2013, n. 22342.

¹⁹ Cass. Pen., Sez. II, 18 dicembre 2013, n. 3958, secondo cui, nei reati contro il patrimonio, poiché il contenuto delle due nozioni può coincidere - in quanto, normalmente, il bene giuridico violato consiste nel diritto di proprietà, ossia nel danno che l'agente, commettendo il reato, ha arrecato alla persona offesa -, v'è rischio di confusione tra il concetto di danno criminale e di danno civilistico. Diversamente, nei reati contro la persona, come il delitto di omicidio, v'è una netta differenza di contenuto tra le due nozioni: il danno consistente nella distruzione del bene 'vita' è chiaramente diverso dal danno che viene risarcito agli eredi ove si costituiscano parte civile.

Tale considerazione induce ad affermare che tale obbligo, non si applica né ai reati istantanei, nei quali il danno criminale si esaurisce contemporaneamente alla consumazione del reato, né ai reati permanenti i cui effetti siano cessati già al momento del giudizio.

In entrambi i casi, pertanto, se non v'è costituzione di parte civile, il giudice non può, d'ufficio, concedere la sospensione condizionale della pena subordinandola all'eliminazione delle conseguenze danno del reato e, quindi, alla restituzione del bene, sia perché il bene giuridico è stato definitivamente violato e non è riparabile, sia perché, altrimenti, entrerebbe in una controversia di natura strettamente privatistica.

D'altro canto, la restituzione del bene, pur essendo un *post factum* che può incidere sul trattamento sanzionatorio ex art. 62, n. 6, c.p., di certo non elimina il danno criminale che l'agente ha provocato con la violazione del diritto di proprietà.

In conclusione, a differenza dell'obbligo delle restituzioni e del risarcimento del danno, l'obbligo di eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato si applica esclusivamente ai reati permanenti ancora in essere al momento della decisione o a quei reati che, benché cessati, abbiano provocato un danno criminale che continua a perpetuarsi anche dopo la consumazione e che l'imputato ha la possibilità di eliminare^{20 21}.

7. Considerazioni conclusive.

Pienamente condivisibili appaiono le conclusioni rassegnate dalla sentenza in commento in punto di necessità di costituzione di parte civile per la subordinazione della sospensione condizionale della pena all'obbligo delle restituzioni: diversamente opinando e, dunque, circoscrivendo tale necessità esclusivamente in caso di subordinazione dell'istituto all'obbligo risarcitorio, affermando che la restituzione di beni illegittimamente percepiti in relazione al fatto criminoso rientri tra le condotte di eliminazione delle conseguenze dannose del reato, si perverrebbe invero ad una sovrapposizione, sia pur parziale, delle nozioni di danno civilistico e di danno criminale nonché ad un'inutile duplicazione di norme.

Le indubbe finalità civilistiche sottese agli obblighi di cui alla prima parte dell'art. 165, comma 1, c.p., peraltro, consentono immediatamente di eliminare qualsiasi possibilità di sovrapposizione tra l'obbligo delle restituzioni e l'obbligo di eliminazione

²⁰ Sull'applicabilità dell'obbligo in tema di reati edilizi, Cass. Pen., Sez. III, 4 maggio 1998, la quale ha ritenuto legittimo subordinare la sospensione condizionale della pena all'obbligo di demolizione della costruzione abusiva in quanto idoneo ad eliminare le conseguenze del danno criminale, individuabile nella realizzazione della costruzione nel rispetto della concessione e nella tutela sostanziale del territorio, il cui sviluppo deve avvenire in conformità alle previsioni urbanistiche. Nello stesso senso, Cass. Pen., Sez. III, 21 maggio 2013, n. 28356 e Cass. Pen., Sez. III, 19 giugno 2013, n. 32834.

²¹ Ancora, sull'applicabilità dell'obbligo in tema di reati ambientali, Cass. Pen., Sez. III, 11 gennaio 2010, n. 769, la quale ha ritenuto legittimo subordinare la sospensione condizionale della pena all'obbligo della messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale dell'area inquinata, in quanto idoneo ad eliminare le conseguenze del danno criminale rappresentato dall'interesse pubblico alla salubrità dell'ambiente.

delle conseguenze dannose o pericolose del reato, in quanto quest'ultimo, a tale connotazione, è assolutamente estraneo.

La soluzione individuata dalle Sezioni Unite in punto di necessarietà di costituzione di parte civile per la subordinazione del beneficio sospensivo all'obbligo delle restituzioni, può da ultimo aggiungersi, risulta assolutamente aderente alla scelta legislativa di separare graficamente le finalità civilistiche e le finalità pubblicistiche perseguite dal beneficio sospensivo subordinato, rispettivamente indicate nella prima e nella seconda parte della disposizione, come si evince dal ricorso al punto e virgola, la quale assume un rilievo sistematico ancora maggiore alla luce del fatto che la disciplina dell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato è stata introdotta *ex novo* solamente nel 1981, allo scopo di tutelare, non più solamente la persona subente un pregiudizio economico in conseguenza del reato, ma anche il bene giuridico protetto dalla norma penale violata mediante la riparazione del danno criminale. Tale sola interpretazione può dirsi effettivamente coerente con un sistema in cui l'azione civile costituisce il presupposto necessario per qualsiasi statuizione privatistica, sebbene correlata ad istituti squisitamente privatistici²².

²² Sulla necessità di interpretare la norma penale nei limiti di coerenza e di compatibilità con le altre, G. VASSALLI, *Limiti e divieto di analogia in materia penale*, Milano, 1942, secondo cui “*la vera norma penale non è solo la norma base, ma è quella data dal complesso delle disposizioni espresse e tacite, che convergono a qualificare l'interesse tutelato, ed i suoi limiti si debbono riconoscere mediante l'integrazione tra norma base e norma o norme integranti. L'interprete deve ricercare, quindi, quell'insieme di rapporti concettuali, di coerenza, ma anche di eventuale contrasto, per i quali la norma stessa non può considerarsi come un'autonoma entità, ma come un elemento o un momento di una più ampia unità concettuale e sistematica. La norma penale, di conseguenza, non può, mai, considerarsi compiuta ed autosufficiente, giacché, per essere intesa nella sua effettiva portata, deve essere interpretata, anche, nei limiti di coerenza e di compatibilità con l'insieme delle altre norme che, insieme ad essa, costituiscono il sistema*”.

In dubio pro deo Il fenomeno dell'ordalia dal diritto romano al diritto germanico

Ervin Rupnik*

Corollario del principio di legalità proprio del diritto penale sostanziale, e figlio anch'esso dell'Illuminismo giuridico, è quello riassunto nel brocardo *nemo damnetur sine legale iudicio*: nessuno può essere punito se non a seguito di un processo condotto secondo le regole stabilite dalla legge.

A differenza del diritto civile, la cui applicazione di norma avviene per mera volontà delle parti, il diritto penale, anche per la gravità delle questioni trattate e delle conseguenze che la violazione delle sue norme comporta, esige che l'applicazione delle sue sanzioni passi necessariamente attraverso un procedimento dettagliatamente disciplinato, il cui governo è demandato ad appositi magistrati.

Oggetto di tale procedimento è, ovviamente, l'accertamento quanto più possibile accurato della verità dei fatti, accertamento che avviene tramite strumenti quali le testimonianze, le chiamate di correttezza, i confronti, gli esperimenti giudiziari, le perizie e altri strumenti più o meno collaudati.

La ricostruzione dei fatti, dunque, questo e nient'altro è ciò che si deve operare nel corso di un processo penale. Ma ne siamo sicuri?

VERITÀ SOSTANZIALE E VERITÀ PROCESSUALE

In realtà, se c'è un problema che affligge il processo penale (ma non solo) sin dai tempi più remoti, è proprio quello dell'accertamento della verità.

A una tesi accusatoria, nella maggior parte dei casi si contrappone una tesi difensiva, che nega lo svolgimento dei fatti nei termini sostenuti dall'accusa. Di qui la necessità di stabilire come sia andata veramente.

Ma quali sono i mezzi a disposizione per accertare la verità?

Per lunghi, lunghissimi secoli lo strumento principe è stato quello della testimonianza, vale a dire la narrazione dei fatti da parte di chi vi ha assistito.

Ma, è quasi inutile qui sottolinearlo, si tratta di un mezzo di prova assai problematico sotto svariati profili: il tipo di percezione da parte del testimone (visiva, auditiva, diretta, indiretta ecc.), le condizioni in cui la percezione è avvenuta (di notte, di gior-

* Avvocato del Foro di Roma.

no, a distanza ravvicinata o considerevole), il tempo trascorso dagli eventi che può modificare il ricordo, i rapporti intercorrenti con l'accusato e la persona offesa, per non parlare del fatto che in molte occasioni la persona offesa è essa stessa testimone, a volte l'unico.

Insomma, non è raro che chi è chiamato a deporre possa - più o meno consapevolmente e per le più svariate ragioni - mentire, mandando così assolto un colpevole o facendo condannare un innocente, comunque riferendo un andamento dei fatti che non corrisponde a quanto effettivamente accaduto.

Anche gli elementi di prova di natura "reale", l'arma del delitto nei reati contro la persona o la refurtiva in quelli contro il patrimonio, a ben vedere derivano a loro volta la propria efficacia dalle testimonianze aventi ad oggetto il luogo e le circostanze del loro rinvenimento, prestandosi quindi almeno potenzialmente a simulazioni a favore o a danno dell'imputato.

Grazie al progresso tecnologico, in epoca moderna sono stati certamente compiuti notevoli passi in avanti in tema di accertamento dei fatti: il rinvenimento di tracce del DNA consente di trovare tracce della presenza dell'individuo in un dato luogo, risultando fondamentale nei reati di natura sessuale; l'acquisizione dei tabulati telefonici permette di tracciare con una certa precisione gli spostamenti del possessore di un'utenza telefonica grazie alla dislocazione delle celle agganciate dall'apparecchio; l'esame dei tracciati elettronici delle transazioni bancarie rende possibile ricostruire i movimenti di denaro collegati a illeciti; l'ascolto delle intercettazioni telefoniche e telematiche svela elementi e dati che prima sarebbe stato impossibile accertare.

Eppure, nonostante questi mezzi formidabili, ancora oggi la realtà processuale, quella che emerge al termine dell'istruttoria, spesso è ben lontana da quella sostanziale.

E se questa è la situazione attuale, quale poteva essere in epoche remote, in cui gli strumenti a disposizione di chi doveva giudicare un fatto si riducevano essenzialmente alle testimonianze, strumento non sempre utilizzabile e comunque insidiosissimo per le ragioni sopra accennate?

Come si regolava il giudice quando gli elementi a sua disposizione si riducevano alla parola dell'accusatore e a quella dell'accusato?

IL GIURAMENTO

Poiché una decisione andava in ogni caso presa, si chiamava in aiuto colui che tutto vede e sa: la divinità.

Si tratta di un fenomeno presente in quasi tutte le civiltà, almeno ai loro albori, anche in quella romana, in cui è tuttavia scomparsa in epoca remotissima, motivo per il quale risulta essere un concetto abbastanza estraneo a noi eredi di quella tradizione.

Ma in cosa consisteva l'intervento divino?

In una prima fase, il dio interveniva per il tramite del giuramento: preso atto delle differenti versioni fornite dall'accusatore e dall'accusato, una volta accertata l'impossibilità di addivenire a una ricostruzione univoca dei fatti attraverso mezzi ortodossi quali testimonianze o altri indizi, l'autorità chiamata a dirimere la controversia invitava i contendenti a riaffermare la loro verità invocando la divinità a garanzia della propria parola.

Se anche dopo questa solenne formalità continuavano a permanere entrambe le versioni, allora si allestiva una prova in cui il dio avrebbe avuto modo di manifestarsi

direttamente, premiando chi lo aveva invocato affermando la verità e punendo chi, al contrario, lo aveva chiamato a testimone di una menzogna.

Tuttavia, appare a questo punto interessante aprire una parentesi etimologica.

Prendendo in esame il verbo *giurare* - che ha la medesima radice nelle altre lingue neolatine (*jurere* in francese e *jurar* in spagnolo) - emerge che tale termine deriva dal latino *jus*, inteso sia nel senso di *diritto*, e quindi *ciò che è giusto, ciò che spetta*, sia nel significato originale di *legame* o *vincolo*¹.

Per la tradizione romana, il giuramento, almeno nella forma assertoria, è l'invocazione di una divinità a testimonianza del fatto che ciò che si afferma è vero e quindi *giusto*, invocazione attraverso la quale si crea con la divinità un *legale* o *vincolo*.

Del tutto diversa è invece l'origine del verbo in questione nelle lingue germaniche (*to swear* in inglese, *schwören* in tedesco, *svära* in svedese etc.) che trova la sua origine più remota nella radice proto indoeuropea *swer*, la quale ha il doppio significato di provare o di infliggere un dolore o un'ingiuria fisica.

È dunque evidente che, presso le culture germaniche, il giuramento sia associato più alla conseguenza punitiva che segue l'affermazione del falso che non al vincolo con la divinità.

Di qui, con ogni probabilità, il differente rilievo attribuito nella nostra tradizione all'istituto dell'ordalia rispetto all'ambiente germanico in generale.

Così come, sempre da qui, deriva con ogni probabilità l'estrema gravità delle conseguenze che tutt'ora affliggono gli spergiuri (o anche solo i semplici bugiardi) nella cultura anglosassone dove, a differenza che da noi, anche l'imputato è tenuto a dire la verità sulla propria colpevolezza o meno, sotto la minaccia di un considerevole aumento di pena per l'aggiunta del reato di *contempt of court* se al termine del processo verrà riconosciuta la sua responsabilità per l'imputazione principale.

Si pensi alla vicenda dell'ex Presidente Clinton, la cui colpa più grave, agli occhi dei suoi concittadini, non è stata quella di avere avuto condotte a dir poco sconvenienti con una giovane stagista nello Studio Ovale della Casa Bianca, ma di aver mentito a riguardo mentre era sotto giuramento.

Così come a George W. Bush e a Tony Blair l'opinione pubblica americana e inglese ancor oggi non imputa tanto il fatto di aver provocato circa un milione di morti con la seconda invasione dell'Iraq, quanto di aver mentito sul possesso di armi di distruzione di massa da parte di Saddam Hussein.

L'ORDALIA NELLA TRADIZIONE ROMANA E PREROMANA

A costo di annoiare con ulteriori precisazioni etimologiche, si deve brevemente analizzare l'origine del sostantivo *ordalia*.

Esso ha origine prettamente germanica, in particolare proviene dal longobardo *ordail* (divenuto *ordalium* nel latino medievale) e ancora presente nell'attuale tedesco *Ur-theil* con il significato di *sentenza* o *giudizio*.

Questa breve analisi permette di confermare che l'istituto in questione, pur presente presso i romani, era in realtà scomparso da secoli, per poi riapparire con l'arrivo degli Otrogoti in Italia sul finire del V secolo d.C.

¹ Cfr. voce *Giurare* nel dizionario etimologico etimo.it.

Ciò non toglie che nella Roma monarchica e proto repubblicana, vale a dire in epoche assai risalenti, alcune forme di ordalia esistevano ed erano praticate, probabilmente mutuata dagli Etruschi.

Presso alcune tombe di Tarquinia sono riportate delle scene in cui appare il *Phersu* (un personaggio mascherato) che tiene al guinzaglio un cane che si avventa su un uomo incappucciato e ferito, il quale si difende con una clava.

La scena, oltre ad apparire come una vera e propria prova ordalica, in cui la sorte dell'uomo dipende dall'esito del combattimento, ha alimentato l'ipotesi che i combattimenti gladiatori contro le bestie, vera e propria passione dei romani, come tante altre usanze sia stata importata dagli etruschi.

Vi è poi chi ipotizza che la famigerata *poena cullei*, riservata ai parricidi e comparsa a Roma all'epoca di Tarquinio Prisco, fosse un'altra prova ordalica giacché il condannato, che veniva chiuso in un sacco (*culleum*) di cuoio sigillato insieme ad alcune bestie (un gallo, una vipera, un cane e una scimmia o una capra) e gettato nelle acque, veniva risparmiato se riusciva a non farsi uccidere dai suddetti animali e ad uscire dalla sacca.

Ma sul punto non vi è concordia: la storica e romanista Eva Cantarella inquadra la *poena cullei* come una particolare forma di supplizio volto unicamente a evitare che il condannato per un crimine orrendo, quale era l'uccisione del proprio padre, potesse inquinare con la sua persona e il suo gesto la terra, l'acqua e l'aria.

Per tale ragione al parricida, prima dell'esecuzione, veniva fatto indossare un cappuccio forgiato con pelle di lupo (a sottolinearne la perdita della qualità di uomo), veniva fatto camminare su degli zoccoli perché non contaminasse il terreno, e veniva infine rinchiuso in un sacco di cuoio impermeabile in modo che non infettasse né l'acqua in cui veniva immerso né l'aria esterna al sacco stesso².

In relazione al reato di incesto delle Vestali, invece, la prova ordalica sembra aver trovato più che probabile applicazione: sono almeno due i casi, risalenti al III secolo a.C., in cui delle sacerdotesse del culto di Vesta, accusate di aver violato il voto di castità, sono state ammesse a provare la propria innocenza per il tramite di una manifestazione divina.

Il primo episodio si riferisce alla Vestale Emilia che, incaricata di vegliare sul sacro fuoco del tempio, fu accusata di essersi macchiata di condotte disonorevoli quando il fuoco improvvisamente si spense. La povera Emilia invocò allora la dea a testimone della propria innocenza e, gettando un lembo della sua veste sulle ceneri ormai fredde, riuscì a far rinascere la fiamma, andando così assolta³.

Il secondo viene così narrato da Valerio Massimo⁴: “*La purezza della vergine vestale Tuccia, oscurata da una nube d'infamia dovuta all'accusa di incesto, emerse per un provvidenziale aiuto dello stesso genere: essa, consapevole della sua innocenza, osò sperare di salvarsi ricorrendo ad una prova rischiosa e incerta. Afferrato, difatti, un crivello, « O Vesta », disse, « se ho sempre pure accostato le mie mani ai tuoi sacri oggetti, fa' che con questo io attinga acqua dal Tevere e la porti fino al tuo tempio*

² Cfr. Eva Cantarella, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, II ed., Milano 1991, 264 ss.

³ Cfr. Dion. Hal., *Antiquitates Romanae*, 2, 68, 3-5; Val. Max., *Facta et dicta memorabilia*, 1, 1, 7.

⁴ *Facta et dicta memorabilia*, 8, 1, 5. L'episodio è riferito anche da Dionigi d'Alicarnasso, Plinio il Vecchio, Tito Livio e Sant'Agostino.

». *Di fronte al voto della sacerdotessa, pronunziato con tanto sicura temerarietà, la stessa natura contravvenne alle proprie leggi*". L'acqua si mantenne nel setaccio, fu versata dalla vestale dinanzi ai Pontefici e Tuccia fu prosciolta dalle infamanti accuse.

Tracce di giudizi ordalici si trovano anche presso altri popoli italici.

Nella pianura del Simeto, nei pressi della *polis* Leontinoi (successivamente colonizzata dai greci ma originariamente fondata dai siculi), vi erano due crateri colmi di acque sature di zolfo e di gas velenosi, presso i quali venivano portati coloro che dovevano prestare un giuramento solenne. Letta la formula scritta su una tavoletta, restavano in attesa: se avevano giurato il vero, sopravvivevano; se avevano giurato il falso morivano per le esalazioni mefitiche⁵.

Un discorso a parte merita invece il famoso duello tra Orazi e Curiazi.

Se la struttura appare identica a quella di un *duello di Dio* medievale, la causa e lo scopo sembrano ben differenti: qui non si verte in materia giudiziaria, non si tratta di giudicare la fondatezza o meno di un'accusa, bensì di dirimere una controversia per così dire di diritto internazionale, vale a dire di scongiurare la guerra tra Roma e Alba Longa, guerra che, a causa della figura comune di Romolo, entrambe le città consideravano sacrilega.

Analoghe considerazioni possono farsi in merito al duello tra Menelao e Paride descritto nel terzo libro dell'Iliade, duello che muove dal desiderio di evitare una guerra e non dalla necessità di risolvere un caso giudiziario.

In conclusione, l'ordalia ha trovato uno spazio assai limitato sia nella cultura greca che in quella italica e romana dove, salvo che in epoche antichissime e in casi sporadici, nei processi penali si è data preminenza alla ricostruzione dei fatti e alla ricerca della verità piuttosto che affidarsi a procedure formalistiche che demandano la risoluzione delle controversie al manifestarsi del volere divino.

LE ORDE PORTANO LE ORDALIE

Come sopra accennato, il termine ordalia è di matrice germanica e non trova un equivalente né in latino né nel greco antico.

Il concetto di poter risolvere una controversia affidandosi al giudizio della divinità, invocata secondo particolari forme rituali (di qui probabilmente anche l'esasperato formalismo delle procedure giudiziarie di matrice anglosassone), appartiene prettamente alla mentalità dei popoli originari dell'Europa settentrionale ed è stato da loro importato.

Un esempio di questi diversi modi di ragionare tra queste differenti culture può essere tratto da un episodio storico risalente alla fine del secondo secolo avanti Cristo, precisamente dal preludio alla famosa battaglia dei Campi Raudii combattuta dai romani contro la tribù germanica dei Cimbri.

Narra infatti Plutarco⁶ che il loro bellicoso re Boiorix si presentò al campo romano accompagnato da alcuni suoi cavalieri, per "*sfidare Mario a battaglia*", chiedendogli di stabilire "*il giorno e il luogo per combattere il possesso della provincia*".

Mario restò sulle prime interdetto, rispondendo che non era mai stato costume dei romani servirsi dei nemici quali consiglieri nei combattimenti, ma poi ripresosi e deci-

⁵ Macrobio, *Saturnalia*, 5, 19, 15.

⁶ Vita di Mario.

so a sfruttare l'ingenuità del re barbaro a suo vantaggio, gli propose di combattere da lì a tre giorni presso i sopra citati Campi Raudii (una pianura di incerta collocazione) dove i romani, nel frattempo organizzatisi alla perfezione e avvantaggiati dalla conformazione del territorio scelto, ottennero una vittoria schiacciante.

In sostanza, nella mentalità germanica, anche la battaglia per le sorti di un intero popolo non era altro che un duello, di cui concordare giorno, luogo e regole.

Nessuno stupore quindi che, con l'avvento dei regni romano barbarici l'ordalia abbia trovato immediata diffusione a discapito dei giudizi incentrati sulla ricerca della verità.

Normalmente la prova ordalica seguiva il giuramento in cui entrambi i contendenti avevano invocato Dio a testimone della verità di quanto affermato, ed era necessaria a stabilire chi avesse detto il vero e chi il falso.

Senza elencare tutte le innumerevoli forme che l'ordalia medievale seguiva, ci si limita qui a ricordare quelle principali, consistenti nella *Prova del fuoco o dell'acqua*.

In buona sostanza, veniva fatto toccare del metallo rovente o dell'acqua bollente alle parti contrapposte, per poi esaminare le conseguenze che tale contatto lasciava sui corpi e decidere chi avesse il favore di Dio.

Altre varianti erano l'immersione in acqua per prolungati periodi, per vedere chi sopravviveva alla prova, ovvero l'ordalia del pane. Quest'ultima forma veniva di solito applicata ai membri del clero e consisteva nel costringere il soggetto a ingurgitare una grossa quantità di cibo, detto il *boccone maledetto*, e verificare se rimaneva soffocato o meno.

Ma la forma più celebre di ordalia, importata in Italia prima dai Goti e successivamente dai Longobardi e dagli altri popoli germanici, è stata senz'altro quella del *Duello giudiziario o Duello di Dio*.

ALL'ULTIMO SANGUE

Lo schema era molto semplice: i due contendenti combattevano tra loro e chi vinceva aveva ragione, perché Dio non poteva premiare lo spergiuro.

Vista anche la spettacolarità e il conseguente fascino di tale forma di risoluzione delle controversie, non può stupire il fatto che il duello giudiziario abbia avuto un immenso successo per tutto il medioevo (e anche successivamente nella forma del *duello d'onore*) e non solo tra i popoli che lo hanno importato.

Al tempo stesso va però segnalato il fenomeno per cui, mano a mano che entravano in contatto con il mondo romano, gli stessi germani tendevano ad abbandonare questa prassi a favore di procedimenti giudiziari ordinari per dirimere le controversie, sia quelle di carattere penale che quelle di natura civile.

Così accadde per gli Ostrogoti di Teodorico, il quale raccomandò ai propri sudditi di evitare il più possibile il duello giudiziario, e così avvenne per i Longobardi che, dopo aver dettagliatamente disciplinato l'istituto nell'Editto di Rotari (nel 643), a distanza di poco più di un secolo lo scongiurarono nella legislazione emanata da re Liutprando (sovrano dal 712 al 744) sulla base della probabile fallacia di tale forma di giudizio.

Riportato in auge dai Franchi e successivamente da Ottone I e Ottone II, il duello giudiziario iniziò tuttavia a perdere il favore delle autorità anche a causa della ferma opposizione che la Chiesa Cattolica vi frappose fin dal Concilio di Valence dell'anno 855, in cui si stabilì che il vincitore di un duello andava considerato come un brutale

assassino e che la vittima era da ritenersi un suicida, come tale non degno di sepoltura accompagnata da preghiere.

Nei secoli successivi le proibizioni, anche da parte delle autorità civili, andarono moltiplicandosi: significativi i provvedimenti adottati da Federico II, da Luigi IX di Francia, da Filippo il Bello, del pari di quelli ulteriormente adottati dalla Chiesa. Questa non poteva infatti permettere che Dio fosse obbligato a manifestarsi a ogni chiamata di due contendenti, arrivando a scomunicare non solo i duellanti, ma anche i padrini e tutti coloro che avessero in qualche modo agevolato il duello, perfino il proprietario del terreno in cui si era svolta la tenzone.

Lentamente ma progressivamente il duello giudiziario venne vietato ovunque, soppiantato tuttavia da quello cosiddetto *d'onore* che ha rappresentato una piaga sociale per secoli e, più o meno tollerato dalle autorità, ancora al giorno d'oggi di tanto in tanto si verifica.

Ultimo stato europeo ad abolire il duello giudiziario è stata l'Inghilterra, solamente nel 1818, a seguito del caso Ashton contro Thornton. Quest'ultimo, accusato di omicidio, pensò bene di invocare la legislazione ancora in vigore che permetteva di ricorrere al combattimento per scagionarsi da un'imputazione, ma a questa sua istanza istruttoria, benché accolta dalla corte in quanto ancora vigente, non venne dato seguito poiché Ashton, forse spaventato dal possibile esito infausto, preferì ritirare l'accusa anziché battersi.

IL FASCINO DI UN ISTITUTO BARBARICO

Nata come mezzo di risoluzione di una controversia giudiziaria, l'ordalia, in particolare nella forma del duello in cui immancabilmente prevale il giusto, sopravvive tutt'oggi a molteplici livelli, sebbene non nella realtà.

Innumerevoli sono le rappresentazioni fornite a livello letterario⁷ e, in epoca recente, sul piano cinematografico, a testimonianza del fascino che il giudizio di Dio ancora esercita sull'immaginario collettivo.

È così che, nelle pellicole giudiziarie d'oltreoceano, il duello tra accusa e difesa, ulteriormente drammatizzato dal procuratore e dal difensore che incalzano testimoni e giuria passeggiando per l'aula fino a quasi gridare loro in faccia, premia sempre chi ha ragione: se l'imputato è innocente, alla fine viene assolto; se colpevole, alla fine viene condannato.

Ed è così che Commodus, in realtà strangolato dal suo istruttore Narciso (corrotto dietro la promessa di una lauta somma) nei bagni dove si era recato a vomitare dopo essere stato avvelenato durante una cena⁸, nel *blockbuster Il Gladiatore* muore illuminato dal tramonto in un duello nel Colosseo gremito di pubblico, trafitto dalla spada del suo fido generale Massimo cui aveva fatto trucidare moglie e figlio.

Una perfetta rappresentazione del *Giudizio di Dio*!

⁷ Mi permetto di segnalare, per chi fosse interessato, il mirabile racconto di H. Von Kleist *Der Zweikampf* (Il duello), in *Racconti* (Milano, 1977), proprio in tema di duello giudiziario medievale e che mi ha ispirato questo articolo. Sul duello d'onore, invece, bellissima è la narrazione fornita da N. Lermontov (a sua volta morto in duello!) in *Un eroe del nostro tempo*, Torino 1998.

⁸ Cfr. Elio Lampridio, *Vita di Commodus*, XVII; Casso Dione, *Historia Romana*, LXXVII, 22, 1; Erodiano, *Tῆς μετὰ Μάρκον βασιλείας ἱστορία*, I, 16-17.

