

Rivista trimestrale | Aprile/Giugno 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

Cristiano Cupelli, **Il format della giustizia penale mediatica**

ARTICOLI

Filippo Giunchedi, **Maggiori garanzie per l'accusato in vinculis. La legge n. 15 del 2024 rafforza la presunzione di innocenza**

OPINIONI

Gabriella Di Paolo, **La circolazione transfrontaliera delle prove elettroniche**

Antonella Marandola, **Prescrizione non rinunciabile in sede d'archiviazione: una discutibile argomentazione conduce ad una dubbia conclusione**

DALLE CORTI

Wanda Nocerino, **A proposito di acquisizione delle immagini estrapolate dalle telecamere di videosorveglianza**

Filippo Lombardi, **Sul giudice competente per materia in caso di lesioni con malattia di durata superiore a venti giorni**

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 Maugeri – 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'amato – 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

CRISTIANO CUPELLI, *Il format della giustizia penale mediatica* » 193

Articoli

FILIPPO GIUNCHEDI, *Maggiori garanzie per l'accusato in vinculis. La legge n. 15 del 2024 rafforza la presunzione di innocenza* » 195

MASSIMILIANO ZANIOLO, *La tutela penale del conflitto di interessi: archetipo di un sistema punitivo in mutamento* » 207

ANNAPAOLA IUSO, *Le pene sostitutive delle pene detentive brevi: il nuovo Art. 20 bis C.P. alla luce della Riforma Cartabia* » 233

MARCO CECCHI, *Rinnovate scansioni procedurali per l'applicazione delle pene sostitutive* » 251

Opinioni

GABRIELLA DI PAOLO, *La circolazione transfrontaliera delle prove elettroniche* » 265

ANTONELLA MARANDOLA, *Prescrizione non rinunciabile in sede d'archiviazione: una discutibile argomentazione conduce ad una dubbia conclusione* » 277

ALESSANDRO VALENTI, *Riflessioni a margine di una proposta di legge sulla liberazione anticipata* » 285

Dalle corti

OTTAVIA MURRO, *Osservatorio Corte Costituzionale* » 295

GUIDO COLAIACOVO, LUIGI LUDOVICI, GIULIA FIORUCCI, *Osservatorio Sezioni Unite* » 303

WANDA NOCERINO, *A proposito di acquisizione delle immagini estrapolate dalle telecamere di videosorveglianza* » 315

FILIPPO LOMBARDI, *Sul giudice competente per materia in caso di lesioni con malattia di durata superiore a venti giorni* » 323

GUGLIELMO RUBEO, *Punti d'incontro tra la teoria del diritto penale del nemico e la legislazione italiana antiterrorismo: diritto penale "al limite"* » 329

Pagine senza tempo

ERVIN RUPNIK, *Non uccidere. Breve excursus sull'abolizione della pena di morte in Italia, in Europa e nel Mondo* » 349

IL FORMAT DELLA GIUSTIZIA PENALE MEDIATICA

Cristiano Cupelli*

La prevedibile spettacolarizzazione dei più recenti fatti di cronaca impone una presa d'atto: la giustizia penale mediatica ha ormai sviluppato un vero e proprio format; un format di successo, premiato dal pubblico, nel quale si mescolano elementi di informazione, inchiesta, spettacolo, dibattito e fiction e si consolidano prassi procedurali che delineano una sorta di "codice del processo mediatico" al quale ci stiamo inesorabilmente abituando. Prima le indagini e poi il processo si svolgono sui mezzi di informazione e sui social, prescindendo dalle regole di rito (*le prove, l'al di là di ogni ragionevole dubbio*) e privilegiando quelle dello show (il verosimile, il possibile, il più convincente sotto il profilo dell'*audience*); non si giudica più il fatto ma l'individuo, travolto da informazioni di ogni genere, talvolta decontestualizzate e prive di un riferimento temporale, che assumono rilievo in ragione della loro idoneità a solleticare la morbosa curiosità dei follower.

Eliminando i tempi lunghi, ma fisiologicamente indispensabili, della giustizia processuale, la decisione popolare, resa dal Tribunale dell'opinione pubblica in assenza di qualunque tipicità del fatto e mescolando diritto, morale, buon senso e senso comune (il reato è ciò che *appare* tale), anticipa quella del giudice, destinata ad arrivare troppo tardi, quando non vi è più alcun interesse a conoscerla, e a essere percepita, se assolutoria, come sorprendente, sbagliata e ingiusta. Non a caso, oggi, nel degradato discorso pubblico, "*giustizia è fatta*" solo quando un processo si conclude con una condanna.

Questa deriva si fonda sulla impropria sovrapposizione di piani, quello dell'informazione e della giustizia, profondamente diversi quanto a tecniche espressive (semplificato e sensazionalistico il linguaggio giornalistico; freddo, tecnico, talora criptico quello giudiziario) e a tempi di reazione (frenetici quelli dei media, imprevedibili quelli delle indagini e del processo), che alimenta effetti perversi e criticità: dallo stravolgimento di categorie e funzioni del processo penale alla distorsione dei rapporti tra fonti giudiziarie e giornalisti, passando per l'inevitabile condizionamento dei soggetti coinvolti, espo-

* Professore Ordinario di Diritto Penale presso l'Università di TorVergata.

sti al clamore e all'impazienza con cui gli organi di informazione raccolgono notizie alla ricerca di un colpevole *costi quel che costi*.

Inutile aggiungere che un "modello processuale" di questo tipo compromette i diritti costituzionalmente garantiti per gli imputati, la corretta dialettica tra accusa e difesa, la serenità psicologica dei giudici, amplificando le sofferenze per le famiglie delle vittime e stravolgendo la valutazione dell'attività giudiziaria nel suo complesso, tanto del pubblico ministero quanto della magistratura giudicante; senza dimenticare le ricadute reputazionali, difficilmente riparabili, e l'irrimediabile svilimento della dignità del singolo, ma anche del ruolo della stampa.

Come provare a invertire la tendenza? Non basta la solita invocazione all'intervento legislativo: tante e sostanzialmente disapplicate le norme già vigenti in materia. Occorre cambiare strategia e provare piuttosto a investire, in chiave sistemica e reticolare, sul "fattore culturale" in una duplice prospettiva: da un lato, incrementando la sensibilità tecnico-giuridica degli operatori dell'informazione giudiziaria, ad esempio rendendo obbligatori percorsi formativi di tecnica e linguaggio processuale; del resto, il cronista giudiziario assume un ruolo peculiare e delicato – informare sull'amministrazione della giustizia –, che non può prescindere, per spiegare al lettore la valenza processuale o meno di quanto pubblicato, da un consolidato bagaglio di competenze tecniche. Dall'altro, in termini di più ampio respiro, promuovendo la condivisione fra i protagonisti (magistrati, avvocati, giornalisti) di principi tutti egualmente importanti: il diritto/dovere di cronaca, certamente, ma anche l'obbligo di tutelare i diritti fondamentali dell'individuo, tra cui reputazione e presunzione di innocenza, inverando quell'etica della comunicazione processuale molto spesso invocata e assai di rado attuata.

MAGGIORI GARANZIE PER L'ACCUSATO IN VINCULIS. LA LEGGE N. 15 DEL 2024 RAFFORZA LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA

Filippo Giunchedi*

Sommario: **1.** L'oggetto della nuova disciplina relativa al divieto di pubblicare l'ordinanza cautelare. - **2.** I valori in gioco. - **3.** Il complesso e "labirintico" assetto codicistico. - **4.** Le ragioni dell'intervento legislativo e le prospettive.

ABSTRACT

Il legislatore con legge n. 15 del 2024 si è conformato alla direttiva UE 2016/343 sul rafforzamento della presunzione di innocenza.

Il saggio si concentra sul divieto di pubblicare, integralmente o per estratto, il testo dell'ordinanza di custodia cautelare finché non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare.

The legislator with law n. 15 of 2024 conformed to EU Directive 2016/343 on strengthening the presumption of innocence.

The essay focuses on the prohibition on publishing, in full or in extract, the text of the precautionary custody order until the preliminary investigations are concluded or until the end of the preliminary hearing.

1. L'oggetto della nuova disciplina relativa al divieto di pubblicare l'ordinanza cautelare.

Il legislatore italiano nel recepire varie direttive dell'Unione europea mediante l'art. 4 l. 21 febbraio 2024, n. 15, recante «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2022-2023»¹, ha previsto di integrare alcune norme interne per dare attuazione alla direttiva UE 2016/343 sul raf-

* Professore associato di Diritto processuale penale - Università Niccolò Cusano di Roma.

¹ Pubblicata in G.U. 24 febbraio 2024, n. 46 ed in vigore dal 10 marzo 2024.

forzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza² e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

In questa sede rileva quanto previsto al comma 3 dell'anzidetto art. 4, ovvero «modificare l'art. 114 c.p.p. prevedendo, nel rispetto dell'art. 21 Cost. e in attuazione dei principi e diritti sanciti dagli artt. 24 e 27 Cost., il divieto di pubblicazione integrale o per estratto del testo dell'ordinanza di custodia cautelare finché non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare, in coerenza con quanto disposto dagli artt. 3 e 4 della direttiva (UE) 2016/343».

Insomma, una prospettiva differente rispetto a quello che ha sempre costituito un principio basilare del nostro ordito codicistico il quale, proprio all'art. 114, prevede che, alla regola generale prevista dal comma 2 in forza della quale «è vietata la pubblicazione, anche parziale, degli atti non più coperti dal segreto fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare», possa essere pubblicata l'ordinanza cautelare.

2. I valori in gioco.

La questione ruota intorno al tormentato rapporto tra diritto all'informazione³, tutelato dall'art. 21 Cost., e quello alla riservatezza⁴, riconosciuto dalla giurisprudenza della Consulta⁵ come inviolabile e costituzionalmente garantito dall'art. 2 Cost.

L'ortodossa accezione da offrire ai termini “informazione”, “pubblicità”, “segretezza” e “riservatezza” risulta ancillare all'indagine sul rapporto, e sul conseguente bilanciamento, tra diritto all'informazione e tutela della presunzione di innocenza dell'accusato in quanto assai complesso a causa dei variegati riflessi che “contaminano” la purezza dogmatica dell'informazione nel processo penale⁶, inevitabilmente legati a fattori politici e culturali e al loro avvicinarsi⁷ con toni sfumati che, volta per volta e caso per caso, tendono a

² Sulla presunzione di innocenza nella prospettiva interna, per tutti, ILLUMINATI, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, 1 ss.; PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 2ª ed., Torino, 2009.

³ Sul diritto all'informazione CHIOLA, *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. giur.*, cit., XVI, 1989, 1 ss.; COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 319 ss.; LOIODICE, *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1971, 472 ss.

⁴ Sul diritto alla riservatezza CATAUDELLA, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. giur.*, cit., XXVII, 1991, 1 ss.; FURFARO, *Riservatezza*, in *Dig. disc. pen.*, IV, *Aggiornamento*, Torino, 2008, 1062 ss.

⁵ C. cost., n. 38 del 1973.

⁶ Per considerazioni più approfondite sia consentito rinviare a GIUNCHEDI, *Informazione e processo*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 647 ss.

⁷ Estremamente utile per cogliere la complessità del fenomeno risulta la lettura del Cap. I del volume di GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, 2ª ed., Milano, 1989, e, il meno risalente, PECORELLA, *Limiti alla libertà di informazione alla luce dei principi del giusto processo*, in *Dir. informatica*, 2008, 4-5, 453 ss.

far prevalere proteiformi interessi riconducibili alle due grandi categorie della segretezza e della pubblicità.

Segretezza quando le esigenze primarie sono costituite dalla speditezza e agilità del processo, dalla necessità di difendere la reputazione dell'imputato o di tutelare il testimone o dall'evitare speculazioni giornalistiche⁸. Allo stesso tempo non si può trascurare come la segretezza si ponga in differente e contraddittoria prospettiva poiché, per un verso, tende ad impedire l'accertamento giudiziale della verità e, per altro verso, costituisce un mezzo per favorire l'accertamento, preservandolo da interferenze⁹. Diverso è il caso della riservatezza che, rispetto alla segretezza, gode di un ambito di tutela più ampio e costituisce il diritto di un soggetto di vietare ad altri la conoscenza di ciò che fa o che dice e, quindi, è il riflesso oggettivo della propria volontà di proteggere dalla curiosità estranea uno spazio della propria vita¹⁰.

Pubblicità, invece, quando prevalgono esigenze di controllo pubblico della giustizia¹¹, dell'operato del giudice. Non è un caso che la pubblicità trovi riconoscimento anche nei massimi sistemi (art. 6, paragrafo 1, C.e.d.u. e art. 14, paragrafo 1, P.i.d.c.p.), proprio perché è «affare del popolo»¹².

Il passaggio dalla pubblicità del processo al diritto di informazione è nient'affatto semplice. Sarebbe semplicistico ritenere che al processo pubblico corrisponda automaticamente un diritto all'informazione a tutto tondo con i soli limiti legati all'obiettività del diritto di cronaca¹³ e a quelli posti dalle leggi che la disciplinano, posto che la conoscenza degli atti del processo all'esterno risponde all'esigenza di tutelare interessi processuali ed extraprocessuali quali, oltre al buon esito delle indagini, la corretta formazione del convincimento del giudice, il diritto personale alla riservatezza, la presunzione di non colpevolezza, etc. Sono queste le ragioni che consentono di comprendere come non vi sia una completa corrispondenza e coincidenza

⁸ Fenomeno al centro del dibattito della stessa comunità dei penalisti, florida nel coniare testi tesi ad indagare le distorsioni emergenti da quello che viene definito "processo penale mediatico". Senza pretesa di completezza, v. i volumi di CAMALDO, *La pubblicazione degli atti processuali tra giusto processo e libertà di stampa*, Milano, 2012; CONTI (a cura di), *Processo mediatico e processo penale*, Milano, 2016; GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, cit.; MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022; MANTOVANI, *Informazione, giustizia penale e diritti della persona*, Napoli, 2011; TRIGGIANI (a cura di), *Informazione e giustizia penale. Dalla cronaca giudiziaria al "processo mediatico"*, Bari, 2022; ID., *Giustizia penale e informazione. La pubblicazione di notizie, atti e immagini*, Padova, 2012; ID., *Segreto processuale e divieto di pubblicazione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, cit., *Annali*, II, 1, 2008, 1075 ss.

⁹ GRISPIGNI, *Diritto processuale penale*, I, Roma, s.d. (1945), 142, ritiene che le norme processuali penali abbiano la funzione di tutelare lo svolgimento del processo.

¹⁰ FURFARO, *Riservatezza*, cit., 1066 ss.

¹¹ Come se in contrapposizione vi sia una sorta di esoterismo processuale finalizzato a sottrarre l'ingiustizia dallo sguardo della collettività.

¹² VERDE, *Informazione nell'iniziativa processuale, segreto e dissenso*, in *Giustizia e informazione*, 1975, 114 s.

¹³ Che intorno agli anni Settanta ha ceduto il passo alla più ampia libertà di informazione.

di disciplina tra regime di segretezza degli atti e quello inerente al divieto di pubblicazione dei medesimi. E, inevitabilmente, derivano una serie di riflessi – legati anche alla professionalità degli operatori e alla sensibilità culturale dei destinatari – che, come preconizzato in tempi non sospetti¹⁴ rispetto all'incandescente problema che affligge l'attuale realtà ove «la giustizia penale è diventata spettacolo»¹⁵, rischiano di snaturare quella che è la funzione dell'informazione sulla giustizia penale: una pubblicità, cioè, che da strumento di controllo del potere giudiziario da parte dell'opinione pubblica rischia di trasformarsi in un mezzo di controllo del potere sull'opinione pubblica. Anche perché solo un ortodosso esercizio del diritto di cronaca consente di svolgere appieno la funzione propria, in quanto spesso una notizia asincrona, sfilacciata, parziale è pari o addirittura peggio del segreto poiché impedisce un'effettiva conoscenza. Il punto, quindi, è quello di trovare l'esatto confine tra segretezza funzionale al processo (per tutte le ragioni evidenziate) e pubblicità finalizzata a perseguire i fini propri del controllo dell'opinione pubblica: «il vero problema è un problema di misura»¹⁶.

Un altro aspetto che, soprattutto in forza del proliferare delle trasmissioni che trattano dei processi penali – anche se pare più corretto utilizzare il termine procedimento –, merita di essere evidenziato è quello delle modalità di diffondere la realtà giuridica mediante i mezzi di informazione poiché il tecnicismo della materia non rende agevole, senza rischi di approssimazione e di distorsione, la descrizione delle vicende processuali e, soprattutto, delle motivazioni delle decisioni¹⁷.

Il passaggio dal codice Rocco al codice Vassalli ha imposto una diversa lettura del diritto all'informazione giudiziaria e, quindi, anche un diverso approccio all'art. 21 Cost. nonostante il nuovo modello processuale consenta di decifrare più agevolmente il rapporto tra divieto di divulgazione e obbligo del segreto rispetto a quanto si verificava sotto l'egida del precedente ordito codicistico.

¹⁴ GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, cit., *passim*.

¹⁵ MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, cit., 9, il quale prosegue segnalando, non senza toni allarmistici, come «le notizie di indagini e processi entrano nelle case con la forza delle *breaking news*, lampeggiano tra i titoli di testa dei telegiornali e i caratteri cubitali dei quotidiani; generano inchieste e *reportage*, ma anche *forum* di discussione, *talk show* e salotti televisivi, documentari o *docufiction*, tutti frammisti di sequenze di arresti, filmati di operazioni di polizia, pseudo-evidenze probatorie, imitazioni foniche di intercettazioni, testimonianze anonime o simulate, opinioni di improbabili esperti, voci correnti nel pubblico. Additando colpevoli e reclamando castighi, interpellando l'anima *folk* della comunità, e così rimbalzano sui *social network* mescolando fatti e valutazioni, vero e verosimile in un baccanale di opinioni scomposto e disinformato, dominato dalla cultura dello *shaming* e dalla disseminazione a fini denigratori di dati personali e sensibili».

¹⁶ GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, cit., 35.

¹⁷ GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, cit., 52.

3. Il complesso e “labirintico” assetto codicistico.

Trascurando una disamina in prospettiva sovranazionale¹⁸, il rapporto tra diritto all'informazione e processo penale si gioca essenzialmente nel rapporto tra gli artt. 114 e 329 c.p.p. e, nella prospettiva che interessa, con il “nuovo” art. 115-*bis* c.p.p. recante «Garanzia della presunzione di innocenza», introdotto dall'art. 4, comma 1, lett. a), d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188, con decorrenza dal 14 dicembre 2021.

In particolare il concetto di pubblicazione¹⁹ degli atti e la loro segretezza è proiettato in funzione della proficuità del procedimento in linea con la legge-delega che alla direttiva n. 71 prevede l'obbligo del segreto su tutti gli atti del pubblico ministero e della polizia giudiziaria fino a quando gli stessi non possono essere conosciuti dall'imputato; il potere del p.m. di vietare durante le indagini la pubblicazione di atti non più coperti dal segreto o di notizie relative alle indagini al fine di «evitare pregiudizio per lo svolgimento delle stesse». Quindi si può affermare con tranquillante certezza che gli aspetti volti alla tutela della riservatezza del soggetto²⁰ e/o a inibire attenuazioni della presunzione di innocenza degradano per la necessità di mantenere invariate le *chances* di successo delle indagini o per preservare il giudice dibattimentale da interferenze nella formazione del proprio convincimento²¹. La riprova delle scelte operate dal legislatore e della gerarchia di valori si rinviene nella possibilità per il p.m. di desegretare alcuni atti di indagine «quando è strettamente necessario per la prosecuzione delle indagini» (art. 329, comma 2 c.p.p.).

¹⁸ Per la quale si rinvia, tra i tanti, a PAULESU, *La presunzione di innocenza, tra realtà processuale e dinamiche extraprocessuali*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il “caso Dorigo” e gli interventi della Corte costituzionale*, a cura di Balsamo-Kostoris, Torino, 2008, 129 ss., e, volendo, GIUNCHEDI, *Informazione e processo*, cit., 654.

¹⁹ Il concetto di pubblicazione è plasticamente espresso da UBERTIS, sub art. 114, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Amodio-Dominioni, II, Milano, 1989, 27, per il quale integra il concetto «non la comunicazione ad uno o più soggetti determinati dalle notizie di cui sia vietata la propalazione, ma la loro rivelazione con modalità tali da metterne al corrente un numero indefinibile di persone».

²⁰ Esempiarmente, tra le prime ortodosse applicazioni del bilanciamento tra diritto di cronaca e tutela del soggetto accusato, Trib. Trieste, 26 marzo 1993, Berti, in *Cass. pen.*, 1995, 1074, secondo cui «deve escludersi che il divieto di pubblicazione di atti del procedimento penale trovi la sua ragione nella necessità di tutelare - oltre all'esigenza di giustizia - anche il diritto alla riservatezza dell'imputato o dell'indagato, tenuto conto che il diritto di cronaca, riconosciuto dall'art. 21 Cost., sussiste anche in pendenza di un giudizio penale allorché siano rispettati i limiti della verità oggettiva, della pertinenza, della continenza formale, dell'utilità sociale dell'informazione, della forma civile dell'espressione dei fatti e della loro valutazione».

²¹ Cass., Sez. I, 11 luglio 1994, Leonelli, in *Cass. pen.*, 1996, 1179 che, in relazione all'aspetto considerato, spiega che «per gli atti non coperti da segreto sussiste un divieto limitato di pubblicazione che è assai circoscritto e viene meno man mano che, in relazione allo svolgimento del procedimento, viene meno la ragion d'essere del divieto che è quella di assicurare il corretto, equilibrato e sereno giudizio del giudice del dibattimento attuato anche attraverso le norme che gli consentono di venire legittimamente a conoscenza del testo degli atti di indagine nei limiti e secondo le regole previsti in un processo tipicamente accusatorio».

In generale, quindi, il divieto di pubblicazione di atti e di immagini è volto prima di tutto alla tutela di interessi endoprocessuali (art. 114, commi 1-3) e extra-processuali (commi 4-6 *bis*). Entrambi gli interessi limitano, anche se per ragioni diverse, il c.d. diritto di cronaca giudiziaria.

Il legislatore ha previsto che gli atti di indagine coperti dal segreto o il loro contenuto non siano pubblicabili (art. 114, comma 1, c.p.p.). Inevitabile il rimando al concetto di segreto di indagine disciplinato dall'art. 329 c.p.p. che ritiene coperti dal segreto tutti gli atti di indagine compiuti dal p.m. e dalla p.g. «fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari».

Però, mediante l'addenda apportata dall'art. 2, comma 1, lett. f), d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, a decorrere dal 26 gennaio 2018, la disciplina è stata estesa anche alle «richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine e gli atti del giudice che provvedono su tali richieste» e, quindi, anche all'ordinanza cautelare.

Se il fine risulta inevitabilmente quello di tutelare il buon esito delle indagini, con la conseguenza che tutto ciò che costituisce atto diretto al reperimento e all'assicurazione delle fonti di prova è coperto dal segreto e quindi non risulta pubblicabile, a meno che non si rientri nell'ipotesi prevista dall'art. 329, comma 2, il problema si pone per gli atti non più coperti dal segreto. La pubblicazione in questo caso è vietata fino a che non siano concluse le indagini preliminari o l'udienza preliminare ovvero, se si procede a dibattimento, non sono pubblicabili gli atti contenuti nel fascicolo del dibattimento fino a che non venga pronunciata la sentenza di primo grado²², mentre quelli contenuti nel fascicolo del p.m. continuano a rimanere non pubblicabili fino a dopo la pronuncia della sentenza di appello. La *ratio* è intuibile e assolve ad esigenze processuali in quanto la pubblicazione degli atti è potenzialmente in grado di consentire al giudice di conoscere materiale che può inquinare il suo libero, ma "legale", convincimento. Al proposito ci si è domandati la ragione della mancanza di copertura del divieto di pubblicazione nella prospettiva di una rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel giudizio di rinvio.

Per concludere, gli sforzi del legislatore, nonostante qualche lacuna, garantiscono sicuramente valori costituzionali meritevoli di "protezione" costituzionale: dal più generale diritto al buon andamento della pubblica amministrazione ai più specifici diritti all'imparzialità del giudice e al principio del contraddittorio nella formazione della prova²³ come già spiegava la Corte costituzionale sotto l'egida del precedente codice²⁴. Il diritto all'informazio-

²² Va rammentato che C. cost., n. 59 del 1995 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 76 Cost., dell'art. 114, comma 3, c.p.p. limitatamente all'inciso «del fascicolo del dibattimento, se non dopo la pronuncia della sentenza di primo grado».

²³ PALADIN, *Problemi e vicende della libertà di informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in *La libertà d'informazione*, Torino, 1979, 20 s.

²⁴ C. cost., n. 25 del 1965, sottolineava che «la pubblicità del dibattimento è garanzia di giustizia, come mezzo per allontanare qualsiasi sospetto di parzialità; ed anche le norme che discipli-

ne, pertanto, recede di fronte a questi valori ritenuti prevalenti dal legislatore, mentre si espande nuovamente nei commi 4-7 dell'art. 114²⁵.

Gli interessi extra-processuali, pur non rilevando ai nostri fini, necessitano di essere brevemente ricordati per una visione compiuta del fenomeno della pubblicità.

Il dibattimento, che di regola è pubblico, soffre delle eccezioni costituite dalla necessità di non nuocere al buon costume o all'interesse dello Stato (artt. 472, comma 1, c.p.p.) mediante la pubblicità, ovvero quando potrebbe derivare pregiudizio per la riservatezza dei testimoni o delle parti private in ordine a fatti estranei all'imputazione (art. 472, comma 2). In questi casi è previsto il divieto di pubblicazione, anche parziale, degli atti del dibattimento e di quelli contenuti nel fascicolo del p.m. utilizzati per le contestazioni (art. 114, comma 4)²⁶.

Questi interessi sono tutelati con la possibilità di un intervento del giudice «se non si procede a dibattimento» (comma 5) come nel caso del procedimento definito con provvedimento di archiviazione, con sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento ex art. 469 c.p.p. oppure attraverso i riti alternativi del giudizio abbreviato²⁷ o della pena concordata tra le parti.

Il problema effettivo si pone laddove la legge distingue, proprio in queste fasi non più coperte dal segreto in cui vige il divieto di pubblicazione anche parziale del contenuto di atti, la possibilità di pubblicare il contenuto degli stessi, il che francamente suscita una serie di perplessità soprattutto laddove possono essere escogitati *escamotages*, volti – pur rimanendo fedeli all'imperativo normativo – a diffondere atti che devono rimanere segreti. D'altronde, quello che realmente interessa l'opinione pubblica è il contenuto degli atti, per cui si deve convenire con coloro che ritengono che riferire an-

nano i casi nei quali, a tutela di svariati interessi, è necessario derogare al principio della pubblicità, debbono attenersi al retto funzionamento della giustizia, bene supremo dello Stato, garantito anch'esso dalla Costituzione. Ma vano espediente sarebbe quello di escludere la presenza del pubblico dal dibattimento, qualora fosse consentito di portare a conoscenza di una larga cerchia di persone, a mezzo della stampa, il contenuto di quegli atti o documenti che nel processo abbiano assunto carattere riservato».

²⁵ Il comma 7, che consente la pubblicazione del contenuto di atti non coperti dal segreto, costituisce l'antitesi al divieto di pubblicare atti coperti dal segreto, eccezione fatta per l'ipotesi delineata dall'art. 329, comma 3, lett. b), c.p.p. Si consideri, inoltre, che l'art. 52 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 prevede che l'interessato per motivi legittimi possa chiedere, prima che sia terminato il grado di giudizio, che venga preclusa la diffusione per fini giuridici della sentenza o del provvedimento con le proprie generalità o con ogni altro elemento identificativo.

²⁶ Il divieto perdura fino alla scadenza dei termini stabiliti dalle norme che regolano gli archivi di Stato o fino a che, trascorsi dieci anni dalla data in cui la sentenza è divenuta irrevocabile, il Ministro della Giustizia autorizzi la pubblicazione.

²⁷ È opportuno chiedersi se sia conciliabile l'opzione consentita dall'art. 441, comma 3, c.p.p. di procedere, con il consenso di tutti gli imputati, in pubblica udienza con la possibilità di non rendere pubblicabili gli atti del giudizio abbreviato. A nostro avviso, in considerazione che l'interesse alla non pubblicazione assolve a ben altri scopi (cfr. l'art. 114, comma 4), non è ravvisabile alcuna distinzione tra l'abbreviato in camera di consiglio e quello pubblico.

che solo riassuntivamente equivalga a rendere noto il contenuto concettuale dell'atto²⁸.

A salvaguardia della riservatezza del minore si pongono due norme: l'art. 13 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448 che tutela gli imputati minorenni vietando la pubblicazione e la divulgazione di notizie o immagini del minore comunque coinvolto nel processo²⁹ e l'art. 114, comma 6, c.p.p. che allarga il divieto anche a tutti i soggetti minori coinvolti nel processo (testimoni, persone offese e danneggiati) fino a quando non abbiano raggiunto la maggiore età, a meno che il tribunale per i minorenni – indipendentemente dal fatto che il procedimento penda davanti a sé –, per gli infrasedicenni, non autorizzi la pubblicazione o il minore sedicenne non vi acconsenta. Anche in questo caso il legislatore ordinario ha optato a favore del minore a non vedersi esposto come autore di un reato o, comunque, come protagonista di una vicenda penale, relegando in secondo piano l'interesse generale della collettività a conoscere fatti penalmente rilevanti; interesse, invece, ritenuto prevalente nelle vicende che vedono coinvolti soggetti adulti ove l'esigenza di informazione attenua la tutela della sfera della riservatezza³⁰. Per la giurisprudenza, in queste ipotesi, il diritto di cronaca non verrebbe nemmeno «ad esistenza»³¹.

Assolve sempre alla tutela del diritto di riservatezza di determinate categorie di soggetti la previsione introdotta dall'art. 14 l. 16 dicembre 1999, n. 479 che ha aggiunto all'art. 114 c.p.p. il comma 6 *bis*. La norma prevede che non può essere pubblicata, salvo che l'interessato vi acconsenta, l'immagine di persone private della libertà personale a quando si trovano ammanettate o sottoposte ad altro mezzo di coercizione. La norma si prefigge anche lo scopo di «porre freno a certe deplorable forme di spettacolarizzazione della giustizia da tempo invalse in tema di cronaca giudiziaria»³² e di tutelare la presunzione di non colpevolezza ex art. 27, comma 2, Cost. nelle ipotesi di privazione della libertà personale prima della sentenza definitiva³³.

In tutti questi casi la tutela apprestata dal legislatore pone in primo piano la riservatezza ed il nocumento – anche sul piano della considerazione di non colpevolezza e, in prospettiva sovranazionale, della presunzione di innocenza – che può derivare dalla pubblicazione di determinati atti o immagini. Nel caso del detenuto condannato, addirittura può ritenersi coperta la norma co-

²⁸ GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, cit., 350; UBERTIS, sub art. 114, cit., 27.

²⁹ L'art. 33, comma 2, d.p.r. n. 448 del 1988 prevede che il divieto possa venire meno solo nell'ipotesi eccezionale in cui il tribunale decida di procedere in pubblica udienza.

³⁰ ASSANTE-GIANNINO-MAZZIOTTI, *Manuale di diritto minorile*, Bari, 2000, 191 s.

³¹ Trib. Lecce, 22 febbraio 1993, Bruno, in *Foro it.*, 1994, II, 658, secondo cui il divieto di pubblicazione tende a salvaguardare l'«etichettamento» della persona minorenni».

³² TRIGGIANI, *Segreto processuale e divieto di pubblicazione (diritto processuale penale)*, cit., 1086.

³³ Il divieto, infatti, opera anche in sede esecutiva [MOLINARI, *Il segreto investigativo*, Milano, 2003, 309; SPANGHER, *Divieto di pubblicazione di soggetti in vinculis*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 181; TRIGGIANI, *Segreto processuale e divieto di pubblicazione (diritto processuale penale)*, cit., 1087].

stituzionale che prevede la riparazione agli errori giudiziari (art. 24, comma 4, Cost.) la quale, mediante la diffusione di immagini del soggetto *in vinculis*, verrebbe parzialmente vanificata. Si tratta, però, di una tutela debole poiché è limitata all'atto, ma non al suo contenuto e già si è detto della possibile dannosità di notizie diffuse in modo erroneo.

L'assetto appena descritto non è mutato particolarmente nonostante un apparente vessillo di garanzia costituito dal conio del ricordato art. 115-*bis* c.p.p. introdotto dall'art. 4 d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188, recante «Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali», al fine di adeguare la normativa nazionale alla predetta direttiva la quale assicura che «gli Stati membri adott[er]no le misure necessarie per garantire che fino a quando la colpevolezza di un indagato o imputato non sia stata legalmente provata, le dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche e le decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza non presentino la persona come colpevole».

L'art. 115-*bis*, mediante un uso più accorto e sorvegliato del lessico da utilizzare, si prefigge di evitare che una rappresentazione distorta della realtà procedimentale in pregiudizio dell'accusato possa essere amplificata con la divulgazione degli atti da parte dei *media*³⁴.

Anche questa norma, come si vedrà, non è stata ritenuta soddisfacente dagli organi dell'Unione europea per tutelare la presunzione di innocenza, cosicché il legislatore interno è dovuto ricorrere alla legge n. 15 del 2024 che opera su uno degli istituti che ha fatto più discutere, ovvero la possibilità di pubblicare il provvedimento cautelare.

4. Le ragioni dell'intervento legislativo e le prospettive.

L'art. 114 c.p.p., norma centrale nella regolamentazione dei rapporti tra processo penale e informazione, nonostante, come osservato, il legislatore sia intervenuto più volte, non ha mai brillato per chiarezza disorientando l'interprete, chiamato nel non agevole compito di contemperare i valori coinvolti garantiti dalle *Grundnormen* interne e sovranazionali³⁵. Infatti, nonostante

³⁴ Per una compiuta disamina della nuova disposizione, tra gli altri, BACCARI, *Le nuove norme sul rafforzamento della presunzione di innocenza dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 159 ss.; TRIGGIANI, «*È la stampa, bellezza! E tu non puoi farci niente! Niente!*» (...neppure con il soccorso della presunzione di innocenza), in *Informazione e giustizia penale. Dalla cronaca giudiziaria al "processo mediatico"*, cit., 67, ai quali si rinvia.

³⁵ TRIGGIANI, «*È la stampa, bellezza! E tu non puoi farci niente! Niente!*» (...neppure con il soccorso della presunzione di innocenza), cit., 59, spiega come, nonostante i vari tentativi, «sembra che in questo "labirinto" il legislatore si sia "smarrito" e sia rimasto "imprigionato" da oltre trent'anni, non riuscendo ancora a trovare la via d'uscita».

molteplici proposte di riforma radicale della disciplina sul segreto investigativo e sul divieto di pubblicazione degli atti processuali si siano avvicinate, queste hanno ceduto il passo a circoscritti interventi legislativi che si sono limitati a modificare alcuni profili relativi ai rapporti tra *mass media* e processo penale, non andando, però, a sciogliere il nodo nevralgico del rapporto tra segreto investigativo – la cui portata è stata pure ampliata – e limiti alla divulgazione degli atti³⁶, accontentandosi di tutelare maggiormente la riservatezza dell'accusato e degli altri soggetti.

Evitando di diffondersi oltre modo nella disamina dei provvedimenti legislativi che nel corso del tempo si sono succeduti, entriamo *in medias res* trattando dell'ordinanza cautelare che, oggi, in forza della recente legge n. 15 del 2024, diviene vietato pubblicarne il testo in forma integrale o per estratto fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare. In tal modo, il legislatore pone rimedio, in quanto ritenuto non adeguatamente efficace per garantire la presunzione di innocenza, al già citato d.lgs. n. 188 del 2021.

Sebbene il d.lgs. n. 188 del 2021 avesse apportato interpolazioni al codice di rito criminale e al d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, recante «Disposizioni in materia di riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero a norma dell'art. 1, comma 1, lett. d), della legge 25 luglio 2005, n. 150», disciplinando i rapporti tra organi inquirenti e mezzi di comunicazione, nel contesto della modifica dell'ordinamento giudiziario volta ad attuare una maggiore gerarchizzazione dell'ufficio del pubblico ministero, rimaneva, pur sempre, il *vulnus* relativo alla possibilità di pubblicare il testo dell'ordinanza cautelare con pregiudizio tanto per il soggetto attinto dalla misura cautelare che delle indagini stesse.

D'altro canto, l'approdo a cui è giunto il legislatore nell'attuale testo dell'art. 114 c.p.p. omette di considerare la centralità che assume l'ordinanza cautelare in chiave endoprocessuale tanto per il “peso” del relativo quadro indiziario che si delinea di una consistenza tale da essere considerato una prova allo stato degli atti³⁷ quanto perché integra il presupposto per l'esercizio dell'azione penale nell'ipotesi del giudizio immediato “custodiale”.

³⁶ Così, esattamente, TRIGGIANI, «È la stampa, bellezza! E tu non puoi farci niente! Niente!» (... neppure con il soccorso della presunzione di innocenza), cit., 59.

³⁷ Infatti, nonostante il nostro ordinamento escluda interferenze tra il giudicato cautelare e l'accertamento in sede di cognizione – ad eccezione del giudizio immediato c.d. custodiale – la forza persuasiva del primo sul secondo è evidente in ragione dell'omologazione raggiunta a seguito dell'introduzione nell'art. 273 c.p.p. del comma 1-bis che ha spinto la giurisprudenza, anche a Sezioni unite (Cass., Sez. un., 30 maggio 2006, P.m. in c. Spennato, in *Mass. uff.*, n. 234598), a ritenere che i gravi indizi cautelari costituiscano una prova allo stato degli atti «equiparando nella sostanza il valore dei gravi indizi di colpevolezza a quello della prova richiedendo che i primi possiedono il crisma dell'elevata probabilità o dell'elevato grado di credibilità razionale, nel quale si identifica la certezza processuale» (Cass., Sez. I, 4 maggio 2005, Lo Cricchio, in *Mass. uff.*, n. 232601).

E non è difficile immaginare come questi convincenti profili tecnici possano costituire il fondamento per alimentare il parallelo processo mediatico, ammantato da un'infinità di (spesso maliziose) distorsioni che tendono ad alimentare tesi ricostruttive che germinano da un'artificiosa gestione delle informazioni emergenti proprio da quell'atto che, al contrario, dovrebbe escluderle. L'errore di fondo è radicato nell'ipotizzare, da una parte, oggettività in capo a coloro che diffondono la notizia e, dall'altra, capacità di corretta recezione da parte dei destinatari, tendenzialmente scevri dalle nozioni giuridiche necessarie per governare in modo ortodosso le categorie processuali la cui decifrazione è rimessa alla professionalità e oggettività del giornalista e al *background* socio-culturale del recettore.

In questo contesto si assiste ad un vero e proprio ribaltamento della presunzione di innocenza; l'indagato, salvo rari casi, diviene un "colpevole in attesa di giudizio"³⁸ con la conseguenza che la pubblicazione prima della chiusura delle indagini preliminari dell'ordinanza cautelare – spesso costituente il portato di un'impostazione "poliziesca" per l'instirpabile fenomeno della motivazione *per relationem* – fagocita impostazioni inosservanti della presunzione di innocenza.

È necessario confidare, allora, che il legislatore recepisca all'interno del codice di rito criminale l'*incipit* della Direttiva UE 2016/343 e della legge n. 15 del 2024. Sarebbe sufficiente elidere dal comma 2 dell'art. 114 c.p.p. il riferimento all'ordinanza cautelare: «È vietata la pubblicazione, anche parziale, degli atti non più coperti dal segreto fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare».

In tal modo si ripristinerebbe la priorità dei valori primari, in quanto la limitazione alla pubblicazione degli atti del procedimento garantirebbe beni costituzionalmente rilevanti. Diversamente, si rischia di ricadere in quella doppia fallacia (politicistica e garantistica) che rende sempre più evidente la divaricazione tra garantismo e trasformazione della società³⁹, soprattutto in un periodo ove il "populismo" penale pare costituire la "bussola" che orienta le scelte del legislatore.

³⁸ MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, cit., 80, che descrive l'indagato come soggetto «gravato da un'ombra di sospetto che solo a fatica potrà tentare di disgregare nel corso del procedimento».

³⁹ Per approfondimenti FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 8ª ed., Roma-Bari, 2004, 985 ss.

LA TUTELA PENALE DEL CONFLITTO DI INTERESSI: ARCHETIPO DI UN SISTEMA PUNITIVO IN MUTAMENTO

Massimiliano Zaniolo*

Sommario: 1. Conflitto di interessi e democrazia, una premessa necessaria. — 2. Il conflitto di interessi: un concetto astratto. — 3. Il conflitto di interessi nell'ordinamento penale: una presenza trasversale ma evanescente. — 4. Il conflitto di interessi nei concorsi pubblici: una peculiare ipotesi che merita attenzione alla luce dell'imminente abrogazione dell'abuso d'ufficio. — 5. Nuova linfa per il conflitto di interessi nella Proposta di direttiva Ue sulla corruzione: fra formulazioni generiche e incriminazioni privatistiche. — 6. Conflitto d'interessi nel diritto societario, un modello da seguire. — 7. Una prospettiva conclusiva: il conflitto di interessi come traccia dell'unitarietà del sistema punitivo.

ABSTRACT

Il presente contributo analizza il fenomeno del conflitto di interessi nell'ordinamento penale. Viene evidenziata, inizialmente, l'intrinseca correlazione fra l'incriminazione del conflitto di interessi e una distorta concezione di democrazia, che vorrebbe la totale esclusione degli interessi privati dai processi decisionali. Successivamente, alla luce di questa perenne tensione, si è tentato di esaminare il concetto di conflitto di interessi e alcune ipotesi di reato che lo contemplano. Ci si è dunque soffermati sul reato di abuso d'ufficio, nella sua variante "omissiva", e, sul versante applicativo, sulla peculiare casistica dei concorsi pubblici accademici, connotati da ineliminabile discrezionalità amministrativa. A tal riguardo è stata analizzata altresì la recente Proposta di direttiva europea sulla corruzione, che, in virtù delle incriminazioni generiche e onnicomprehensive ivi contenute, rischia di restituire nuova linfa all'incriminazione del conflitto di interessi. Si è, per converso, approfondita l'evoluzione della criminalizzazione del conflitto di interessi in ambito societario come modello di una rinnovata concezione "sostanzialista" del fenomeno, incentrata sul danno patrimoniale in concreto. In conclusione, si è evidenziato come l'analisi del conflitto di interessi porti a considerare il sistema punitivo in chiave unitaria, in ragione della inevitabile parificazione fra modelli decisionali privatistici e pubblicistici.

This article analyses the phenomenon of conflict of interest in the criminal justice system. Initially, it is highlighted the intrinsic correlation between the incrimination of conflict of interest and a distorted conception of democracy, which would like the total exclusion of private interests from decision-making processes. Subsequently, in the light of this perennial tension, an attempt was made to examine the concept of conflict of interest and some of the offence hypotheses that

* Avvocato del Foro di Padova.

contemplate it. We therefore focused on the offence of abuse of functions, in its 'omissive' variant, and, on the application side, on the peculiar case history of academic public competitions, characterised by ineliminable administrative discretion. In this regard, the recent Proposal for a European Directive on Corruption was also analysed, which, by virtue of the generic and all-encompassing incriminations contained therein, is likely to breathe new life into the incrimination of conflict of interest. Conversely, the evolution of the criminalisation of conflict of interest in the corporate sphere was examined in depth, as a model of a renewed 'substantive' conception of the phenomenon, centred on the concrete pecuniary damage. In conclusion, it was highlighted how the analysis of conflict of interest leads to consider the punitive system in a unitary key, due to the inevitable parity between private and public decision-making models.

1. Conflitto di interessi e democrazia, una premessa necessaria.

Una buona parte dei dibattiti contemporanei in materia di conflitto d'interessi, con ricadute giuridiche tanto sul versante amministrativo quanto penale, dipende dalla difficoltà di confrontare la dialettica fra democrazia, sempre associata a qualcosa di necessariamente buono, e il libero mercato, identificato, al contrario, con l'egoismo predatorio del singolo¹. Da questa diffusa concezione discende l'inevitabile "chiamata alle armi" del diritto penale (con il suo arsenale giuridico, politico e morale), al fine di impedire e reprimere l'ingresso degli interessi privati nei processi decisionali, tanto, ad esempio, nelle scelte di reclutamento e disciplina della magistratura, quanto nei processi decisionali della pubblica amministrazione².

La dialettica fra potere dei singoli (impregnati di interessi personali o in "conflitto di interessi", come diremmo oggi) e sistema democratico (ossia di governo — apparentemente — del popolo) ha origini risalenti, ma è di costante attualità, poiché foriero di interpolazioni storiche e giuridiche. Basti pensare che i più sono ancora convinti che Atene democratica e Pericle siano sinonimi e che nella democrazia ateniese il potere fosse equamente esercitato solo dal popolo, senza intermediazioni. Eppure, il più grande storico di Atene, oltre che contemporaneo e ammiratore di Pericle, scrisse che il suo regime era stato in realtà una «democrazia solo a parole, di fatto un regime personale»³. Infatti, come oramai noto, il celebre predominio politico e culturale di Pericle fu frutto di un compromesso tra demagogia, potere personale e di *clan*⁴. Il ruolo dei *clan*, appunto, non estraneo alla forma prototipica di democrazia, può essere assimilato al concetto moderno di *lobby*, ossia di

¹ LOTTIERI, *Il Conflitto di interessi fa bene alla democrazia*, Milano, 2017.

² Con riguardo al processo di strumentalizzazione moralistica del concetto di democrazia attraverso il diritto penale della corruzione, si veda: ALAGNA, *Democracy in the Undertow: Models and Criticism of the Anti-Corruption Criminal Law*, Torino, 2021.

³ Alcuni critici, tra i quali il BURCKARDT, *Storia della civiltà greca*, vol. II, Firenze, 1974, 174, hanno affermato che Tucidide fosse favorevole piuttosto ad una forma di governo mista, cioè ad un compromesso di oligarchia e democrazia e questo sulla base di quanto lo storico dice in VIII, 97, 2.

⁴ Su tutti, CANFORA, *La democrazia di Pericle*, Bari, 2012.

gruppo di persone che sono in grado di influenzare a proprio vantaggio l'attività del legislatore o di altri organi della pubblica amministrazione. Senza la pretesa di affrontare in questa sede un'analisi storico-politologica della questione, basti qui considerare che per analizzare il tema del conflitto di interessi e della sua tutela penale, si deve assumere consapevolezza della circolarità tra élite (aristocratiche o meramente plutarchiche, come ai giorni nostri) e masse, o, come si esprimeva Tucidide, tra «guidare» ed «essere guidati»⁵. È questo un passaggio obbligato per comprendere il nocciolo di ogni ordinamento, poiché è dalla consapevolezza del necessario intrecciarsi fra dinamiche pubbliche e private, proprio di ogni democrazia, che si può definire quale sia il corretto ruolo del diritto penale nel garantire, disciplinare e reprimere la dialettica democratica, ossia la dialettica fra persone e potere⁶.

Del resto, ogni individuo (in quanto *individus*, i.e. 'indivisibile') è portatore di specifici interessi e solo una società totalmente divisibile, cioè priva di indivisibili (individui), e quindi depersonalizzata, — se mai ciò fosse possibile — potrebbe condurci entro un orizzonte senza conflitti di interessi. In altri termini, è vero che le imprese hanno interessi privati che azionano sulla scena pubblica, ma questo vale egualmente per i dipendenti pubblici, le corporazioni organizzate, i professori universitari, i magistrati, le realtà regionali, i pensionati, i politici di professione e i singoli cittadini. Quanti accusano il prossimo in nome di un vero o presunto conflitto di interessi, di una vera o presunta «perenne emergenza»⁷, spesso non si avvedono di avere anch'essi interessi ben precisi e, in molti casi, di essere interpreti attivi proprio di quelle esigenze⁸.

Se è, dunque, impossibile evitare la presenza degli interessi e la loro azione condizionante, molti dibattiti contemporanei in materia non colgono come il problema fondamentale non siano tanto e in primo luogo gli interessi, di per sé legittimi, ma invece quel sistema politico che impone di limitare gli interessi privati nelle decisioni pubbliche attraverso il ricorso costante al diritto penale e, perciò, alla discrezionalità della magistratura, chiamata a determinare, *ex post*, la liceità dei processi decisionali amministrativi e, finanche, legislativi⁹.

⁵ TUCIDIDE, VIII, 97, 2, richiamato da CANFORA, cit.

⁶ ALAGNA, *op. cit.*; specificatamente sul rapporto fra attività di *lobbying* e diritto penale, si veda anche ALAGNA, *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, Torino, 2018.

⁷ MOCCIA, *La perenne emergenza - Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000.

⁸ Riecheggia inevitabilmente il celebre passo del Vangelo secondo Giovanni: 8:7 «*Qui sine peccato est vestrum, primus lapidem mittat*»

⁹ La considerazione è tratta dall'osservazione della pratica giuridica che si sostanzia in atti d'interpretazione e di argomentazione, spostando l'attenzione dall'origine della regola giuridica all'uso che di essa fanno gli utenti del diritto, siano essi funzionari pubblici o cittadini. Con riguardo a questo profilo la rigida separazione tra teoria giuridica e teoria politica viene meno, dato che le scelte interpretative e quelle deliberative non costituiscono atti isolati o a sé stanti, ma si inseriscono coerentemente all'interno della vita di una comunità politica nel ri-

2. Il conflitto di interessi: un concetto astratto.

Alla luce di queste brevi premesse, si intuisce come il ruolo del diritto penale, nel riconoscere e gestire il conflitto di interessi, rappresenti una sfida estremamente complessa in ogni ambito organizzativo, che si tratti di imprese, amministrazioni pubbliche o organizzazioni senza scopo di lucro, poiché la sua chiamata in causa dipende da differenti visioni di matrice politico-giuridica. La complessità originaria di questo fenomeno risiede altresì nel rapporto di immedesimazione organica che spesso costituisce null'altro che una *fictio iuris*, difficilmente in grado di operare una reale scissione fra sfera giuridica del singolo agente e quella dell'ente rappresentato. Del resto, coloro che gestiscono e rappresentano gli enti, ancorché incardinati in un ruolo al quale sono preposti, sono spesso esposti a varie pressioni e tentazioni personali, perciò "indivisibili", e non prevedibili a monte dall'ente. Talvolta, peraltro, l'influenza sui singoli operatori dell'ente viene esercitata senza che gli stessi ne abbiano piena consapevolezza, rendendoli per tale ragione intrinsecamente vulnerabili¹⁰. Ciò detto, ammesso che l'obiettivo dell'ente sia quello di avere una *governance* scevra da qualsivoglia pressione esterna, ossia, come detto, depersonalizzata, si rende evidentemente necessaria la presenza di un sistema di linee guida chiare e, nel caso della pubblica amministrazione, di chiarissime fonti di natura normativa. Non si potrebbe altrimenti pretendere alcun comportamento doveroso in assenza di una concreta e reale capacità del singolo di cogliere il significato giuridico della propria condotta, salvo minare il principio di prevedibilità che costituisce corollario essenziale della legalità¹¹.

A tal proposito occorre, tuttavia, evidenziare come la definizione stessa di conflitto di interessi non sia univoca con molteplici proposte sia nella letteratura amministrativistica sia nella prassi, specialmente nei codici etici e nelle linee guida dedicati¹². In prima approssimazione, ai fini della nostra riflessione,

spetto dei diritti dei suoi membri. La conclusione è che la teoria giuridica ha solo un'autonomia relativa in quanto si iscrive pur sempre all'interno della filosofia politica, in cui trova il suo pieno compimento, vd. FERRAJOLI, *La teoria generale del diritto: l'oggetto, il metodo, la funzione*, Rivista di filosofia del diritto, 2012, 1, n. 2, 246. Per un'analisi penalistica della questione si veda, fra tutti, SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014, 97 ss. Per un'analisi penalistica sul rapporto fra tipicità e discrezionalità, si veda, fra tutti: SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014.

¹⁰ Alcuni studi di scienze psicologiche rilevano la tendenza delle persone a vedere e interpretare gli eventi con la lente dei propri interessi personali e a far prevalere in modo automatico e inconsapevole i propri interessi quando essi entrano in competizione con l'interesse istituzionale, cfr. DI CARLO, *Il conflitto di interessi nelle aziende. Linee guida per imprese, amministrazioni pubbliche e non-profit*, Torino, 2020, 102 ss.

¹¹ Sul tema della prevedibilità penale si vd. CONSULICH, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, Sistema Penale, 2020.

¹² Tra le principali linee guida, ad esempio, si vd. Commissione Europea, *Orientamenti sulla prevenzione e sulla gestione dei conflitti d'interessi a norma del regolamento finanziario*, 7 aprile 2021, 7. Mentre tra le fonti normative: UE *Financial Regulation 2018*, che ha perfezionato le misure esistenti a tutela degli interessi finanziari dell'UE. Ne è un esempio il rafforzamento delle norme

possiamo riportare alcune definizioni di conflitto di interessi che si rinven- gono in ambito amministrativo ed europeo¹³. Il Consiglio di Stato ha di recente definito sinteticamente il conflitto di interessi come «il contrasto tra due inter- essi facenti capo alla stessa persona, uno dei quali di tipo “istituzionale” e un altro di tipo personale»¹⁴. In dottrina, più ampiamente, si è descritto il conflitto di interessi come la situazione in cui l’interesse secondario (finanziario o non finanziario) di una persona tende a interferire, in modo reale, potenziale e/o apparente, con l’interesse primario dell’azienda (ossia il bene comune), verso cui la prima ha precisi doveri e responsabilità¹⁵. Altri autori invece, più generi- camente, riferiscono al conflitto di interessi ogni situazione in cui alla mente di taluno, chiamato a prendere una decisione per conto o in rappresentanza di un altro — non rileva se in ambito pubblico o privato —, in alternativa all’in- teresse del mandante si rappresentano, come possibili moventi o scopi, ulte- riori interessi incompatibili con il primo¹⁶. A livello europeo, la definizione di conflitto di interessi sembra invece ancor più astratta, invero l’articolo 61 del Regolamento Finanziario del 2018 afferma che si ha un conflitto d’interessi quando «l’esercizio imparziale e obiettivo delle funzioni di un agente finan- ziarario o di un’altra persona» che partecipa all’esecuzione del bilancio «è com- promesso da motivi familiari, affettivi, da affinità politica o nazionale, da inter- esse economico o da qualsiasi altro interesse personale diretto o indiretto». Tanto premesso, sembra potersi osservare che il dato comune alle definizioni qui riportate consiste, in primo luogo, nel profilo di alterità fra il primo e il secondo interesse, che si declina in termini di “interferenza” o “incompatibi- lità”, a prescindere dal contesto giuridico di riferimento. Il secondo elemento che si evince dalle definizioni riportate consiste invece nella possibilità che si abbia conflitto d’interessi anche se la persona non trae un beneficio effettivo dalla situazione, in quanto è sufficiente che le circostanze compromettano «l’esercizio obiettivo e imparziale delle sue funzioni», che non implica ne-

sui conflitti d’interessi (articolo 61 del RF 2018). Oltre che alla gestione diretta e indiretta, queste si applicano ora anche alle autorità degli Stati membri e a tutti coloro che danno esecuzione ai fondi dell’UE in regime di gestione concorrente.

¹³ Per una rassegna generale sul versante amministrativo, si rinvia, per tutti, a D’ANGELO, *Conflitto di interessi ed esercizio della funzione amministrativa*, Torino, 2020.

¹⁴ Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2012, n. 3133.; Sulla stesa linea di indirizzo la Commissione speciale istituita il 4 luglio 2022 nella Relazione del 05.01.2023 al nuovo Codice degli appalti ha asserito che il conflitto d’interessi «si determina le volte in cui a un soggetto sia affidata la funzio- ne di cura di un interesse altrui (così detto interesse funzionalizzato) ed egli si trovi, al contempo, ad essere titolare (*de iure vel de facto*) di un diverso interesse la cui soddisfazione avviene au- mentando i costi o diminuendo i benefici dell’interesse funzionalizzato. Il conflitto di interessi non consiste quindi in comportamenti dannosi per l’interesse funzionalizzato, ma in una condizione giuridica o di fatto dalla quale scaturisce un rischio di siffatti comportamenti, un rischio di danno»

¹⁵ DI CARLO, *Il conflitto di interessi nelle aziende. Linee guida per imprese, amministrazioni pub- bliche e non-profit*, Torino, 2020, 102 ss..

¹⁶ SEMINARA, *Il conflitto di interessi nei reati contro la pubblica amministrazione, nei reati societari e nei reati finanziari*, in *Conflitto di interessi e interessi in conflitto in una prospettiva interdiscipli- nare*, a cura di R. Sacchi, Milano, 2020, 195 ss.

cessariamente un danno patrimoniale per l'ente¹⁷. Dello stesso tenore appare la definizione recentemente formulata nel codice dei contratti pubblici del 2023 che ha definito il conflitto d'interessi all'art. 16 come la situazione in cui «*un soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni e ne può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato, gli esiti e la gestione, ha direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione*». Attraverso questa breve rassegna di definizioni, si intuisce come il conflitto di interessi sia concepito prevalentemente come una situazione astratta, statica, da valutarsi in quanto tale, indipendentemente dai profili di danno susseguenti in concreto e dalle circostanze oggettive e soggettive che legano il soggetto al fatto dannoso. Questa concezione formalistica rende evidente peraltro come l'ordinamento amministrativo, in ragione dell'essenziale tutela dell'imparzialità — anche solo apparente — non sembri ammettere alcuna possibilità di una coincidenza di interessi fra soggetto ed ente, ancorché potenzialmente non dannosa, o persino vantaggiosa, per l'ente stesso.

È, dunque, immediatamente intuibile il profilo di ineliminabile tensione fra il concetto astratto di conflitto di interessi, proprio della legislazione amministrativa, ed i principi penalistici di offensività e determinatezza delle fattispecie incriminatrici.

3. Il conflitto di interessi nell'ordinamento penale: una presenza trasversale ma evanescente.

Tanto premesso in chiave concettuale e definitoria, occorre soffermarsi sui referenti normativi del conflitto di interessi. Anzitutto, il concetto di conflitto di interessi non è estraneo al dettato costituzionale, ancorché non vi sia un espresso riferimento. Invero, il divieto di conflitto di interessi è stato ricondotto sia al generale principio del buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Cost., sia all'obbligo dei pubblici impiegati di essere “al servizio esclusivo della Nazione” sancito dall'art. 98, c. 1, della Costituzione¹⁸ (declinazione del dovere di fedeltà alla Repubblica di cui all'art. 54, c. 2, Cost.). In particolare, il principio di esclusività a favore della Nazione dei pubblici dipendenti sancisce l'indipendenza dell'apparato burocratico dalla politica, escludendo ogni interferenza di interessi personali o esterni, in linea con il principio di accesso

¹⁷ In questo senso cfr. *UE Financial Regulation 2018*, 3.2.1. Le circostanze pregiudizievoli devono tuttavia avere un determinato legame identificabile e individuale con aspetti concreti della condotta, del comportamento o dei rapporti della persona o avere un impatto su tali aspetti.

¹⁸ TENORE, *I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione: riflessioni sull'art. 98 Cost.*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2022, 1, 3; IMMORDINO, *Brevi spunti sullo statuto costituzionale del pubblico impiego*, in *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, 2011, 277.

all'impiego pubblico solo tramite concorso pubblico ex art. 97, c. 4, Cost. Si evidenzia, inoltre, che l'art. 98 Cost. esprime altresì l'esigenza di una amministrazione indipendente da altri poteri, finalizzata solo al buon andamento e all'imparzialità, sul presupposto del principio di separazione tra gestione amministrativa e gestione politica¹⁹. Tale esigenza, archetipo del divieto di conflitto di interessi, trova puntuale recepimento nell'art. 4 del d.lgs. n. 165/2001, che ha normativamente fissato la distinzione tra indirizzo politico, da un lato, e attuazione amministrativa, dall'altro. Il principio di esclusività dei pubblici funzionari al servizio della Nazione si pone, in sostanza, come un argine a possibili conflitti di interessi personali e trova puntuale recepimento sul piano amministrativo col regime di incompatibilità di cui agli artt. 60 ss. del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3 (Tupi), richiamato dall'art. 53 del vigente d.lgs. n. 165/2001, nonché dal successivo art. 7 del d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62.

Analizzando la questione sul versante penalistico, che più interessa in questa sede, risulta evidente l'assenza di una fattispecie incriminatrice generale che condanni direttamente il conflitto di interessi, previsione che richiederebbe un rigoroso sforzo di precisazione data la sua natura variegata e difficile da classificare. Esclusa, dunque, la possibilità di punire in linea di principio ogni forma di conflitto di interessi, è necessario esaminare attentamente le numerose disposizioni penali esistenti nel nostro ordinamento che contemplano questo fenomeno come parte della fattispecie. L'individuazione degli elementi caratterizzanti del conflitto di interessi ci permette invero di analizzare il fenomeno in una prospettiva trasversale all'ordinamento penale, nonché di valutare l'effettiva opportunità di abolizione dell'abuso d'ufficio ovvero di introdurre una normativa in materia autonoma e *ad hoc*²⁰.

A tal scopo, il primo reato che deve essere considerato è certamente l'abuso d'ufficio. Infatti, come noto, il comportamento descritto dall'articolo 323 del Codice penale può verificarsi attraverso due modalità alternative: la violazione di specifiche regole di condotta previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non derivino margini di discrezionalità ovvero mediante l'omissione del dovere di astenersi in presenza di un proprio interesse o di un interesse di un prossimo congiunto o in altri casi specificati. Nonostante la norma non menzioni esplicitamente il conflitto di interessi, dottrina e giurisprudenza ritengono comunemente che sia proprio quest'ultima situazione a giustificare l'obbligo di astensione che, se violato, determina l'incriminazione ai sensi del suddetto articolo. In questo senso, la Corte di cassazione ha più volte ribadito che l'articolo 323 del codice penale ha

¹⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 16 novembre 2021, n. 7628: «L'interesse all'assenza di conflitto di interessi in capo ai dipendenti pubblici è, dal lato dei cittadini, "sostanziale" perché garantisce la giustizia attraverso la uguaglianza delle posizioni, la parità di trattamento...dal lato della pubblica amministrazione "immateriale", perché tutela anche l'immagine imparziale del potere pubblico».

²⁰ Ancor prima dell'aspetto giuridico, ci si domanda se sia logicamente accettabile operare una *reductio ad unum* di un fenomeno che presenta manifestazioni tanto eterogenee.

introdotto nel sistema giuridico un dovere di astensione per i pubblici agenti che si trovino in una situazione di conflitto di interessi²¹. Se ne deduce che l'inosservanza del dovere di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto costituisce reato anche in mancanza di una specifica disciplina sull'astensione nel procedimento in cui l'agente è coinvolto, o se ne esiste una che riguarda un numero più limitato di casi o è priva di carattere vincolante. Una certa giurisprudenza ritiene anche che la violazione dei principi generali fissati dagli artt. 97, 54, c. 2, e 98, c. 1, Cost. giustifichi l'intervento del giudice penale, in applicazione dell'art. 323 c.p., anche dopo la riforma del 2020²², posto che la l. 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. "legge Severino") ha riscritto l'art. 54 del d.lgs. n. 165/2001 (Tupi) stabilendo che tutti i dipendenti pubblici devono osservare la Costituzione e servire la Nazione «con disciplina e onore», conformando la propria condotta ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, cioè agendo sempre «in posizione di indipendenza e imparzialità, astenendosi in caso di conflitto di interessi»²³.

Le interpretazioni estensive menzionate, che fanno leva tanto sul versante della necessaria tutela dei principi costituzionali, quanto sulla configurabilità del reato di abuso d'ufficio per omissione, hanno conferito alla norma incriminatrice dell'art. 323 c.p. una portata estremamente ampia, talvolta eccessiva rispetto ai canoni di determinatezza che il diritto penale impone. Quasi a configurare una clausola generale di sanzione penale per il conflitto di interessi, ancorché mancante nel nostro sistema penale²⁴. Sia detto, ad

²¹ *Ex multis*, Cass., Sez. VI, 27 marzo 2013, n. 14457, in *CED*.

²² Cass., Sez. II, 25 maggio 2021, n. 20789, in *CED*; Cass., Sez. VI, 21 ottobre 2022, n. 40035, in *CED*; Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 42640, in *Sistema Penale*, 2021, in cui si conferma il sindacato penale quando «risultano perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito»; Cass., Sez. VI, 1 marzo 2021, n. 8057, in *Giurisprudenza Penale*, 2021, in cui si afferma il sindacato penale «nei casi in cui l'inosservanza della regola di condotta sia collegata allo svolgimento di un potere che, astrattamente previsto come discrezionale, sia divenuto in concreto, vincolato per le scelte fatte dal pubblico agente prima della adozione dell'atto (o del comportamento) in cui si sostanzia l'abuso d'ufficio»; Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442. In *Sistema Penale*, 2021 in cui si afferma il sindacato penale «nel caso in cui l'esercizio del potere trasmodi in una distorsione funzionale dei fini pubblici - c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità»

²³ FAINI, *La legge anticorruzione: analisi della legge n. 190/2012*, in , 18 febbraio 2013; MARTINEZ, *La legge n. 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella pubblica amministrazione*, in *Federalismi*, 11 marzo 2015.

²⁴ Si è per converso rilevato che l'abolizione del reato di abuso d'ufficio avrebbe privato i principi costituzionali di cui agli artt. 54, 97 e 98 della tutela penale prevista dall'ordinamento, restando a presidio di detti valori costituzionali solo la tutela offerta dal giudice amministrativo, che però può essere attivata soltanto dal soggetto che si ritenga leso in un suo diritto o interesse legittimo per atti illegittimi emessi dal funzionario infedele. Ovvero, dal giudice contabile che, tuttavia, è legittimato ad agire su impulso del p.m. soltanto se dalla condotta del funzionario derivi, in via causale o concausale, un danno per l'erario, oppure se l'azione sia stata iniziata dalla stessa p.a., nelle rare ipotesi di avvio di un procedimento di "responsabilità disciplinare" attivato dal superiore gerarchico, cfr. D'URSO, *Riflessioni sulla proposta di abolizione del reato di abuso d'ufficio e la*

onor del vero, che la potenziale tensione di questa interpretazione estensiva dell'abuso d'ufficio con i principi di tassatività e determinatezza è mitigata dal contesto normativo in cui è inserita la previsione. In primo luogo, l'abuso d'ufficio è un reato proprio, che può essere commesso solo da chi ha una specifica qualifica normativa, in particolare un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio; quindi, il rilievo penale del conflitto di interessi è limitato al conflitto pubblico (per quanto riguarda il conflitto privato, v., *infra*). In secondo luogo, il reato previsto e punito dall'articolo 323 del Codice penale presenta ulteriori elementi che stabiliscono chiaramente la condotta incriminata, impedendo che il semplice conflitto costituisca il fondamento della punizione; invero, affinché il reato possa dirsi configurato è necessario che dall'omessa astensione derivi un vantaggio patrimoniale ingiusto o un danno ingiusto (cosiddetta doppia ingiustizia, della condotta e dell'evento - duplice e alternativo). In terzo luogo, il doppio evento alternativo deve essere intenzionalmente causato dall'agente, il che ulteriormente restringe la sfera di punibilità sul versante dell'elemento soggettivo²⁵.

Questi aspetti rendono evidente come il reato di abuso d'ufficio, anche per quanto riguarda l'obbligo di astensione, si differenzi dal reato di interesse privato in atti d'ufficio, un tempo previsto all'articolo 324 del Codice penale, che puniva «il pubblico ufficiale che, direttamente o tramite un intermediario o con atti simulati, perseguiva un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica amministrazione». Quest'ultima fattispecie presentava, come evidente, un'incriminazione molto ampia del conflitto di interessi, potenzialmente in grado di includere comportamenti non dannosi né per l'interesse pubblico né per quello dei privati coinvolti e neppure sostenuti da dolo intenzionale. Si trattava, in altri termini, di un'incriminazione realmente rispondente all'istanza di tutela del conflitto di interessi, se per esso s'intende, come dalle definizioni sopra riportate, una situazione di mero rischio astratto antecedente ad un — eventuale — fenomeno corruttivo. Tuttavia, come noto, tale disposizione è stata abrogata dall'art. 20, L. 26 aprile 1990, n. 86., non risultando compatibile con il principio di determinatezza del precetto e con il principio di offensività. Non si può, dunque, trascurare la nitida volontà di politica criminale espressa dal legislatore sottesa alla scelta di espungere la principale norma di riferimento per la tutela diretta del conflitto di interessi in ambito penale, nonostante la chiara funzione, almeno potenziale, nel contrasto ai fenomeni di *mala gestio* della cosa pubblica²⁶. Con l'abbandono della logica panpenalistica insita nella fattispecie di cui all'art. 324 c.p., il legislatore sembra, allora, aver volutamente costruito un sistema di contrasto al conflitto di interessi

c.d. "paura della firma", in *Rivista della Corte dei Conti*, 2023, 6.

²⁵ Per una disamina organica e completa sulla fattispecie e la sua evoluzione si rinvia, per tutti, al recente contributo di MATTEVI, *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta. Evoluzione e prospettive di una fattispecie discussa*, Trento, 2022.

²⁶ MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, 2006, 16 ss.

c.d. pubblico scarno e residuale, demandando, in un'ottica di sussidiarietà, la sanzione del fenomeno a strumenti repressivi di diritto amministrativo²⁷.

Una simile logica di abbandono dell'incriminazione del conflitto di interessi in via autonoma anima anche il diritto penale societario. Anche qui, invero, manca una previsione generale e l'intervento del diritto penale è residuale, colpendo specifiche manifestazioni del conflitto in ambiti circoscritti. In particolare, le sanzioni penali per condotte compiute in conflitto di interessi sono riscontrabili nell'ambito del diritto penale societario in due disposizioni: articolo 2629 bis e articolo 2634 del Codice civile, mentre si è deciso di abbandonare l'incriminazione diretta prevista nel previgente art 2631 c.c.²⁸. Nel primo caso, di cui all'art 2929 *bis*, l'incriminazione del conflitto di interessi è palesata nella rubrica della disposizione, intitolata, infatti, "omessa comunicazione del conflitto d'interessi», tuttavia, nonostante tale esplicita terminologia, che farebbe pensare di primo acchito a una norma sanzionatoria di ampio respiro, il delitto è connotato da un ambito di applicabilità piuttosto circoscritto, trattandosi di un reato proprio in cui il soggetto attivo sono amministratori (o componenti del consiglio di gestione) di società quotate (e simili); oltretutto, la condotta, consistente nella violazione degli obblighi di cui all'art. 2391 c.c., è punita solo ove produttiva di danno²⁹. In dottrina, peraltro, è stata criticata la tecnica di formulazione della norma incriminatrice in esame proprio con riferimento al principio di precisione, giacché il rinvio al citato art. 2391 c.c. non consentirebbe una facile determinazione del contegno vietato, atteso che suddetto articolo avrebbe, a propria volta, una portata troppo vasta, ponendosi in capo all'amministratore l'obbligo di informare gli altri componenti dell'organo gestorio e di quello sindacale di «ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata»³⁰.

²⁷ Si consideri, ad esempio, l'art. 6 bis della legge 7 agosto 1941, n. 241 che prevede, in via generale, che «il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale»; ovvero la disposizione dell'articolo 6 del d.P.R. n. 62/2013 che impone altresì specifici obblighi in materia di conflitto di interessi per il dipendente pubblico, la cui violazione può comportare anche conseguenze disciplinari. Per una disamina approfondita sul rapporto fra illecito penale e amministrativo, si rinvia, per tutti, a: SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018.

²⁸ Per tutti, si veda: AMBROSETTI - MEZZETTI - RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2022, 182 ss.

²⁹ AMBROSETTI, *ibid.*; cfr. CONSULICH, *Art. 2629-bis - Omessa comunicazione del conflitto di interessi*, in AA.VV., *Disposizioni penali in materia di società, di consorzi e di altri enti privati*, a cura di A. PERINI, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Zanichelli, Bologna, 2018, 338 ss.

³⁰ AMBROSETTI - MEZZETTI - RONCO, *cit.*; vd. anche: MARINI, *L'infedeltà patrimoniale ed il conflitto di interessi (artt. 2629-bis, 2634 c.c., 646 c.p.)* in AA.VV., *Reati in materia economica*, a cura di A. ALESSANDRI, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da PALAZZO - PALIERO, Torino, 2012, 142.

Nel delitto di c.d. infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.) il conflitto di interessi è, invece, il presupposto della condotta non consentita, posto che l'articolo in esame punisce «gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale».

Basti qui sottolineare che proprio con riferimento al conflitto di interessi considerato dalla disposizione di cui all'art. 2634 cc, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che «ai fini della configurabilità del reato di infedeltà patrimoniale ex art. 2634 cod. civ., è necessario un antagonismo di interessi effettivo, attuale e oggettivamente valutabile tra l'amministratore agente e la società, a causa del quale il primo, nell'operazione economica che deve essere deliberata, si trova in una posizione antitetica rispetto a quella dell'ente, tale da pregiudicare gli interessi patrimoniali di quest'ultimo, non essendo sufficienti situazioni di mera sovrapposizione o commistione di interessi scaturenti dalla considerazione di rapporti diversi ed estranei all'operazione deliberata per conto della società»³¹. Rispetto al concetto di conflitto di interessi rilevante ai fini dell'incriminazione dell'abuso d'ufficio, la Suprema Corte, in materia di infedeltà patrimoniale, sembra sposare un atteggiamento più prudente, incline a conferire alla nozione una portata maggiormente circoscritta, verosimilmente a causa della strutturale differenza tra le situazioni prese in esame dalle norme incriminatrici e, soprattutto, stante il diverso rilievo dei beni giuridici tutelati dalle due disposizioni penali (di rango tendenzialmente pubblicistico nell'art. 323 c.p., di stampo eminentemente privatistico nell'art. 2634 c.c.). Ancorché non si ritenga condivisibile tale discrasia, ciò spiegherebbe come mai per il delitto previsto e punito dall'art. 323 c.p. l'accezione di conflitto di interessi sposata dalla Suprema Corte sia più lata rispetto a quella adottata per il reato di cui all'art. 2634 c.c.³². Similmente all'abuso d'ufficio, tuttavia, la fattispecie del diritto penale societario qui in considerazione presenta numerosi elementi costitutivi, quali un evento di danno ed un dolo specifico, di modo che non sia tanto il conflitto in sé ad essere punito, quanto piuttosto la lesione del patrimonio sociale operata consapevolmente dal vertice infedele della società per proprio tornaconto.

Una completa riflessione sulla rilevanza penale del conflitto di interessi non può trascurare, infine, l'universo della responsabilità amministrativa da reato degli enti, in cui la problematica del conflitto di interessi emerge sotto almeno quattro profili che meritano di essere menzionati brevemente. Il primo riguarda i reati presupposto della responsabilità ex d.lgs. 231/2001, che può scattare solo in presenza della commissione di illeciti penali

³¹ Ex multis, Cass., Sez. II, 12 dicembre 2018, n. 55412, in *Euroconference Legal*, 2018.

³² Per un'analisi della casistica giurisprudenziale, si rinvia a MATTEVI, *L'abuso d'ufficio*, cit., 123 ss.

espressamente elencati nel decreto legislativo in esame. Tra questi vi sono l'abuso d'ufficio e l'omessa comunicazione del conflitto di interessi, due delitti in cui, come visto, il conflitto di interessi è un elemento essenziale. In secondo luogo, il conflitto di interessi può costituire una circostanza esimente per l'ente ai sensi dell'articolo 5, comma 2, del d.lgs. 231/2001. Questa disposizione consente all'ente di esimersi dalla responsabilità dimostrando che il vertice ha agito nell'interesse proprio o di terzi, ossia, sostanzialmente, in modo infedele poiché in conflitto di interessi. In terzo luogo, il tema del conflitto di interessi emerge in relazione alla composizione dell'organismo di vigilanza (o.d.v.), che deve garantire la corretta attuazione dei modelli di organizzazione e gestione per la prevenzione dei reati. Gli interpreti concordano sul fatto che i membri dell'o.d.v. non possono ricoprire ruoli apicali nella società per evitare situazioni di conflitto di interessi che potrebbero compromettere il loro ruolo. Infine, il conflitto di interessi è rilevante anche sotto il profilo processuale nell'ambito del procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa. L'articolo 39 del d.lgs. 231/2001 si occupa della rappresentanza dell'ente in tale procedimento e affronta il tema del conflitto di interessi tra l'imputato e il rappresentante dell'ente, ogni volta che ci sia una sovrapposizione tra le due figure che potrebbe comportare un conflitto nella determinazione delle strategie difensive. All'esito di questo rapido *excursus* normativo, possiamo affermare che il *file rouge* delle incriminazioni del conflitto di interessi sembra poter essere individuato nella costante attenzione del legislatore per i principi di determinatezza e offensività che inducono a non dare rilievo penale a questo fenomeno di per sé, ma solo quale elemento della fattispecie, a carattere tendenzialmente elastico, che si accompagna a ulteriori segmenti normativi in funzione di specificazione del precetto.

4. Il conflitto di interessi nei concorsi pubblici: una peculiare ipotesi che merita attenzione alla luce dell'imminente abrogazione dell'abuso d'ufficio.

Alla luce di quanto finora si è detto, emerge come il reato di abuso d'ufficio, nella sua modalità omissiva, costituisca la principale norma di riferimento per la tutela penale del conflitto di interessi, quantomeno sotto il profilo della prassi applicativa. Di talché, in ragione della sua imminente abrogazione, è doveroso soffermarsi su un'ipotesi significativa — e controversa — di applicazione del concetto di conflitto di interessi in ambito penale: quella inerente ai concorsi pubblici accademici. D'altra parte, la disciplina dei concorsi pubblici in materia universitaria negli ultimi anni è divenuta sempre più spesso oggetto di contenzioso, soprattutto con riferimento alla criticità del conflitto d'interessi sussistente tra commissari e candidati, ma anche con riferimento alla vincolatività del Piano Nazionale Anticorruzione per le Università italiane.

Tali criticità non sono state risolte con la riforma 76/2020 (che ha ristretto sensibilmente il “raggio di fuoco” dell’abuso d’ufficio) in quanto non è stata modificata la modalità alternativa di condotta meramente omissiva, consistente nella violazione dell’obbligo di astensione. In particolare, anche a seguito della riforma del 2020, la locuzione «negli altri casi prescritti» ha permesso alla fattispecie di abuso di ufficio di mantenere una eccessiva capacità estensiva. Si è correttamente rilevato, infatti, come questa formula fosse in grado di ricomprendere ipotesi di abuso d’ufficio in situazioni di conflitto di interesse disciplinate da fonti regolamentari e *sub* legislative e da regole, anche di fonte primaria, specifiche o meno, che lasciassero residuare margini di discrezionalità³³. Ci si riferisce ai casi di omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, non interessati dalla riformulazione del precetto poiché speciali rispetto alla generica violazione di norme di legge o di regolamento. L’abuso d’ufficio per omessa astensione in caso di conflitto di interessi, dunque, ha potuto costituire il “grimaldello” per riesperire la forza punitiva indeterminata che caratterizzava, *ab origine*, questa fattispecie di reato³⁴. Le ipotesi applicative più ricorrenti hanno riguardato i “sodalizi professionali” nell’ambito dei concorsi per docenti universitari e gli avanzamenti di carriera dei magistrati ordinari, che sempre più spesso vengono impugnati. Si è giunti persino ad impugnare la nomina di Primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione, annullata dal Consiglio di Stato e poi effettuata nuovamente dal Consiglio Superiore della Magistratura³⁵. La copiosa casistica non stupisce affatto, giacché si tratta di ambiti in cui il concetto di conflitto di interessi è definito dalla mera interpretazione giurisprudenziale del lacunoso quadro normativo di riferimento. D’altra parte, in queste ipotesi la fonte normativa della violazione viene spesso individuata nella norma penale stessa, seppure mediante il rinvio (ma solo per i casi diversi dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto) ad altre fonti normative extra-penali che prescrivono lo stesso obbligo di astensione. Se ne deduce un’inammissibile tautologia giuridica di fondo. Nello specifico, la legge n. 240/2010, ai sensi della quale vengono bandite le procedure di selezione per i concorsi in ambito universitario, non contiene puntuali disposizioni che regolino le potenziali situazioni di conflitto di interessi relative alla composizione delle commissioni di concorso. Parimenti, il d.p.R. 4 aprile 2016, n. 95, concernente il conferimento dell’abilitazione scientifica nazionale per il passaggio a ruolo dei professori universitari di prima e seconda fascia, nel disciplinare le modalità di formazione e

³³ cfr. GAMBARDILLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell’abuso d’ufficio*, in *Sistema Penale*, 2020, 7, 142 ss.; GATTA, *Riforma dell’abuso d’ufficio: note metodologiche per l’accertamento della parziale abolitio criminis*, in www.sistemapenale.it, 2 dicembre 2020.

³⁴ Sia permesso rinviare a: ZANIOLO, *Abuso d’ufficio: a che punto siamo?*, in *Penale diritto e procedura*, 2023, 3.

³⁵ Cons. Stato, Sez. V, 14 gennaio 2022, n. 268, in www.giustizia-amministrativa.it.

funzionamento della commissione nazionale per l'abilitazione, non annovera specifiche disposizioni in ordine ai casi di conflitto di interessi dei commissari. Pertanto, viene richiamato l'art. 11, comma 1 del d.P.R. n. 487/1994 secondo cui i componenti della Commissione sottoscrivono una dichiarazione di non sussistenza di incompatibilità come precisato *ex lege* dagli artt. 51 c.p.c. e 52 c.p., senza che le cause di incompatibilità ivi previste possano essere oggetto di estensione analogica.

Emerge nitidamente un grave *deficit* di fonti primarie e *sub* primarie, a tal riguardo si è espressa di sovente anche la giurisprudenza amministrativa che ha tentato di stabilire in via ermeneutica il concetto di “sodalizio professionale”, specificando le ipotesi nelle quali ricorre un conflitto di interessi giuridicamente rilevante.³⁶ Secondo l'orientamento prevalente si ha conflitto di interessi qualora il rapporto fra giudicante e giudicato assume una rilevanza di intensità “speciale”, poiché «connotato da caratteri di stabilità e reciprocità di interessi di carattere economico»³⁷; mentre non assurgerebbe a conflitto di interessi giuridicamente rilevante il mero “coautoraggio”, trattandosi di una pratica ricorrente e talvolta inevitabile nella prassi accademica³⁸. In sostanza, si configurerebbe un conflitto d'interessi quando si possa ritenere — in virtù di un criterio meramente teleologico — che il potere amministrativo sia stato orientato al perseguimento di interessi di natura personale, ulteriori e diversi rispetto all'interesse pubblico³⁹. Con una recente sentenza il Consiglio di Stato ha confermato questo indirizzo, ribadendo come la procedura concorsuale sia da considerarsi illegittima qualora intercorra fra le parti un rapporto personale di tale intensità da far sorgere il sospetto che il giudizio non sia stato improntato al rispetto del principio di imparzialità⁴⁰. Tuttavia, muovendo da questi arresti giurisprudenziali, che valorizzano evidentemente la portata precettiva dell'art. 97 Cost., si impone al pubblico funzionario una valutazione circa la legittimità della sua azione sulla base degli “inafferrabili” principi di imparzialità e buon andamento, certamente troppo ampi e discrezionali per poter orientare efficacemente la condotta del pubblico agente. In altri termini, alla luce di un lacunoso quadro normativo di riferimento,

³⁶ Con specifico riferimento all'ambito accademico, si veda: LORUSSO, *Concorsi per docenti universitari: il conflitto d'interesse dei commissari*, in *Il diritto amministrativo*, 2023, 10.

³⁷ Cons. St., Sez. VI, 30 luglio 2013, n. 4015, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁸ *Ex plurimis*, recentemente, Cons. St., Sez. III, 17 gennaio 2020, n. 420, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁹ Non esiste, dunque, né un parametro di rango normativo né univoci criteri di matrice giurisprudenziale. Dello stesso tenore le indicazioni fornite da ANAC che con la delibera n. 25 del 15 gennaio 2020, avente ad oggetto le «indicazioni per la gestione di situazioni di conflitto di interessi a carico dei componenti delle commissioni giudicatrici di concorsi pubblici e dei componenti delle commissioni di gara per l'affidamento di contratti pubblici» si è limitata a fornire una rassegna organica della giurisprudenza di riferimento senza provvedere all'enucleazione di un tassativo elenco di elementi da cui poter desumere il “conflitto di interessi”.

⁴⁰ Da ultimo: Cons. St., 21 ottobre 2022, n. 8980, in *il dir. amm.*, con nota di Lorusso. Precedentemente, *ex multis*: Cons. St., Sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2119; Cons. St., Sez. III, 28 aprile 2016, n. 1628.

l'individuazione della situazione di conflitto di interesse viene rimessa alla discrezionalità amministrativa dell'organo investito del potere decisionale, di volta in volta chiamato ad effettuare una scelta amministrativa. Sul versante processuale ciò comporta che spetti al giudice penale, chiamato a valutare la configurazione del reato di abuso d'ufficio "per omissione", il gravoso compito di definire — *ex post* — se nel caso portato alla sua attenzione ricorra o meno un'ipotesi di conflitto di interessi, in virtù del quale il pubblico funzionario si sarebbe dovuto astenere⁴¹. Tale assetto, come evidente, determina un grave *vulnus* in termini di prevedibilità e calcolabilità delle conseguenze del proprio agire da parte del pubblico agente, il quale si trova costretto a dover scegliere se procedere o meno all'adempimento delle sue funzioni senza alcun reale e certo parametro normativo di riferimento⁴².

A questo avviso, dunque, onde evitare gravi disparità di trattamento con riferimento alla responsabilità del pubblico funzionario in relazione alle condotte omissive rispetto a quelle commissive, e onde evitare di incorrere ancora una volta nell'indeterminatezza del precetto, il legislatore avrebbe potuto valutare un ulteriore sforzo di tipizzazione della disposizione dell'art. 323, segnatamente con riferimento alla seconda parte della norma inerente all'ipotesi di condotta omissiva, non interessata dalla restrittiva riformulazione del 2020.⁴³ Per converso, occorre sottolineare come la scelta abolitiva avanzata dal legislatore ponga alcune criticità in termini di tutela delle situazioni pocanzi descritte, poiché, venuto meno l'abuso d'ufficio, non sembra facilmente sussumibile in altre fattispecie di reato la distorsione di potere perpetrata nell'ambito dei concorsi pubblici. Invero, la giurisprudenza, con alcuni recenti condivisibili arresti, non ritiene possibile assimilare le gare pubbliche a cui fa riferimento l'art. 353 cod. pen. e i concorsi per il reclutamento del personale da parte dello Stato e delle sue articolazioni, stante l'obiettivo diversità di materia e di disciplina di riferimento e, in particolare, dalla diversità strutturale tra le "offerte" che vengono in considerazione ai fini della configurazione del reato di turbata libertà degli incanti e quelle che attengono ai concorsi per il reclutamento dei professori universitari. Né può trovare applicazione il reato di cui all'art. 353 *bis* c.p. che punisce «chiunque con violenza o minac-

⁴¹ Per tutti, si veda: SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit.

⁴² ZANIOLO, *Abuso d'ufficio: a che punto siamo?*, cit.

⁴³ Si ritiene condivisibile quanto affermato di recente dal Presidente dell'ANAC in sede di audizione presso la XIV^o Commissione - Politiche dell'Unione europea della Camera dei Deputati in data 3 maggio 2023 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro la corruzione, il quale ha ritenuto che l'obiettivo del legislatore doveva essere quello di intervenire su tale fattispecie di reato al fine di meglio puntualizzarlo e non abrogarlo: «tenuto conto della natura residuale e sussidiaria della fattispecie di abuso d'ufficio, che si configura sostanzialmente come "reato di chiusura" - si condivide (...) la necessità, da più parti espressa, che il Legislatore nazionale intervenga ulteriormente mediante una determinazione ancora più rigorosa e puntuale della fattispecie di cui all'art. 323 c.p. e del suo ambito applicativo, mediante una riscrittura della norma volta ad una migliore definizione del perimetro del reato, senza tuttavia pervenire all'abrogazione dell'istituto».

cia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione», in quanto anche tale fattispecie è riferibile alle medesime procedure contrattuali oggetto della originaria previsione codicistica di cui all'art. 353 c.p. Del resto, come affermato anche da alcune recenti sentenze di legittimità, la *ratio* dell'art. 353-*bis* è stata individuata nella esigenza di anticipare la tutela penale rispetto al momento di effettiva indizione formale della gara e mira a prevenire la preparazione e l'approvazione di bandi personalizzati e calibrati proprio sulle caratteristiche di determinati operatori, preservando il principio di libertà di concorrenza e salvaguardando gli interessi della pubblica amministrazione⁴⁴. Pertanto, applicare l'art. 353 c.p. o 353-*bis* alle procedure concorsuali e di mobilità del personale costituirebbe una operazione di interpretazione analogica in *malam partem* non consentita dal nostro ordinamento. Tale conclusione, avallata, come detto, dalla giurisprudenza recente, evidenzia una rinnovata sensibilità per il principio di legalità, tuttavia pone al legislatore — che ha il monopolio delle scelte politico-criminali — il problema della rilevanza penale delle condotte di “turbativa” dei concorsi universitari realizzate, fuori dai casi di corruzione, per avvantaggiare o per danneggiare un candidato⁴⁵. Del resto, la tutela della libera concorrenza, e quindi dell'esigenza di una reale contesa tra le parti e di una libera formazione delle offerte, è funzionale all'acquisizione del bene o del servizio al prezzo e alle condizioni più vantaggiose per l'amministrazione: essa «impegna in maniera diretta la tutela del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione»⁴⁶. Una possibile soluzione, alla luce della volontà di abrogazione dell'art. 323 c.p., sembra quella di aggiornamento delle procedure espressamente considerate dall'art. 353, fino a ricomprendervi anche le procedure concorsuali, così risolvendo questo possibile vuoto di tutela. Tuttavia, se da un lato appare illogico che le manipolazioni commesse all'interno dei pubblici concorsi, pur foriere di danni per la P.A., debbano esser trattate diversamente dalle turbative realizzate nelle gare giustificandosi l'estensione dell'art. 353 cp, dall'altro va anche considerata la specificità dei concorsi accademici⁴⁷. A tal proposito, non senza ragioni, autorevoli studiosi sostengono che il reclutamento universitario

⁴⁴ Cass., Sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 5536 in *Giurisprudenza Penale*, 2021. In dottrina, così: CANTISANI, *Brevi riflessioni in tema di analogia a margine della recente casistica giurisprudenziale*, in *La legislazione penale*, 2022, 25 ss; MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli, 2012, 189.

⁴⁵ GATTA, *La Cassazione sui concorsi universitari truccati: no alla turbativa d'asta, sì al (moribondo) abuso d'ufficio*, in *Sistema Penale*, Milano, 2023, 7-8, 162-163.

⁴⁶ BORSARI, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, Padova, 2012, 66. Cfr. A.F. MORONE, *La tutela penale delle gare pubbliche*, Torino, 2021, 45; MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, Padova, 1999, 88 ss.

⁴⁷ MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, cit., 233.

non debba passare dai tradizionali meccanismi del concorso pubblico, ma debba essere garantito con l'antico strumento della cooptazione; adottando cioè un modello che, invece di rifuggire (con scarso successo) dai conflitti di interessi, li affermi e li disciplini. Il problema di fondo è che in epoca contemporanea la cooptazione di un tempo non è più praticabile, non solo perché la Costituzione all'art. 97 comma 4 sancisce il principio del concorso, ma anche perché «l'albero si è ampliato all'inverosimile» e non è più possibile un controllo effettivo della comunità scientifica (e, d'altra parte, è bene che sia così). Ad ogni modo, i fautori delle tesi più critiche nei confronti dell'attuale sistema dei concorsi accademici ritengono che se concorso debba essere, tuttavia, la sola soluzione seria sia quella del ritorno al concorso nazionale, con elezioni dei commissari da parte della comunità scientifica ovvero tramite sorteggio⁴⁸.

5. Nuova linfa per il conflitto di interessi nella Proposta di direttiva UE sulla corruzione: fra formulazioni generiche e incriminazioni privatistiche.

Il tema dei conflitti di interessi, e della sua incriminazione, coinvolge anche la dimensione europea, in particolare alla luce della recente Proposta di Direttiva sulla corruzione⁴⁹ che la Commissione europea ha avanzato per comporre organicamente il quadro normativo attualmente vigente⁵⁰. L'obiettivo dichiarato è quello di «garantire che tutte le forme di corruzione siano perseguibili penalmente in tutti gli Stati membri, che anche le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili di tali reati e che questi ultimi siano passibili di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive». L'atto legislativo dell'Unione è stato tuttavia sottoposto all'esame della XIV Commissione della Camera dei deputati (Politiche dell'Unione Europea) che ha redatto un "parere motivato" (ai sensi dell'art. 6, Protocollo n. 2, allegato al TUE e al TFUE), nel quale si evidenzia come la Direttiva proposta non sia conforme al principio di sussidiarietà ed a quello di proporzionalità. A parere della Com-

⁴⁸ In questi termini, fra tutti, SANDULLI, *L'immoto perpetuo: patologie del reclutamento locale dei docenti universitari*, in *Munus*, Napoli, 2016, 3, 757.

⁴⁹ "Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on combating corruption, replacing Council Framework Decision 2003/568/JHA and the Convention on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of Member States of the European Union and amending Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council", COM/2023/234, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2023%3A234%3AFIN>.

⁵⁰ La corruzione è attualmente regolata solo in modo parziale e disomogeneo a livello UE, attraverso: la decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio che stabilisce requisiti relativi alla configurazione della corruzione come reato per quanto riguarda il settore privato; la convenzione del 1997 relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari dell'UE o dei suoi Stati membri.

missione Politiche dell'UE, e di autorevole dottrina⁵¹, la Proposta di direttiva esorbiterebbe dalla base giuridica richiamata a suo fondamento, nella misura in cui essa disciplina in modo assai generico reati ulteriori rispetto a quello di corruzione in senso stretto, privi peraltro del requisito della transnazionalità, relativamente ai quali l'UE non ha competenza ad adottare norme di armonizzazione. La Proposta di direttiva, inoltre, inciderebbe profondamente su normative quali quelle contenute nei codici penali e di procedura penale, senza tenere conto «delle specificità dei sistemi, dei dati statistici e delle culture giuridiche, economiche e sociali, nonché dell'ordinamento costituzionale e delle Pubbliche amministrazioni di ciascun Stato membro»⁵². Del resto, è vero che l'art. 83 par. 1 e 2 del TFUE menziona la corruzione fra le "sfere criminali" ritenute particolarmente gravi da giustificare un intervento unionale, ma il margine d'intervento del Parlamento e del Consiglio europeo è subordinato dallo stesso articolo alle sole ipotesi di reato che denotino una «dimensione transnazionale». La corruzione in senso proprio, in particolare quella legata al settore degli appalti pubblici, ad esempio, può senz'altro rivelare una dimensione transnazionale, ma non è altrettanto certo che ricorra questo carattere per le altre forme di reato quali l'abuso d'ufficio e l'intralcio alla giustizia, inopinatamente ricondotte dalla Commissione europea alla corruzione *tout court*.

In secondo luogo, non sembra potersi trascurare il fatto che la proposta di direttiva in esame, oltre a sovrapporre fenomenologie criminali radicalmente dissimili, ponga sullo stesso piano mere raccomandazioni internazionali e veri e propri obblighi convenzionali. Al contrario, la Convenzione di Merida, ritenuta il più esaustivo strumento giuridico internazionale in questo campo, prevede un'incriminazione meramente facoltativa per quanto riguarda l'abuso d'ufficio, la corruzione nel settore privato e l'arricchimento illecito, ossia per quelle fattispecie fortemente influenzate dal contesto socio-giuridico nazionale e che vengono integrate da fenomeni di conflitto di interessi⁵³. Peraltro, la scelta di introdurre obblighi incriminatori con riguardo a fattispecie di dimensione locale suscita forti perplessità in considerazione della recente proposta di abolizione del reato di abuso d'ufficio formulata con d.d.l. n. 808/2023. Con specifico riguardo all'abuso d'ufficio, appare evidente che occorra valutare in modo più approfondito l'opportunità di ricomprendere questa fattispecie così generale (e peculiare al contempo, per le ragioni

⁵¹ MONGILLO, *Strengths and Weaknesses of the Proposal for a EU Directive on Combating Corruption*, in *Sistema Penale*, 2023, 7.

⁵² Nella seduta del 19 luglio 2023, la XIV Commissione (Politiche UE) della Camera, nell'ambito dell'esame di sussidiarietà, ha adottato il parere motivato (Doc. XVIII-bis, n. 10), ai sensi della procedura per la verifica di conformità al principio di sussidiarietà di cui al Protocollo n. 2 allegato al Trattato di Lisbona, sulla proposta di direttiva sulla lotta contro la corruzione. Il parere motivato è stato confermato dall'assemblea della Camera dei deputati nella seduta del 26 luglio 2023, www.camera.it/leg19/410?idSeduta=0147&tipo=stenografico#sed0147.stenografico.tit00030

⁵³ Art. 19, titolo III, Convenzione UNAC, 31 ottobre 2003, New York.

anzidette) nel novero dei reati di corruzione transnazionale interessati dalla direttiva. Ciò anche in ragione del fatto che la Proposta di direttiva non si limita ad un'incriminazione dell'abuso d'ufficio sul modello attualmente vigente nel nostro ordinamento, ossia ancorato ad una serie tassativa di "filtri" di punibilità, bensì ne fornisce una definizione generica ed onnicomprensiva: «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; 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»⁵⁴.

Da una prima lettura risulta evidente che si tratti di una formulazione estremamente ampia, in grado di assorbire condotte già previste dalla Proposta di direttiva (come la corruzione o il traffico di influenze), che però non potrebbero essere agevolmente provate processualmente. Inoltre, sembra chiaro che una disposizione così ampia, incentrata sull'elemento dell'intenzionalità dell'indebito vantaggio, anziché sull'effettivo concretarsi del vantaggio indebito, introdurrebbe la possibilità di reprimere azioni anche meramente potenziali, quale ad esempio la mancata comunicazione di un conflitto di interessi in un contratto o in una transazione a cui il funzionario partecipa nell'esercizio delle sue funzioni. A tal proposito, è doveroso constatare che, stando alla disposizione contenuta nella Proposta, l'indebito vantaggio verrebbe a configurare un elemento soggettivo di natura teleologica, anziché un evento di materiale e necessaria verifica. Una simile formulazione renderebbe superflua la dimostrazione che l'imputato abbia effettivamente ottenuto un vantaggio indebito, poiché risulterebbe sufficiente provare che l'imputato abbia agito allo scopo di ottenere un vantaggio indebito⁵⁵. Tale soluzione consentirebbe di perseguire in maniera arbitraria l'azione dei pubblici ufficiali, attraverso un'indagine subiettiva della condotta in conflitto di interessi e a prescindere dalla dimostrazione di un danno effettivo per la pubblica amministrazione, in palese contrasto con i principi di materialità e offensività del reato. Infine, suscita perplessità anche la disposizione inerente all'abuso di funzioni nel settore privato (art. 11, comma 2), che equipara inopinatamente l'abuso di funzioni private a quello pubblico. L'unica spiegazione fornita nella relazione esplicativa appare decisamente tautologica: «al fine di combattere la corruzione in modo globale, questa Direttiva dovrebbe coprire anche questo reato». Basti evidenziare che la disposizione sull'abuso privatistico risulta particolarmente avventata poiché concerne tipologie di condotte che per lo più appaiono sussumibili in fattispecie criminose già presenti nel nostro ordinamento penale con altra intitolazione in differenti ambiti:

⁵⁴ Art. 11, *Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council*, cit.

⁵⁵ MONGILLO, *Strengths and Weaknesses*, cit.

si pensi ai settori del diritto penale societario o tributario oppure a quello della crisi di impresa, ai falsi o alle frodi. Deve, inoltre, considerarsi che nell'abuso d'ufficio nel settore privato il soggetto attivo del reato è una «persona che svolge funzioni apicali o subordinate per un ente privato», ma nel nostro sistema penalistico, la qualifica soggettiva di «agente pubblico» (artt. 357-358 c.p.) può sussistere anche se l'individuo lavora in una impresa che opera in regime privatistico. In sintesi, sembra potersi affermare che tale fattispecie di reato descritta dalla Proposta di direttiva sia eccessivamente generica, il che potrebbe non solo ostacolare la certezza del diritto, ma anche avere un impatto negativo sulla ripresa economica dell'Unione, in evidente contraddizione con gli obiettivi del piano NextGenerationEu⁵⁶. Oltre alle criticità finora sottolineate, preme evidenziare come le scelte incriminatrici descritte conferirebbero nuova linfa al concetto di conflitto di interessi, ancorché, come visto ai paragrafi precedenti, il legislatore nazionale abbia espresso chiaramente la volontà di espungere ogni fattispecie incriminatrice generale di tale fenomeno, abolendo, dapprima, l'art. 324 c.p. e, da ultimo, l'art. 323 c.p.. La punibilità "diretta" del conflitto di interessi in astratto sarebbe invece ampiamente ricompresa nel precetto di abuso d'ufficio formulato dalla Proposta di direttiva europea, sia perché la formulazione è estremamente generica, finendo per ricomprendere le ipotesi di mero rischio corruttivo, cioè ipotesi corrispondenti alla definizione amministrativistica di conflitto di interessi, sia perché si è scelto inopinatamente di parificare la punibilità nel settore pubblico e privato, nonostante le strutturali differenze di interessi in gioco. Sotto un'altra prospettiva, la formulazione del reato di abuso d'ufficio contenuta nella Proposta, nonostante l'ampiezza, sembra paradossalmente non soddisfare appieno nemmeno le istanze di tutela dell'imparzialità amministrativa, poiché l'art. 11 non prende in considerazione l'abuso di funzioni allo scopo di arrecare un danno (cd. abuso per prevaricazione), che rappresenta uno dei casi di abuso più gravi, nonché la sua forma primigenia.

6. Conflitto d'interessi nel diritto societario, un modello da seguire.

Il fenomeno del conflitto di interessi in ambito societario presuppone un'indagine sul concetto a monte di interesse sociale, posto che, come evidente, quest'ultimo costituisce il *prìus* logico per l'individuazione delle situazioni di conflitto. L'interesse sociale non è stato definito in modo univoco dalla dottrina e dalla giurisprudenza, poiché, tradizionalmente, si suole distinguere fra teorie istituzionalistiche e teorie contrattualistiche dell'inte-

⁵⁶ «In line with the UNCAC, the proposed offence of bribery in the private sector (Art. 8) does not make any reference to the protection of competition, whereas the Council Framework Decision 2003/568/JHA allowed Member States to «limit the scope of [the offence] to such conduct which involves, or could involve, a distortion of competition in relation to the purchase of goods or commercial services» MONGILLO, *op. cit.*

resse sociale⁵⁷. La fondamentale differenza fra le due impostazioni risiede nel fatto che, secondo le teorie istituzionalistiche, l'interesse sociale riguarda l'impresa sociale — considerata come autonomo soggetto — e si caratterizza per essere indipendente e superiore sia all'interesse dei singoli soci sia alla somma degli interessi dei soci; diversamente, le teorie contrattualistiche spostano l'accento sull'identificazione di un interesse oggettivo e identificano l'interesse sociale con l'interesse dei soli soci proiettato sul raggiungimento dell'oggetto sociale⁵⁸.

Nell'ambito del diritto penale societario, tuttavia, la nozione contrattualistica di interesse sociale si è progressivamente affermata, giacché si presta ad una migliore riferibilità degli eventi ai soci. Già con riguardo all'art. 2631 c.c. (previgente formulazione) si sottolineava come l'unica accezione di interesse sociale potesse essere quella incardinata sull'interesse dei singoli soci, valutato obiettivamente, ossia come ciò che rappresenti l'*optimum* per gli interessi particolari qualitativamente uguali dei soci stessi⁵⁹. Del resto, adottando le teorie istituzionalistiche risulta molto complesso individuare il contenuto dell'interesse sociale, in particolare del *quid pluris* di interesse che non è riferibile ai soci ma solo alla società-istituzione⁶⁰. Attraverso le teorie contrattualistiche, viceversa, è possibile identificare il contenuto dell'interesse sociale sul valore complessivo delle azioni (o quote) della società, valorizzando maggiormente l'apporto del singolo sull'attività dell'ente⁶¹. Una volta identificato con certezza l'interesse sociale non appare complesso in quest'ambito tratteggiare la nozione di conflitto di interessi, quantomeno in astratto, dovendosi ritenere sussistente il conflitto ogniqualvolta vi sia inconciliabilità fra l'interesse sociale e l'interesse perseguito dall'*intraneus* che si orienta verso il raggiungimento di un fine extrasociale⁶². Le maggiori criticità, invece, risiedono nell'individuazione dei criteri per la valutazione del conflitto di interessi rilevante per l'integrazione del fatto tipico. A questo riguardo, come noto, il principale referente normativo del conflitto di interessi in ambito societario si rinveniva nell'art. 2631 c.c., che, in parallelo all'art. 324 c.p., nel testo originario del Codice civile, prevedeva un reato denominato «Conflitto d'interessi», così formulato: «L'amministratore, che, avendo in una determinata operazione per conto proprio o di terzi un interesse in conflitto con quello della società, non si astiene dal partecipare

⁵⁷ PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in AA. VV., *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO - PORTALE, Torino, 1993, 8 ss.

⁵⁸ CHIARAVIGLIO, *Il delitto di infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.)*, in *Sistema Penale*, 2022.

⁵⁹ CONTI, *Artt. 2621-2642*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1988, 270.

⁶⁰ PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi*, cit., 8 ss.

⁶¹ JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur comm.*, 2000, I, 804 ss. Secondo l'Autore, comunque siffatto valore (*shareholder value*) risulta dipendente dal valore dell'impresa societaria (p. 812) e, quindi, sensibile alla diminuzione del patrimonio sociale.

⁶² In questo senso v. CONTI, *Artt. 2621-2642*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, cit., 194 ss.

alla deliberazione del consiglio relativa all'operazione stessa, è punito con la multa da lire quattrocentomila a quattro milioni. / Se dalla deliberazione è derivato un pregiudizio alla società, si applica, oltre la multa, la reclusione fino a tre anni». La norma presentava una valenza meramente sanzionatoria del precetto sancito dall'art. 2391 comma 1 c.c., che con un'identica rubrica stabiliva che l'«amministratore, che in una determinata operazione ha, per conto proprio o di terzi, interesse in conflitto con quello della società, deve darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale, e deve astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa».

Traendo spunto dal dato letterale riportato, un primo orientamento, c.d. formalistico, sostenuto dalla giurisprudenza, riteneva che ogni deliberazione assunta dall'amministratore in presenza di un interesse divergente da quello sociale integrasse un conflitto di interessi che, pertanto, doveva essere valutato in astratto. Attraverso questo orientamento, peraltro a lungo maggioritario, l'art. 2631 c.c. veniva a configurare un reato di pericolo presunto, ove il danno per la società veniva relegato al ruolo di mera circostanza aggravante. In altri termini, così formulato e interpretato, il delitto di cui all'art. 2631 c.c. attribuiva rilevanza penalistica al mero conflitto di interessi astratto, o "statico"⁶³, a prescindere cioè dalla causazione di un pregiudizio per l'ente. Veniva, dunque, implicitamente escluso rilievo alla possibilità di una convergenza o "coincidenza" fra gli interessi personali del singolo e dell'ente, la cui ricorrenza avrebbe potuto addirittura determinare un vantaggio per la società⁶⁴. Con un'analogia nel campo delle scienze economiche si potrebbe dire che, così configurato, il reato in parola trascurava, senza distinzioni, l'essenziale ruolo della "mano invisibile" teorizzata da Adam Smith, assimilando in un'unica fattispecie condotte dannose per l'ente e condotte che, per quanto ispirate da interessi personali, potevano risultare finanche vantaggiose per l'ente⁶⁵.

A questo orientamento, c.d. formalistico, se ne contrappose uno c.d. sostanzialistico⁶⁶, che riteneva per converso indispensabile una valutazione in

⁶³ Secondo la terminologia proposta da parte della dottrina, mentre il vero conflitto di interessi, penalmente rilevante, dovrebbe essere "dinamico", cfr. ALAGNA, *Note sul concetto penalistico di conflitto di interessi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 743 ss.; AMBROSETTI - MEZZETTI - RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2022, 187 ss.

⁶⁴ Cfr. AMBROSETTI, *ibid.*; CONTI, *Artt. 2621-2642*, cit., 1988, 243 ss.

⁶⁵ L'espressione "la mano invisibile" viene frequentemente utilizzata dagli economisti e ricondotta ad Adam Smith che ne fece uso mutuandola dal *Macbeth* di Shakespeare nell'opera considerata l'origine della moderna scienza economica, *La ricchezza delle nazioni*, Londra, 1776.

⁶⁶ Cfr. M. ROMANO, *Profili penalistici del conflitto di interessi*, cit., 150 ss.; L. FOFFANI, *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori. La problematica penalistica*, in *Giur. comm.*, 1987, I, 95 ss.; ACCINNI, *Profili penali del conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1991, 1044 ss.; NAPOLEONI, *I reati societari*, cit., 69 ss.; E. MUSCO, *La società per azioni nella disciplina penalistica*, in AA. VV., *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO - B. PORTALE, vol. XI, Torino, 1993, 375 ss. Aderiscono a questa tesi, in giurisprudenza, Cass.

concreto della situazione di contrasto fra interesse perseguito dal soggetto attivo e interesse sociale, a questo scopo elaborando alcuni indici, quali: l'effettività, l'attualità, l'oggettività del conflitto. Questa tesi, nonostante la maggior aderenza ai principi costituzionali di offensività e materialità del reato (*nulla poena sine iniuria*, su tutti) fu comunque respinta dalla Corte di Cassazione⁶⁷. Si comprende allora perché si sia reso necessario l'intervento del legislatore che con la riforma introdotta dal d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 ha cancellato l'art 2631 c.c. La soppressione di questa norma, priva di una dimensione lesiva, posta a presidio di mere regole formali di comportamento, neppure in grado di caratterizzare la reale essenza del conflitto di interessi, non aprì alcuna lacuna che il legislatore dovesse colmare. Invero, l'incriminazione scomparve senza lasciare traccia di sé fino al 2005, quando venne riproposta similmente all'art. 2629 *bis*, tuttavia scarsamente applicato.

Tanto premesso in relazione al previgente art. 2631 risulta più agevole delineare i tratti tipici del conflitto di interessi nell'ambito dell'art. 2634 c.c., che ne costituisce, ad oggi, il principale referente normativo di tutela in ambito societario. Anzitutto, occorre brevissimamente ricordare quali sono gli elementi costitutivi del delitto di infedeltà patrimoniale: sul piano oggettivo sono richiesti un preesistente ed oggettivo «interesse in conflitto con quello della società», il compimento o il concorso alla delibera di «atti di disposizione dei beni sociali» e la produzione di un «danno patrimoniale» per la società; sul piano psicologico, al dolo specifico di «procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio» si aggiunge il dolo intenzionale di cagionare il danno. Dalla breve rassegna degli elementi costitutivi del reato in parola, risulta evidente la costruzione in un'ottica privatistica della fattispecie, dimostrata altresì dalla perseguibilità a «querela della persona offesa»⁶⁸. Questa considerazione appare decisiva per ritenere, come avvenuto per l'impostazione sostanzialistica del già previsto art. 2631 c.c., che il conflitto di interessi debba avere un carattere patrimoniale e, pertanto, richiedere una valutazione oggettiva di danno⁶⁹.

Tale configurazione restrittiva emerge, come visto, già sul piano della formulazione normativa, poiché il conflitto di interessi, posto come un dato della realtà esterno all'agente, viene proiettato dinamicamente sul fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, in modo da evidenziare al

Sez. III, 25 febbraio 1959, SANSONETTI e TORRACA, cit.

⁶⁷ cfr. FOFFANI, *Reati societari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, PEDRAZZI - ALESSANDRI - FOFFANI - SEMINARA - SPAGNOLO, 1999, Bologna, 361 e ss. La sentenza richiamata nel testo è Cass., 4 luglio 1989, in «CP», 1991, 307.

⁶⁸ Per tutti, si veda: AMBROSETTI - MEZZETTI - RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit, 187 ss. In giurisprudenza v. Cass., Sez. II, 6 maggio 2011 n. 20062 in *Cass. pen.*, 2012, 2585 ss.; Cass., Sez. II, 27 marzo 2008 n. 15879, in *Cass. pen.*, 2009, 1237 ss.

⁶⁹ Sul requisito dell'oggettività del conflitto la dottrina appare unanime; cfr. AMBROSETTI - MEZZETTI - RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, cit, 187 ss; MUSCO, *I nuovi reati societari*, Torino, 2007, 212 ss.; CHIARAVIGLIO, *Il reato di infedeltà patrimoniale*, cit.

tempo stesso la necessaria consapevolezza degli interessi contrapposti e la scelta di assecondare quello privato sacrificando l'interesse societario. Inoltre, allo scopo di negare rilievo penale a condotte che potrebbero rivelarsi neutre e incolori, la formula normativa esclude le condotte omissive e tutti gli atti che non consistono in una disposizione di beni sociali. Infine, il requisito della produzione del danno patrimoniale relega al più nella sfera del tentativo le condotte i cui effetti non si siano ancora manifestati a causa della natura differita nel tempo della scadenza del relativo contratto. Si tratta, come evidente, di un modello maggiormente garantista, poiché, non punendo il conflitto di interessi in astratto, bensì incentrando la fattispecie sul danno patrimoniale effettivo e intenzionale, non esclude aprioristicamente la possibilità di una coincidenza fra gli interessi del singolo e quelli dell'ente. Tale svolta normativa e interpretativa è il frutto di una concezione moderna e liberale di conflitto di interessi, in grado di concepire tale fenomeno come mera situazione antecedente al fatto tipico e solo eventualmente di pericolo per l'ente. Nella prospettiva che in questa sede più ci interessa, occorre osservare come un'istanza restrittiva analoga pare aver ispirato l'attuale legislatore in ambito pubblicistico, il quale, orientandosi verso l'abolizione del reato di abuso d'ufficio, ha manifestato (piuttosto radicalmente) l'intenzione di espungere dalla sfera di punibilità penale quelle condotte (in particolare omissive) il cui disvalore risultava difficilmente percepibile in concreto ed *ex ante*. Pertanto, se le fattispecie di conflitto di interessi devono essere effettivamente incentrate su un danno patrimoniale in concreto, tanto sul versante societario (ex art. 2634 c.c.), quanto pubblicistico (ex art. 323 c.p.), è altresì lecito domandarsi quale sia la ragione per collocarle rispettivamente tra i reati societari e quelli della pubblica amministrazione, anziché fra i reati comuni accanto all'appropriazione indebita (con l'eventuale aggravante soggettiva)⁷⁰.

7. Una prospettiva conclusiva: il conflitto di interessi come traccia dell'unitarietà del sistema punitivo.

Alla luce delle riflessioni finora compiute si può notare come il concetto di conflitto di interessi permei l'ordinamento tanto su un piano "governamentale", con riguardo all'assetto democratico, quanto sul piano "ordinamentale", con riguardo alle specifiche previsioni penalistiche che lo contemplano. Dall'intersecarsi di questi piani emerge la natura ontologicamente polimorfa di questo fenomeno, che si espande e si contrae sul piano giuridico in ragione della maggiore o minore capacità del sistema governativo di coinvolgere gli interessi personali nelle decisioni pubbliche. Ne è prova l'indubbia elasticità interpretativa del fenomeno, intrinsecamente soggetta alla sensibilità personale dell'interprete. In particolare, come visto al paragrafo 4, tale dimensio-

⁷⁰ Solleva questo dubbio, con riferimento all'art. 2634 c.c., SEMINARA, *Il conflitto di interessi nei reati contro la pubblica amministrazione, nei reati societari e nei reati finanziari*, cit, 198.

ne estremamente soggettivizzata presenta le maggiori criticità in contesti, quale quello dei concorsi in ambito accademico, ove la discrezionalità del singolo sembra inevitabile. Sotto il profilo normativo le fattispecie di abuso d'ufficio e di infedeltà patrimoniale rappresentano le due norme archetipo del fenomeno, sul piano pubblico e privato. Queste fattispecie incriminatrici vengono invero sottoposte alla tensione che intercorre fra letture formali e letture sostanziali dei loro elementi, scaturenti dalla maggiore o minor propensione dell'interprete all'inclusione delle prospettive privatistiche nelle decisioni pubbliche. Non stupisce allora notare come la presenza del conflitto di interessi nell'ordinamento presenti una conformazione tuttora evanescente. Tuttavia, si deve rilevare che, perlomeno nell'ambito del diritto penale societario, sulla scorta di alcuni decisivi interventi normativi, si è percorsa una strada volta a ridimensionare la portata incriminatrice del conflitto di interessi. Specificatamente, si è tentato di passare da formule incriminatrici generiche (come ad es. quella del previgente art. 2631 c.c.), che contemplavano la punibilità del conflitto di interessi *ex se*, ossia staticamente ed in astratto, ad una dimensione di punibilità del conflitto di interessi esclusivamente dinamica, cioè collegata alla verifica di un danno patrimoniale effettivo in concreto. Si è, in altri termini, cercato di affermare come il conflitto di interessi non assuma mai una dimensione autonomamente lesiva, non confondendo, come nella più classica delle *sincedochi*, la parte (il conflitto di interessi) con il tutto (il fatto tipico effettivamente lesivo). Tale mutamento di prospettiva, che si può evincere in maniera paradigmatica dalla formulazione dell'art. 2634 c.c. e dalla sua più recente interpretazione giurisprudenziale, evidenzia una rinnovata sensibilità per il fenomeno del conflitto di interessi. In particolare, preme precisare che questa nuova concezione possa essere ispirata non soltanto da inderogabili ragioni di rispetto dei principi di determinatezza e offensività propri del diritto penale, ma anche da una mutata concezione del ruolo degli interessi personali nelle decisioni pubbliche. Più precisamente, sembra potersi intravedere un atteggiamento legislativo e interpretativo in grado di cogliere le potenzialità finanche positive della presenza di interessi personali nelle decisioni societarie, con specifico riguardo alle ipotesi che abbiamo definito di coincidenza o convergenza di interessi. L'auspicio, in questo senso, è che la strada intrapresa sul versante privatistico possa essere emulata anche sul versante delle incriminazioni pubblicistiche (troppo spesso impregnate di pregiudizi moralistici), e la cui valutazione di offensività viene gravemente demandata al giudizio — imprevedibile ed *ex post* — dell'organo giudicante. Un segnale di segno inverso sembra invece arrivare dal contesto unionale, invero, come evidenziato, la Proposta di direttiva sulla corruzione presenta alcuni profili di insanabile criticità con i più recenti sviluppi della scienza penalistica, tanto in termini di rispetto dei principi di determinatezza ed offensività, quanto in termini di progressiva integrazione fra ordinamento penale ed amministrativo. Del resto, è proprio dall'osservazione dello sviluppo normativo sul versante amministrativo, in cui si nota una progressiva privatizzazione della disciplina degli enti pubblici, che appare chiaro

come anche sul versante penalistico possa operarsi una parificazione fra le incriminazioni pubblicistiche e privatistiche. In questo senso, l'abolizione del reato di abuso d'ufficio, se concepito come tentativo di progressiva integrazione fra modello penalistico ed amministrativo, non stupisce affatto. D'altra parte, l'alternativa inevitabile ad una scelta così radicale, sarebbe stata quella di tipizzare ulteriormente l'art. 323 c.p. nella sua variante omissiva mutuando il modello dell'art. 2634 c.c., rendendolo parimenti di scarsa applicazione concreta. In conclusione, appare chiaro come l'analisi del conflitto di interessi porti a considerare il sistema punitivo in chiave unitaria, in ragione della inevitabile parificazione fra modelli decisionali privatistici e pubblicistici.

LE PENE SOSTITUTIVE DELLE PENE DETENTIVE BREVI: IL NUOVO ART. 20 *BIS* C.P. ALLA LUCE DELLA RIFORMA CARTABIA

Annapaola Iuso*

Sommario: **1.** La marginalità della legge n. 689/1981 sulle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi. - **2.** La Riforma Cartabia e le nuove pene sostitutive delle pene detentive brevi. - **2.1.** Le principali novità introdotte dalla Riforma: l'innalzamento dei limiti edittali e il nuovo catalogo delle pene sostitutive delle pene detentive brevi. - **2.2.** Le regole sulla sostituzione della pena detentiva: preclusioni e prescrizioni. - **3.** Le singole pene sostitutive: uno sguardo d'insieme. - **3.1.** La semilibertà sostitutiva. - **3.2.** La detenzione domiciliare sostitutiva. - **3.3.** Il lavoro di pubblica utilità sostitutivo - **3.4.** La pena pecuniaria sostitutiva. - **4.** Il regime transitorio: l'art. 95 del d.lgs. n. 150/2022. - **5.** Brevi osservazioni conclusive.

ABSTRACT

Questo articolo prende le mosse dalle principali novità introdotte dalla legge n. 134/2021, attuata con il d.lgs. 150/2022, nell'ambito del diritto penale sostanziale, concentrandosi principalmente sull'istituto di nuovo conio di cui all'art. 20 *bis* c.p., rubricato "*le pene sostitutive delle pene detentive brevi*".

Il saggio cerca di offrire una panoramica giuridico-normativa sulla concreta operatività dell'art. 20 *bis* c.p., il cui scopo primario risiede nell'esigenza di superare l'idea della pena carceraria quale principale risposta sanzionatoria all'illecito penale e nella volontà di coordinarsi con l'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena.

Dopo una breve introduzione sul sistema sanzionatorio vigente prima dell'intervenuta 'riforma Cartabia', l'analisi si concentra sulla normativa delle pene sostitutive delle pene detentive brevi, nonché sulle prime pronunce giurisprudenziali le quali, sebbene ancora distanti dal formare un consolidato orientamento sul tema, sembrerebbero comunque esprimere un parere favorevole alla efficienza di tale istituto, anche e soprattutto alla luce delle numerose condanne sovranazionali per il sovraffollamento delle carceri che hanno interessato l'Italia negli ultimi decenni.

Uno sguardo d'insieme viene poi riservato alle singole pene sostitutive contenute nell'art. 20 *bis* c.p., il quale racchiude al suo interno un nuovo catalogo delle pene: trovano spazio la pena della semilibertà sostitutiva, della detenzione domiciliare sostitutiva e del lavoro di pubblica utilità sostitutivo, confermandosi invece l'operatività della già nota pena pecuniaria sostitutiva.

Si intende quindi valorizzare il raggio d'azione che ha indirizzato la 'Riforma Cartabia', facendo luce sulle principali finalità dell'art. 20 *bis* c.p., che si pongono in diretta connessione con il recupero di efficienza del processo e della giustizia penale e, in particolare, con la volontà di

* Avvocato.

favorire un sistema penalistico maggiormente aperto alla differenziazione del trattamento sanzionatorio.

This article begins by addressing the main innovations introduced by Law No. 134/2021, implemented through Legislative Decree No. 150/2022, in the field of substantive criminal law, focusing primarily on the newly established institution outlined in Article 20 bis of the Penal Code, entitled "substitute penalties for short-term custodial sentences".

The essay seeks to provide a comprehensive legal and normative overview of the practical implementation of Article 20 bis of the Penal Code, whose primary purpose lies in the need to move beyond the idea of custodial sentences as the primary punitive response to criminal offenses, and in the desire to align with the constitutional imperative of the rehabilitative function of penalties.

After a brief introduction to the prevailing sanctioning system prior to the 'Cartabia reform', the analysis centers on the regulations concerning substitute penalties for short-term custodial sentences, as well as initial judicial decisions which, although still far from forming a consolidated stance on the subject, appear to express a favorable opinion on the effectiveness of this institution, particularly in light of numerous supranational convictions related to prison overcrowding that have affected Italy in recent decades. An overview is then provided of the individual substitute penalties outlined in Article 20 bis of the Penal Code, which encapsulates a new catalogue of penalties: including substitute semi-liberty, substitute home detention, and substitute community service, while reaffirming the operability of the already established substitute fine penalty.

The intention is therefore to highlight the scope directed by the 'Cartabia Reform', shedding light on the primary objectives of Article 20 bis of the Penal Code, which are directly linked to enhancing the efficiency of the judicial process and criminal justice, and particularly to promoting a penal system more open to differentiation in punitive treatment.

1. La marginalità della legge n. 689/1981 sulle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi.

La legge n. 689 del 24 novembre 1981 ha introdotto e disciplinato le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, la cui *ratio* risiedeva, da un lato, nella volontà di contrastare il carattere repressivo e gli effetti dannosi dell'esecuzione carceraria di una pena detentiva breve e, dall'altro, nella logica deflattiva delle carceri¹. L'iniziale obiettivo della succitata normativa era stato soprattutto quello di scongiurare l'effetto desocializzante e criminogeno del condannato a seguito di una breve permanenza all'interno del carcere, incentivando l'interprete all'applicazione della pena detentiva ove solo strettamente necessario e come *extrema ratio*. Tuttavia, gli obiettivi disciplinati dalla richiamata legge non sono stati adeguatamente realizzati, rimanendo anzi disapplicati nella prassi giurisprudenziale, che ha disatteso anche gli auspicati obiettivi di voler «conferire al sistema penale flessibilità e capacità di adeguarsi alla concreta rilevanza che determinati tipi di violazione assumono in una società moderna» e di voler «contribuire ad una più corretta gestione

¹ A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in *Legislazione Penale*, 20 gennaio 2022.

della istituzione penitenziaria nei confronti di coloro che vi sono ristretti per essere stati colpiti da pene detentive per reati più gravi»². L'ambito operativo delle sanzioni sostitutive della l. n. 689/1981, infatti, risultava del tutto marginale a causa della sovrapposizione dei presupposti applicativi ivi richiamati con quelli delle misure sostitutive in senso lato, come l'istituto del beneficio della sospensione condizionale della pena di cui all'art. 163 c.p., e le misure alternative alla detenzione così come regolamentate dalla legge n. 354/1975³, avallando in tal modo il primato della pena detentiva come il principale strumento di risposta sanzionatoria dell'illecito penale⁴.

Una prima svolta legislativa nei confronti di un sistema penalistico tradizionalmente poco incline ad una politica criminale differenziata, veniva operata dalla legge n. 134 del 12 giugno 2003, che, nell'intento di esprimere il favore per tale tipologia di risposta sanzionatoria, si poneva l'obiettivo di dare nuova linfa alle sanzioni delineate dalla l. n. 689/1981, potenziandone il perimetro applicativo e ampliando la possibilità di accedere alle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi mediante alcune modifiche agli art. 53 e 59 della l. n. 689/1981 e l'abrogazione dell'art. 60 della medesima legge.

L'intervento riformatore del 2003 si incentrava sull'obiettivo deflattivo sul piano della commisurazione giudiziale piuttosto che su quello delle previsioni edittali⁵, risultando purtuttavia inidoneo ad incentivare l'utilizzo delle sanzioni sostitutive di cui alla l. n. 689/1981.

È all'interno di un quadro normativo dagli esiti disfunzionali che si inserisce la legge delega n. 134 del 27 settembre 2021, e il d.lgs. attuativo n. 150 del 2022, tramite cui è stata disposta una riforma organica in materia di giustizia ispirata agli obiettivi di maggiore efficienza e di ragionevole durata del processo, attuando una riforma che prevede una vastità di interventi riformatori dell'intero processo penale, dalla fase delle indagini preliminari al giudizio di legittimità, estendendosi ai principali istituti del sistema sanzionatorio⁶. La riforma interviene, in particolar modo, sulle sanzioni sostitutive, le cui modifiche attestano «una presa di coscienza della scarsa applicazione e, quindi, della crisi in cui versa l'attuale configurazione dei sostituti della pena di breve durata»⁷.

² In questo senso i lavori preparatori della Camera dei Deputati C-363 del 17 luglio 1979, in *Progetto di legge della VIII legislatura* (www.camera.it), cit., 2.

³ A. GARGANI, cit., 3.

⁴ A. GIARDA - F. GIUNTA - G. FORTI - G. VARRASO, *Manuale di diritto penitenziario*, 2021, 1 e E. DOLCINI, *Dalla Riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, in *Sistema Penale*, 30 agosto 2022, 2.

⁵ Cfr. A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in *Legislazione Penale*, 2022 e F. PALAZZO, *Il sistema sanzionatorio sempre al centro di riforme grandi e piccole*, in *DPP* 2003.

⁶ G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *Sistema Penale*, 2021.

⁷ M. TELESCA, *La 'nuova' disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi prevista dalla c.d. 'riforma Cartabia'*, in *Diritto penale contemporaneo* 3, 2021, 36, cit.

Per quel che interessa in questa sede, la revisione organica dell'intero sistema delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi⁸, avente come primario obiettivo il superamento della pena carceraria quale principale risposta sanzionatoria del fatto tipico di reato, rappresenta una delle parti più innovative della Riforma nell'ambito del diritto penale sostanziale⁹.

2. La Riforma Cartabia e le nuove pene sostitutive delle pene detentive brevi.

Il nuovo art. 20 *bis* c.p. disciplina le pene sostitutive delle pene detentive brevi applicabili già in fase cognitiva dal giudice ordinario, circoscrivendo l'ingresso in carcere unicamente ai casi più gravi e scongiurando, in tal modo, che brevi periodi di detenzione possano pregiudicare il fine rieducativo della pena e il reinserimento sociale del condannato.

Invero, il rischio maggiore in cui si incorre applicando una pena detentiva di breve durata è che essa produca effetti ancor più criminogeni, risultando il tempo sufficiente ad innescare processi di desocializzazione e di contagio criminale¹⁰. Per tale ragione, la Riforma persegue l'obiettivo, tra gli altri, di coordinarsi con l'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena che, come più volte evidenziato anche dalla Corte Costituzionale¹¹, non può in alcun modo essere sacrificata. Sul punto, merita menzione anche una recente pronuncia della giurisprudenza di legittimità la quale infatti, proprio in materia di pene sostitutive delle pene detentive brevi e soffermandosi in particolare sul tema della recidiva, afferma che l'applicabilità di una pena sostitutiva non è incompatibile con il pericolo di recidiva, ma, al contrario, rappresenta la specifica modalità individuata dal legislatore per arginarlo al meglio, sia pure in una prospettiva che si proietta dopo il completamente reinserimento sociale conseguente all'applicazione. Il Supremo Consesso specifica, quindi, che l'applicazione di una pena sostitutiva è incompatibile solo con quel tasso di recidiva che l'interprete ritiene di non poter azzerare ovvero ridurre per il tramite delle prescrizioni che accompagnano la pena sostitutiva nella fase di esecuzione della stessa¹².

Emerge, pertanto, il favore espresso dalla Corte di Cassazione in tema di pene sostitutive delle pene detentive brevi, osservandosi come il fine rieducativo della pena invocato all'art. 27 della Costituzione se, da un lato, non può prescindere dalla tutela della collettività, dall'altro può ben realizzarsi anche

⁸ R. GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale e parte speciale, Analisi di Principi generali, Istituti e Problematiche dottrinali e giurisprudenziali*, Molfetta (BA), IX Edizione, 2023, 500 e ss.

⁹ A. GARGANI, *op. cit.*

¹⁰ D. PULITANO, *Diritto Penale*, Torino, 2019, 456.

¹¹ C. Cost., sent. 20 gennaio 2023, n. 3; C. Cost., sent. 21 giugno 2018, n. 149; C. Cost., sent. 17 dicembre 1997, n. 403; C. Cost., sent. 23 maggio 1995, n. 186; C. Cost. sent. 31 maggio 1990, n. 276.

¹² Cass. pen., Sez. V, Sent. n. 43622 del 27/10/2023.

attraverso un effettivo reinserimento sociale del condannato, rafforzato dalle necessarie e particolari prescrizioni imposte dal giudice.

Infatti, il nuovo sistema sanzionatorio disegnato dal d.lgs. n. 150/2022 non ha lo scopo di anticipare nella fase di cognizione l'individuazione delle misure alternative alla detenzione, rientrati nella sfera di competenza del Tribunale di sorveglianza, bensì quello di far sì che il giudice della cognizione possa applicare la pena in funzione tipicamente rieducativa per il condannato, individuando la sanzione più idonea con gli scopi esplicitamente sanciti dall'art. 27 della Carta Costituzionale¹³.

In verità, la Riforma Cartabia mira anche ad ottenere una risposta concreta al fenomeno del sovraffollamento delle carceri¹⁴, che, come noto, ha comportato per l'Italia diverse condanne a livello sovranazionale¹⁵: il riconoscimento e l'applicazione delle pene sostitutive ad opera del giudice della cognizione, riducendo le presenze in carcere, mirano soprattutto a decongestionare le strutture carcerarie, ben potendo incidere sulla riduzione del carico di lavoro dei tribunali di sorveglianza ed anticipare l'esecuzione di specifiche pene che si connotano per una notevole e maggiore duttilità¹⁶.

Fanno quindi ingresso all'interno del codice penale le nuove pene sostitutive, così denominate per evidenziare la loro effettiva natura afflittiva ancorché non si tratti di pene carcerarie o, comunque, non integralmente destinate ad essere ivi eseguite¹⁷.

L'intento di richiamare la relativa disciplina delle pene sostitutive all'interno del codice penale si giustifica anche sotto il differente profilo di voler realizzare un raccordo con la composita regolamentazione delle pene sostitutive, che continua ad essere prevista dalle disposizioni della l. n. 689/1981, come riformulata dall'art. 71 del d.lgs. n. 150/2022.

2.1. Le principali novità introdotte dalla Riforma: l'innalzamento dei limiti edittali e il nuovo catalogo delle pene sostitutive delle pene detentive brevi.

In tema di nuove pene sostitutive, una prima novità introdotta con la Riforma Cartabia concerne l'innalzamento del limite di pena detentiva sostituibile: la Riforma estende da 2 a 4 anni il tetto di pena delle pene a vario titolo

¹³ A. CALCATERRA, *Le novità introdotte dalla riforma Cartabia. Le nuove soluzioni sanzionatorie e il rinnovato ruolo dell'avvocatura*, in *Questione Giustizia*, 2023.

¹⁴ Cfr. www.antigone.it ove si evince una stima aggiornata al 2023: "Oggi i detenuti sono 60.000, oltre 10.000 in più dei posti realmente disponibili e con un tasso di sovraffollamento ufficiale del 117,2%, con una crescita nell'ultimo trimestre (da settembre a novembre) di 1.688 unità".

¹⁵ Cfr. Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 16 luglio 2009 - Ricorso n. 22635/03 - Sulejmanovic c. Italia e Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dell'8 gennaio 2013 - Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10 - Torreggiani e altri c. Italia.

¹⁶ A. CALCATERRA, *op. cit.*

¹⁷ E. DOLCINI, *Dalla Riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, in *Sistema Penale*, 30 agosto 2022.

sostituibili, consentendo in tal modo di ampliare il ricorso a tale tipologia di sanzione ad opera dell'interprete. Tale modifica manifesta un evidente mutamento del concetto di pena detentiva breve: il limite fissato, infatti, non contrassegna più una detenzione breve corrispondente ad un fatto delittuoso concretamente tenue, ma riflette una pena commisurata in quattro anni di media durata a cui corrisponde, invece, un fatto di reato di media gravità, tutt'altro che bagatellare¹⁸. La riforma punta a far sì che l'interprete possa investire sulle pene sostitutive di cui all'art. 20 bis c.p., in luogo del ricorso costante alla pena carceraria, rivelatosi uno strumento talvolta inutilmente costoso ed incongruo rispetto alle concrete esigenze repressive e socialpreventive.

Una ulteriore conseguenza che deriva dall'innalzamento dei limiti edittali per la pena detentiva sostituibile concerne il conflittuale rapporto tra le sanzioni sostitutive e l'istituto della sospensione condizionale della pena di cui all'art. 163 e ss. c.p..

Come poc'anzi accennato, una delle principali problematiche che in passato impedivano l'applicazione delle sanzioni sostitutive di cui alla l. n. 689/1981, riguardava la sovrapposizione di tale istituto con la sospensione condizionale della pena, la cui operatività, nettamente più favorevole rispetto a quella prevista per l'applicabilità delle sanzioni sostitutive, comportava una sterilizzazione delle prime in favore dell'applicazione della seconda¹⁹.

La riforma Cartabia ha inciso in modo tale da svincolare le nuove pene sostitutive dall'istituto della sospensione condizionale della pena: estendendo la portata della sostituzione fino a quattro anni²⁰ la pena breve non è più quella che consente l'applicazione dell'istituto di cui all'art. 163 c.p., bensì quella la cui esecuzione può essere sospesa ai sensi dell'art. 656, comma 5 c.p.p.²¹. Sulla scia di tale intervento, il d.lgs. n. 150/2022, in attuazione dei principi enunciati dalla legge-delega n. 134/2021, ha espressamente previsto il divieto di applicazione dell'istituto della sospensione condizionale della pena in presenza di una pena sostitutiva irrogata dal giudice²², prevedendo quindi che, ove in astratto ricorrano le condizioni per l'applicazione di entrambi gli istituti, l'interprete è chiamato ad operare una scelta, vagliando l'opportunità di applicare il beneficio della sospensione condizionale della pena ai sensi dell'art. 163 c.p., ovvero procedere alla sostituzione della pena detentiva ai sensi del nuovo art. 20 bis c.p.: tale decisione interesserà il giudice solo nel caso in cui la pena detentiva prevista nel caso di specie rientri nel

¹⁸ D. CASTRONUOVO - M. DONINI - E.M. MANCUSO - G. VARRASO, *Riforma Cartabia, la nuova giustizia penale*, Padova, 2023, 85.

¹⁹ A. GARGANI, *op cit.*

²⁰ D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in *Sistema Penale*, 2022, 4.

²¹ E. DOLCINI, *Dalla Riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, in *Sistema Penale*, 30 agosto 2022.

²² D. CASTRONUOVO - M. DONINI - E.M. MANCUSO - G. VARRASO, *cit.*, 109.

limite edittale di due anni, ovvero nei più ampi limiti di pena previsti all'art. 163, commi 2 e 3 c.p., per il minore imputabile o per il giovane adulto²³.

In verità, l'opzione per cui è fatto divieto di far ricorso ad altro istituto disciplinante misure sostitutive *latu sensu* in presenza di una pena sostitutiva ex art. 20 *bis* c.p., è stata estesa anche alle sopra citate misure alternative alla detenzione di cui alla l. n. 354/1975.

Come noto, le misure alternative alla detenzione non si strutturano quali semplici strumenti alternativi alla esecuzione della pena inflitta dal giudice della cognizione, bensì rappresentano modifiche incidenti sulla stessa pena che il condannato è chiamato ad espiare, ben potendo ridurne la durata ovvero sostituire all'esecuzione carceraria una modalità esecutiva strutturalmente differente, in tutto o in parte al di fuori del carcere²⁴.

Ebbene, la marginalità in sede operativa delle vecchie sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi dipendeva anche dal peculiare rapporto tra le sanzioni sostitutive e le succitate misure alternative alla detenzione. Più precisamente, in passato, sussisteva un rapporto di funzionalità progressiva e coordinata tra le sanzioni sostitutive di cui alla l. n. 689/1981 e le misure alternative alla detenzione²⁵, via via eroso dalla previsione dell'applicabilità *ab origine*, attraverso l'operatività di quanto espressamente stabilito all'art. 656 c.p.p., di talune misure alternative alla detenzione, risultando queste ultime sovrapponibili alle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi e trasformandosi, di fatto, in un incentivo all'applicazione di pene detentive brevi in fase cognitiva in ragione della successiva sostituibilità delle stesse dal giudice dell'esecuzione²⁶.

Il d.lgs. n. 150/2022 interviene allo scopo di superare il patologico fenomeno dei c.d. liberi sospesi²⁷, introducendo, quale regola generale, il divieto di concessione di misure alternative alla detenzione di cui alla legge dell'ordinamento penitenziario in presenza di una pena sostitutiva ai sensi dell'art. 20 *bis* c.p., potendo tale divieto essere mitigato dalla possibilità

²³ E. DOLCINI, *Dalla Riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, in *Sistema Penale*, 30 agosto 2022, 4.

²⁴ D. PULITANO', cit., 448.

²⁵ A. GARGANI, cit., 4. Spiega infatti l'Autore che il rapporto tra le sanzioni sostitutive e le misure alternative alla detenzione è stato soggetto a due distinti periodi evolutivi: in un primo momento, le misure alternative alla detenzione, potendo essere applicate unicamente in fase esecutiva e, quindi, dopo l'espiazione carceraria di una parte di pena detentiva, non si configuravano come una alternativa *ab initio* alla pena detentiva, né operavano come strumento di contrasto all'esecuzione di pene detentive brevi. In un secondo momento, tuttavia, veniva prevista l'applicabilità *ab origine* di alcune tipologie di misure alternative – ovvero al condannato libero – per il tramite del meccanismo di cui all'art. 656 c.p.p.. Tale circostanza ha comportato l'instaurazione di presupposti per la sovrapposizione delle misure alternative alla detenzione con le pene sostitutive, causando distorsive conseguenze processualpenalistiche.

²⁶ A. GARGANI, *op. cit.*

²⁷ Cfr. A. GARGANI, *op. cit.*, in cui l'Autore chiarisce tale fenomeno parlando di soggetti, in stato di libertà, condannati a pene detentive non superiori ad anni quattro, che restano in attesa dell'esito delle avanzate istanze di concessione di una misura alternativa alla detenzione.

di applicare la misura dell'affidamento in prova ai servizi sociali dopo l'espiazione di almeno metà della pena sostitutiva della semilibertà o della detenzione domiciliare²⁸. Infatti, una esclusione *tout court* della possibilità di accedere alla misura alternativa dell'affidamento in prova di cui all'art. 47, comma 3-ter l. n. 354/1975, avrebbe avviato irragionevoli disparità di trattamento che il legislatore ha contrastato, da un lato, subordinando l'applicazione delle pene sostitutive diverse da quella pecuniaria all'assenso del condannato ai sensi dell'art. 545 bis c.p.p. e, dall'altro, concedendo il parziale accesso all'affidamento in prova quale misura alternativa alla detenzione per eccellenza²⁹.

Tornando alle principali novità introdotte dalla Riforma sul nuovo art. 20 bis c.p., una ulteriore e consistente innovazione apportata dal d.lgs. n. 150/2022 riguarda la modifica del catalogo delle pene sostitutive, nonché la modifica delle loro procedure applicative ed esecutive, completando il processo di inversione da "surrogati penali", strutturalmente ed ideologicamente dipendenti dalla pena carceraria, al modello "sospensivo-probatorio", all'interno del quale la pena si struttura come "pena-programma", ove emergono le concrete esigenze rieducative e di prevenzione sociale del condannato, il quale, coinvolto in un effettivo percorso riabilitativo, contiene la sofferenza derivante da una risposta punitiva da parte dello Stato e promette una reintroduzione sociale in termini positivi³⁰.

L'art. 20 bis c.p. racchiude al suo interno un nuovo catalogo delle pene sostitutive delle pene detentive brevi: all'eliminazione della semidetenzione e della libertà controllata, sanzioni pressoché desuete nella prassi applicativa, segue l'introduzione della semilibertà sostitutiva, la detenzione domiciliare sostitutiva e il lavoro di pubblica utilità sostitutiva, confermandosi invece la pena pecuniaria sostitutiva³¹.

In tal modo, il sistema delle sanzioni sostitutive delineato dalla Riforma appare «strutturato a piramide, attraverso la previsione di quattro distinte fasce applicative lungo le quali si distribuiscono le varie tipologie sanzionatorie»³²: l'art. 20 bis c.p. stabilisce, infatti, che la pena detentiva inflitta entro il limite di quattro anni possa essere sostituita con la semilibertà o con la detenzione domiciliare; mentre, in caso di condanna alla reclusione o all'arresto non

²⁸ E. DOLCINI, *op. cit.*

²⁹ D. CASTRONUOVO - M. DONINI - E.M. MANCUSO - G. VARRASO, cit., 109-110, in cui si legge a proposito delle sollevate criticità: "è evidente che tale divieto rischia di innescare irragionevoli (rectius irrazionali) disuguaglianze: chi in fase cognitiva non è stato "meritevole" della sostituzione della pena potrebbe poi beneficiare di un trattamento in libertà quale l'affidamento in prova (concedibile ab initio), mentre fasce di criminalità inferiori, per cui è stata operata la sostituzione con la semilibertà o la detenzione domiciliare, si troverebbero a scontare una pena di tipo detentivo, quali sono le nuove sanzioni sostitutive".

³⁰ D. CASTRONUOVO - M. DONINI - E.M. MANCUSO - G. VARRASO, cit., 86.

³¹ G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *Sistema Penale*, 2021.

³² V. F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *Sistema Penale*, 2021, cit.

superiore a tre anni, la pena detentiva può essere sostituita con il lavoro di pubblica utilità (previo consenso da parte del condannato); infine, la pena detentiva inflitta entro il limite di un anno può essere sostituita con la pena pecuniaria.

Mentre le prime due pene sostitutive rappresentano una anticipazione già nella fase della cognizione delle corrispondenti misure alternative alla detenzione carceraria, il lavoro di pubblica utilità, invece, già in uso nel sistema penale come sanzione sostitutiva per i reati commessi in violazione delle norme sulla circolazione stradale e connessi all'abuso di alcol e all'utilizzo di droghe³³ e nelle ipotesi di cui all'art. 73, comma 5 *bis* D.P.R. 309/90³⁴, diventa una pena sostitutiva "generalizzata" dell'omonima sanzione principale rientrante nella competenza del giudice di pace per i reati di minore gravità³⁵.

Preme osservare come nel catalogo delle nuove pene sostitutive non figurino la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale: tale esclusione si giustifica in ragione tanto del timore che l'applicazione della predetta misura, già nel giudizio della cognizione, possa disincentivare l'operatività dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato di cui all'art. 168 *bis* c.p., quanto del timore di un allungamento eccessivo dei tempi processuali³⁶.

2.1. Le regole sulla sostituzione della pena detentiva: preclusioni e prescrizioni.

La novellata normativa in tema di pene sostitutive dispone, inoltre, nuove regole di disciplina sull'*an* e sul *quomodo* della sostituzione: introducendo preclusioni e di carattere soggettivo e di carattere oggettivo, e dettando all'art. 56 ter l. n.689/1981 una serie di prescrizioni comuni alla semilibertà so-

³³ Cfr. L. n. 120 del 29 luglio 2010 che ha esteso il lavoro di pubblica utilità ai reati commessi in violazione delle norme sulla circolazione stradale e connessi all'abuso di alcol e all'utilizzo di droghe. Gli articoli richiamano la disciplina contenuta nella legge 274/2000, prevedendo delle disposizioni derogatorie: (i) l'attività è sempre a favore della collettività ma da svolgere in via prioritaria nel campo della sicurezza e dell'educazione stradale; (ii) il lavoro di pubblica utilità può essere concesso soltanto se dalla condotta non sia derivato un incidente stradale; (iii) la durata è pari a quella della sanzione detentiva irrogata e della conversione della pena pecuniaria, ragguagliando € 250 per un giorno di lavoro di pubblica utilità; (iv) in caso di esito positivo dell'espletamento del lavoro di pubblica utilità, il giudice dichiara l'estinzione del fatto di reato.

³⁴ Cfr. L. n. 49 del 21 febbraio 2006 che modifica il DPR 309/90, prevedendo l'introduzione del comma V *bis* all'interno dell'art. 73, che introduce il lavoro di pubblica utilità come sanzione sostitutiva delle pene detentive per tutti coloro che commettono reati legati alle sostanze stupefacenti o psicotrope e che siano persone tossicodipendenti o assuntori di sostanze stupefacenti o psicotrope.

³⁵ D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in *Sistema Penale*, 2022, p.4.

³⁶ G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *Sistema Penale*, 2021, 17.

stitutiva, alla detenzione domiciliare sostitutiva e al lavoro di pubblica utilità sostitutivo³⁷.

Per quel che concerne l'individuazione delle condizioni soggettive per la sostituzione di una pena detentiva breve, rileva quanto espressamente prescritto ai novellati articoli 58 e 59, l. n. 689/1981, sintomatici tanto di una logica tipicamente specialpreventiva, quanto di una severa risposta sanzionatoria al fallimento nell'esecuzione di una precedente pena sostitutiva³⁸, dovendo altresì tener conto di quanto espresso dalla Corte di Cassazione in materia, secondo cui, in un'ottica di incentivo all'applicazione del nuovo art. 20 *bis* c.p., "ai fini della prognosi negativa di cui all'art. 58, legge 24 novembre 1981, n. 689, è necessario che il giudice di merito non si limiti ad indicare il fattore cui abbia attribuito valenza ostativa alla sostituzione, ma correli tale elemento al contenuto della specifica sanzione sostitutiva invocata o, comunque, presa in considerazione in sentenza, fornendo adeguata motivazione in ordine alla sua negativa incidenza sull'adempimento delle prescrizioni che ad essa ineriscono"³⁹.

Per quel che invece attiene le preclusioni avente carattere oggettivo, stando alla lettera della originaria l. n. 689/1981, esse risultano esser state formalmente abrogate dall'art. 4, comma 1, lett. c) della l. n.134/2003. La Riforma Cartabia, purtuttavia non introducendo uno specifico articolo sul tema, interviene sul citato art. 59 della l. n. 689/1981, modificandone il testo ed introducendo al primo comma la lett. d), ove viene operato un rinvio all'art. 4-*bis* della legge dell'ordinamento penitenziario. Il richiamo all'art. 4-*bis* l. n. 354/1975, pur formalmente inserito all'interno delle condizioni soggettive per la sostituzione della pena detentiva, ha come scopo ultimo l'individuazione delle fattispecie incriminatrici in ordine alle quali è esclusa ogni forma di sostituzione, svelando in tal senso una preclusione in termini oggettivi. Tale disposizione ha un chiaro intento direzionale del potere discrezionale del giudice, risultando quest'ultimo vincolato alle preclusioni previste dal sistema penitenziario⁴⁰.

Infine, secondo la dottrina, rientra nel novero delle preclusioni oggettive tanto il novello art. 53, comma 3 l. n. 689/1981, ai sensi del quale si tiene conto della pena aumentata ex art. 81 c.p. ai fini della determinazione dei limiti di pena detentiva, quanto il divieto di sospensione condizionale della pena ex art. 163 c.p. in presenza di una pena sostitutiva⁴¹.

Per quel che invece attiene le prescrizioni di cui al novellato art. 56 ter l. n. 689/1981, esse si dividono in prescrizioni a carattere obbligatorio, di cui

³⁷ D. CASTRONUOVO - M. DONINI - E.M. MANCUSO - G. VARRASO, *op. cit.*

³⁸ Si veda in particolare l'art. 59, lett. a) e b) del l. comma l. 689/1981. Cfr. D. CASTRONUOVO - M. DONINI - E.M. MANCUSO - G. VARRASO, *op. cit.*, ed anche E. DOLCINI, *op. cit.*

³⁹ Cass. pen., Sez. VI, Sentenza, 19 settembre 2023, n. 40433.

⁴⁰ M. TELESCA, *La 'nuova' disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi prevista dalla c.d. 'riforma Cartabia'*, in *Diritto penale contemporaneo* - Rivista trimestrale, 3, 2021, 39.

⁴¹ D. CASTRONUOVO - M. DONINI - E.M. MANCUSO - G. VARRASO, *op. cit.*

al primo comma del citato articolo, nonché a carattere facoltativo, di cui al comma secondo, avuto riguardo a quanto recentemente espresso dalla giurisprudenza di legittimità sul punto, la quale ha definitivamente chiarito che le prescrizioni previste dall'art. 56 ter l. n. 689/1981, così come introdotto dall'art. 71 d.lgs. n. 150/2022, per la semilibertà sostitutiva, la detenzione domiciliare sostitutiva e il lavoro di pubblica utilità sostitutivo non rappresentano pene accessorie la cui applicazione dipende da una valutazione discrezionale del giudice, bensì costituiscono un contenuto necessario e predeterminato della pena sostitutiva, da applicarsi obbligatoriamente una volta ottenuto dall'imputato il suo consenso, che sottintende una accettazione delle stesse⁴².

3. Le singole pene sostitutive: uno sguardo d'insieme.

3.1. La semilibertà sostitutiva.

La semilibertà sostitutiva, disciplinata dall'art. 55, l. n. 689/1981, così come novellato dall'art. 71 del d.lgs. n. 150 /2022, al vertice della piramide su cui risultano strutturate le nuove pene sostitutive delle pene detentive brevi, presenta caratteristiche differenti rispetto all'omonima misura alternativa alla detenzione di cui agli artt. 48 e ss. l. n. 354/1975.

In particolare, la semilibertà sostitutiva si configura come una sanzione parzialmente detentiva: a fronte di un determinato lasso temporale di otto ore trascorso all'interno di un istituto di pena, si affianca una componente di intenti rieducativi e socializzanti, che tende ad assimilare la semilibertà sostitutiva alla misura alternativa⁴³. Più nel dettaglio, il novellato art. 55, l. n. 689/1981 prevede un numero minimo di ore (*ndr.* otto) che il condannato in libertà deve trascorrere in un istituto penitenziario o in un'apposita sezione di un istituto ordinario, lasciando che il resto della giornata venga trascorsa all'esterno per l'espletamento di qualsiasi attività utile alla rieducazione e al reinserimento sociale del reo⁴⁴. Il semilibero viene quindi sottoposto ad un programma di trattamento predisposto dall'UEPE e approvato dal giudice, ove sono indicate le ore da trascorrere all'interno dell'istituto di pena e le attività da svolgere fuori. Inoltre, è bene specificare che, in una maggiore ottica di reinserimento sociale, la normativa in esame prevede espressamente che l'istituto di pena assegnato al condannato in semilibertà venga individuato e nel comune di residenza, o in comune vicino, e nel comune di domicilio, di lavoro o di studio del semilibero.

⁴² Cass. pen., Sez. VI, Sent. 16 maggio 2023, n. 30768.

⁴³ D. CASTRINUOVO - M. DONINI - E.M. MANCUSO - G. VARRASO, *op. cit.*

⁴⁴ E. DOLCINI, *cit.*, 6.

La determinazione del numero minimo di ore che il condannato deve trascorrere all'interno di un istituto di pena, oltre a rappresentare la caratteristica che maggiormente differenzia la nuova pena sostitutiva della semilibertà dall'omonima misura alternativa alla detenzione⁴⁵, rileva soprattutto sotto il punto di vista di legalità della pena, dovendosi comunque precisare che il mancato riferimento ad un limite orario massimo di detenzione si giustifica in ragione della libera discrezionalità dell'organo giudicante, nonché all'iniziativa dell'UEPE, incaricato altresì alla sorveglianza e all'assistenza del condannato in libertà⁴⁶.

3.2. La detenzione domiciliare sostitutiva.

La detenzione domiciliare sostitutiva, disciplinata al novellato art. 56 l. n. 689/1981 e immediatamente successiva nella scala piramidale delle nuove pene ex art. 20 bis c.p. alla semilibertà sostitutiva, differisce anch'essa dall'omologa misura alternativa alla detenzione di cui all'art. 47 ter della legge dell'ordinamento penitenziario, il quale rinvia all'art. 284 c.p.p. quanto alle modalità esecutive e stabilisce che il condannato può allontanarsi dall'abitazione, previa autorizzazione del giudice, solo per il tempo strettamente necessario a provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita, ovvero per esercitare una attività lavorativa, sempre se egli non vi possa provvedere diversamente⁴⁷. La pena sostitutiva della detenzione domiciliare, invece, alla luce dell'intervento riformatore del d.lgs. n. 150/2022, strutturandosi quale forma di sanzione detentiva, nasconde una minore afflittività della pena⁴⁸: la detenzione domiciliare sostitutiva diventa immediatamente esecutiva dopo il giudicato⁴⁹ ed il luogo di esecuzione della pena viene individuato nel domicilio del condannato⁵⁰, in modo tale da scongiurare i disastrosi effetti dell'espiazione carceraria in danno di chi si vede applicata una condanna di breve durata⁵¹. La pena sostitutiva della

⁴⁵ Secondo quanto disposto all'art. 48, comma 1 l. n. 354/1975 "Il regime di semilibertà consiste nella concessione al condannato e all'internato di trascorrere parte del giorno fuori dell'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale". Cfr. E. DOLCINI, *op. cit.*

⁴⁶ D. CASTRONUOVO - M. DONINI - E.M. MANCUSO - G. VARRASO, *op. cit.*

⁴⁷ E. DOLCINI, *op. cit.*

⁴⁸ Cfr. A. COSTANTINI, *Prospettive di riforma della detenzione domiciliare tra pena principale e sanzione sostitutiva: verso un reale superamento del paradigma carcerocentrico?*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2022.

⁴⁹ G.L. GATTA, *op. cit.*

⁵⁰ Ai sensi dell'art. 56, comma 3 l. 689/1981, la sede per l'esecuzione della pena sostitutiva della detenzione domiciliare coincide con l'abitazione del condannato, ovvero altro luogo di privata dimora, ovvero luogo pubblico o privato di cura, assistenza o accoglienza o comunità o casa-famiglia protetta, consentendo una maggiore applicazione di tale pena sostitutiva nei confronti di soggetti che si trovino in condizioni di indigenza, come accade per gli stranieri.

⁵¹ G. MENTASTI, *L'applicazione della pena della detenzione domiciliare sostitutiva in appello in un*

detenzione domiciliare, inoltre, al pari di quanto poc'anzi detto in relazione alla semilibertà sostitutiva, richiede la predisposizione di un programma di trattamento da parte dell'UEPE, allo scopo di consentire un adeguato reinserimento del condannato nella società. In tal senso, la novellata normativa in esame prevede che l'obbligo del condannato di rimanere nella propria abitazione debba essere determinato dal giudice in un per non meno di dodici ore al giorno, tenuto conto delle comprovate esigenze familiari, di studio, di formazione professionale, di lavoro e di salute del reo, nonché al sopra menzionato programma di trattamento⁵². Prosegue la norma prevedendo che a fronte del minimo di ore che l'imputato deve trascorrere nel proprio domicilio, deve stabilirsi un minimo di ore in libera uscita, pari a quattro, tali da garantire al condannato di provvedere alle esigenze di vita. In questo senso, la detenzione domiciliare sostitutiva appare maggiormente incline ad una reintegrazione sociale del reo: la libera uscita viene intesa quale strumento responsabilizzante in favore del condannato, incentivando il mantenimento di rapporti familiari ed amicali⁵³.

Inoltre, a sostegno della spiccata finalità rieducativa della pena sostitutiva della detenzione domiciliare, è previsto che il condannato possa usufruire di licenze per fronteggiare giustificati motivi afferenti alla salute, al lavoro, allo studio, alla formazione, alla famiglia o qualsivoglia altra forma di relazione affettiva⁵⁴.

3.3. Il lavoro di pubblica utilità sostitutivo.

Il terzo scalino della piramide afflittiva delineata al nuovo art. 20 *bis* c.p. è occupato dal lavoro di pubblica utilità sostitutivo, che trova il suo *alter ego* nell'omologa sanzione di competenza del giudice di pace ai sensi dell'art. 54, d.lgs. n. 274 del 28 agosto 2000, presa come parziale parametro di riferimento dalla legge delega n. 134/2021⁵⁵.

caso di maltrattamenti in famiglia, Corte d'Appello di Napoli, sent. 6 ottobre 2023 (dep. 20 ottobre 2023), Pres. Grassi, rel. Forte, in Sistema Penale, novembre 2023, p. 6.

⁵² E. DOLCINI, *op. cit.*

⁵³ D. CASTRONUOVO - M. DONINI - E.M. MANCUSO - G. VARRASO, *op. cit.*

⁵⁴ In tal senso, l'art. 69, comma 1, legge n. 689/1981, come novellato dall'art. 71 d.lgs. n. 150/2022, che fissa in quarantacinque giorni l'anno la durata massima complessiva delle licenze. Cfr. E. DOLCINI, *Dalla Riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, in *Sistema Penale*, 30 agosto 2022.

⁵⁵ V. ancora E. DOLCINI, *op. cit.* In particolare, l'Autore specifica che "Tra gli aspetti comuni alla pena principale del giudice di pace e alla nuova pena sostitutiva vanno segnalati il massimo di ore giornaliero - otto - da dedicarsi alla prestazione di lavoro, nonché il valore di un giorno di pena attribuito alla prestazione di due ore di lavoro. Per altri versi la disciplina dettata dal d.lgs. n. 274/2000 è apparsa invece incompatibile con il nuovo ruolo della pena-lavoro. In questo senso ha pesato soprattutto la diversa durata delle due pene: per la pena principale del giudice di pace la durata massima è di sei mesi (art. 52, co. 2 d.lgs. n. 274/2000), per la pena sostitutiva è di tre anni", 9.

Il lavoro di pubblica utilità sostitutivo incarna al meglio le istanze di rieducazione a cui è improntata la Riforma Cartabia in tema di pene sostitutive, rappresentando la perfetta sintesi tra il percorso rieducativo del condannato e il suo nuovo ingresso nella collettività⁵⁶.

Più nel dettaglio, il lavoro di pubblica utilità si configura quale prestazione di attività non retribuita in favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le Regioni, le Province, le Città metropolitane, i Comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato, tendenzialmente svolta nell'ambito della regione in cui ha residenza il condannato. Ai sensi dell'art. 56 bis, comma 2 della l. n. 689/1981, come novellato dal d.lgs. n. 150/2022, la durata della citata pena sostitutiva deve corrispondere a quella della pena detentiva sostituita, prevedendo altresì una prestazione non inferiore a sei ore e non superiori quindici ore di lavoro settimanali, fatta salva la possibilità da parte del condannato di richiedere l'ammissione ad un tempo maggiore. In ogni caso, rimane fermo il limite giornaliero di otto lavorative e, ai fini del computo della pena, la normativa in esame stabilisce che un giorno di lavoro di pubblica utilità corrisponde alla prestazione di due ore lavorative.

Gli elementi positivi di tale pena sostitutiva risiedono in molteplici conseguenze: in primo luogo, il lavoro di pubblica utilità sostitutiva risulta completamente spurio dalla componente detentiva, nonostante la dimensione intrinsecamente afflittiva derivante dall'imposizione di una prestazione lavorativa che limita la libertà personale del condannato, tenuto a subire un condizionamento nelle libere scelte di impiego⁵⁷; in secondo luogo, si atteggia a "pena prescrittiva"⁵⁸, causando l'estinzione di ogni effetto penale al termine dell'espiazione⁵⁹; in terzo luogo, vige la possibilità per il reo di ottenere la revoca della confisca, laddove la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità sia stata disposta nell'ambito di riti speciali del patteggiamento e del decreto penale di condanna⁶⁰; infine, al condannato viene garantita la sospensione dell'esecuzione, per un totale di quarantacinque giorni l'anno, laddove ricorrano giustificati motivi afferenti alle sopra richiamate esigenze di vita del singolo.

3.4. La pena pecuniaria sostitutiva.

L'art. 56 quater l. n. 689/1981, come riformato dal d.lgs. n. 150/2022, disciplina invece la pena pecuniaria sostitutiva, rispetto alla quale sono state

⁵⁶ T.T. CICIRELLO, *La riforma delle sanzioni sostitutive e le potenzialità attuabili del lavoro di pubblica utilità*, in *Legislazione penale*, settembre 2022, 9.

⁵⁷ T.T. CICIRELLO, cit., 10.

⁵⁸ Così testualmente T.T. CICIRELLO, cit., 9.

⁵⁹ D. CASTRONUOVO - M. DONINI - E.M. MANCUSO - G. VARRASO, *op. cit.*

⁶⁰ E. DOLCINI, *Dalla Riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, in *Sistema Penale*, 30 agosto 2022

introdotte significative modifiche con lo scopo ultimo di recuperare l'effettività di tale pena e di renderla una risposta valida e credibile al fatto di reato, superando così la prospettiva carcerocentrica⁶¹.

La Riforma ha inciso su due versanti: sulla rideterminazione del tasso e sull'ampliamento del raggio applicativo⁶².

Con riguardo al primo aspetto, è stato espressamente previsto che per determinare l'ammontare della pena sostitutiva il giudice individua il valore giornaliero al quale può essere assoggettato l'imputato e lo moltiplica per i giorni di pena detentiva. Inoltre, si specifica che il valore giornaliero non può essere inferiore a cinque euro e superiore a duemilacinquecento euro, dovendosi commisurare alla luce delle condizioni economiche, patrimoniali e di vita del condannato e del suo nucleo familiare. L'intento legislativo è chiaro in tal senso: da un lato, si vuole evitare che possibili imputati siano esclusi dall'applicazione della pena pecuniaria sostitutiva in ragione della propria disponibilità reddituale; dall'altro lato, si realizza una proiezione concreta del principio di uguaglianza sostanziale invocato all'art. 3 della Carta costituzionale, nonché dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, corollari del più ampio principio di legalità di cui all'art. 25 della Costituzione⁶³.

Con riguardo al secondo versante, invece, la Riforma Cartabia opera raddoppiando il limite di pena detentiva sostituibile fino ad un anno, anche in sede di decreto penale di condanna.

L'ultimo comma dell'art. 56 *quater*, l. n. 689/1981 stabilisce l'applicazione dell'art. 133 *ter* c.p. alla sostituzione della pena detentiva della pena pecuniaria, introducendo la possibilità di rateizzazione di quest'ultima.

Come evidenziato dalla dottrina, la pena pecuniaria sostitutiva si atteggia a "pena prescrittiva": invero, ai sensi di quanto stabilito al novellato articolo 71, l. n. 689/1981, l'applicazione di tale pena sostitutiva prescinde dal consenso del condannato; tuttavia, viene espressamente disposto che il mancato pagamento della pena pecuniaria sostitutiva entro il termine di cui all'art. 660 c.p.p., comporta la conversione della predetta pena sostitutiva nella semilibertà sostitutiva o nella detenzione domiciliare sostitutiva. L'interprete, pertanto, ai sensi del novellato art. 58, l. n. 689/1981, può scegliere discrezionalmente se convertire la ineseguita sanzione pecuniaria sostitutiva nella semilibertà sostitutiva oppure nella detenzione domiciliare sostitutiva. Tale aspetto assimila la pena pecuniaria sostitutiva ad un "modello di pena-prestazione"⁶⁴, richiedente una effettiva collaborazione del condannato al fine di evitare la compressione della propria libertà personale. Tuttavia, la Riforma specifica che, se il mancato pagamento della pena sostitutiva è dovuto a insolvibilità del condannato, trova

⁶¹ D. PERRONE, cit., 1.

⁶² D. CASTRONUOVO - M. DONINI - E.M. MANCUSO - G. VARRASO, *op. cit.*

⁶³ Cfr. E. DOLCINI, *op. cit.* e D. CASTRONUOVO - M. DONINI - E.M. MANCUSO - G. VARRASO, *op. cit.*

⁶⁴ D. CASTRONUOVO - M. DONINI - E.M. MANCUSO - G. VARRASO, cit., 94.

operatività il comma 3 del novellato art. 71, l. 689/1981: in questo caso si prevede che la pena venga revocata e convertita nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo o, se il condannato si oppone, nella detenzione domiciliare sostitutiva. Tale regime è stato assimilato a quello previsto nel caso d'insolvibilità della pena pecuniaria principale, così da prevedere - nel caso di inadempimento incolpevole della pena pecuniaria sostitutiva - un trattamento di maggior favore rispetto all'ipotesi di inadempimento colpevole, parallelamente a quanto previsto per la mancata esecuzione della pena pecuniaria principale⁶⁵.

4. Il regime transitorio: l'art. 95 del d.lgs. n. 150/2022.

Gli importanti snodi sostanziali e processuali della Riforma Cartabia in tema di pene sostitutive delle pene detentive brevi hanno indotto il legislatore ad affrontare le tematiche scaturenti dalla successione di leggi nel tempo, introducendo, in ragione del principio del *favor rei*, apposite previsioni volte a garantire immediata applicazione della nuova normativa⁶⁶.

Sul punto, è intervenuto l'art. 95 d.lgs. n. 150/2022 che introduce il regime transitorio applicabile alle nuove pene sostitutive: l'articolo stabilisce che le modifiche alla richiamata disciplina, laddove più favorevoli, si applicano anche ai procedimenti penali pendenti dinanzi al giudice di primo grado ovvero al giudice d'appello al momento dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2022, riflettendo in tal senso la natura intertemporale di cui all'art. 2, comma 4 c.p.⁶⁷ Tale aspetto conferma le intenzioni del riformatore, incentrate non solo sulla volontà di rivitalizzazione di istituti desueti nella prassi giudiziari, ma soprattutto sulla volontà di dare concretezza alla logica rieducativa della pena, abbandonando l'idea di pena carceraria quale unica risposta sanzionatoria effettiva e censurando la privazione della libertà personale del singolo mediante l'esecuzione detentiva di crimini puniti con la reclusione inferiore a quattro anni⁶⁸.

Un ulteriore incentivo all'applicazione di pene sostitutive delle pene detentive brevi di cui all'art. 20 bis c.p. proviene dalla giurisprudenza di legittimità, la quale, con recente pronuncia del 30 ottobre 2023, soffermandosi in particolare sull'applicabilità delle nuove pene sostitutive nel secondo grado di giudizio, sancisce il principio di diritto secondo cui, ai sensi della disciplina transitoria contenuta nell'art. 95 d.lgs. 150/2022, perché il giudice di appello sia tenuto a pronunciarsi sull'applicabilità del nuovo art. 20 bis c.p., si rende necessaria da parte dell'imputato una richiesta in tal senso, la cui formulazione può essere presentata tanto con l'atto di appello ovvero con motivi nuovi ai sensi dell'art. 585, comma 4 c.p.p., quanto nel corso dell'u-

⁶⁵ D. PERRONE, cit., 17.

⁶⁶ A. DIDI, *Le disposizioni in materia di pene sostitutive delle pene detentive brevi*, in *Processo penale e giustizia*, 2023.

⁶⁷ D. CASTRONUOVO - M. DONINI - E.M. MANCUSO - G. VARRASO, cit., 114.

⁶⁸ A. DIDI, *op. cit.*

dienza di discussione. Specifica infatti il Supremo Consesso che, per quel che attiene la ritualità e la tempestività della richiesta di applicazione delle nuove pene sostitutive, l'interpretazione sopra evidenziata non è preclusa dal principio di cui all'art. 597, comma 5 c.p.p., secondo cui il giudice non ha il potere di applicare d'ufficio le pene sostitutive in assenza di specifica richiesta formulata con l'atto d'appello, non rientrando le pene sostitutive tra le ipotesi tassativamente indicate dalla succitata norma, dovendosi piuttosto coordinare detto principio con la disciplina transitoria, che dispone espressamente l'applicabilità delle nuove pene sostitutive, in quanto più favorevoli, ai giudizi d'appello in corso all'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2022, senza porre limitazioni attinenti alla fase, introduttiva o decisoria, del giudizio stesso⁶⁹. L'orientamento giurisprudenziale espresso dalla Corte Suprema di Cassazione, sebbene specificatamente rivolto allo svolgimento del giudizio nel grado di appello, riflette in termini più generali una prospettiva interpretativa il più possibile conforme al dettato normativo e alle intenzioni del legislatore, incentivando alla più ampia applicazione delle pene sostitutive nella prassi giudiziaria.

L'art. 95, comma 2 d.lgs. n. 150/2022, infine, disciplina anche le ipotesi di semidetenzione e libertà controllata già irrogate nei confronti del condannato con sentenza divenuta irrevocabile. Sul punto, trattandosi di successione modificativa di leggi penali nel tempo, si conferma il divieto di retroattività oltre il limite del giudicato, consentendo tuttavia al condannato alla semidetenzione, sempre in un'ottica di reinserimento sociale e in ossequio al principio del *favor rei*, di chiedere la conversione nella pena sostituiva della semilibertà⁷⁰.

5. Brevi osservazioni conclusive.

In conclusione, alla luce dei principali interventi normativi della Riforma Cartabia in tema di pene sostitutive delle pene detentive brevi, emerge il raggio d'azione che ha indirizzato l'operato del legislatore, le cui principali finalità risiedono, in generale, nel recupero di efficienza del processo e della giustizia penale⁷¹ e, in particolare, nella volontà di favorire un sistema penalistico maggiormente aperto alla differenziazione del trattamento sanzionatorio, tanto in ragione della finalità rieducativa della pena, quanto in funzione di una logica deflattiva delle carceri⁷². Gli esiti – positivi o negativi – della Riforma dipenderanno soprattutto dal potere discrezionale del giudice⁷³, il quale è oggi chiamato a scegliere, nei casi consentiti, l'applicazione della pena sostitutiva in luogo di una pena detentiva breve.

⁶⁹ Cass. pen., Sez. VI, n. 49319. del 30 ottobre 2023.

⁷⁰ D. CASTRINUOVO - M. DONINI - E.M. MANCUSO - G. VARRASO, cit., 114.

⁷¹ E. DOLCINI, *op. cit.*

⁷² A. GARGANI, *op. cit.*

⁷³ N. PISANI, *Le pene sostitutive*, in *Giurisprudenza italiana*, aprile 2023.

RINNOVATE SCANSIONI PROCEDURALI PER L'APPLICAZIONE DELLE PENE SOSTITUTIVE

Marco Cecchi*

Sommario: **1.** Introduzione - **2.** Il d.lgs. 19 marzo 2024, n. 31 *in parte qua* - **3.** Rimodulazioni operativo-funzionali *pre-sentencing* (art. 545-*bis* c.p.p.) - **4.** La sostituzione in appello (artt. 598-*bis* e 599-*bis* c.p.p.) - **5.** Efficacia temporale - **6.** Un doppio rilievo critico, in positivo e in negativo.

ABSTRACT

Il contributo analizza in chiave critica le modifiche integrativo-correttive apportate dal d.lgs. 31/2024 alla disciplina applicativa delle pene sostitutive delineata dalla riforma Cartabia (l. 134/2021 - d.lgs. 150/2022).

The paper analyses the integrative-corrective amendments made by Decree 31/2024 to the discipline (for the application) of substitute punishments outlined by the Cartabia reform - Law 134/2021, Decree 150/2022.

1. Introduzione.

La **scommessa** delle pene sostitutive è consentanea a un pensiero – il seguente: «l'unico modo per gestire nel futuro la penalità è ridurre il carcere»¹.

* Assegnista di ricerca in Filosofia del diritto.

¹ R. Bartoli, La gloriosa dissoluzione del mito populista “certezza della pena come certezza del carcere”, in www.sistemapenale.it, 22 aprile 2024, il quale poi, alla domanda «ciò significa che dobbiamo fare a meno del carcere?», risponde «ovviamente no. Impossibile fare a meno del carcere: il carcere deve restare ma soltanto come extrema ratio, come pena in astratto e in concreto per la criminalità grave violenta e soprattutto organizzata, mentre per quella medio bassa dobbiamo investire in alternative e soltanto se queste alternative falliscono in concreto si deve tornare al carcere. Insomma, ciò che si deve fare non è eliminare il carcere, ma ridurlo e collocarlo a chiusura di **un sistema che si basa sulle alternative**».

Su quest'idea², a ben vedere, si innestano in realtà tutti quei meccanismi che – a fronte della commissione di un crimine – tendono a **offrire una risposta “diversa” o “alternativa” rispetto al tradizionale meccanismo punitivo-carcerario**. In siffatto scenario, popolato da istituti quali il 131-*bis* c.p., il 162-*ter* c.p., il 168-*bis* c.p., dalle pene sostitutive per l'appunto e da altri dispositivi analoghi, il congegno più “differente” dall'ideologia carcerocentrica è la giustizia riparativa.

Ma non è questa l'occasione per soffermarsi sulla effettiva praticabilità di simili soluzioni a livello ordinamentale, né di pronosticare quale tragitto compirà la «macchina della dialettica punire/non punire»³ all'interno del nostro sistema di giustizia criminale.

Quel che intendiamo fare col presente scritto, infatti, è – assai più modestamente – fornire una lettura ricognitiva, e altresì critica, dell'interpolazione operata dal d.lgs. 31/2024 con riguardo alla procedura da seguire per sostituire la pena detentiva breve ($x \leq 4$ anni) con la semilibertà, la detenzione domiciliare o il lavoro di pubblica utilità.

Per afferrare appieno la portata delle novità processuali, tuttavia, non si può non avere contezza del contesto socio-storico-normativo in cui ci si trova. E allora, l'opportunità di questa brevissima introduzione sta proprio nell'evidenziare la **progressiva valorizzazione di schemi giurisdizionali diversificati di reazione statale al fatto-reato**. Nello specifico, interessa sottolineare l'esaltazione delle pene sostitutive da parte della riforma Cartabia, che ha fornito alle stesse «nuova linfa»⁴, rivitalizzandole dal loro stato di agonia⁵. Ed è esattamente entro questa cornice funzionale – di senso e di valori – che il decreto legislativo in commento si è inserito. Invero, muovendosi ai sensi dell'art. 1, co. 4 l. 134/2021, il d.lgs. 31/2024 ha previsto «disposizioni integrative e correttive» l'impianto esistente, sulla scorta e

² L'idea che sia ineluttabile ridurre il carcere è un pensiero che trova fondamento sia in **riflessioni teorico-sistematiche** (dirette *in primis* a valorizzare il superamento paradigmatico della funzione classica della sanzione, intesa come retribuzione più o meno rieducativa) sia in **considerazioni pratico materiali** (volte a sottolineare l'urgenza di escogitare soluzioni ulteriori per affrontare le cose così come stanno veramente, in termini di numeri reali e di risorse concretamente disponibili).

³ L'espressione è di M. DONINI, *Punire e non punire. Un pendolo storico divenuto sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 1331. Riferendosi al rito criminale come da ultimo modificato dalla riforma Cartabia, l'Autore sottolinea che «è tutto il meccanismo del procedimento, [dalle] indagini preliminari fino al giudizio di primo grado, che valorizza una **diversificazione individualizzata di strategie** che impegna sia l'accusa sia la difesa e che si riflette sul ruolo del giudice. Diritto penale e processo definiscono insieme il non punire» (1333).

⁴ E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, in www.sistemapenale.it, 30 agosto 2022.

⁵ All'incirca un trentennio fa, C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 537 definiva le pene sostitutive (riferendosi, nello specifico, alla semidetenzione e alla libertà controllata) delle «sanzioni agoniche di consunzione», soggette – dati statistici alla mano – a un «melanconico e inarrestabile declino».

«nel rispetto dei principi e criteri direttivi» ispiratori il d.lgs. 150/2022. Non avrebbe d'altronde potuto essere altrimenti, pena l'eccesso di delega.

Ciò che emerge, dunque, è una linea-guida chiara in materia. L'intento è quello di **deflazionare le pene detentive brevi**⁶, principalmente perché – a livello effettuale, e *tra gli altri motivi* – sono **inefficaci, desocializzanti** e per giunta **criminogene**. Di tale obiettivo perseguito ogni studioso e operatore del diritto deve essere consapevole: specialmente il giurista che pratica le aule giudiziarie; giacché ora occorre tener conto e rappresentare all'indagato/imputato, quanto prima nel corso del procedimento, la possibilità d'accesso alla pena sostitutiva in caso di eventuale condanna⁷.

⁶ Nella *Relazione illustrativa* del d.lgs. 150/2022, in www.sistemapenale.it, 20 ottobre 2022, 184 (v. altresì 203, 211, 214, 217, 280) si parla espressamente di «lotta alla pena detentiva breve».

⁷ Sulle pene sostitutive – tema di prevalente marca sostanziale – alla luce della riforma Cartabia, v. *ex multis* e con diversità di accenti: AA.VV., *Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma. Atti del IX Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale* – Roma, 19-20 novembre 2021, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 199 ss.; A. ABBAGNANO TRIONE, *Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalità nel sistema delle pene sostitutive*, in www.lalegislazionepenale.eu, 27 dicembre 2022; A. ABBAGNANO TRIONE, *Una semantica persuasiva nel disegno di revisione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi. Dalle parole ai fatti*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 238 ss.; F. ALVINO, *Pene sostitutive di pene detentive brevi*, in AA.VV., *La riforma del sistema penale. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. riforma Cartabia), in attuazione della legge delega 27 settembre 2021, n. 134*, (a cura di). A. Bassi - C. Parodi, Milano, 2022, 345 ss.; G. AMARELLI, *L'ampiamiento delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: luci e ombre*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 234 ss.; G. AMARELLI, *Riparazione e pene sostitutive. Il sistema penale al bivio tra retrotopia e risemantizzazione*, in *Proc. pen. giust.*, 2023, 76 ss.; R. BARTOLI, *Verso la riforma Cartabia: senza rivoluzioni, con qualche compromesso, ma con visione e respiro*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1167 ss.; A. BERNARDI, *Note sparse sulla disciplina della pena pecuniaria e delle altre sanzioni sostitutive nella riforma Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 18 maggio 2023; D. BIANCHI, *Le modifiche in materia di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi*, in AA.VV., *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, (a cura di) D. Castonuovo - M. Donini - E. M. Mancuso - G. Varraso, Milano, 2023, 83 ss.; G. BIONDI, *L'applicazione delle pene sostitutive di pene detentive brevi nella fase di cognizione del processo penale*, in *Sist. pen.*, 2024, 2, 93 ss.; M. BORTOLATO, *Percorsi alternativi alla pena detentiva nel giudizio di sorveglianza. I "liberi sospesi" e gli effetti della riforma Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 28 novembre 2023; P. BOTTARI, *La sostituzione delle pene detentive brevi in appello alla luce della disciplina transitoria della riforma Cartabia*, in *Cass. pen.*, 2023, 3732 ss.; O. CALAVITA, *La riforma delle sanzioni sostitutive: riflessioni processualistiche in attesa del decreto legislativo*, in www.lalegislazionepenale.eu, 13 febbraio 2022; G. CANZIO, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, in www.sistemapenale.it, 23 agosto 2021; M. CASSANO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2023*, Roma, 25 febbraio 2024, spec. 69-76; A. CAVALIERE, *Considerazioni "a prima lettura" su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, in questa *Rivista*, 27 settembre 2021; G. DE VERO, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: uno sguardo d'insieme*, in www.lalegislazionepenale.eu, 20 febbraio 2023; R. DE VITO, *Fuori dal carcere? La "riforma Cartabia", le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio*, in *Quest. giust.*, 2021, 4, 28 ss.; A. DELLA BELLA, *I primi dati ufficiali sulle nuove pene sostitutive delle pene detentive brevi: già oltre 1.400 in esecuzione*, in *Sist. pen.*, 2023, 12, 23 ss.; A. DIDI, *Le disposizioni in materia di pene sostitutive delle pene detentive brevi*, in *Proc. pen. giust.*, 2023 – spec. riforma Cartabia, 84 ss.; E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 2 settembre

Si tratta, se non (ancora) di un cambio di paradigma, perlomeno di un deciso cambio di passo e comunque di **un cambio di postura nell'esercizio dell'attività giurisdizionale**⁸.

Averne contezza è indispensabile allorché si affronta la partita processuale.

2. Il d.lgs. 19 marzo 2024, n. 31 in parte qua.

Calandoci nella *disamina procedurale* del decreto correttivo, in relazione alle pene sostitutive sono **tre le direttrici di fondo**.

2021; M. DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura delle discrezionalità*, in *Pol. dir.*, 2021, 4, 591 ss.; L. EUSEBI, *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 823 ss.; G. FIDELBO, *Una riforma coraggiosa rivolta a ridurre la centralità della pena detentiva carceraria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 679 ss.; P. GAETA, *Ragionando su alcuni ossimori della riforma delle pene sostitutive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 573 ss.; A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in www.legislazionepenale.eu, 20 gennaio 2022; G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in www.sistemapenale.it, 15 ottobre 2021; G. GRASSO, *Il nuovo sistema sanzionatorio dopo la riforma Cartabia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 685 ss.; F. GROSSO, *Riforma Cartabia: riflessioni preliminari in materia di pene sostitutive*, in www.giurisprudenzapenale.com, 2 maggio 2023; D. GUIDI, *La riforma delle "pene" sostitutive*, in www.laegislazionepenale.eu, 25 febbraio 2023; A. IUSO, *Le pene sostitutive delle pene detentive brevi: il nuovo art. 20-bis c.p. alla luce della riforma Cartabia*, in questa *Rivista*, 29 aprile 2024; E. N. LA ROCCA, *Il modello di riforma "Cartabia". Ragioni e prospettive della legge delega n. 134/2021*, in *Arch. pen.*, 2021, 3; S. LARIZZA, *Rieccole le sanzioni sostitutive delle pene detentive non più previ*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2022, 592 ss.; N. MADIA, *Note minime, con andamento rapsodico, sugli aspetti generali delle nuove pene sostitutive*, in questa *Rivista*, 5 luglio 2023; G. NICOLÒ, *Pene sostitutive: disallineamenti e ingerenze tra cognizione ed esecuzione*, in *Cass. pen.*, 2023, 4359 ss.; T. PADOVANI, *Riforma Cartabia, intervento sulle pene destinato a ottenere risultati modesti*, in *Guida dir.*, 2022, 41, 8 ss.; F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in www.sistemapenale.it, 8 settembre 2021; F. PALAZZO, *Uno sguardo d'insieme alla riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 11 ss.; M. PELISSERO, *Una riforma tra obiettivi ambiziosi e resistenze di sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 699 ss.; N. PISANI, *Le pene sostitutive*, in *Giur. it.*, 2023, 942 ss.; E. RANIERI, *Le nuove pene sostitutive: l'act loyal delle parti e il ruolo del giudice quali condizioni necessarie alla buona riuscita della riforma*, in *Proc. pen. giust.*, 2023, 1513 ss.; L. RISICATO, *La riforma delle pene sostitutive tra molti pregi e qualche asimmetria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 585 ss.; G. SPANGHER, *La riforma Cartabia nel labirinto della politica*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1155 ss.; T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La riforma delle sanzioni sostitutive e le potenzialità attuabili del lavoro di pubblica utilità*, in www.laegislazionepenale.eu, 21 settembre 2022; G. VARRASO, *Riforma Cartabia e pene sostitutive: la rottura "definitiva" della sequenza cognizione-esecuzione*, in www.giustiziansieme.it, 7 febbraio 2023.

⁸ La Prima Presidente della Suprema Corte, all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2024, ha sottolineato come le pene sostitutive - assieme alla giustizia riparativa - costituiscano «la parte della riforma introdotta dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 che probabilmente possiede maggior **carica valoriale** sul sistema penale dal punto di vista ideale e culturale» (M. CASSANO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2023*, Roma, 25 gennaio 2024, 69).

La *prima direttrice* è quella di rimarcare l'importanza della volontà consenziente dell'imputato ai fini della sostituzione. È necessario manifestare un consenso «in senso forte»⁹.

La *seconda direttrice* è quella di agevolare l'accesso alla pena sostituita del lavoro di pubblica utilità, a seguito di decreto penale di condanna.

La *terza direttrice* è quella di snellire l'iter applicativo per sostituire la pena detentiva breve, sia in primo che in secondo grado.

Avuto riguardo al primo profilo, cioè alla esplicita consensualità di chi sarà il destinatario del provvedimento giudiziale, l'art. 5 d.lgs. 31/2024 ha arricchito l'art. 58 l. 689/1981 di un nuovo comma – il terzo: «3. Le pene sostitutive della semilibertà, della detenzione domiciliare e del lavoro di pubblica utilità possono essere applicate **solo con il consenso dell'imputato, espresso personalmente o a mezzo di procuratore speciale**». La previsione è limpida e non pone particolari problemi interpretativi. O meglio, non dà adito a dubbi sull'*an*: il consenso serve, punto. Per applicare le pene sostitutive è imprescindibile il consenso. Gli interrogativi, piuttosto, sorgono sul *quando* e sul *quomodo*, ovvero sia sulle modalità e sui termini di manifestazione di tale consenso¹⁰.

Avuto riguardo alla seconda direttrice, cioè all'agevolata accessibilità al l.p.u. (art. 56-*bis* l. 689/1981) nell'ambito del rito monitorio, il risultato è stato ottenuto tramite l'aggiunta all'art. 459, co. 1-*ter* c.p.p. della particella «anche» prima della locuzione «senza formulare l'atto di opposizione». **L'ammissione, in sostituzione, al lavoro di pubblica utilità non presuppone più che ci si debba per forza opporre al decreto penale di condanna**: la richiesta può essere avanzata, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, entro 15

⁹ D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in www.sistemapenale.it, 21 febbraio 2022; R. PALAVERA, *Condizioni e fattori di promozione della pena prescrittiva*, in www.discrimen.it, 17 giugno 2021.

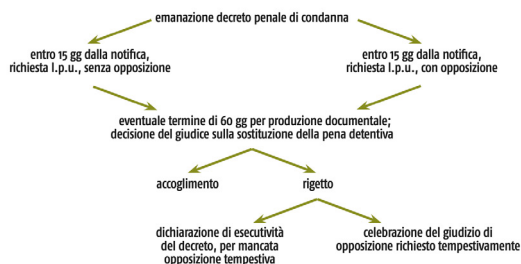
¹⁰ V. par. 6.

giorni dalla notificazione dell'atto¹¹. In tal modo si semplifica¹² e si velocizza¹³ la dinamica rituale, con l'attuazione di «un efficace e rapido coordinamento fra le norme che dispongono l'applicazione delle pene detentive, pecuniarie e sostitutive nell'ottica di un efficientamento del sistema sanzionatorio penale»¹⁴.

Avuto riguardo alla terza direttrice, cioè allo snellimento della procedura applicativa in sede di merito, l'aspetto saliente è che **il meccanismo di sentencing opera soltanto quando il giudice ritiene che non sia possibile decidere immediatamente**, o in un senso (positivamente: sì, si sostituisce) o nell'altro (negativamente: no, non si sostituisce). E qua si staglia una significativa differenza rispetto al recente passato. Ieri c'era in ogni caso un'interlocuzione tra il giudicante e le parti, dopo la pronuncia di condanna. Oggi **non vi è più l'obbligo di avvisare e di coinvolgere gli interessati a prescindere**:

¹¹ Con la presentazione dell'istanza, l'imputato può domandare un termine di 60gg per depositare la dichiarazione di disponibilità dell'ente o dell'associazione di cui all'art. 56-bis, co. 1 l. 689/1981 e il programma predisposto dallo UEPE. Una volta trascorso tale lasso temporale, il giudice che ha emesso il decreto penale di condanna può operare la sostituzione della pena detentiva con il lavoro di pubblica utilità. In difetto dei presupposti, la richiesta viene respinta e, se non è stata proposta - *congiuntamente o successivamente* - tempestiva opposizione, il provvedimento viene dichiarato esecutivo.

Lavori di pubblica utilità e giudizio di opposizione a decreto penale di condanna
(art. 460 c.p.p.)



Lo schema è tratto da AA.VV., *Il decreto correttivo alla Riforma penale Cartabia*, (a cura di) G. Spangher, Milano, 2024, 37.

¹² Evidenzia la semplificazione nell'attuazione dell'istituto la *Relazione illustrativa* del d.lgs. 31/2024, in www.sistemapenale.it, 16 gennaio 2024, 29.

¹³ È evidente la velocizzazione, comunque non disgiunta dall'effettività dell'agire repressivo-statale, che si ottiene eliminando l'onere di opporsi al decreto penale per ottenere la sostituzione della detenzione breve in l.p.u. L'imputato domanda subito al g.i.p. l'applicazione del lavoro di pubblica utilità, tutt'al più ritardando la procedura di 60gg per produrre i documenti utili allo scopo. Non si avvia il giudizio di opposizione - con risparmio degli oneri logistico-burocratici a esso correlati - e il giudice, se ritiene esistenti i presupposti, può direttamente sostituire la pena detentiva. In caso di valutazione negativa, al contrario, il provvedimento monitorio diventa esecutivo: *sempreché la difesa non abbia proposto, «congiuntamente o successivamente [all'istanza sostitutiva promossa], tempestiva opposizione».*

¹⁴ *Relazione tecnica* del d.lgs. 31/2024, in www.sistemapenale.it, 16 gennaio 2024, 4.

la dialettica sulla sostituzione è solamente eventuale¹⁵. Il giudice verifica *motu proprio* se ci sono i presupposti per apprezzare la sostituibilità della pena detentiva breve. Se la valutazione è praticabile e non servono controlli o accertamenti ulteriori, indipendentemente dell'esito positivo o negativo della stessa, il contraddittorio non si attiva. Con riferimento a questo passaggio, mentre la giurisprudenza di legittimità ha salutato con favore «il ridimensionamento del meccanismo di *sentencing* nel processo di cognizione»¹⁶, in dottrina è stato paventato il rischio che «il giudice, per risparmiare sui suoi tempi, effettui un vaglio implicito negativo; con la conseguente riduzione sensibile del tasso di applicazione della pena sostitutiva in primo grado e (magari) il recupero in grado di appello. Con buona pace dell'efficienza complessiva del sistema»¹⁷.

Passiamo adesso a riepilogare nel dettaglio le modifiche di stampo processualistico che sono state apportate.

3. Rimodulazioni operativo-funzionali pre-*sentencing* (art. 545-bis c.p.p.).

Il d.lgs. 31/2024 riscrive il comma 1 dell'art. 545-bis c.p.p.

In base alla rinnovata formulazione, abbiamo che il giudice di prime cure **decide direttamente, subito dopo la condanna**, se sia possibile sostituire la pena detentiva con la semilibertà o con la detenzione domiciliare oppure con il lavoro di pubblica utilità o, ancora, con la pena pecuniaria corrispondente¹⁸.

Il giudicante che ha vissuto personalmente il contraddittorio tra le parti e che, perciò, ha modulato *causa cognita* la sanzione irrogata all'imputato¹⁹, consequenzialmente alla decisione di colpevolezza, può **immediatamente** operare la sostituzione... **se ritiene ne ricorrano i presupposti**.

La procedura è resa più agile, similmente a quanto accade per la sostituzione in l.p.u. della pena detentiva irrogata col decreto penale di condanna senza necessità di aprire il giudizio di opposizione, ai sensi del riformato art. 459, co. 1-ter c.p.p. Stavolta, però, **la scelta sulla sostituibilità è rimessa preliminarmente in capo all'autorità giudiziale** e non al condannato. In pro-

¹⁵ F. FIORENTIN, *Consenso imputato, gioie e dolori bypassando la fase di sentencing*, in *Guida dir.*, 2024, 13, 105 rileva una «decisa contrazione» della fase di *sentencing*, che resta «circostrita a un ambito tendenzialmente residuale».

¹⁶ UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO, *Relazione (n. 15/2024) su novità normativa. Decreto legislativo 19 marzo 2024*, n. 31, Roma, 16 aprile 2024, 36.

¹⁷ M. GIALUZ, *Osservazioni sui correttivi alla riforma Cartabia tra rettifiche condivisibili, qualche occasione perduta e alcune sbavature*, in www.sistemapenale.it, 29 gennaio 2024.

¹⁸ Il discorso sulle sostitutive non si apre, ovviamente, se viene applicata la **sospensione condizionale della pena**.

¹⁹ Su questo aspetto, a riforma Cartabia invariata, v. G.L. GATTA, *Il giudice di cognizione torna ad essere giudice della pena: una prima condanna alla detenzione domiciliare sostitutiva*, in *Sist. pen.*, 2023, 1, 71 ss. e B. CASSIANI, *Pene sostitutive e discrezionalità del giudice al banco di prova della prassi: una prima pronuncia della Cassazione*, in www.sistemapenale.it, 28 febbraio 2024.

posito, «anche nell'ottica deflativa dei tempi processuali»²⁰, relativamente al consenso – reso *indispensabile* dal novellato art. 58 l. 689/1981 – può immaginarsi che lo stesso potrà essere persino ricercato tra le carte presenti nel fascicolo, laddove non previamente ribadito in sede di discussione, “per tuziorismo”, dalla difesa.

Viceversa, se il giudice non riscontra la sussistenza dei requisiti applicativi del congegno sostitutivo, si aprono due possibilità.

La prima possibilità, si è già accennata, è quella di un **vaglio implicito negativo**: vale a dire che viene confermato il dispositivo così com'è, dato che mancano i presupposti per sostituire la pena detentiva; e tale carenza è, *iudex dicit*, irrimediabile.

La seconda possibilità, invece, si schiude quando il giudicante stima **integrabile l'asset probatorio, ai fini della decisione**. In tale ipotesi, l'assenza dei presupposti per sostituire la pena detentiva può essere risolta o acquisendo – se assente; se da aggiornare – il **consenso** dell'imputato **o/e** svolgendo ulteriori **accertamenti istruttori**. Per recuperare gli elementi utili a decidere, si attiva finalmente il “vecchio” **meccanismo di sentencing**²¹.

Pertanto, schematizzando:

opzione integrativa n. 1 = lettura del dispositivo di condanna a pena sostituibile a coinvolgimento delle parti, per l'acquisizione del consenso a decisione, con conferma o integrazione del dispositivo.

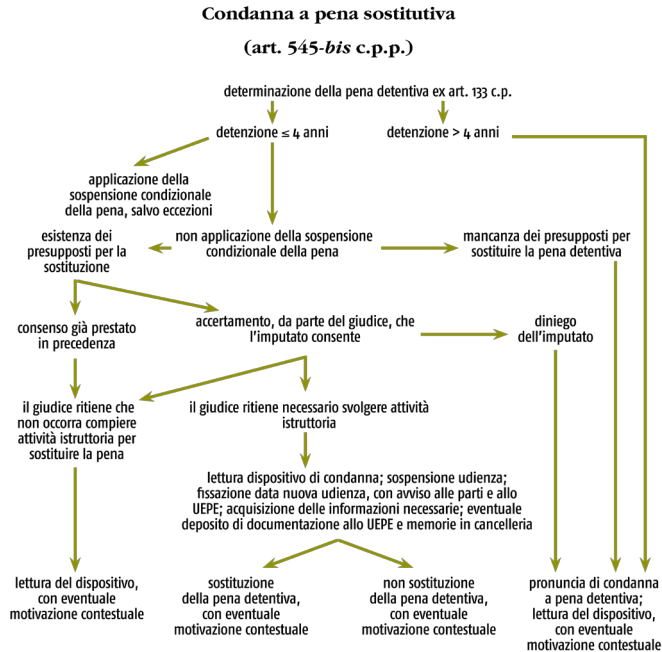
opzione integrativa n. 2 = lettura del dispositivo di condanna a pena sostituibile a coinvolgimento delle parti, per lo svolgimento di attività istruttoria a fissazione di apposita udienza, da celebrare entro 60gg a sospensione del processo e, nel frattempo, recupero – dallo UEPE e, se del caso, dalla p.g. – i) di tutte le informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita, personali, familiari, sociali, economiche e patrimoniali dell'imputato, ii) del programma di trattamento della semilibertà, della detenzione domiciliare e del lavoro di pubblica utilità con la relativa disponibilità dell'ente, iii) della certificazione di disturbo da uso di sostanza o di alcol ovvero da gioco d'azzardo e del programma terapeutico, che il condannato abbia in corso o a cui intenda sottoporsi, iv) della documentazione di parte consegnata allo UEPE e v) delle memorie depositate in cancelleria a decisione, con conferma o integrazione del dispositivo²².

L'**impegno** che i giudici di primo grado profonderanno nel **valutare la reale praticabilità della sostituzione** determinerà la riuscita dell'istituto ricambiato. Evidentemente, il vaglio giudiziale officioso sarà tanto più efficace quanto più si atterrà ai principi del **favor rei** e del **favor libertatis**, qui tramutati nelle vesti del **favor substitutionis**.

²⁰ UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO, *Relazione* (n. 15/2024), cit., 37.

²¹ *V. Relazione illustrativa del d.lgs. 31/2024*, cit., 35.

²² Lo schema è tratto da AA.Vv., *Il decreto correttivo alla Riforma penale Cartabia*, cit., 37.



4. La sostituzione in appello (artt. 598-bis e 599-bis c.p.p.).

Per quanto attiene al giudizio di appello, il d.lgs. 31/2024 «coordina»²³ la normativa introducendo i commi 1-bis, 4-bis e 4-ter all'art. 598-bis c.p.p. e interpolando il comma 1 dell'art. 599-bis c.p.p.

Anzitutto, viene nel complesso mantenuto fermo il principio affermato dalle **Sezioni unite Punzo**²⁴, in forza del quale **il giudice di seconde cure non può applicare d'ufficio le pene sostitutive** delle pene detentive brevi, se non risulta formulata alcuna specifica e motivata richiesta in tal senso. Si ribadisce, insomma, la centralità del consenso: in piena coerenza col nuovo comma 3 dell'art. 58 l. 689/1981.

²³ V. *Relazione illustrativa* del d.lgs. 31/2024, cit., 37-38.

²⁴ Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, n. 12872, Punzo, in CED Cass. n. 269125-01 e in www.penale-contemporaneo.it, con nota di E. ANDOLFATTO, *Per le Sezioni unite le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi sono applicabili nel giudizio d'appello solo se esplicitamente invocate nell'atto di impugnazione*, 5 aprile 2017. Invero, l'esercizio del potere officioso è circoscritto alle ipotesi tassativamente indicate dall'art. 597, co. 5 c.p.p. (che costituisce un'eccezione alla regola generale del principio devolutivo di cui al comma 1 dell'art. 597 c.p.p. e che, in rapporto alle pene sostitutive, rappresenta un indubbio, invalicabile limite alla discrezionalità decisoria ex art. 58 l. 689/1981).

Nell'assetto riformato si aprono poi **tre strade**, per addivenire all'applicazione della pena sostituita.

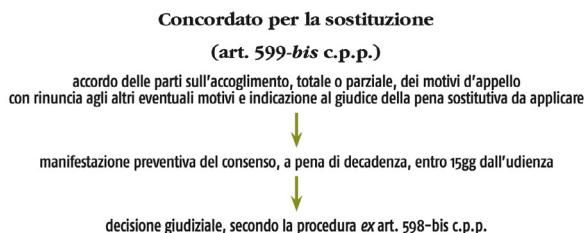
La prima strada è quella del concordato. Le parti possono dichiarare di **concordare** sull'accoglimento, in tutto o in parte, dei motivi di appello, con rinuncia agli altri eventuali motivi, indicando al giudice – *ove la rideterminazione sia fattibile* – **anche la pena sostitutiva** sulla quale sono d'accordo. L'istanza «deve essere necessariamente accompagnata dal preventivo **espreso consenso dell'interessato**», da comunicare – a pena di decadenza – nel termine di **15gg prima dell'udienza**²⁵. Lo sviluppo procedurale, per il resto, è quello delineato dall'art. 598-*bis* c.p.p.²⁶.

Le altre due strade percorribili sono 1) quella di una richiesta sostitutiva avanzata con l'atto di impugnazione e 2) quella dell'applicazione della pena sostituita all'esito del giudizio di appello, conclusosi con una condanna papabile di sostituzione.

(1) Partiamo dalla **richiesta sostitutiva avanzata con l'atto di impugnazione**. Nell'istanza impugnatoria deve essere espresso il consenso, il quale tuttavia può essere esplicitato anche nei motivi nuovi e nelle memorie presentabili **fino a 15gg prima dell'udienza**, *in caso di udienza non partecipata* (art. 598-*bis*, co. 1-*bis* c.p.p.). *Nei casi di udienza partecipata*²⁷, il consenso alla sostituzione può essere espresso «**sino alla data dell'udienza**» (art. 598-*bis*, co. 4-*bis* c.p.p.): proposizione, quest'ultima, non del tutto felice giacché non chiarisce definitivamente se il consenso possa, o meno, essere reso noto anche in udienza²⁸ – visto che quel “sino alla data dell'udienza” è interpretabile come limite temporale che **non vale a escludere la celebrazione dell'u-**

²⁵ V. *Relazione illustrativa* del d.lgs. 31/2024, cit., 38.

²⁶



Lo schema è tratto da AA.VV., *Il decreto correttivo alla Riforma penale Cartabia*, cit., 38.

²⁷ Le ipotesi sono quelle di cui all'art. 598-*bis*, co. 2, 3 e 4 c.p.p. – i) su richiesta delle parti; ii) per la rilevanza delle questioni da trattare; iii) quando la Corte ritiene necessario procedere alla rinnovazione istruttoria ex art. 603 c.p.p.

²⁸ Si registra un conflitto giurisprudenziale di legittimità circa la possibilità di avanzare la richiesta di accesso alle pene sostitutive nel corso dell'udienza di discussione in appello. A favore, per favorire una più ampia applicazione della sostituzione: Cass., Sez. II, 1° marzo 2024, n. 12991, in *CED Cass.*, n. 286017-01; Cass., Sez. IV, 21 gennaio 2024, n. 4934, *ivi*, n. 285751-01; Cass., Sez. VI, 21 novembre 2023, n. 3992, *ivi*, n. 285902-01; Cass., Sez. VI, 30 ottobre 2023, n. 40319, inedita; Cass., Sez. VI, 29 settembre 2023, n. 46872, *ivi*, n. 285564-01; Cass., Sez. VI, 10 maggio 2023, n. 33027, *ivi*, n. 285090-01. A sfavore: Cass., Sez. VI, 27 settembre 2023, n. 41313, *ivi*, n. 285708-01.

dienza stessa... vieppiù considerato che in primo grado non è affatto escluso, anzi è addirittura auspicato che la difesa manifesti o ribadisca la propria volontà consenziente alla **sostituzione** in udienza, prima della decisione²⁹. È facile prevedere, allora, che la problematica si riverbererà ancora nella prassi.

Dopodiché, acquisito il consenso, la Corte apprezza se esistono i presupposti per sostituire la pena detentiva. **Se «non è possibile decidere immediatamente»**, ha luogo il **meccanismo di sentencing** suesposto: sospensione del processo a coinvolgimento delle parti, per lo svolgimento di attività istruttoria a fissazione di apposita udienza, da celebrare – essendo in appello: di regola, senza la partecipazione delle parti – entro 60gg a sospensione del processo e, nel frattempo, recupero – dallo UEPE e, se del caso, dalla p.g. – i) di tutte le informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita, personali, familiari, sociali, economiche e patrimoniali dell'imputato, ii) del programma di trattamento della semilibertà, della detenzione domiciliare e del lavoro di pubblica utilità con la relativa disponibilità dell'ente, iii) della certificazione di disturbo da uso di sostanza o di alcol ovvero da gioco d'azzardo e del programma terapeutico, che il condannato abbia in corso o a cui intenda sottoporsi, iv) della documentazione di parte consegnata allo UEPE e v) delle memorie depositate in cancelleria a *decisum*.

(2) L'altra via è **l'applicazione della pena sostituita all'esito del giudizio di appello, conclusosi con una condanna papabile di sostituzione**. In questo caso, l'eventualità sostitutiva si schiude solamente con la pronuncia di secondo grado, che irroga una sanzione detentiva breve.

Ebbene, quando – *per effetto della decisione sull'impugnazione* – è applicata una pena detentiva non superiore a quattro anni, si prospettano tre scenari (art. 598-*bis*, co. 4-*ter* c.p.p.):

la Corte, se ritiene che ne ricorrano i presupposti, **sostituisce la pena detentiva** e integra il dispositivo;

se occorre **acquisire il consenso**, viene depositato il dispositivo e all'imputato sono perentoriamente **assegnati 15gg** per riferire la propria intenzione; quindi viene fissata un'**udienza** da tenersi, senza la partecipazione delle parti, entro i **30gg successivi**; frattanto il processo è sospeso: e, alla sua ripresa, segue la decisione;

«quando, pur essendo acquisito il consenso, **non è possibile decidere immediatamente**, si applicano le disposizioni di cui al comma 1-*bis* [dell'art. 598-*bis* c.p.p.], terzo e quarto periodo»; l'itinerario è quindi quello del **sentencing ex art. 545-*bis* c.p.p.** «in quanto applicabil[e]»: sospensione del processo a coinvolgimento delle parti, per lo svolgimento di attività istruttoria a fissazione di apposita udienza, da celebrare – essendo in appello: di regola, senza la partecipazione delle parti – entro 60gg a sospensione del processo e, nel frattempo, recupero – dallo UEPE e, se del caso, dalla p.g. – i) di tutte le informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita, personali, familiari,

²⁹ Cfr. UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO, *Relazione* (n. 15/2024), cit., 38.

sociali, economiche e patrimoniali dell'imputato, ii) del programma di trattamento della semilibertà, della detenzione domiciliare e del lavoro di pubblica utilità con la relativa disponibilità dell'ente, iii) della certificazione di disturbo da uso di sostanza o di alcol ovvero da gioco d'azzardo e del programma terapeutico, che il condannato abbia in corso o a cui intenda sottoporsi, iv) della documentazione di parte consegnata allo UEPE e v) delle memorie depositate in cancelleria à *decisum*.

A uno sguardo d'insieme, rispetto al giudizio di primo grado, il riformatore è stato un po' più – sebbene non impeccabilmente – preciso nel definire i termini e le scansioni procedurali per la sostituzione della pena detentiva in appello³⁰.

5. Efficacia temporale.

Tutte le modifiche finora esposte sono entrate in vigore il 4 aprile 2024, ovverosia trascorsi gli ordinari 15gg dalla pubblicazione dell'atto normativo in Gazzetta Ufficiale. Non ci sono, invero, ragioni ostative all'operare del principio *tempus regit actum*.

Al contrario, sottostà al principio di irretroattività ex art. 2 c.p. la modifica in punto di responsabilità penale e di **revoca della pena sostitutiva**, ai sensi del novellato art. 72 l. 689/1981³¹. La revoca del provvedimento sostitutorio ante-esecuzione, **in conseguenza di condanna a pena detentiva per delitto non colposo**, riportata dopo la sostituzione ma precedentemente alla fase esecutiva, «costituisce all'evidenza norma di sfavore»³²: si applica, perciò, ai **fatti-reato commessi dopo il 4 aprile 2024**.

6. Un doppio rilievo critico, in positivo e in negativo.

Al termine di questo riepilogo dei correttivi apportati dal d.lgs. 31/2024 alle pene sostitutive, ci sia consentito un doppio rilievo critico – in positivo e in negativo.

³⁰ P. TONINI – C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Milano, in corso di lavorazione/pubblicazione (2024), parte V, cap. I, par. 5.

³¹ All'art. 72 l. 689/1981, dopo le parole «per un delitto non colposo commesso» sono state inserite le parole «dopo l'applicazione ovvero»; sicché «la condanna a pena detentiva per un delitto non colposo commesso dopo l'applicazione ovvero durante l'esecuzione di una pena sostitutiva, diversa dalla pena pecuniaria, ne determina la revoca e la conversione per la parte residua nella pena detentiva sostituita, quando la condotta tenuta appare incompatibile con la prosecuzione della pena sostitutiva, tenuto conto dei criteri di cui all'articolo 58». Sulla maggiore apertura della 'finestra giurisdizionale' che s'affaccia sulla pena sostitutiva, ora spalancabile sin da «dopo l'applicazione» e non unicamente «durante l'esecuzione», il decreto correttivo-integrativo avrebbe potuto conferire al giudicante una discrezionalità di controllo, valutativo-decisoria, maggiore: sommando al riscontro notarile che esiste una «condanna a pena detentiva per un delitto non colposo» l'apprezzamento di altri aspetti, come ad esempio «altri fatti sintomatici una pericolosità sociale del reo» tali da rendere incompatibile la pena sostitutiva applicatagli e non altrimenti fronteggiabili che con la revoca della misura (così in AA.Vv., *Il decreto correttivo alla Riforma penale Cartabia*, cit., 36).

³² Ci conforta, in ciò, l'UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO, *Relazione* (n. 15/2024), cit., 32.

In positivo, è stata sciolta la diatriba sulla **“qualità” del consenso**: deve trattarsi di un consenso forte, *expressis verbis* manifestato personalmente o tramite il difensore munito di procura speciale. Per disporre la sostituzione della pena detentiva breve in semilibertà, detenzione domiciliare o lavoro di pubblica utilità è imprescindibile la *vox clara* e logicamente favorevole dell'imputato. Il consenso è, oramai indubbiamente, il **primo mobile delle pene sostitutive**; e ciò forse comporterà lo spegnersi delle dispute interpretativo-argomentative sulla sostituibilità officiosa in sede di patteggiamento³³, laddove manchi una esplicitata volontà concorde al riguardo³⁴.

In negativo, sempre in relazione al profilo del consenso, residuano una contraddizione e un'incertezza. È **contraddittorio**, nel giudizio di primo grado, che da un lato si valorizzi il profilo della consensualità e, dall'altro lato, si tolga al contempo **protagonismo** all'imputato che ne è portatore, relegando il meccanismo partecipato di *sentencing* a fase meramente eventuale³⁵. È poi **incerto**, o meglio: continua a restare incerto, *sia in prime che in seconde cure*, se il consenso possa essere prestato **anche all'interno dell'udienza che si va celebrando**, oppure no; il d.lgs. 31/2024 non è stato risolutorio sul punto.

Infine, per concludere con una considerazione sistematica, ci sembra opportuno ribadire che – **oltre alle «numerose incognite»**³⁶ che pesano e che peseranno sul funzionamento quotidiano delle pene sostitutive (es. risorse effettivamente disponibili; linearità del dialogo tra istituzioni coinvolte; approccio proattivo dell'imputato; suggerimenti strategici del difensore; *forma mentis* del giudice in merito a questa tipologia sanzionatoria³⁷; ecc.) – non pochi sono gli aspetti da rimeditare e da riordinare in materia. Tra questi

³³ Sulla tematica, v. D. ALBANESE, *Sostituzione officiosa della pena detentiva breve “patteggiata”: la Cassazione prende posizione, ma non dissipa i dubbi*, in *Sist. pen.*, 2023, 10, 157 ss.; volendo, M. CECCHI, *Patteggiamento: poteri del giudice in relazione alle sanzioni sostitutive*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 254 ss.; P. CORVI, *I poteri del giudice di appello in materia di sostituzione delle pene detentive brevi*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 822; F. LAZZARINI, *L'applicazione delle pene sostitutive nel patteggiamento tra iniziativa delle parti e poteri del giudice*, in www.sistemapenale.it, 14 settembre 2023.

³⁴ *Pro* D. ALBANESE, *Sostituzione officiosa della pena detentiva breve “patteggiata”*, cit., 158-162. *Contra* e, post-riforma Cartabia, sicuramente da condividere (con superamento dell'impostazione che si è sostenuta, vigente un differente quadro legislativo, in M. CECCHI, *Patteggiamento: poteri del giudice in relazione alle sanzioni sostitutive*, cit.) F. LAZZARINI, *L'applicazione delle pene sostitutive nel patteggiamento*, cit.

³⁵ Peraltro, si presenta «il problema pratico di non poco momento del termine entro il quale (e del modo) in cui dovrà essere espresso il consenso: una questione “tutta processuale” che, in assenza di una specifica indicazione normativa, troverà risposta nella “futura prassi”. Alla possibilità di esprimerlo nelle conclusioni in dibattimento, si è però già opposto il rilievo che questa soluzione “sembra stridere con il diritto di difesa, perché si costringe l'avvocato ad anticipare nella fase di discussione sulla responsabilità una volontà che attiene alla tipologia di pena”» (UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO, *Relazione* (n. 15/2024), cit., 38, richiamando – nei passi virgolettati [...] – M. GIALUZ, *Osservazioni sui correttivi alla riforma Cartabia*, cit.).

³⁶ G. NICOLÒ, *Pene sostitutive*, cit., 4375 (sull'affidamento in prova, v. in part. nt. 53).

³⁷ Cfr. E. RANIERI, *Le nuove pene sostitutive: l'act loyal delle parti e il ruolo del giudice*, cit., 1520-1525.

spicca il **rapporto esistente tra pena sostituita e altri istituti**: in specie, con la sospensione condizionale (art. 163 c.p.) e – soprattutto – con l'**affidamento in prova ex art. 47 l. 354/1975** (misura alternativa della quale, 'a dirla tutta', ci si potrebbe/dovrebbe spingere persino a reconsiderarne la natura: sì da proporla come pena sostitutiva; convincimento, quest'ultimo, da anni diffuso e portato avanti dall'avvocatura, con la condivisione di gran parte della dottrina).

In definitiva, possiamo dire che i **nodi irrisolti** (per esemplificare ancora, v. fallimento/crisi della pena pecuniaria sostitutiva) continuano a essere ben di più dei nodi che sono stati appianati o sciolti.

LA CIRCOLAZIONE TRANSFRONTALIERA DELLE PROVE ELETTRONICHE*

Gabriella Di Paolo**

Sommario: 1. Premesse definitorie. – 2. Archetipi tradizionali. – 3. ... e il superamento della cooperazione giudiziaria orizzontale. – 4. Sfide future.

1. Premesse definitorie.

Com'è noto, per effetto dei mutamenti sociali indotti dall'avvento delle nuove tecnologie, le indagini digitali hanno ormai assunto un ruolo primario nella repressione di qualunque tipo di reato. La maggior parte delle indagini penali comporta, infatti, il sequestro e la successiva analisi di *device* digitali (smartphone e computer portatili) e dei dati in essi contenuti¹. Inoltre, l'immaterialità dei dati e la diffusione globale delle reti informatiche e degli strumenti digitali implica sempre più spesso la necessità di operazioni investigative di carattere transnazionale, alla ricerca di dati ubicati al di fuori del territorio nazionale (ad esempio, in quanto conservati in *server* stranieri)².

Proprio in considerazione della vocazione transnazionale delle indagini digitali, il presente contributo si propone di tratteggiare i modelli di circolazione transfrontaliera di prove elettroniche che si sono sviluppati nel contesto dell'Unione europea, anche alla luce delle più recenti novità istituzionali e normative.

Premessa concettuale del quadro che si intende tracciare è una nozione ampia di "prova elettronica", da intendersi come *'ogni informazione generata, trasmessa, conservata o processata in forma elettronica - e quindi e che può essere utilizzata per provare un fatto nel processo penale'*: in altre parole, ogni dato generato, trasmesso, trattato o conservato da *computer* o altri dispositivi informatici/elettronici e codificato in codice binario. All'evidenza, una simile accezione è in grado di ricomprendere un'ampia gamma di dati, di natura assai composita. Vi restano

* Contributo tratto dalla relazione svolta nell'ambito del Convegno "Per uno statuto dei nuovi mezzi di ricerca della prova di fronte alla società digitale" tenutosi a Roma, il data 22 settembre 2023, aggiornato al marzo 2024.

** Prof. ordinario di diritto processuale penale - Università di Trento.

¹ G. DI PAOLO, voce *Prova informatica (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, vol. VI, Milano, 2013, 736 ss.

² Per un'accurata disamina delle trasformazioni morfologiche delle indagini penali a fronte delle nuove tecnologie, cfr. S. SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2918 3 ss.

inclusi, infatti, i *file* che conserviamo nei nostri *device* personali (ad esempio, *e-mail*, messaggistica, fotografie, *file* audio e video, ecc.), ma anche i dati conservati dai fornitori di servizi (*service providers*) (ad esempio, i dati relativi ai titolari di certi abbonamenti, i c.d. “dati di traffico” e anche i dati relativi al contenuto delle comunicazioni) nonché, infine, i dati “dinamici”, ossia i flussi informativi in transito nella rete o dei dispositivi, oggetto di captazione in tempo reale. E ciò indipendentemente dal fatto che essi siano protetti da crittografia e, quindi, non intellegibili³.

2. Archetipi ‘tradizionali’.

Sulla scorta della modellistica astratta elaborata dalla dottrina in materia di circolazione transnazionale di prove penali⁴, è possibile distinguere quattro diverse forme di acquisizione transfrontaliera di *e-evidence*. Le prime due emergono nel caso EncroChat⁵, una *data-driven investigation*⁶ divenuta oggetto di un intenso dibattito

³ Sul punto, cfr., volendo, G. DI PAOLO, *Admissibility of E-Evidence, Transnational E-Evidence and Fair-Trial rights in Italy*, in L. BACHMAIER WINTER – F. SALIMI (a cura di) *Admissibility of Evidence in EU Cross-Border Criminal Proceedings Electronic Evidence, Efficiency and Fair Trial Rights*, Hart Publishing, 2024, 75-87.

⁴ Cfr. S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in T. RAFARACI (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio tra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007, 708 ss.

⁵ L'operazione EncroChat, così come l'operazione Sky ECC di poco successiva, non sono state le prime indagini avente ad oggetti i c.d. “criptofonini” ma rappresentano senz'altro le più note in ambito europeo, se non altro perché in entrambi i casi server erano collocati in Francia e l'acquisizione massiva di dati ha toccato migliaia di cittadini europei. Il fenomeno dell'impiego dei “criptofonini” era infatti già emerso nelle operazioni concernenti i casi Ennetcom (del 2016, con server situati in Canada), PGP Safe (del 2017, con server situati in Costa Rica), IronChat (del 2018, con server situati in Olanda; cfr. <https://www.wired.it/internet/web/2018/11/12/olanda-polizia-messaggi-criptati/>) e ANoM (del 2018, che si distingueva dai casi precedenti in quanto l'app di comunicazione protetta da criptazione era stata fornita ai criminali dagli stessi agenti sotto copertura; cfr. <https://www.ilrifformista.it/che-cose-anom-lapp-utilizzata-dallfbi-nelloperazione-ironside-per-infiltrare-la-criminalita-organizzata-225036/>).

⁶ Per questa espressione, cfr. J.-J. OERLEMANS, S. ROYER, *The future of data-driven investigations in light of the Sky ECC operation*, in *New J. Eur. Crim. Law* 2023, 14, 434 ss.

in molti Paesi europei⁷, Italia compresa, come confermano le recenti pronunce della Corte di cassazione in materia di criptodati⁸.

⁷ Le operazioni EncroChat e Sky ECC hanno suscitato dubbi di legittimità, ad esempio, in Olanda, Norvegia e Germania. Per un quadro di sintesi degli approdi giurisprudenziali in tali Paesi, cfr. G. SAGITTAE, *On the lawfulness of the EncroChat and Sky ECC-operations*, in *New J. Eur. Crim. Law*, 2023, 14, 273 ss., spec. 279; v. anche J.J. OERLEMANS - S. ROYE, *op. cit.*

In Germania, la corte regionale di Berlino (*Staatsanwaltschaft Berlin*) ha anche sollevato un rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia (*Staatsanwaltschaft Berlin (EncroChat) v M.N.*, Causa C-670/22) ponendo varie questioni interpretative della direttiva 2014/41/EU con riferimento a un ordine di indagine penale emesso dalla Procura Generale di Francoforte (*Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main*) per chiedere alle autorità francesi l'autorizzazione a utilizzare senza restrizioni i dati di EncroChat in procedimenti penali. Alla base della richiesta della Procura tedesca sussisteva il sospetto che un gran numero di reati molto gravi (in particolare, l'importazione e il traffico di sostanze stupefacenti in grandi quantità) venisse commesso in Germania, da persone non ancora identificate, utilizzando i telefoni EncroChat. Il Tribunale penale di Lille autorizzava il trasferimento e l'utilizzo in sede giudiziaria dei dati EncroChat degli utenti tedeschi. Durante il processo, l'imputato (accusato appunto di traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti) sosteneva l'inutilizzabilità dei dati acquisiti, perché ottenuti illecitamente in Francia. Per una sintesi del rinvio pregiudiziale, cfr. T. WHAL, *EncroChat Turns into a Case for the CJEU*, in *Eucrim*, 18 November 2022. Per la posizione dell'Avvocato Generale Tamara Čapeta, presentate il 26 ottobre 2023, cfr. T. WHAL, *AG: EncroChat Data Can, in Principle, Be Used in Criminal Proceedings*, in *Eucrim*, 8 February 2024. La decisione della Corte di Giustizia è attesa per il 30 aprile 2024. Si prende qui atto che è poi intervenuta la Corte giust., grande Sezione, 30 aprile 2024, C-670/22, la quale ha concluso «che l'ordine europeo di indagine inteso a ottenere la trasmissione di prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione non deve essere adottato necessariamente da un giudice quando, in forza del diritto dello Stato di emissione, in un procedimento puramente interno a tale Stato, la raccolta iniziale di tali prove avrebbe dovuto essere ordinata da un giudice, ma competente ad ordinare l'acquisizione di dette prove è il pubblico ministero».

⁸ Ad esempio, cfr. Cass., sez. VI, sent. 26 ottobre 2023 n. 44154, Iaria, in *CED Cass. m. 285284-01*, secondo la quale, in tema di ordine europeo di indagine, l'oggetto dell'acquisizione all'estero della messaggistica criptata sulla piattaforma SKY-ECC non costituisce dato informativo utilizzabile ai sensi dell'art. 234-bis c.p.p., sicché, in tale ipotesi, l'attività acquisitiva, se riguardante comunicazioni avvenute nella fase "statica", deve essere inquadrata nelle disposizioni in materia di perquisizione e sequestro e, in particolare, in quella di cui all'art. 254-bis c.p.p., mentre se avente ad oggetto comunicazioni avvenute nella fase "dinamica", deve essere inquadrata nella disciplina degli artt. 266 e ss. c.p.p. in materia di intercettazioni telefoniche; *contra*, cfr. Cass. sez. III, 3 sent. 19 ottobre 2023, n. 47201, Bruzzaniti, in *CED Cass. m. 285350 - 01* e Cass., sez. I, sent. 13 ottobre 2022 n. 6364/2023, Calderon Raul Esteban, in *CED Cass. m. 283998 - 01*, secondo le quali la messaggistica relativa a "chat" di gruppo sulla piattaforma SKYECC, acquisita mediante ordine europeo di indagine da autorità giudiziaria straniera che ne abbia eseguito la decriptazione, costituisce dato informativo documentale conservato all'estero, utilizzabile ai sensi dell'art. 234-bis c.p.p. e non flusso comunicativo, sicché non trova applicazione la disciplina delle intercettazioni di cui agli artt. 266 e 266-bis c.p.p. Dato il contrasto insorto in merito all'utilizzabilità delle chat ottenute dal pubblico ministero nella forma già decriptata mediante ordine europeo di indagine rivolto all'autorità giudiziaria francese, la questione è stata rimessa alle sezioni unite (cfr. Cass., sez. III, ord. 3 novembre 2023 n. 47798, (dep. 30 novembre 2023); v. anche Cass., sez. VI, ord. 15 gennaio 2024 n. 2329, (dep. 18 gennaio 2024), incidente sui medesimi temi oggetto della prima pronuncia, con la quale sono state poste alle sezioni unite ulteriori questioni. Le due ordinanze, insieme alle memorie della Procura Generale, sono reperibili in *Sistema Penale*, 1° marzo 2024, <https://www.sistemapenale.it/it/notizie/criptofonini-le-decisioni->

Com'è noto, EnchroChat era una piattaforma di comunicazioni criptate operante a livello globale. Essa prometteva ai suoi utenti lo scambio sicuro di messaggistica offrendo i c.d. "criptofonini", ovvero smartphone appositamente modificati nel software per garantirne l'inviolabilità grazie ad un sistema di criptazione *end to end*. Proprio perché garantiva un altro livello di sicurezza e anonimato agli utenti⁹, tale piattaforma era divenuta molto popolare tra le organizzazioni criminali.

In questo caso la prova elettronica oggetto di scambio transfrontaliero consisteva nella messaggistica (parliamo di oltre 120 milioni di messaggi, quindi, una mole immensa di dati) scambiata dagli esponenti di alcune organizzazioni criminali grazie al possesso dei suddetti "criptofonini". L'apprensione della messaggistica era avvenuta all'esito di un'operazione investigativa svolta da una squadra investigativa comune (SIC) costituita dalle autorità giudiziarie francesi, olandesi e belghe. Quanto alle modalità acquisitive, pare che le autorità francesi siano entrate in possesso di alcuni "criptofonini" tramite agenti *undercover*. Ciò avrebbe consentito – verosimilmente anche grazie all'impiego di un captatore informatico o altre tecniche di *hacking*, non del tutto chiarite – la captazione di milioni di messaggi già scambiati sulla piattaforma criptata e memorizzati nel server francese (dati c.d. "freddi"). Una volta acquisiti tali dati, espressi in forma di «stringhe informatiche redatte secondo il sistema binario»¹⁰, era stato poi necessario procedere alla loro decriptazione, al fine di renderli intelligibili¹¹.

A indagine conclusa, in molti Paesi europei – Italia compresa – è emersa la necessità di acquisire la messaggistica così ottenuta ai fini di procedimenti interni, per lo più per reati di traffico di stupefacenti. In diverse occasioni è stato quindi emesso un ordine di indagine europeo avente ad oggetto la trasmissione dei dati autonomamente acquisiti dalle autorità francesi. In relazione al dato probatorio così ottenuto, posto alla base di numerosi provvedimenti cautelari, è insorto un vivace dibattito: si discute anzitutto su quale sia la natura giuridica delle attività acquisitive (intercettazioni, prova documentale ex art. 234 c.p.p. oppure acquisizione di documenti e dati informatici ex art. 234-bis c.p.p.) e il corredo di garanzie procedurali che avrebbe

delle-sezioni-unite-e-la-memoria-della-procura-generale). Per un quadro approfondito dei vari orientamenti giurisprudenziali, cfr. la memoria per l'udienza delle sezioni unite penali del 29 febbraio 2024 della Procura generale della Corte di cassazione, in *Sistema penale*, 1° marzo 2024, in <https://www.sistemapenale.it/it/notizie/criptofonini-le-decisioni-delle-sezioni-unite-e-la-memoria-della-procura-generale>.

⁹ Di solito, i sistemi smantellati dalle forze dell'ordine si basavano sull'impiego di un'apposita APP per la comunicazione criptata, la quale veniva installata su dispositivi modificati e privi di altre funzionalità, acquistabili solo sul mercato nero. Tali telefoni potevano comunicare solo con dispositivi analoghi attraverso messaggi crittografati e registrare video. Niente telefonate, messaggi o mail.

¹⁰ Così si esprime, Cass., sez. I, sent. 13 ottobre 2022 n. 2851, Calderon Raul Esteban, cit.

¹¹ Nel caso EnchoChat il tool di decriptazione è stato sviluppato e impiegato, a valle dell'acquisizione dei messaggi, dalle sole autorità francesi. Diversamente, nell'analoga operazione Sky ECC, lo strumento di decriptazione è stato predisposto prima di iniziare le attività di captazione e grazie alla collaborazione di tutti i Paesi coinvolti nella costituzione della SIC, cioè Olanda, Francia e Belgio. Cfr. G. SAGITTAE, *On the lawfulness of the EncroChat and Sky ECC-operations*, in *New J. Eur. Crimi. Law*, 2023, 14, 273 ss.

dovuto assisterle; non è chiaro nemmeno se sia possibile, per il giudice italiano, sindacare la legittimità dell'operato dell'autorità giudiziaria straniera¹².

Non è questa la sede per addentrarsi in tali complesse questioni, su cui sono state chiamate a pronunciarsi, nell'analogo caso Sky ECC, le sezioni unite della Cassazione¹³. Per ciò che qui interessa, sullo sfondo di questa vicenda giudiziaria possono intravedersi due modelli, per così dire, "tradizionali" di circolazione probatoria.

Il primo è costituito dal semplice "trasferimento probatorio"¹⁴. Secondo tale archetipo uno Stato chiede a un altro Stato la trasmissione di elementi probatori di cui l'autorità giudiziaria straniera è già venuta autonomamente in possesso ai fini di un procedimento interno e, quindi, "precostituiti". Si tratta di un fenomeno già noto a livello interno, in quanto disciplinato nell'art. 238 c.p.p. e, relativamente all'acquisizione di atti di un procedimento straniero, dall'art. 78 disp. att. c.p.p.¹⁵.

¹² Per una efficace sintesi, v. M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine penale e comunicazioni criptate: il caso Sky ECC/Encrochat in attesa delle sezioni unite*, in *Sist. Pen.* (11 dicembre 2023).

¹³ Come anticipato, con ord. 3 novembre 2023 n. 47798, la sezione III della Corte di cassazione ha rimesso alle sezioni unite le seguenti questioni:

i) se "l'acquisizione di messaggi su chat di gruppo scambiati con sistema cifrato, mediante OEI, presso autorità giudiziaria straniera che ne ha eseguito la decrittazione costituisca 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. o sia riconducibile in altra disciplina relativa all'acquisizione di prove";

ii) "se inoltre, tale acquisizione debba essere oggetto, ai fini della utilizzabilità dei dati in tal modo versati in atti, di preventiva o successiva verifica giurisdizionale della sua legittimità da parte dell'autorità giurisdizionale nazionale".

In base all'informazione provvisoria delle S.U. sulla decisione assunta il 29 febbraio 2024 (Cass., sez. un., c.c. 29 febbraio 2024, Gjuzi; Cass., sez. Un. 29 febbraio 2024, Giorgi et al.), sembra che il Supremo consesso abbia riconosciuto l'utilizzabilità in Italia degli atti trasmessi dalla Francia (in esecuzione di un ordine europeo di indagine penale) relativi al contenuto di comunicazioni effettuate attraverso criptofonini, già acquisite e deciptate dall'autorità giudiziaria estera in un proprio procedimento penale. Si è in attesa del deposito della motivazione. Per un primo commento dell'informazione provvisoria, cfr. L. FILIPPI, *Le S.U. ammettono le prove francesi sui criptofonini acquisite con l'ordine europeo di indagine*, in *Pen. Dir. Proc.*, 1° marzo 2024, in <https://www.penaledp.it/>.

¹⁴ Per analoghe osservazioni, cfr. S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in T. RAFARACI (a cura di), *L'area di liberà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio tra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007, 708 ss.

¹⁵ Allo schema del trasferimento probatorio può forse ricondursi anche lo scambio transnazionale di informazioni assicurato dal collegamento in rete di banche dati nazionali, come accade con ECRIS, con le banche dati nazionali del DNA e con i registri nazionali contenenti dati dattiloscopici o dati di immatricolazione dei veicoli. Anche in tale evenienza si tratta, infatti, di acquisire informazioni in formato elettronico già autonomamente elaborate e conservate, anche a prescindere da un procedimento penale, in altro Paese dell'Unione europea, con la peculiarità che il trasferimento non avviene tramite i consueti meccanismi di cooperazione giudiziaria, ma grazie alla possibilità di consultazione *on-line* dell'archivio straniero (la c.d. "consultazione automatizzata di dati"). Cfr., volendo, G. DI PAOLO, *La circolazione dei dati personali nello spazio giudiziario europeo dopo Prüm*, in *Cass. Pen.*, 2010, 1969 ss.; EAD., *La circolazione dei dati personali e del casellario giudiziario*, in *Cass. Pen.*, 2011, 4034 ss. Il quadro normativo di riferimento in materia di consultazione e lo scambio automatizzati di dati è radicalmente cambiato dopo il Trattato di Lisbona. Cfr., da ultimo, il Regolamento (UE) 2024/982 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 marzo 2024 sulla consultazione e lo scambio automatizzati di dati per la cooperazione di

Il secondo modello, più complesso, è costituito dalla “raccolta transnazionale della prova”. In virtù di tale schema, uno Stato commissiona ad un altro Stato (mediante rogatoria, ordine europeo di indagine, oppure, ancora, richiedendo la costituzione di una squadra investigativa comune) il compimento di una specifica attività probatoria¹⁶ in relazione ad un procedimento penale in corso. In questo caso, l’eterno problema – dovuto al fatto che manca a tutt’oggi un’armonizzazione, seppur minima, delle discipline probatorie nazionali – è quello della utilizzabilità della prova allogena e, a monte, quello della disciplina applicabile per la sua raccolta (*lex loci o lex fori*). Si tratta di una criticità in parte affievolita dall’ibridismo¹⁷ che connota il sistema dell’ordine europeo di indagine penale (O.E.I.), nell’ambito del quale, per assicurare la spendita del ‘risultato’ probatorio raccolto *ultra fines*, si prevede espressamente la possibilità che la prova sia confezionata dall’autorità di esecuzione secondo le “indicazioni” formali e procedurali richieste dall’autorità emittente, con sostanziale prevalenza della *lex fori*. Altro aspetto degno di nota è l’espresso riferimento, nella direttiva relativa all’O.E.I., al principio di proporzionalità, elevato a parametro di controllo sulla legittimità dell’attività probatoria richiesta, sia per l’autorità di emissione che per l’autorità di esecuzione¹⁸.

3 ...e il superamento della cooperazione giudiziaria orizzontale.

In tempi più recenti, per effetto dei nuovi assetti che ha assunto lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Trattato di Lisbona, si stanno delineando anche ulteriori moduli di circolazione transnazionale della *e-evidence*.

Il primo fenomeno è legato all’istituzione della Procura europea (*European Public Prosecutor’s Office*, EPPO)¹⁹ e alla conseguente possibilità che vengano compiute “indagini transfrontaliere”. Rispetto a tale evenienza, che si verifica

polizia e che modifica le decisioni 2008/615/GAI e 2008/616/GAI del consiglio e i regolamenti (UE) 2018/1726, (UE) 2019/817 e (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio (regolamento «Prüm II»).

¹⁶ Può trattarsi, ad esempio, di perquisizioni, sequestri, intercettazioni, oppure della raccolta di prove dichiarative, oppure, ancora, dell’acquisizione di informazioni o documenti presso istituzioni bancarie ecc.

¹⁷ Parla di “sincretismo”, M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull’ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. Pen. Giust.*, 3/2015, p. 3.

¹⁸ Cfr. M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull’ordine europeo di indagine penale*, cit., 6 ss.; volendo, cfr. anche G. DI PAOLO, sub Art. 9 d. lgs. n. 108/2012 (*Ordine di indagine europeo, Particolari modalità di esecuzione*) in A. GIARDA - G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2023, IV, 2749 ss.

¹⁹ In tema, v. R.E. KOSTORIS *Gli organismi centralizzati della cooperazione giudiziaria*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Procedura penale europea*, 5° ed., Milano, 2022, 287 ss.; L. BACHMAIER WINTER (ed.), *The European Public Prosecutor’s Office*, Cham, 2018; cfr., volendo, anche G. DI PAOLO - L. PRESSACCO - T. RAFARACI - R. BELFIORE (a cura di), *L’attuazione della Procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Napoli, 2022.

quando la misura investigativa deve essere intrapresa in uno Stato diverso da quello del Procuratore europeo delegato (PED) incaricato del caso, l'art. 31 del Regolamento 2017/1939 prevede che quest'ultimo decida in merito all'adozione della misura e poi la assegni a un Procuratore europeo delegato avente sede nello Stato membro dove essa dovrà essere eseguita (il c.d. PED incaricato di prestare assistenza), conformemente al regolamento e al diritto interno dello Stato di esecuzione²⁰.

Siamo al cospetto di uno schema concettuale radicalmente diverso da quelli precedentemente esaminati. In questa eventualità, la raccolta probatoria *ultra fines* rispetto al foro di avvio dell'indagine²¹ è infatti affidata a una differente articolazione territoriale del medesimo organismo requirente sovranazionale. Inoltre, per come è stata concepita la Procura europea, gli esiti dell'indagine transfrontaliera sono destinati a rifluire in un procedimento penale assomigliante a quello puramente interno, in seguito all'esercizio dell'azione penale eurounitaria dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri (art. 86 § 4 Trattato funz. UE). Anche in questo caso potrebbe porsi il problema dell'utilizzabilità della prova elettronica confezionata all'estero, poiché il *favor auxilii*²² desumibile dagli artt. 31 e 37 del Regolamento 2017/1939 non giunge sino al punto di imporre in ogni caso l'ammissione della prova raccolta al di fuori del territorio nazionale²³ (consentendo, invero, la sua esclusione per ragioni differenti dalla mera difformità rispetto al regime probatorio interno)²⁴.

²⁰ H.-H. HERRNFELD, *Article 31*, in H.-H. HERRNFELD - D. BRODOWSKI - C. BURCHARD (eds.), *European Public Prosecutor's Office: EPPO Regulation (EU) 2017/1939 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office. Article-by-Article Commentary*, München, 2021, p. 282 ss.

²¹ Foro individuato in applicazione delle disposizioni sul riparto delle competenze all'interno dell'EPPO, ai sensi dell'art. 26 del Regolamento 2017/1939.

²² Poiché l'azione transfrontaliera si risolve in un dialogo tra colleghi dell'ufficio di procura, essa prescinde da procedure di cooperazione e, in particolare, dall'impiego di strumenti basati sul mutuo riconoscimento (salvo l'uso del MAE e il caso previsto dall'art. 31 § 6 Reg. EPPO). Pertanto, l'art. 31 del Regolamento 2017/1939 non prevede vere e proprie forme di rifiuto di compiere l'atto da parte del PED chiamato a fornire assistenza. Inoltre, nel *considerando* n. 80, a chiarimento dell'art. 37 del Regolamento 2017/1939, si dice che è «*necessario* che le prove presentate dall'EPPO all'organo giurisdizionale non siano considerate inammissibili per il solo motivo che sono state raccolte in un altro Stato membro o conformemente al diritto di un altro Stato membro», ferma restando la tutela dei diritti fondamentali. Nell'insieme, il sistema EPPO sembra dunque basato sulla propensione a favorire l'assistenza reciproca e l'utilizzabilità degli elementi di prova raccolti all'estero.

²³ Ai sensi dell'art. 37, §1 del Regolamento 2017/1939, «le prove presentate a un organo giurisdizionale dai procuratori dell'EPPO o dall'imputato non sono escluse per il solo motivo che sono state raccolte in un altro Stato membro o conformemente al diritto di un altro Stato membro».

²⁴ Ad esempio, perché raccolta in violazione della *lex loci*, oppure in quanto in contrasto con il sistema di valori che permea lo Stato dove si celebra il processo. Cfr. A. MANGIARACINA, *Dalle indagini all'ammissione della prova in giudizio*, in G. DI PAOLO - L. PRESSACCO - R. BELFIORE - T. RAFARACI (a cura di), *L'attuazione della Procura europea: i nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Atti del convegno del 26 novembre 2021, Napoli, 2022, 221 ss., la quale osserva che una possibile soluzione rispetto a tali proble-

In tale prospettiva potrebbe assumere valenza dirimente quanto sancito recentemente dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella prima sentenza concernente il Regolamento 2017/1939²⁵, a seguito di un rinvio pregiudiziale da parte del *Oberlandesgericht* di Vienna²⁶ con riferimento agli artt. 31 e 32 del Regolamento, in materia di controllo giurisdizionale sulle indagini transfrontaliere. Infatti, dopo aver stabilito – con riguardo alle misure investigative per le quali è necessaria un'autorizzazione giudiziaria ai sensi del diritto del PED incaricato di prestare assistenza – un netto riparto di competenze sulla falsariga di quanto previsto per l'O.I.E.²⁷, la Corte ha aggiunto un interessante elemento: la necessità, per certe misure investigative (ossia quelle particolarmente intrusive, come le perquisizioni in abitazioni private, le misure cautelari relative a beni personali e il “congelamento” dei beni), di un'autorizzazione giudiziaria preventiva nello Stato del PED incaricato del caso²⁸. Si tratta di un requisito

matiche potrebbe essere l'applicazione della *lex fori*, sulla falsariga di quanto previsto per l'O.E.I.

²⁵ Si allude alla decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Camera, sentenza 21 dicembre 2023, C-281/22, *G.K. e altri (Parquet européen)*, ECLI:EU:C:2023:1018), intervenuta nelle more della pubblicazione del presente contributo.

²⁶ Nel caso da cui è scaturito il rinvio pregiudiziale, il PED Monaco di Baviera aveva disposto una perquisizione nei locali di una società austriaca. L'ordine di perquisizione e sequestro era stato convalidato dal Gip di Monaco, come previsto dalla normativa processuale tedesca. Il PED austriaco chiamato a prestare assistenza aveva disposto la perquisizione e ne aveva chiesto la convalida al proprio Gip, come previsto dal codice di rito austriaco, ma gli imputati hanno contestato la decisione di convalida davanti alla Corte di Appello di Vienna lamentando la mancanza di sufficienti indizi a proprio carico. La Corte di Appello di Vienna ha posto dunque alla Corte di giustizia le seguenti questioni:

1. Se il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 31, paragrafo 3, primo comma, e l'articolo 32 del regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»), debba essere interpretato nel senso che, nel caso di indagini transfrontaliere, qualora occorra l'autorizzazione giudiziaria di una misura da eseguire nello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza, è necessario un esame di tutti gli elementi giuridici sostanziali, quali la responsabilità penale, gli indizi di reato, la necessità e la proporzionalità.

2. Se l'esame debba tener conto del fatto che l'ammissibilità della misura è già stata oggetto di un controllo giurisdizionale nello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso in base al diritto di tale Stato membro.

3. In caso di risposta negativa alla prima questione o di risposta positiva alla seconda questione, in che misura debba avvenire il controllo giurisdizionale nello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza.

²⁷ Riservando alle autorità dello Stato del PED incaricato del caso un controllo preventivo relativo alle condizioni di giustificazione e adozione della misura e alle autorità dello Stato del PED chiamato a prestare assistenza un mero controllo relativo all'esecuzione della misura. Cfr. la nota che segue.

²⁸ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione Europea, grande camera, sent. 21 dicembre 2023, C-281/22, *G.K. e altri (Parquet européen)*, cit., la quale ha sostanzialmente sancito che gli articoli 31 e 32 del Regolamento 2017/1939, nell'ottica di consentire una efficace ed efficiente attività investigativa transfrontaliera, devono essere interpretati nel senso che: «il controllo effettuato in seno allo Stato membro del PED incaricato di prestare assistenza, qualora una misura investigativa assegnata richieda un'autorizzazione giudiziaria

di cui non c'è traccia nel Regolamento e che potrebbe comportare problemi in quegli Stati membri, Italia compresa, che legittimano l'esecuzione di perquisizioni e sequestri probatori soltanto sulla base di un decreto motivato del pubblico ministero.

Il secondo modulo – ed ecco l'ultima, nuova frontiera in tema di circolazione transnazionale della *e-evidence* – è invece legato all'approvazione, nel luglio 2023, dopo anni di negoziati, del Regolamento 2023/1543, relativo agli ordini europei di produzione e agli ordini europei di conservazione di prove elettroniche nei procedimenti penali e per l'esecuzione di pene detentive nei procedimenti penali²⁹. Il regolamento in discorso – che entrerà in vigore nel luglio 2026³⁰ – sembra davvero inaugurare una nuova era, in quanto configura moduli di circolazione delle “prove elettroniche”³¹ che prescindono dai tradizionali meccanismi cooperazione orizzontale e, quindi, da un dialogo fra autorità giudiziarie. Infatti, al fine di acquisire i dati conservati all'estero da un prestatore di servizi nell'Unione, le autorità competenti (non necessariamente un giudice)³² non dovranno più chiedere l'intervento delle autorità giudiziarie

conformemente al diritto di tale Stato membro, può vertere solo sugli elementi relativi all'esecuzione di tale misura, e non sugli elementi relativi alla giustificazione e all'adozione della misura stessa, i quali devono essere sottoposti ad un previo controllo giurisdizionale effettuato nello Stato membro del PED incaricato del caso in situazioni di grave ingerenza nei diritti della persona interessata garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». Per un primo commento, cfr. N. GIBELLI, *Sui controlli giurisdizionali nelle indagini transfrontaliere dell'EPPO: una prima lettura della sentenza c-281/22 della corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Sist. Pen.*, 2024, 3, 31; A. CASTALDO, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si pronuncia, per la prima volta, sul regolamento istitutivo della Procura Europea, chiarendo limiti e integrazioni all'attività di indagini transfrontaliere tra Procuratori Europei delegati e Corti nazionali*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, 3. L. PRESSACCO, *I controlli sulle indagini transfrontaliere della Procura europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione indotta*, in *Cassazione penale*, 2024, 6, in corso di pubblicazione.

²⁹ Regolamento (UE) 2023/1543 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 luglio 2023, relativo agli ordini europei di produzione e agli ordini europei di conservazione di prove elettroniche nei procedimenti penali e per l'esecuzione di pene detentive a seguito di procedimenti penali, in G.U.U.E. 28.7.2023, L 191/118. Per un primo commento cfr. T. CHRISTAKIS, *From Mutual Trust to the Gordian Knot of Notifications: The EU E-Evidence Regulation and Directive (June 30, 2023)* in V. FRANSSSEN - S. TOSZA (eds), *The Cambridge Handbook of Digital Evidence in Criminal Matters*, Cambridge, 2023, liberamente accessibile in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4306874>; S. TOSZA, *The E-Evidence Package is Adopted: End of a Saga or Beginning of a New One? in European Data Protection Law Review*, 2023, 9, 163 ss.

³⁰ Ai sensi dell'art. 34, §2, del Regolamento 2023/1543, esso troverà applicazione a decorrere dal 18 agosto 2026.

³¹ Va rimarcato come il Regolamento adotti una nozione autonoma e restrittiva della locuzione “prova elettronica”, in quanto essa è definita (art. 3, n. 8) come «i dati relativi agli abbonati, i dati sul traffico o i dati relativi al contenuto conservati in formato elettronico da o per conto di un prestatore di servizi al momento della ricezione, di un certificato di ordine europeo di produzione (EPOC) o di un certificato di ordine europeo di conservazione (EPOC-PR)».

³² L'art. 4 del Regolamento si riferisce «un giudice, un organo giurisdizionale, un magi-

dello Stato di esecuzione³³, ma potranno – sulla base del principio del mutuo riconoscimento, a certe condizioni e se previsto o consentito per casi interni analoghi³⁴ – rivolgersi direttamente al prestatore di servizi straniero, per ingiungergli di produrre (o conservare)³⁵, nei termini specificati, dati di varia natura e precisamente dati relativi agli abbonati³⁶, dati sul traffico³⁷ oppure dati di qualsiasi natura, anche relativi al contenuto³⁸. Pure in questo caso il modulo procedimentale non è completamente inedito, poiché ricalca il fenomeno disciplinato dal c.d. “codice privacy” per l’acquisizione dei c.d. “tabulati telefonici”, con l’importante differenza la normativa interna si riferisce esclusivamente ai gestori presenti sul territorio nazionale e ai dati esterni delle comunicazioni, mentre il Regolamento 2023/1543 si riferisce anche ai dati relativi al contenuto.

strato inquirente, un pubblico ministero oppure qualunque oppure qualsiasi altra autorità, definita dallo Stato di emissione».

³³ Da intendersi, ai sensi dell’art. 3, n. 16 Regolamento 2023/1543, come «lo Stato membro nel quale lo stabilimento designato è stabilito o il rappresentante legale risiede e a cui l’ordine europeo di produzione e un EPOC o l’ordine europeo di conservazione e un EPOC-PR sono trasmessi dall’autorità di emissione, ai fini della notifica o ai fini dell’esecuzione in conformità del presente regolamento».

³⁴ L’autorità di emissione e le condizioni per l’emissione dell’ordine europeo di produzione (EPOC) e di conservazione (EPOC-CR) sono disciplinate rispettivamente dagli art. 4 e 5 del Regolamento 2023/1543.

³⁵ Data la volatilità della *e-evidence*, il Regolamento prevede altresì che l’autorità giudiziaria possa - quando sussiste il rischio di rimozione, cancellazione o modifica dei dati - ordinare il c.d. “congelamento” (*freezing*) dei dati, emettendo un ordine europeo di conservazione (EPO-CR) in vista della presentazione di una successiva richiesta di produzione dei medesimi, tramite l’assistenza giudiziaria, un ordine europeo di indagine (OEI) o un ordine europeo di produzione (EPOC). L’autorità di emissione e le condizioni per l’emissione dell’ordine europeo di di conservazione (EPOC-CR) sono disciplinate rispettivamente dagli art. 4 e 6 del Regolamento 2023/1543.

³⁶ Definiti dall’art. 3, n. 9 del Regolamento 2023/1543 come «i dati detenuti da un prestatore di servizi relativi all’abbonamento ai suoi servizi, riguardanti: a) l’identità di un abbonato o di un cliente, come il nome, la data di nascita, l’indirizzo postale o geografico, i dati di fatturazione e pagamento, il numero di telefono o l’indirizzo e-mail forniti; b) il tipo di servizio e la sua durata, compresi i dati tecnici e i dati che identificano le misure tecniche correlate o le interfacce usate dall’abbonato o dal cliente o a questo fornite al momento della registrazione o dell’attivazione iniziale e i dati connessi alla convalida dell’uso del servizio, ad esclusione di password o altri mezzi di autenticazione usati al posto di una password, forniti dall’utente o creati a sua richiesta»

³⁷ Definiti dall’art. 3, n. 11 del Regolamento 2023/1543 come «i dati riguardanti la fornitura di un servizio offerto da un prestatore di servizi, che servono per fornire informazioni di contesto o supplementari sul servizio e che sono generati o trattati da un sistema di informazione del prestatore di servizi, come la fonte e il destinatario di un messaggio o altro tipo di interazione, sull’ubicazione del dispositivo, la data, l’ora, la durata, le dimensioni, il percorso, il formato, il protocollo usato e il tipo di compressione, e altre comunicazioni elettroniche e i dati, diversi dai dati relativi agli abbonati, relativi all’inizio e alla fine di una sessione di accesso utente a un servizio, come la data e l’ora d’uso, la connessione al servizio (log-in) e la disconnessione (log-off) dal medesimo».

³⁸ I dati relativi al contenuto sono definiti dall’art. 3, n. 12 Regolamento 2023/1543 come «qualsiasi dato in formato digitale, come testo, voce, video, immagini o suono, diverso dai dati relativi agli abbonati o dai dati sul traffico».

4. Sfide future.

I moduli di circolazione della prova elettronica poc'anzi rapidamente delineati dimostrano come l'Unione europea sia intervenuta – a più riprese e a diversi livelli, conformemente al principio di sussidiarietà – essenzialmente per assicurare un sistema efficiente e globale di acquisizione transfrontaliera della prova, al fine di agevolare la circolazione probatoria nello spazio giudiziario europeo. Ciò nonostante, il “tema dei temi” – ossia il regime concernente l'ammissibilità della prova e la sua utilizzabilità – resta una sorta di giardino proibito per il legislatore sovranazionale, non essendo stata intrapresa, a tutt'oggi, alcuna forma di armonizzazione, anche minima, delle discipline probatorie nazionali³⁹.

Eppure, è noto che, a dispetto della c.d. “europeizzazione” della procedura penale, continuano a sussistere profonde differenze tra i sistemi processuali degli Stati membri, e che tali divergenze rischiano non solo di compromettere l'efficacia delle “nuove forme” di cooperazione giudiziaria, ma anche di ostacolare la protezione dei diritti fondamentali delle persone che, direttamente o indirettamente, diventano bersaglio di indagini digitali.

Nella prospettiva – evocata dal titolo di questo convegno – di costruire un nuovo statuto dei mezzi investigativi nella società digitale, va quindi guardato con grande attenzione un recente studio dello *European Law Institute*, che ha elaborato una bozza di proposta di direttiva UE⁴⁰ sulla reciproca ammissibilità delle prove, comprese quelle elettroniche, nei procedimenti penali, con l'obiettivo di fissare norme comuni per l'ammissione delle prove transfrontaliere affinché gli elementi probatori raccolti in uno Stato membro non siano esclusi soltanto perché non conformi alle regole e alle formalità previste dallo Stato membro in cui si svolge il processo.

Certo, si tratta soltanto di una proposta elaborata da un gruppo di studiosi⁴¹ ed è verosimile pensare che difficilmente essa coagulerà il consenso politico della Commissione e delle altre istituzioni europee, non essendo forse ancora maturi i tempi per un'azione sovranazionale di armonizzazione delle procedure penali degli Stati membri in materia probatoria⁴². Tuttavia, per l'attenzione

³⁹ Cfr. D. BRODOKWIKI, *Admissibility of Evidence in the EPPO Proceedings*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2023, 14, 42.

⁴⁰ La proposta di direttiva (*ELI Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in Criminal Proceedings. Draft Legislative Proposal of the European Law Institute*), redatta in lingua inglese, è consultabile all'indirizzo web: <https://www.europeanlawinstitute.eu/news-events/news-contd/news/eli-publishes-a-legislative-proposal-on-mutual-admissibility-of-evidence-and-electronic-evidence-in/>.

Per un commento cfr. R. BELFIORE, *Quali prospettive per l'ammissibilità reciproca delle prove fra gli Stati membri dell'Unione europea?* in *Cass. Pen.*, 2023, 3870; L. BACHMAIER WINTER, *Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in the EU. A New Try for European Minimum Rules in Criminal Proceedings?* in *Eucri* 2023, 2, 223.

⁴¹ Come del resto lo fu, a suo tempo, la proposta di istituire la Procura europea (EPPO), risalente al *Corpus Juris* del 1997.

⁴² Di questo avviso D. BRODOKWIKI, *Admissibility of Evidence in the EPPO Proceedings*, cit., p. 42, secondo il quale non sembrano sussistere, allo stato attuale del processo di inte-

prestata alle specificità della *e-evidence* (connotata da immaterialità, volatilità, alterabilità e riproducibilità illimitata)⁴³ e per la conseguente previsione di regole minime volte ad assicurare, tra l'altro, a) la piena attuazione degli *standard* comuni di informatica forense (*digital forensics*) nella sua acquisizione⁴⁴, b) il diritto a verificare la c.d. catena di custodia⁴⁵ e c) l'applicazione del principio di proporzionalità⁴⁶, non v'è dubbio che tale studio possa offrire preziosi spunti di riflessione anche nella prospettiva domestica. Da tali linee guida non si potrà infatti prescindere al fine di elaborare uno statuto speciale degli strumenti investigativi a caratura tecnologica⁴⁷ capace di bilanciare le necessità dell'accertamento penale con l'esigenza di evitare un sacrificio sproporzionato del diritto fondamentale alla tutela dei dati personali: in altre parole, per costruire di una disciplina in grado di assicurare l'*habeas data*⁴⁸, inteso quale base fondativa dei diritti di libertà della persona nella dimensione immateriale dell'infosfera.

grazione europea, le condizioni per l'armonizzazione delle procedure penali in materia di ammissione della prova.

⁴³ Cfr. il Considerando n. 25 della proposta.

⁴⁴ Cfr. l'art. 8 della proposta e l'*Explanatory Memorandum*, 23.

⁴⁵ Cfr. l'art. 8, n. 4 della proposta e l'*Explanatory Memorandum*, 22.

⁴⁶ Cfr. l'art. 8, n. 6 della proposta e l'*Explanatory Memorandum*, 24. La proposta prevede altresì la cancellazione dei dati acquisiti all'esito del processo (cfr. l'art. 8, n. 8 e l'*Explanatory Memorandum*, 24).

⁴⁷ Che le specificità della *e-evidence* rendano necessario concepire una disciplina speciale è sostenuto anche nello studio dell'*European Law Institute*: cfr. il Considerando n. 23 della proposta («*the increasing relevance of electronic evidence in all kinds of criminal proceedings, and the particular features of electronic evidence, warrant the adoption of specific rules on electronic evidence and its admissibility*») e l'*Explanatory Memorandum*, 22.

⁴⁸ Uno dei primi ad invocare l'«*habeas data*» fu S. Rodotà, nella sua veste di Garante per la protezione dei dati personali. Cfr. La Relazione al Parlamento di S. Rodotà quale Garante dell'Autorità per la protezione dei dati del 2001 è reperibile online: www.garante-privacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3541955.

PRESCRIZIONE NON RINUNCIABILE IN SEDE D'ARCHIVIAZIONE: UNA DISCUTIBILE ARGOMENTAZIONE CONDUCE AD UNA DUBBIA CONCLUSIONE

Antonella Marandola*

Sommario: **1.** La questione. – **2.** Gli apprezzamenti sulla colpevolezza quale danno all'indagato. – **3.** La non rinunciabilità alla prescrizione: la lettura diacronica della norme conduce ad una conclusione fallace.

1. La questione.

Con la decisione n. 41 del 2024 la Consulta ha negato il diritto dell'indagato di rinunciare alla prescrizione ma, nel contempo, ha affermato che le richieste o decreti di archiviazione che, anziché limitarsi a ricostruire il fatto nei termini strettamente necessari a verificare l'avvenuto decorso del termine di prescrizione, esprimono giudizi sulla colpevolezza dell'interessato, violano «in maniera eclatante» la presunzione di non colpevolezza e il diritto di difesa, inteso quale diritto di «difendersi provando».

Un diritto «in radice negato dall'affermazione, da parte del pubblico ministero o del gip, del carattere veritiero, o comunque affidabile, degli elementi acquisiti nel corso di un'indagine, senza che sia assicurata all'indagato – che potrebbe anzi essere rimasto del tutto ignaro dell'indagine – alcuna effettiva possibilità di contraddirli, ed eventualmente di provare il contrario».

La Corte giunge a questa conclusione dichiarando non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 411, comma 1-*bis*, c.p.p. sollevate, in riferimento agli artt. 3, 24, secondo comma, e 111, commi secondo e terzo, Cost., dal Tribunale ordinario di Lecce, sezione seconda penale «nella parte in cui non prevede che, anche in caso di richiesta di archiviazione per estinzione del reato per intervenuta prescrizione, il pubblico ministero debba darne avviso alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa, estendendo a tale ipotesi la medesima disciplina prevista per il caso di archiviazione disposta per particolare tenuità del fatto, anche sotto il profilo della nullità del decreto di archiviazione emesso in mancanza del predetto avviso e della sua reclamabilità dinanzi al Tribunale in composizione monocratica».

In altri termini, la Corte costituzionale, alle condizioni chiarite nella pronuncia, assume infondata una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Lecce.

Nel caso all'esame del Tribunale, una persona già sottoposta a indagini era casualmente venuta a conoscenza di un provvedimento di archiviazione per prescri-

* Professore Ordinario di Diritto processuale penale - Università degli Studi del Sannio.

zione già pronunciato nei suoi confronti, in cui si affermava, tra l'altro, che le accuse rivolte contro di lei erano suffragate da molteplici elementi di riscontro, puntualmente elencati. La persona interessata aveva, quindi, proposto reclamo contro il provvedimento, manifestando al tempo stesso la propria volontà di rinunciare alla prescrizione. Il Tribunale di Lecce aveva allora chiesto alla Corte di introdurre un generalizzato obbligo, a carico del pubblico ministero, di avvisare preventivamente la persona sottoposta alle indagini dell'eventuale richiesta di archiviazione per prescrizione del reato nei suoi confronti, in modo da consentirle di rinunciare alla prescrizione e ottenere una pronuncia che riconosca la sua innocenza.

2. Gli apprezzamenti sulla colpevolezza quale danno all'indagato.

I giudici delle leggi sono stati chiamati a pronunciarsi in ordine alla legittimità circa il provvedimento di archiviazione emesso per prescrizione del reato, che esprima apprezzamenti sulla colpevolezza della persona indagata hanno, opportunamente, affermato che essa viola "in maniera eclatante" il suo diritto costituzionale di difesa e il suo diritto al contraddittorio, oltre che il principio della presunzione di non colpevolezza.

Il Tribunale di Lecce ha sollevato la questione in quanto, una persona già sottoposta a indagini era casualmente venuta a conoscenza di un provvedimento di archiviazione per prescrizione già pronunciato nei suoi confronti, in cui si affermava, tra l'altro, che le accuse rivolte contro di lei erano suffragate da molteplici elementi di riscontro, puntualmente elencati. La persona interessata aveva, quindi, proposto reclamo contro il provvedimento, manifestando al tempo stesso la propria volontà di rinunciare alla prescrizione. Di qui l'indicazione rivolta alla Corte dal Tribunale di Lecce di introdurre un generalizzato obbligo, a carico del pubblico ministero, di avvisare preventivamente la persona sottoposta alle indagini dell'eventuale richiesta di archiviazione per prescrizione del reato nei suoi confronti, in modo da consentirle di rinunciare alla prescrizione e ottenere una pronuncia che riconosca la sua innocenza.

3. La non rinunciabilità alla prescrizione: la lettura diancronica della norme conduce ad una conclusione fallace.

Ebbene la Consulta operando una sorta di censurabile "separazione" fra aspetti sostanziali e profili processuali della questione, giunge alla conclusione che non esisterebbe un diritto a rinunciare alla prescrizione in fase di indagine, pur riconoscendo -come premesso- il carattere pregiudizievole del provvedimento, che esprima apprezzamenti sulla colpevolezza della persona indagata, di archiviazione per prescrizione del reato.

Come detto, i giudici inizialmente affrontano il versante penalistico della questione e analizzano la propria giurisprudenza in ordine alla possibile rinuncia alla prescrizione ammessa dalla Corte, osservano come il diritto di difesa dell'imputato, «inteso come diritto al giudizio e con esso a quello alla prova» (punto 3 del Considerato in diritto), importa la sua rinunciabilità tanto che come riconosciuto da C. cost. n. 275 del 1990, per un caso di amnistia, «in presenza della rinuncia alla estinzione, il giudice

non potrà dare ad essa immediata applicazione perché il reato non è estinto, e dovrà, perciò, dare ingresso alle prove richieste e pronunciarsi sulla imputazione».

Nel compiere tale excursus, secondo i giudici delle leggi il riferimento al fatto che debba, ad ogni modo, trattarsi ad un giudizio già incardinato e che lo status del soggetto beneficiario della garanzia debba essere l'imputato, come ha confermato la citata sentenza n. 275 del 1990, e la legge del 2005, nel riscrivere l'art. 157 c.p., i cui è espressamente precisato al settimo comma che «[l]a prescrizione è sempre espressamente rinunciabile dall'imputato», inducono ad escludere che analogo diritto spetti alla persona sottoposta alle indagini.

Ciò premesso, la Consulta afferma, poi, che nonostante quel riferimento, non dovrebbe escludersi, in verità, la possibilità di estendere in via ermeneutica alla persona sottoposta alle indagini il diritto di rinunciare alla prescrizione. La conclusione potrebbe conseguire dalla formulazione estensiva delle garanzie di cui all'art. 61 c.p.p. ove si dispone che «[l]i diritti e le garanzie dell'imputato si estendono alla persona sottoposta alle indagini preliminari» e che «[a]lla stessa persona si estende ogni altra disposizione relativa all'imputato, salvo che sia diversamente stabilito». Nonostante la "plasticità" dell'indicata prospettiva, i giudici delle leggi negano l'applicabilità di questa regola generale, in quanto dettata con riferimento allo specifico contesto del codice di procedura penale.

E, invece, in maniera asistemica e del tutto illogica i giudici delle leggi, negano che la disposizione possa essere considerata automaticamente e necessariamente trasferibile nella fattispecie in esame in quanto la prescrizione è espressamente regolata dal codice penale ed è pacifica, nella stessa giurisprudenza di questa Corte, la sua natura sostanziale anziché processuale (ex multis, sentenze n. 140 del 2021; n. 278 del 2020; n. 115 del 2018).

In altri termini, la impermeabilità della regola sarebbe originata dalla sua collocazione processuale a cui la decisione giunge con una serie di passaggi non condivisibili.

In primo luogo, il rinvio all'art. 61 c.p.p. intende estendere tutte le norme di favore per l'imputato - nelle quali rientra senza incertezze quella della rinuncia alla prescrizione - anche alla persona sottoposta alle indagini. La previsione opera "automaticamente" una traduzione normativa di tutte le previsioni favorevoli dell'imputato alla persona sottoposta alle indagini, per cui mal si comprende quale passaggio sistematico conduca la Corte a non estendere quelle garanzie. Il tema, infatti, non attiene all'estensione della norma processuale alla sfera penale, quanto piuttosto quella di estendere le norme di favore anche a vantaggio dell'indagato.

In secondo luogo, inconfidente appare il richiamo al fatto che «né dalla mera iscrizione nel registro delle notizie di reato, né dal provvedimento di archiviazione» andrebbe fatta discendere «alcuna conseguenza giuridica pregiudizievole per l'interessato». Se questo è vero "sulla carta", l'esperienza dimostra che le cose vanno in maniera radicalmente diversa nella teoria, tanto che per quanto l'iscrizione della notizia sia concepita dal legislatore come dato "neutro", dai quale è erroneo far discendere conseguenze negative per la reputazione dell'interessato, questo non è quello che accade nella realtà come dimostra il fatto che, proprio al fine di evitare la segnalata patologia, sia stato necessario l'intervento del legislatore che, con la riforma Cartabia, ha stabilito nell'art. 335-bis c.p.p., per l'appunto, che l'iscrizione nel registro degli indagati non può «da sola» produrre effetti pregiudizievoli in sede civile e amministra-

tiva. Con tale disposizione, in attuazione dello specifico criterio di delega di cui all'art. 1, comma 9, lett. s) della l. n. 134 del 2021, si è inteso circoscrivere nell'ambito del procedimento penale la rilevanza della valutazione compiuta dall'autorità inquirente al momento dell'iscrizione della persona sottoposta a indagini nel registro. «Ad essere precluso [come è dato leggere nella relazione illustrativa] è l'utilizzo, in via esclusiva, del solo dato relativo all'iscrizione che, da solo, non può essere posto a fondamento della motivazione di provvedimenti o in ogni caso di determinazioni pregiudizievoli per il cittadino». Tuttavia, una tale modifica potrebbe non rappresentare, da sola, lo sbarramento teso alla salvaguardia del soggetto leso, posto che se è vero che l'autorità amministrativa o civile non può valorizzare il solo dato dell'iscrizione nell'adozione dei provvedimenti, non è espressamente impedito l'utilizzo autonomo in sede civile o amministrativa degli elementi indiziari valutati dal pubblico ministero all'atto dell'iscrizione né, d'altra parte, la divulgazione mediatica dell'iscrizione.

L'anzidetto principio stabilito nell'art. 335-*bis* c.p.p. può essere derogato (con conseguente possibilità, ad esempio, della sospensione del servizio o dell'attivazione di un procedimento disciplinare), a norma dell'art. 110-*quater* disp att. c.p.p., nei casi in cui l'indagato sia sottoposto ad una misura cautelare personale o il pubblico ministero abbia esercitato l'azione penale.

A tal proposito, deve evidenziarsi anche la deroga prevista dell'art. 110-*quater* disp. att. c.p.p. secondo cui «Fermo quanto previsto dall'art. 335-*bis* c.p.p., le disposizioni da cui derivano effetti pregiudizievoli in sede civile o amministrativa per la persona sottoposta a indagini devono intendersi nel senso che esse si applichino comunque alla persona nei cui confronti è stata emessa una misura cautelare personale o è stata esercitata l'azione penale». In tal modo l'art. 335-*bis* c.p.p. finisce per rivestire una valenza integrativa di tutte le disposizioni, già presenti nell'ordinamento, che riconnettono alla qualità di indagato effetti pregiudizievoli di tipo amministrativo o civile, limitandone l'applicazione ai soli casi in cui sia stata adottata una misura cautelare o sia stata esercitata l'azione penale.

In sostanza, fermo restando quanto è desumibile dall'art. 335-*bis* c.p.p., degli effetti pregiudizievoli non sono del tutto esclusi ma circoscritti nel solo caso in la persona sia gravata da una misura cautelare personale o dal processo vero e proprio (R. BRICHETTI, *Diritto di difesa. Iscrizione della notizia di reato senza effetti civili e amministrativi*, in *I Focus del Sole 24 ore*, 12 ottobre 2022, n. 25). Parimenti deve dirsi quanto allo sviluppo del procedimento d'archiviazione nell'ambito del quale, occorrerebbe distinguere le ipotesi di archiviazione processuale da quelle, come nel caso in esame, nel quale la causa archiviata contiene, per l'appunto, una qualche valutazione di merito pregiudizievole per il soggetto: ebbene se nel primo caso va escluso ogni recupero dei diritti evocati nel caso di specie, diversamente essi dovrebbero certamente trovare una qualche manifestazione in quella sede, magari con una forma di opposizione esercitare al pari di quanto consentito, invece, alla persona offesa che vanta pretese di tenore indubbiamente minori dell'indagato che si veda "stigmatizzata" nel provvedimento una responsabilità dalla quale - salvi casi eccezionali - non si è potuto difendere e a maggior ragione quando l'atto contenga un *fumus* di reità. Ciò premesso, stupisce, dunque, che la Corte non si sia inoltrata ad affrontare fino in fondo una tale necessità, accogliendo la dedotta questione. Se, infatti, come afferma il giudice costituzionale quella prospettata è una «patologia», laddove un'archiviazione per prescrizione si dilunghi «in apprezzamenti sulla fondatezza della *notitia criminis*

stessa» simili «provvedimenti – afferma la Corte – sono gravemente lesivi dei diritti fondamentali della persona interessata; e devono pertanto essere rimossi attraverso appropriati rimedi processuali». Richieste o decreti di archiviazione così motivati, infatti, perdono il «carattere di “neutralità” che li dovrebbe caratterizzare, e sono in concreto suscettibili di produrre – ove per qualsiasi ragione arrivino a conoscenza dei terzi, come spesso accade – gravi pregiudizi alla reputazione, nonché alla vita privata, familiare, sociale e professionale, delle persone interessate».

Posta l'indicata premessa la Corte costituzionale avrebbe dovuto ammettere che l'esercizio del diritto di difesa e del contraddittorio non ammettono deroga di sorta. Al contrario, i giudici costituzionali, affermando che tali diritti sono esercitabili solo dopo l'esercizio dell'azione penale, si pongono in contrasto con l'art. 24 Cost. che riferisce di un diritto esercitabile in ogni “stato e grado” del procedimento: è questo il *vulnus* che il giudice delle leggi crea quando condiziona l'esercizio del diritto a far data dalla determinazione ex art. 112 Cost dell'accusa, senza che una presunta ipotesi di reato a suo carico, fatta propria dal pubblico ministero, ancorché sommariamente possa esser contraddetta.

A rafforzare l'inaccettabilità della lesione dei diritti costituzionali induce, a maggior ragione, il fatto che i giudici sono assolutamente consci, invero, dei riflessi negativi che discendono da quell'attestazione: ciò premesso, non persuade il fatto che la stessa Corte individui in altri strumenti estranei al processo i mezzi per fronteggiare il pregiudizio che l'atto può cagionare - a cominciare dalla denuncia per calunnia e/o diffamazione sino all'azione di risarcimento del danno - “contro qualsiasi privato che lo abbia ingiustamente accusato di avere commesso un reato, nonché contro ogni indebita utilizzazione, da parte dei *media*, degli elementi di indagine e dello stesso provvedimento di archiviazione, così da presentare di fatto la persona come colpevole (...). Invero, se come dice la Corte un elementare principio di civiltà giuridica impone che tutti gli elementi raccolti dal pubblico ministero in un'indagine sfociata in un provvedimento di archiviazione debbano sempre essere oggetto di attenta rivalutazione nell'ambito di eventuali diversi procedimenti (civili, penali, amministrativi, disciplinari, contabili, di prevenzione) in cui dovessero essere in seguito utilizzati”, così da assicurare all'interessato in quelle sedi “le più ampie possibilità di contraddittorio (...), anche mediante la presentazione di prove contrarie”, mal si comprende perché una tale tutela non debba trovare espressione nella sede giurisdizionale penale. Per chiudere il cerchio di questo sistema idealizzato, in cui le indagini non hanno alcun peso e tutto si svolge in modo neutrale, la Corte costituzionale afferma perentoriamente che l'archiviazione per prescrizione non può sottendere un accertamento di responsabilità, pena la violazione della presunzione d'innocenza.

La conclusione è indiscutibile. Tuttavia essa si presta a una lettura *a contrario*: quando non sono garantiti il diritto di difesa e il contraddittorio, quando la prescrizione è rinunciabile a nulla rileva che si sia instaurato o meno il processo. Il tema che si profila è, dunque, quello legato all'operatività nella fase dell'archiviazione della regola del “diritto al processo” negato con la sentenza interpretativa dalla Corte quando afferma che “a fronte della considerazione che, una volta riscontrato l'avvenuto decorso del termine di prescrizione, gli stessi poteri di indagine e di valutazione del pubblico ministero sui fatti oggetto della *notitia criminis* vengono meno”.

Esclusa una decisione addittiva, l'assunto raggiunto dai giudici delle leggi pare interdire ogni spazio d'interlocuzione dell'indagato avverso il provvedimento di ar-

chiviazione che esprime giudizi sulla sua colpevolezza, dimenticando, tuttavia, che alla luce dell'avvenuta riforma operata dal d. lgs. n. 150 del 2023 della regola stabilita all'art. 408 c.p.p. non sarà più evenienza rara quella nella quale il p.m. potrà riportare nella richiesta elementi riguardanti un qualche fondamento del fatto. Considerato il *plafond* sotteso al nuovo filtro imposto dalla riforma Cartabia, secondo il quale l'archiviazione andrà richiesta ogniqualvolta non ricorrono elementi idonei ad integrare la ragionevole previsione di condanna, è palese che la domanda del p.m. conterrà sempre più aspetti ed elementi fattuali che avrebbero dovuto condurre a valorizzare questo "dirompente" passaggio e a non mortificare il principio della presunzione di innocenza, ma alla sua tutela attraverso il segnalato passaggio di garanzia anche all'interno di quella che è la procedura archiviativa.

V'è da chiedersi se proprio l'avvenuto mutamento della natura della richiesta archiviativa non possa aprire uno "spazio decisorio" anche nella sequela che origina dalla domanda formulata ex artt. 408 e ss. c.p.p. la qual cosa avrebbe, forse, dovuto spingere la Corte a non considerare la proposta soluzione quale espressione di quell'inderogabilità della presunzione d'innocenza e del diritto di difesa qui inteso quale diritto di contrastare i provvedimenti che "sono in concreto suscettibili di produrre - ove per qualsiasi ragione arrivino a conoscenza dei terzi, come spesso accade - gravi pregiudizi alla reputazione, nonché alla vita privata, familiare, sociale e professionale, delle persone interessate.

Seguendo il pensiero dei giudici costituzionali le richieste dovranno - d'ora in poi - limitarsi a ricostruire il fatto nei termini "strettamente necessari" a verificare - anche nel caso di specie - l'avvenuto decorso della prescrizione.

Orbene, non s'ignora, da un lato, il fatto che la procedura archiviativa si sviluppa rispetto a variegati presupposti di operatività e per ipotesi non omologabili, dall'altro lato, il fatto che gli adempimenti organizzativi possono aver condizionato non poco la decisione in commento, benché la natura di tali difficoltà non consentono di giustificare - come detto - il pregiudizio dei diritti della persona sottoposta alle indagini.

Parimenti, mal si comprende come una tale tutela debba trovare sede al di fuori del contesto procedimentale: d'altro canto un tale percorso è coltivato proprio per il differente caso della cd. tenuità del fatto ex art. 131-*bis* c.p.p. che contiene l'ipotesi di responsabilità. Se è la stessa presunzione di innocenza, quale regola di giudizio e di trattamento, ad imporre di riportare in sede d'archiviazione il più garantista protocollo di garanzia mal si comprende come esso non possa valere, a maggior ragione, nel caso contemplato all'art. 408 c.p.p. Ciò che, in ipotesi, potrebbe dare altresì luogo a responsabilità civile e disciplinare dello stesso magistrato" che ha richiesto o emesso il provvedimento, in quanto ne ricorrono i presupposti di legge, merita una contestazione all'interno della sequela che quello stesso provvedimento attiva affinché il giudice dell'archiviazione possa meglio declinare la giusta causa d'archiviazione. Inconferente appare il richiamo e la lettura data dai giudici all'art. 61 c.p.p., a cui si può attingere solo nella parte in cui offre l'estensione, come detto, di tutte le norme di garanzia dell'imputato a favore dell'indagato. Va rigettata, in altri termini, una lettura "a compartimenti stagni", come fa la Corte, fra i diversi

ordinamenti, penale e processuale, che al contrario si muovono in simbiosi, posto che quello processuale è, appunto “servente” a quello sostanziale, tanto più nella parte in cui afferma che “il complessivo bilanciamento degli interessi in gioco esige, in conclusione, che sia sempre assicurata all’interessato la possibilità di un ricorso effettivo contro questi provvedimenti, che indebitamente inseriscono in un’archiviazione il contenuto tipico di una sentenza di condanna, senza che l’indagato – in ipotesi rimasto all’oscuro dell’indagine – abbia avuto alcuna concreta possibilità di esercitare il proprio diritto al contraddittorio rispetto agli elementi raccolti a suo carico dal pubblico ministero” rinviando, poi, al mittente le richieste formulate perché quei diritti trovino nella giusta sede, diversa quella processuale, espressione.

Ma così statuendo si declina la funzione propria del procedimento penale quale luogo di esaltazione e valorizzazione di quelle garanzie.

RIFLESSIONI A MARGINE DI UNA PROPOSTA DI LEGGE SULLA LIBERAZIONE ANTICIPATA

Alessandro Valenti*

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Modifiche strutturali: l'entità dello sconto. - 2.1. La competenza funzionale - 2.2. La funzione del premio - 2.3. Il procedimento - 3. Modifiche straordinarie: l'entità dello sconto speciale - 3.1. Il dilemma degli "ostativi" - 3.2. La competenza funzionale e il procedimento.

1. Introduzione.

È in discussione dinanzi alla Commissione giustizia della Camera dei deputati il disegno di legge AC 552, in materia di liberazione anticipata, di iniziativa dell'on. Giachetti.

Si intende agire contro il sovraffollamento delle carceri con il combinato disposto di misure straordinarie e di misure strutturali: da una parte si vorrebbe iniettare nel sistema penitenziario una nuova dose di "liberazione anticipata speciale", sul modello di quella introdotta nel 2013¹; dall'altra parte si vorrebbe "riformare" la liberazione anticipata ordinaria, modificando l'entità del premio nonché le regole di procedura (in particolare sulla competenza funzionale), in un'ottica di semplificazione strumentale anche alla più rapida applicazione della misura speciale.

Il disegno di legge ha dato vita, tuttavia, a serie perplessità, da più parti manifestate anche in sede di audizioni informali dinanzi alla Commissione giustizia², ed appare perciò destinato ad essere profondamente modificato durante l'iter parlamentare. È comunque utile una analisi critica del disegno di legge, al fine di favorire il dibattito su una proposta che resta l'ineludibile punto di partenza, nonché il metro di paragone, dei possibili correttivi.

In questa direzione, conviene procedere esaminando dapprima gli interventi di carattere strutturale e poi le modifiche di carattere straordinario.

* Assegnista di ricerca - Università di Foggia.

¹ Si tratta dell'istituto previsto dall'art. 4 d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. con modif. dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10. Sul tema v. BRONZO, *Problemi della «liberazione anticipata speciale»*, in *Arch. pen.*, 619 ss.; FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, in *Il Penalista-Officina del diritto*, Milano, 2014, 64 ss.

² Le audizioni informali sono disponibili al link <https://www.camera.it/leg19/126?leg=19&idDocumento=552>.

2. Modifiche strutturali: l'entità dello sconto.

Il vigente art. 54, comma 1, ord. penit. prevede una detrazione di pena pari a quarantacinque giorni per ogni semestre in cui il detenuto abbia dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione. Dal punto di vista storico, si tratta di un nuovo innalzamento della misura del premio: all'entrata in vigore della legge penitenziaria, era di venti giorni; la "Legge Gozzini"³ la ha innalzata a quarantacinque; il d.d.l. Giachetti propone di elevarla a sessanta⁴.

La *ratio* normativa – si legge nella Relazione illustrativa – è quella di «rafforzare il "patto" di convivenza civile nelle prigioni e di incentivare la buona e regolare condotta e l'adesione a tutte le opportunità risocializzanti che l'espiazione della pena offre», anche al fine di tutelare la sicurezza degli operatori penitenziari. La spiegazione non convince del tutto, perché lascia trapelare l'idea secondo la quale una riduzione di pena pari a tre mesi (invece che a quattro) per anno non sia sufficiente a incentivare il detenuto ad intraprendere percorsi rieducativi, quando il reale problema qui risiede, piuttosto, nella povertà dell'offerta trattamentale.

Nondimeno, l'incremento della misura premiale troverebbe una sua giustificazione, nella misura in cui esso può cooperare ad una – complessiva – "riduzione" della pena carceraria, la cui afflittività, per la parte connessa alla dimensione temporale, cresce assieme al progredire delle condizioni sociali, e quindi delle opportunità concesse alle persone in libertà⁵.

2.1. La competenza funzionale.

Il punto più delicato della proposta concerne il nuovo comma 2-*bis*, il quale andrebbe a definire il nuovo assetto della competenza funzionale. La vigente disciplina la attribuisce al magistrato di sorveglianza. L'AC 552, invece, la sdoppierebbe: di regola «provvede» il direttore dell'Istituto penitenziario, salvo che «il condannato sia incorso in una sanzione disciplinare che possa pregiudicare la partecipazione all'opera di rieducazione». In tal caso, verrebbe nuovamente chiamato in causa il magistrato di sorveglianza, al quale il direttore dovrebbe trasmettere gli atti.

Le fattispecie previste dalla proposta, pertanto, sono tre: a) il direttore, in assenza di sanzioni disciplinari, deve obbligatoriamente procedere alla detrazione; b) in pre-

³ L. 10 ottobre 1986, n. 663.

⁴ In realtà, non è la prima volta che si propone di portare la misura della liberazione anticipata a sessanta giorni. Le due proposte più note (una si inseriva nell'*iter* che portava alla modifica del 2002; l'altra veniva ideata dalla c.d. "Commissione Giostra", istituita con d.m. 19 luglio 2017) lasciavano immutata la misura "ordinaria" del beneficio a quarantacinque giorni e maggioravano il premio, in un caso di quindici giorni, nell'altro sino a quindici giorni, in presenza di un requisito di merito aggiuntivo, consistente rispettivamente in una «speciale partecipazione all'opera di rieducazione» e nella «proficua partecipazione ai progetti di pubblica utilità» (sulla prima proposta v. DELLA CASA, *La l. 19 dicembre 2002, n. 277 in tema di liberazione anticipata: i tributi alle esigenze di economia processuale e il nonsense dell'affidamento in prova "riducibile"*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 374 ss.; sulla seconda v. COMMISSIONE GIOSTRA, *Il Progetto di riforma penitenziaria*, Roma 2019, 232 ss.).

⁵ Cfr. BRONZO, *Carceri*, in *Mondo operaio*, 2024, 3, 49.

senza di sanzioni disciplinari⁶, egli deve provvedere nello stesso senso ove ritenga che le stesse non «possa[no] pregiudicare la partecipazione all'opera di rieducazione»; c) diversamente, in presenza di rilievi disciplinari potenzialmente “pregiudizievoli”⁷, deve trasmettere gli atti al magistrato.

La prima fattispecie, che non emerge in maniera esplicita dal testo normativo, si ricava in via interpretativa, anche senza considerare la volontà del “legislatore”, per come espressa nella Relazione illustrativa⁸. Laddove, infatti, si intenda interpretare la previsione nel senso che il direttore possa negare il beneficio in presenza di una condotta esente da rilievi disciplinari ma inidonea ad integrare il requisito della partecipazione all'opera di rieducazione, sfuggirebbe del tutto il senso di un sistema di competenze che chiama in causa il magistrato di sorveglianza nel solo caso, maggiormente problematico, in cui risulti un provvedimento disciplinare.

Questa interpretazione, peraltro, si impone anche in un'ottica costituzionalmente orientata. Invero, l'attribuzione al direttore del potere di negare la detrazione di pena amplificherebbe i sospetti di incostituzionalità rispetto alla riserva di giurisdizione sulla libertà personale; sospetti che comunque residuano per il caso in cui risulti una infrazione disciplinare. Invero, mentre nella fattispecie “vincolata” il direttore del carcere dovrebbe soltanto attuare il comando legislativo, e quindi procedere alla detrazione di pena prendendo atto dell'assenza di rilievi disciplinari⁹, nella fattispecie “discrezionale” egli dovrebbe decidere se concedere il beneficio dopo averne valutato la meritevolezza, in un giudizio che dipende dalla gravità che ritenga di attribuire alla infrazione.

È innegabile la tensione della proposta in esame rispetto all'art. 13 Cost. L'incostituzionalità della eventuale novella, però, non è lapalissiana, ove si consideri che il parametro costituzionale impone l'atto motivato dell'autorità giudiziaria per ogni «restrizione della libertà personale», mentre la decisione relativa alla concessione della liberazione anticipata (a differenza di quella sulla revoca) è ascrivibile ai provvedimenti “ampliativi”. Potremmo obiettare, non senza fondamento, che il diniego della detrazione a chi ne abbia diritto si traduce nella compressione di quello che altrimenti sarebbe uno spazio di libertà. Sennonché, si potrebbe ribattere, il direttore non è titolare di un potere di diniego; anzi, egli è obbligato a trasmettere gli atti al magistrato nei casi suscettibili di tradursi in una restrizione della libertà¹⁰.

⁶ Nell'interpretare la previsione bisognerà - eventualmente - confrontarsi con la consolidata giurisprudenza di legittimità, secondo la quale, nel giudizio sulla liberazione anticipata, «le infrazioni commesse non rilevano per le loro conseguenze sanzionatorie, ma esclusivamente come dato fattuale, indicativo della mancata adesione al trattamento rieducativo»; sicché, ad esempio, il rigetto dell'istanza di liberazione anticipata, fondato su una sanzione disciplinare, si giustifica anche quando la stessa sia stata «annullata per vizi formali» (Sez. I, n. 32203 del 26 giugno 2015 in *C.E.D. Cass.* n. 264293).

⁷ Il giudizio di gravità dell'infrazione non dovrebbe poter prescindere dal percorso trattamentale compiuto dall'istante (in questo senso, Sez. I, 27 maggio 2019, n. 30717, *ivi*, n. 277497).

⁸ Vedi *infra*, sub §2.2.

⁹ *Cfr. BRONZO, Carceri*, cit., 49, il quale ha sottolineato che «o si rende automatico lo sconto» (con tutti i problemi che ciò comporta) oppure «la riserva di giurisdizione non tollera deroghe».

¹⁰ Violazione della riserva o no, da più parti si teme che un'interpretazione riduttiva dell'art. 13 Cost. possa essere foriera di produrre una voragine costituzionale, difficile da richiudere (*cfr.* l'opinione espressa dal Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale

Qualche sospetto di incostituzionalità potrebbe essere avanzato anche rispetto al principio del giudice naturale, dal momento che l'autorità competente per la decisione non è individuabile sulla base di criteri oggettivi, ma dipende dal giudizio - insindacabile - del direttore del carcere.

Vi è poi l'ulteriore ostacolo rappresentato dal famoso precedente costituzionale del '74 che, censurando la facoltà del Ministro della giustizia di concedere la liberazione condizionale, ha aperto la strada alla piena giurisdizionalizzazione dell'espiazione carceraria¹¹. In tale arresto, la Consulta osservava, tra l'altro, che la «rinuncia» da parte dello Stato alla pretesa punitiva «non può certamente far capo ad un organo dell'esecutivo, ma ad un organo giudiziario, con tutte le garanzie *sia per lo Stato* che per il condannato stesso». Ecco che la discrezionalità attribuita al direttore, laddove venga esercitata nel senso della detrazione di pena, verrebbe a consistere in una parziale «rinuncia» alla pretesa punitiva per mano di un'autorità amministrativa.

Al di là dei seri dubbi di incostituzionalità, è sicuramente inopportuna la scelta di rimettere la decisione *de libertate* all'apprezzamento della stessa autorità deputata a garantire l'ordine e la sicurezza all'interno del carcere, in primo luogo perché rischia di influenzarne gli equilibri interni, in secondo luogo perché crea delicati problemi di ordine interpretativo e operativo.

Non si comprende, ad esempio, se il direttore, chiamato a valutare l'istanza riferita a due semestri, uno segnato da regolare condotta e l'altro connotato da una infrazione grave, debba provvedere per il primo e trasmettere gli atti per il secondo oppure, come pare ragionevole, vista la natura non rigida del principio di semestralizzazione, debba declinare del tutto la competenza (insomma, una bizzarra competenza funzionale che può dipendere anche dalla periodicità nella presentazione delle istanze o dalla celerità dell'ufficio nella loro evasione).

E qual è l'autorità competente ad evadere l'istanza del soggetto trasferito *medio tempore* presso altro Istituto? Vale il principio della *perpetuatio iurisdictionis*, in analogia a quanto previsto per il magistrato dall'art. 677, comma 1, c.p.p.?

Quid iuris, infine, nel caso di istanza del soggetto in affidamento in prova? L'art. 47, comma 12-*bis*, ord. penit. rinvia all'art. 69, comma 8, ord. penit., che, con il d.d.l. Giachetti, va a prevedere che il magistrato «provvede con ordinanza sulla riduzione di pena per la liberazione anticipata su richiesta del direttore dell'istituto, ai sensi dell'articolo 54, comma 2-*bis*». Si tratta di un rinvio al meccanismo della doppia competenza (e allora bisognerebbe interrogarsi, tra l'altro, sulla competenza territoriale del direttore) o solo un difetto di coordinamento?

Sono evidentemente tanti i motivi per rimeditare l'idea dell'attribuzione della competenza funzionale al direttore del carcere.

2.2. La funzione del premio.

Per altro verso, la modifica delle regole di attribuzione della competenza funzionale contiene in sé la messa in discussione della funzione della liberazione anticipata,

in sede di audizioni informali dinanzi alla Commissione giustizia).

¹¹ Corte cost., 4 luglio 1974, n. 204, in *Giur. cost.*, 1974, p. 3523, con nota di VASSALLI, *La liberazione condizionale dall'amministrazione alla giurisdizione*.

posto che la stessa sembra qui declinata come premio alla regolare condotta detentiva, piuttosto che alla partecipazione all'opera di rieducazione. Resta quello, sulla carta, il presupposto della liberazione anticipata (il comma 1 che lo prevede non viene modificato sul punto), ma finisce per appiattirsi sull'assenza di sanzioni disciplinari, nella misura in cui il direttore, in tal caso, deve accordare il beneficio. La Relazione illustrativa, del resto, spiega che, considerata la situazione di sovraffollamento e le sue conseguenze, nonché la (nota) difficoltà degli uffici di sorveglianza di pronunciarsi sulle istanze, che il più delle volte vengono accolte, bisognerebbe «rendere automatica la concessione del beneficio, ricorrendo al magistrato di sorveglianza solo nel caso in cui la direzione dell'istituto di pena segnali, con relazione motivata, la condotta negativa del detenuto».

La proposta assume così il sapore di rinuncia alla funzione promozionale della liberazione anticipata: senza con ciò voler negare che essa risulti strumentale alle esigenze di ordine degli istituti penitenziari, non è quello il suo scopo principale (al quale, invece, guarda la materia disciplinare): l'istituto mira piuttosto ad incentivare l'adesione (incoercibile) all'offerta rieducativa e non già il mero rispetto delle regole dell'Istituto¹².

La stessa equazione “regolare condotta detentiva = partecipazione all'opera di rieducazione” è errata anche se esaminata con il metro delle disfunzioni di sistema, perché è possibile che il detenuto tenga una condotta esemplare sul piano disciplinare e che le opportunità trattamentali che gli vengano offerte siano poche, ma che, comunque, egli intenda rifiutare pure quelle.

2.3. Il procedimento.

Altra grande criticità del disegno normativo è la totale assenza di disposizioni che, in caso di decisione del direttore, descrivano il procedimento applicativo e indichino i casi e i mezzi di impugnazione. La grave lacuna, in mancanza di correttivi legislativi, imporrebbe all'interprete di misurarsi con il difficile tentativo di “sanare” il vizio.

In prima battuta, ci si dovrebbe chiedere se non sia possibile ricavare in via interpretativa una procedura impugnatoria sulla falsa riga di quella prevista in materia dal vigente art. 69-*bis* ord. penit., a mente del quale la decisione assunta *de plano* del magistrato di sorveglianza è reclamabile dinanzi al tribunale di sorveglianza, ove si procede nel contraddittorio tra le parti. Si tratterebbe di compiere un'operazione di applicazione analogica, “introducendo” un nuovo «caso» in cui il provvedimento sulla liberazione anticipata è suscettibile di reclamo al tribunale di sorveglianza e “riadattando” alla figura amministrativa la procedura strutturata per l'autorità giudiziaria. Sennonché questo tentativo esegetico, così creativo, difficilmente potrebbe resistere all'urto del principio di tassatività che governa la materia delle impugnazioni.

Scartata questa possibilità, ci si dovrebbe confrontare con l'ipotesi di ritenere applicabile il reclamo giurisdizionale in materia di diritti (artt. 35-*bis* e 69, comma 6, lett. *b*, ord. penit.). Anche questa soluzione ermeneutica è difficilmente praticabile e comunque insoddisfacente. Le ragioni che giustificano tale conclusione sono diver-

¹² Vedi BRONZO, *Problemi*, cit., 625.

se: *i*) il reclamo giurisdizionale è esperibile soltanto dai soggetti ristretti, non anche dal p.m.; *ii*) è azionabile a fronte della «inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste [dall'ordinamento penitenziario] e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti», e quindi concerne «il trattamento penitenziario» e, più in generale, la vita detentiva; *iii*) con l'accoglimento del reclamo in materia di diritti, il giudice può «ordina[re] all'amministrazione di porre rimedio», non già di annullare il provvedimento, come risulterebbe necessario rispetto al provvedimento del direttore sulla liberazione anticipata.

Altrettanti problemi di ordine interpretativo e attuativo si presenterebbero all'interrogativo circa la esperibilità del ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost. In primo luogo, se di certo il provvedimento in esame verterebbe sulla «libertà personale», è altrettanto vero che a pronunciarlo sarebbe una figura istituzionale (il direttore del carcere) non rientrante tra «gli organi giurisdizionali». In secondo luogo, la concreta attuabilità della procedura richiederebbe una difficile – quando possibile – opera di riadattamento delle regole codicistiche in tema di impugnazioni (riferite ai provvedimenti dell'autorità giudiziaria).

In definitiva, laddove non si volesse compiere un passo indietro rispetto alla redistribuzione di competenza, si dovrebbe procedere ad emendare la proposta per colmare la lacuna segnalata, «sanabile» dall'interprete soltanto intraprendendo strade esegetiche ad ostacoli o, a rigore, senza via d'uscita.

3. Modifiche straordinarie: l'entità dello sconto speciale.

Veniamo alla parte «straordinaria» del disegno di legge.

La proposta è quella di introdurre una «liberazione anticipata speciale, sulla falsariga di quella prevista nel 2013 per allentare il sovraffollamento post sentenza Torreggiani»¹³ (di quel modello vengono recuperati, purtroppo, anche i difetti di coordinamento interno che la dottrina aveva a suo tempo segnalato)¹⁴.

La premialità del beneficio viene dunque portata da sessanta a settantacinque giorni per i semestri ricompresi nei «due anni successivi all'entrata in vigore» della legge.

La Relazione illustrativa attribuisce alla detrazione integrativa la valenza di una misura compensativa del *surplus* di afflittività della pena conseguente alle disfunzioni derivanti dal sovraffollamento e dall'emergenza sanitaria da Covid-19. Sennonché il presupposto al quale è ancorata la detrazione speciale è costituito dalla partecipazione all'opera di rieducazione: se la misura avesse la natura di indennizzo, dovrebbe essere riconosciuto a tutti – e soltanto a – coloro che abbiano subito il pregiudizio da compensare, a prescindere dal loro comportamento¹⁵.

¹³ BRONZO, *Carceri*, cit., 48.

¹⁴ Si vedano BRONZO, *Problemi*, cit., pp. 619-645; FIORENTIN, *op. cit.*, 64 ss.

¹⁵ In questo senso, rispetto alla precedente esperienza premiale di natura speciale, BRONZO, *Problemi*, cit., 626; in senso analogo, GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *Quest. Giust* (online), 27 giugno 2024.

L'ulteriore sconto, dunque, altro non è che una misura straordinaria di decongestionamento delle carceri. Di qui, il dubbio che abbia un carattere indulgenziale. Si è osservato, tuttavia, che la premialità del beneficio, se "presa sul serio", non giustifica questo accostamento: se è innegabile che l'istituto abbia un intento deflativo, esso persegue, a differenza degli interventi clemenziali, «una deflazione selettiva e, in qualche modo, "ragionevole"»¹⁶.

La detrazione pari a settantacinque giorni andrebbe riconosciuta anche ai «condannati che, a decorrere dal 1° gennaio 2016, hanno già usufruito della liberazione anticipata» e si applicherebbe anche al semestre «in corso di espiazione» a quella data. Questo significa, in altre parole, che, in relazione ai semestri precedenti all'entrata in vigore della legge, ad ultimo quello che comprende la data del 1° gennaio 2016, tutti coloro che abbiano già ottenuto la detrazione di quarantacinque giorni potrebbero beneficiare di un incremento semestrale nella misura di trenta giorni¹⁷.

La previsione, tuttavia, non chiarisce se l'applicazione retroattiva della liberazione anticipata speciale sia riferibile anche a coloro che, per i semestri pregressi, non abbiano ancora ottenuto l'esame dell'istanza di liberazione anticipata. Evidentemente il testo va corretto, per evitare di dover tentare una ristrutturazione esegetica del dato normativo¹⁸, inevitabile alternativa di una fondata censura di incostituzionalità per disparità di trattamento tra situazioni certamente eguali.

Il premio "speciale", riconosciuto in via originaria o integrativa, non troverebbe applicazione automatica, ma verrebbe concesso soltanto se «nel corso dell'esecuzione della misura successiva alla concessione del beneficio» i condannati «abbiano continuato a dare prova di partecipazione all'opera di rieducazione»¹⁹. Non è chiaro, però, se questa partecipazione "continuativa" all'opera trattamentale debba essere verificata solo rispetto alle detrazioni già concesse, e quindi ai fini della integrazione,

¹⁶ BRONZO, *Problemi*, cit., 626.

¹⁷ La soglia temporale del 1° gennaio 2016 sembra individuata al fine di far decorrere l'operatività della nuova liberazione anticipata speciale con l'esaurimento - al 23 dicembre 2015 - della portata applicativa dell'istituto straordinario introdotto con il d.l. n. 146/2013 (in ordine ai profili di diritto intertemporale di quella disciplina v. FIORENTIN, *op. cit.*, p. 68; Sez. I, 26 ottobre 2017, n. 58080 in *C.E.D. Cass.* n. 271617, in motivazione).

¹⁸ GIOSTRA, *Liberazione anticipata: una proposta meritoria e necessaria, che richiede una doverosa messa a punto*, in *Sist. Pen.* (online), 18 aprile 2024, ritiene che non sia consentito praticare una «lettura estensiva» del dato normativo, vista la natura «eccezionale» della previsione. Rispetto alla analoga misura straordinaria del 2013, BRONZO, *Problemi*, cit., 630, proponeva una lettura correttiva che riconduceva i "casi esclusi" nella previsione generale di cui al comma 1, non mancando comunque di segnalare gli ostacoli posti da quel percorso ermeneutico. La giurisprudenza, dal canto suo, riteneva la parificazione tra le due situazioni obbligata, proprio per evitare la suddetta disparità di trattamento (Sez. I, 13 settembre 2017, n. 356 in *C.E.D. Cass.* n. 271997, in motivazione).

¹⁹ Pertanto, come era stato scritto per la disciplina del 2013, si propone di (re)introdurre una «regola derogatoria rispetto al criterio valutativo "atomistico"», posto che «la maggiore detrazione, per i periodi già valutati ai fini del beneficio "ordinario", viene condizionata alla verifica di una continuativa partecipazione all'opera rieducativa, dal semestre di riferimento al momento dell'istanza» (BRONZO, *Problemi*, cit., 628).

o, come appare ragionevole (ma la legge nulla dice sul punto), anche per le detrazioni disposte *ex novo*²⁰.

3.1. Il dilemma degli “ostativi”.

Il profilo politicamente più caldo della proposta è costituito dalla applicabilità del beneficio speciale ai condannati per i reati cui all'art. 4-bis ord. penit. Si tratta di una scelta antitetica a quella condotta rispetto alla precedente esperienza di liberazione anticipata speciale²¹.

Non stupirebbe se anche stavolta, nel corso dell'*iter* parlamentare, si decidesse di introdurre una clausola di eccezione sul modello di quella già sperimentata e che la giurisprudenza ha ritenuto non discriminatoria valorizzando la «connotazione di maggiore pericolosità» dei reati di cui all'art. 4-bis ord. penit.²². Resterebbero tuttavia attuali le serie riserve avanzate dalla dottrina, la quale, per l'omonimo istituto introdotto nel 2013, aveva evidenziato come il legislatore, «a parità di positiva partecipazione all'opera rieducativa», avesse premiato «in minor misura alcuni condannati in ragione del titolo del reato»²³, e che «l'eterogenea congerie dell'art. 4-bis ord. penit.» annovera alcuni reati «di assai modesta rilevanza e non ne annovera altri, per ciò stesso non preclusivi, di ben maggiore gravità»²⁴.

La clausola di eccezione, comunque, finirebbe per ridimensionare drasticamente l'utilità dell'intervento normativo, risultando a quel punto irrealizzabile l'auspicata deflazione urgente del sistema penitenziario; scopo al quale risale anche l'accelerazione delle procedure. Invero, per un verso l'eccezione riguarderebbe quella fetta di popolazione penitenziaria che incontra preclusioni all'accesso alle misure alternative, e quindi la quasi totalità dei detenuti prossimi alla scarcerazione per fine pena; per altro verso imporrebbe di procedere alle complesse operazioni di “scioglimento dei cumuli”²⁵, posto che la verifica sull'operatività della condizione ostativa richiede di individuare «il titolo di reato effettivamente in espiazione nel periodo in relazione a cui è chiesto il beneficio»²⁶.

²⁰ *Ivi*, p. 630.

²¹ L'art. 4 d.l. n. 146/2013, nel testo originario, non riconnetteva preclusioni assolute alla espiazione di reati rientranti tra quelli di cui all'art. 4-bis ord. penit., anche se prevedeva una regola valutativa più severa di quella relativa al caso dei reati non ostativi: invero, per ottenere l'abbuono di pena nella misura di settantacinque giorni, il ristretto avrebbe dovuto dar «prova, nel periodo di detenzione, di un *concreto recupero sociale*, desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della personalità». Tuttavia, in sede di conversione in legge, veniva introdotta l'eccezione. Vedi le riflessioni di GIOSTRA, *Questione carceraria*, cit.

²² Sez. I, 19 dicembre 2014, n. 3130, in *C.E.D. Cass.* n. 262062, con nota di RUARO, *L'indebita estensione della clausola che preclude la liberazione anticipata speciale ai condannati “socialmente pericolosi”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1598 ss.

²³ GIOSTRA, *op. cit.*; sul punto, anche FIORENTIN, *op. cit.*, 74.

²⁴ Giostra, *op. cit.*

²⁵ BRONZO, *Carceri*, cit., 49.

²⁶ Così si è espressa la Corte di cassazione rispetto all'art. 4, comma 1, d.l. n. 146/2013, in Sez. I, 19 dicembre 2014, n. 3130, cit. La Corte ha chiarito, a giustificazione della suindicata conclusione, che la disciplina di cui all'art. 4 bis ord. penit. «non ha creato uno “status” di “detenuto pericoloso” che permea di sé l'intero rapporto esecutivo a prescindere dal titolo specifico di condanna,

La maggiore detrazione, vuoi quella ordinaria maggiorata dal d.d.l. vuoi quella speciale, non potrebbe di certo negarsi ai condannati per reati “ostativi” in base all’argomento secondo il quale i ristretti nei circuiti di alta sicurezza non sono di fatto interessati dai percorsi rieducativi, mentre i ristretti nei circuiti 41-*bis* non lo sono di diritto²⁷. Si tratta di una considerazione, la prima, che coglie una disfunzione di sistema, la quale, però, non può andare a svantaggio di chi risulterebbe già danneggiato da una pena meramente contenitiva che non trova un ancoraggio costituzionale. La seconda, invece, si fonda sull’errato presupposto che l’applicazione del regime carcerario differenziato autorizzi la sospensione, oltre che delle regole “ordinarie” di trattamento, del trattamento *tout court* e dunque della funzione rieducativa della pena. Se così fosse, non soltanto dovrebbe essere coerentemente negata la concedibilità della liberazione anticipata per l’impossibilità di integrarne il requisito di merito (in effetti, è stato sostenuto anche questo²⁸); bisognerebbe anche ritenere che l’art. 41-*bis* ord. penit. sia del tutto incompatibile con l’art. 27, comma 3, Cost.

3.2. La competenza funzionale e il procedimento.

La proposta non prevede una speciale competenza o un procedimento *ad hoc* per la decisione sulla liberazione anticipata speciale. Pertanto, resterebbe applicabile il meccanismo della doppia competenza di cui all’art. 54, comma 2-*bis*.

Ecco che si ripropone, in forma aggravata, il problema della riserva di giurisdizione. Si potrebbe ritenere, infatti, che il direttore del carcere, in assenza di rilievi disciplinari, ma in mancanza di quella partecipazione continuativa che è presupposto del maggior premio, debba riconoscere il beneficio ordinario (“automatico”), ma possa negare l’abbuono speciale. Ma allora il direttore risulterebbe titolare di un potere discrezionale suscettibile di tradursi nella restrizione della libertà personale.

Va peraltro notato che il beneficio speciale risulta riferibile anche ai semestri espia- ti in misura alternativa, considerata l’assenza di una clausola di eccezione, invece prevista dall’art. 4, comma 5, d.l. n. 146/2013. L’assenza di preclusioni non sembra irragionevole, posto che l’abbuono ha un valore premiale, non già una matrice compensativa, ma complicherebbe di molto il lavoro dei direttori degli Istituti penitenziari, che poco o nulla hanno a che vedere con l’esecuzione penale esterna²⁹.

Insomma, la scelta di attribuire la competenza funzionale ai direttori, anche qui, pone seri problemi di ordine costituzionale e altrettante difficoltà di ordine operativo, tanto più se si porrà la necessità di procedere alle operazioni di “scioglimento dei cumuli”. Nondimeno il passaggio per gli Uffici di sorveglianza non rassicura affatto

concretamente in esecuzione»

²⁷ Sul punto, *cf.* l’opinione espressa dal Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo in sede di audizioni informali dinanzi alla Commissione giustizia.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Rispetto alla eccezione prevista per la precedente esperienza di liberazione anticipata speciale, *cf.* FIORENTIN, *op. cit.*, 67, che rilevava l’irragionevolezza di un sistema che riservava un «trattamento deteriore» proprio ai «condannati più meritevoli» e che osservava come l’esigenza deflativa «coinvolge il sistema dell’esecuzione penale nel suo complesso».

rispetto all'obiettivo di agire in fretta contro il sovraffollamento carcerario mediante un ricorso agile alla liberazione anticipata speciale.

Si fa dunque strada la possibilità di attribuire un "frammento" di competenza funzionale al pubblico ministero. Si tratterebbe di conferirgli un potere di mera applicazione dell'abbuono integrativo ("automatico") rispetto alle liberazioni anticipate già concesse. La proposta, che era stata prospettata dalla c.d. "Commissione Ruotolo"³⁰ nella sua relazione conclusiva, è stata valorizzata dai primi commentatori del disegno di legge³¹ ed è stata posta all'attenzione della Commissione giustizia in sede di audizioni informali³².

La soluzione risponderebbe alle esigenze di semplificazione, perché consentirebbe di ridurre i passaggi di una procedura in cui il p.m. risulterebbe comunque coinvolto (ma in ultima battuta), spettando a questi procedere all'aggiornamento del titolo esecutivo e all'adozione dell'ordine di scarcerazione una volta ricevuta la comunicazione - sulla concessione del beneficio - ex art. 54, comma 2, ord. penit.

Si direbbe, inoltre, che il meccanismo sia compatibile con la Carta costituzionale perché al p.m. si accorderebbe soltanto il potere di procedere ad una detrazione di pena "ex lege" (un potere prettamente ampliativo, privo di profili di discrezionalità)³³.

Per altro verso, la riduzione addizionale non pare ascrivibile tra le misure clemenziali, posto che, intervenendo a valle di un giudizio di meritevolezza condotto, in via ordinaria, dal giudice di sorveglianza, manterrebbe una natura premiale e selettiva³⁴.

Certo, resta un'opzione da valutare quella di lasciare inalterata la competenza funzionale degli uffici di sorveglianza. Gli stessi, tuttavia andrebbero potenziati in tempo utile per l'entrata in vigore della legge³⁵. Di qui la possibilità, anche questa posta sul tavolo della Commissione giustizia della Camera, di destinare a tali uffici una quota di Addetti all'Ufficio per il Processo³⁶.

³⁰ Si tratta della Commissione ministeriale istituita con d.m. 13 settembre 2021. Si veda la *Relazione finale (17 dicembre 2021)*, in *Sist. Pen. online*, 11 gennaio 2022, p. 6.

³¹ Bronzo, *Carceri*, cit., p. 49.

³² GIOSTRA, *Liberazione anticipata*, cit., si esprime in senso favorevole rispetto alla soluzione indicata, ma mostra aperture rispetto alla possibilità di accordare il potere di detrazione automatica al direttore del carcere.

³³ La possibilità di errori di valutazione o di calcolo (in particolare, in caso di "cumuli" da "sciogliere") suggerisce, ad ogni modo, di chiarire espressamente quale sia il rimedio per ottenere la correzione.

³⁴ FIORENTIN, *op. cit.*, 66, invece, rispetto all'omonima misura introdotta nel 2013, escludeva la formale riconducibilità della misura a quelle clemenziali in ragione dell'assenza di un intervento «officioso», presupponendo un'istanza di parte, e «vincolato», non essendo l'abbuono automatico ma rimesso alla valutazione discrezionale del magistrato.

³⁵ GIOSTRA, *Liberazione anticipata*, cit., ha osservato che «non ci troveremmo a questo punto se agli uffici di sorveglianza fossero state destinate risorse del PNRR, come è avvenuto per gli altri uffici giudiziari».

³⁶ Tale possibilità è stata prospettata dal Garante nazionale e dall'Unione delle Camere Penali Italiane.

Osservatorio Corte Costituzionale

a cura di **Ottavia Murro**

BENEFICI PENITENZIARI

C. Cost., 13 maggio 2024 (ud. 16 aprile 2024), n. 85, A.A. Barbera, Presidente; F. Viganò, Redattore.

La questione.

Il Magistrato di sorveglianza di Padova ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2-*quinquies*, comma 1, del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28 (Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19), convertito, con modificazioni, nella legge 25 giugno 2020, n. 70, «nella parte in cui prevede che l'autorizzazione ai colloqui con i figli minori non può essere concessa più di una volta alla settimana nel caso di detenuti per reati *ex art. 4 bis o.p.* per i quali non sussiste il divieto di concessione dei benefici *ex art. 4 bis* legge 26 luglio 1975 n. 354».

Le argomentazioni.

Nel caso di specie, il giudice *a quo* dubita della compatibilità della disposizione censurata con l'art. 3 Cost. sotto un duplice profilo: preliminarmente, per l'irragionevolezza intrinseca della disposizione stessa; in secondo luogo, per l'irragionevole disparità di trattamento da essa creata tra il regime relativo alla corrispondenza telefonica vigente per i detenuti o internati per delitti di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, primo periodo, o.p. (ai quali tuttavia non si applica il divieto di benefici ivi previsto), e il regime che la medesima disposizione prevede in favore dei detenuti e internati per la generalità degli altri reati.

In tale contesto, la Corte ha ricordato che chi è condannato per uno dei reati c.d. "ostativi" è ordinariamente escluso dai benefici penitenziari, in forza della generale presunzione per cui i collegamenti con l'organizzazione criminale non vengono meno con l'ingresso in carcere del condannato. Tali detenuti hanno accesso ai benefici, di regola, soltanto quando collaborano con la giustizia.

Tuttavia, la legge prevede varie ipotesi in cui i condannati per reati "ostativi" possono in concreto essere ammessi ai benefici penitenziari, pur in mancanza di una loro collaborazione con la giustizia. Tra queste ipotesi c'è quella di chi – come nel caso di specie – abbia accesso ai benefici perché la sua collaborazione è stata ritenuta impossibile e non risultano elementi che attestino un suo collegamento attuale con la criminalità organizzata.

A ben vedere, una disciplina derogatoria *in peius* per questo sottoinsieme di detenuti e internati non potrebbe giustificarsi, sul piano costituzionale, sulla base di

ragioni puramente afflittive, in risposta alla particolare gravità dei delitti elencati nel comma 1 dell'art. 4-*bis* o.p. Non a caso, la Consulta ha più volte escluso che una simile finalità possa legittimare le severe restrizioni connesse al regime detentivo speciale di cui all'art. 41-*bis*, comma 2, o.p., ritagliato sulla necessità di contenere la speciale pericolosità sociale di taluni detenuti e internati per i delitti "ostativi", rispetto ai quali sussistono, in concreto, elementi tali da far ritenere l'attualità dei collegamenti con le associazioni criminose di appartenenza.

Per tale ragione, la Corte ha osservato che «ogni disciplina – come l'art. 4-*bis* – che, a parità di pena inflitta, deroga in senso peggiorativo al regime penitenziario ordinario può trovare legittimazione sul piano costituzionale – al cospetto della necessaria finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, terzo comma, Cost. – soltanto in quanto sia necessaria e proporzionata rispetto al contenimento di una speciale pericolosità sociale del condannato e non invece in chiave di ulteriore punizione in ragione della speciale gravità del reato commesso. È, infatti, la misura della pena che nel nostro ordinamento deve riflettere la gravità del reato, non già la severità del regime sanzionatorio».

La soluzione.

La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2-*quinquies*, comma 1, del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28 (Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19), convertito, con modificazioni, nella legge 25 giugno 2020, n. 70, nella parte in cui non prevede, al terzo periodo, dopo le parole «Quando si tratta di detenuti o internati per uno dei delitti previsti dal primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354,», le parole «per i quali si applichi il divieto dei benefici ivi previsto,».

REATO DI RAPINA E LIEVE ENTITÀ

C. Cost., 13 maggio 2024 (ud. 16 aprile 2024), n. 86, A.A. Barbera, Presidente; S. Petitti, Redattore

La questione.

Il Tribunale ordinario di Cuneo ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 628, secondo comma, c.p., per violazione degli artt. 3 e 27, primo e terzo comma, della Costituzione, «nella parte in cui non prevede una diminuzione quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o le circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità». Il rimettente espone di dover giudicare sull'imputazione di rapina impropria, aggravata dalla commissione ad opera di più persone riunite, per aver prelevato dagli scaffali di un supermercato alcuni generi alimentari del valore totale di € 6,19 ed essersi assicurati il possesso degli stessi e l'impunità con minacce e uno spintone in danno dell'addetto alla sicurezza e del responsabile dell'esercizio commerciale.

Il Tribunale di Cuneo osserva che per il reato contestato il minimo edittale di pena detentiva applicabile nella specie sarebbe sproporzionato rispetto a un fatto di «scar-

sa offensività, sia sotto il profilo del valore della merce sottratta, sia sotto quello della modalità esecutiva della rapina (consistita in due frasi minacciose e una spinta)».

Le argomentazioni.

La Corte ha, preliminarmente, osservato come nel corso del tempo si sia registrato un progressivo inasprimento che ha interessato principalmente il minimo edittale della reclusione: originariamente determinato in tre anni, tale minimo è stato aumentato a cinque anni di reclusione, circostanza che può costringere il giudice a irrogare una sanzione in concreto sproporzionata rispetto al fatto verificatosi.

Ed infatti, per la rapina (come per l'estorsione), il notevole innalzamento del minimo edittale è stato realizzato senza introdurre una "valvola di sicurezza", che permetta al giudice di temperare la sanzione quando l'offensività concreta del fatto di reato non ne giustifichi una punizione così severa.

La Consulta richiama, allora, la sentenza n. 120 del 2023, in riferimento al reato di estorsione, reato caratterizzato anch'esso dall'elevato minimo edittale di cinque anni di reclusione e, nel contempo, dalla possibilità di consumazione anche tramite condotte di minimo impatto, personale e patrimoniale, ritenendo che la *ratio decidendi* della suddetta sentenza possa valere anche per il delitto di rapina.

Invero, la descrizione tipica operata dall'art. 628 c.p. evidenzia una latitudine oggettiva e una varietà di condotte materiali non meno ampia di quella del delitto di estorsione, poiché, anche nella rapina, la violenza o minaccia può essere di modesta portata e l'utilità perseguita, ovvero il danno cagionato, di valore quasi irrilevante. In simili fattispecie, il minimo edittale di notevole asprezza, introdotto per contenere fenomeni criminali seriamente lesivi della persona e del patrimonio, eccede lo scopo, determinando l'irrogazione di una pena irragionevole, sproporzionata e quindi inidonea alla rieducazione.

La Corte sottolinea quindi che i principi di individualizzazione e finalità rieducativa della pena ostano all'irrogazione di sanzioni sproporzionate rispetto alla gravità concreta del fatto di reato.

La soluzione.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 628, secondo comma, c.p., nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata è diminuita in misura non eccedente un terzo quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità. In via consequenziale, ha dichiarato, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), l'illegittimità costituzionale dell'art. 628, primo comma, c.p., nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata è diminuita in misura non eccedente un terzo quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità.

PORNOGRAFIA MINORILE E TRATTAMENTO SANZIONATORIO

C. Cost., 20 maggio 2024 (ud. 16 aprile 2024), n. 91; A.A. Barbera, Presidente; F. Patroni Griffi, Redattore.

La questione.

Il Tribunale ordinario di Bologna, seconda sezione penale, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 27, primo e terzo comma, della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 600-ter, primo comma, numero 1), c.p., nella parte in cui non prevede, per il reato di produzione di materiale pornografico mediante l'utilizzazione di minori di anni diciotto, l'attenuante per i casi di minore gravità. Ad avviso del remittente si tratterebbe di condotte di minore gravità, attesa la contenuta differenza di età tra l'imputato (appena diciottenne) e le persone offese (tredicenni e quattordicenni); l'oggetto delle immagini pedopornografiche, ritraenti unicamente «organi sessuali secondari»; l'assenza di finalità commerciali o divulgative; la mancanza di particolari tecniche di manipolazione psicologica o seduzione affettiva, o comunque pressioni subdole e infide sintomatiche di un più riprovevole sfruttamento della propria posizione di supremazia in termini di età ed esperienza.

Le argomentazioni.

Il giudice *a quo* si duole dell'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio sancito dall'art. 600-ter, primo comma, numero 1), c.p., che, nella sua eccessiva severità e in assenza di una "valvola di sicurezza", anche in considerazione della significativa asprezza del minimo edittale (pari a sei anni di reclusione), gli precluderebbe di graduare il trattamento punitivo. Diversamente detto, gli sarebbe impedito di adeguare la sanzione al caso concreto in presenza di elementi oggettivi che consentirebbero una diversa gradazione della pena.

Sicuramente, per costante giurisprudenza costituzionale, le valutazioni discrezionali di dosimetria della pena – in quanto massima espressione di politica criminale – spettano al legislatore, con il solo limite delle scelte sanzionatorie che si rivelino arbitrarie o manifestamente irragionevoli (*ex multis*, tra le ultime, sentenze n. 46 del 2024, n. 120 del 2023, n. 260 e n. 95 del 2022, n. 62 del 2021).

Tuttavia, nella perimetrazione del proprio sindacato di legittimità costituzionale, la Consulta ha sviluppato un modello di sindacato sulla proporzionalità "intrinseca" della pena, in modo da assicurare che questa sia adeguatamente calibrata sul fatto concreto e ciò indipendentemente dalla individuazione di un preciso *tertium comparationis* alla cui luce condurre lo scrutinio di proporzionalità (si vedano, più di recente, tra le altre, le sentenze n. 136 del 2020 e n. 284 del 2019).

In particolare, nello scrutinio di legittimità costituzionale sulla proporzionalità della pena, assume rilievo centrale la formulazione particolarmente ampia della disposizione censurata, la cui latitudine normativa sia tale da ricomprendere fattispecie significativamente diversificate sul piano criminologico e del tasso di disvalore. Proprio in tali ipotesi è stata sottolineata la necessità di prevedere delle diminuenti al fine di garantire la possibilità di graduare e individualizzare la sanzione rispetto allo specifico disvalore della singola condotta e assicurare il rispetto dei principi fissati dagli artt. 3 e 27 Cost. (*ex multis*, sentenze n. 86 del 2024; 120 del 2023, n. 244 del 2022, n. 117 del 2021, n. 88 del 2019, n. 106 del 2014 e n. 68 del 2012).

Alla luce di tali principi la Corte ha osservato che, per il reato di produzione di materiale pedopornografico, la mancata previsione di una "valvola di sicurezza" che consenta al giudice di modulare la pena, onde adeguarla alla concreta gravità della singola condotta, può determinare l'irrogazione di una sanzione non proporzionata.

Più precisamente, la formulazione normativa dell'art. 600-ter, primo comma, numero 1), c.p., nella sua ampiezza, è idonea a includere, nel proprio ambito applicativo, condotte marcatamente dissimili, sul piano criminologico e sul tasso di disvalore, alcune delle quali anche estranee alla *ratio* sottesa alla severa normativa in materia di pedopornografia; tanto più in presenza di una cornice editale del reato caratterizzata da un minimo di significativa asprezza, pari a sei anni di reclusione.

La soluzione.

La Corte ha, dunque, ritenuto che la mancata previsione di una diminvente – analoga a quella prevista per i delitti di violenza sessuale e atti sessuali con minorenne – preclude al giudice di calibrare la sanzione al caso concreto che può essere riconducibile a un'ipotesi di minore gravità, individuabile grazie alla prudente valutazione globale del fatto in cui assumono rilievo le modalità esecutive e l'oggetto delle immagini pedopornografiche, il grado di coartazione esercitato sulla vittima, le condizioni fisiche e psicologiche di quest'ultima, il danno, anche psichico, arrecato.

Per tale ragione, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 600-ter, primo comma, numero 1), c.p., nella parte in cui non prevede, per il reato di produzione di materiale pornografico mediante l'utilizzazione di minori di anni diciotto, che nei casi di minore gravità la pena da esso comminata è diminuita in misura non eccedente i due terzi.

INCOMPATIBILITÀ DEL GIUDICE

C. Cost., 23 maggio 2024 (ud. 5 marzo 2024), n. 93; A.A. Barbera, Presidente; F. Modugno, Redattore.

La questione.

Il Tribunale ordinario di Napoli ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, c.p.p., per contrasto con gli artt. 3, 24, secondo comma, 111, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità del GIP a partecipare al giudizio di opposizione alla richiesta di archiviazione «di cui all'art. 410 c.p.p.» dopo che, nel rigettare una richiesta di emissione di decreto penale di condanna, si è espresso in merito alla sussistenza di una causa di non punibilità. L'ordinanza di rimessione premette che il giudice aveva respinto la richiesta di emissione di decreto penale di condanna, avanzata dal pubblico ministero, con riguardo al reato di cui all'art. 612, secondo comma, c.p., e gli aveva restituito gli atti, ritenendo sussistente la causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p.

Il GIP chiedeva, dunque, di potersi astenere, ma il Presidente del Tribunale respingeva tale richiesta, osservando che l'incompatibilità a decidere il giudizio di opposizione «non sussiste neppure nei casi di declaratoria di nullità del decreto di archiviazione». Lo stesso GIP, a questo punto, ha ritenuto di sollevare le presenti questioni di legittimità costituzionale, rilevando, anzitutto, che il «*deficit* di terzietà del giudice» che, pur essendosi espresso sull'esistenza di una causa di non punibilità in sede di rigetto della richiesta di decreto penale di condanna, debba poi decidere sull'opposizione, non potrebbe essere superato in via interpretativa, in assenza di apposita previsione normativa.

Le argomentazioni.

La Corte, in via preliminare, ha ribadito come la disciplina sull'incompatibilità del giudice trova la sua *ratio* nella salvaguardia dei valori della terzietà e imparzialità del giudice che mirano ad escludere che questi possa pronunciarsi condizionato dalla "forza della prevenzione", cioè dalla tendenza a confermare una decisione o a mantenere un atteggiamento già assunto, derivante da valutazioni che egli stesso abbia già svolto in ordine alla medesima *res iudicanda*. Si è precisato, infatti, che le funzioni del giudicare sono assegnate a un soggetto "terzo", scevro di interessi propri e sgombrato da convinzioni precostituite in ordine alla materia su cui pronunciarsi (sentenza n. 172 del 2023; nello stesso senso, sentenze n. 64, n. 16 e n. 7 del 2022 e precedenti ivi citati).

La c.d. "incompatibilità orizzontale", disciplinata dal censurato art. 34, comma 2, c.p.p., è stata colpita, nel corso del tempo, da declaratorie di illegittimità costituzionale di tipo additivo, che hanno esteso l'operatività dell'istituto anche a ipotesi non espressamente contemplate. Nelle più recenti pronunce in materia, sono state indicate le condizioni al ricorrere delle quali si possa configurare l'incompatibilità del giudice, ovvero quando le preesistenti valutazioni cadano sulla medesima *res iudicanda*; il giudice sia stato chiamato a compiere una valutazione (e non abbia avuto semplice conoscenza) di atti anteriormente compiuti, strumentale all'assunzione di una decisione; quest'ultima abbia natura non "formale", ma "di contenuto", ovvero comporti valutazioni sul merito dell'ipotesi di accusa; d) la precedente valutazione si collochi in una diversa fase del procedimento (sentenze n. 172 e n. 91 del 2023 e n. 64 del 2022).

In tale prospettiva si inserisce anche il giudizio sulla particolare tenuità del fatto che richiede innegabilmente una valutazione complessa e congiunta di tutte le peculiarità della fattispecie concreta, dovendo tener conto, ai sensi dell'art. 133, primo comma, c.p., delle modalità della condotta, del grado di colpevolezza da esse desumibile e dell'entità del danno o del pericolo. Oggetto di accertamento è, dunque, la commissione del reato che, per essere ritenuto di "particolare tenuità", deve necessariamente sussistere. Non a caso, la Corte di legittimità qualifica il fatto particolarmente lieve ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p. come un fatto in ogni modo tipico, antiggiuridico e colpevole; consentendo, al giudice penale che intenda prosciogliere per la particolare tenuità del fatto, di pronunciarsi sulla domanda di risarcimento del danno.

Nel caso in esame, risulta sussistente ogni condizione richiesta dalla giurisprudenza affinché si configuri l'incompatibilità del giudice. Più nel dettaglio, è stata assunta una prima decisione - cosiddetta "pregiudicante" - nell'ambito della quale, valutando le prove, il giudice ha respinto la richiesta di decreto penale di condanna, convincendosi che il fatto non fosse punibile, ex art. 131-*bis* c.p., per la sua particolare tenuità. Il giudice ha quindi effettuato un esame completo dell'accusa, sotto i profili oggettivo e soggettivo; invero, proprio in tema di decreto penale di condanna, la Consulta ha precisato che il controllo demandato al GIP attiene «non solo ai presupposti del rito, ma anche al merito dell'ipotesi accusatoria, postulando una verifica del fatto storico e della responsabilità dell'imputato» (sentenza n. 16 del 2022; così pure sentenza n. 346 del 1997).

Poi, con la restituzione degli atti al pubblico ministero, s'è determinata la regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari, ricorrendo, così, la condizione della diversità della fase processuale (sentenze n. 16 del 2022 e n. 18 del 2017).

Infine, la sede decisoria (opposizione all'archiviazione per particolare tenuità del fatto) che il rimettente assume "pregiudicata" dalla formazione del precedente convincimento è qualificabile anch'essa come giudizio sulla responsabilità penale dell'imputato.

La soluzione.

La Corte ha, così, ritenuto che il giudice si è trovato due volte a valutare lo stesso fatto criminoso, dapprima in sede di esame della richiesta di decreto penale di condanna e successivamente in sede di opposizione all'archiviazione per particolare tenuità del fatto, potendo essere condizionato dalla decisione assunta in precedenza, in contrasto con l'art. 111, secondo comma, Cost., per il quale il processo si deve svolgere dinanzi a un giudice terzo e imparziale.

Per tale ragione, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità, a decidere sull'opposizione all'archiviazione per particolare tenuità del fatto, del giudice persona fisica che abbia rigettato la richiesta di decreto penale di condanna, ritenendo sussistere la suddetta causa di esclusione della punibilità.

VIOLAZIONE AL CODICE DELLA STRADA

C. Cost., 2 luglio 2024, (ud. 4 giugno 2024), n. 116, AA. Barbera, Presidente; G. Amoroso, Redattore

La questione.

Il Tribunale ordinario di Nuoro, sezione penale, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 25 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 73 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136), nella parte in cui punisce con sanzione penale chi, in precedenza sottoposto a misura di prevenzione personale, guidi un autoveicolo o un motoveicolo senza patente, in quanto revocata o sospesa, anche nelle ipotesi in cui la revoca o la sospensione del titolo abilitativo alla guida non conseguano all'applicazione della misura di prevenzione.

Le argomentazioni

Già in passato, la Corte è più volte intervenuta in riferimento alla condotta di guida senza patente, perché revocata, o negata, o mai conseguita, in ragione dell'essere l'imputato persona sottoposta, con provvedimento definitivo, a misure di prevenzione personale e ha ritenuto l'insussistenza del denunciato contrasto con gli artt. 3, 25, secondo comma, 27, terzo comma, Cost., non ravvisando una ipotesi di cosiddetta responsabilità d'autore.

Nel contempo, la Corte ha anche sottolineato che «la violazione della regola, che vieta di guidare autoveicoli e motoveicoli senza patente al soggetto sottoposto a misura di prevenzione personale, è espressione di una valutazione discrezionale del legislatore, il quale ha ritenuto sussistere un *quid pluris* di pericolosità per il fatto che colui che sia sottoposto con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione personale possa circolare alla guida di un veicolo».

Da un lato, vi è, dunque, la scelta del legislatore di inserire, su un piano generale, tra i requisiti soggettivi per conseguire la patente, il non essere persona sottoposta a misura di prevenzione personale (con l'eccezione della misura del foglio di via obbligatorio) e, dall'altro, di prevedere, una volta che sopraggiunga l'applicazione della misura di prevenzione, la possibilità per il prefetto di effettuare nel concreto «una verifica di necessità/opportunità, o meno, della revoca della patente di guida in via amministrativa a fronte della specifica misura di prevenzione cui nel caso concreto è sottoposto il suo titolare».

Tuttavia, le qualità personali dei soggetti o i comportamenti pregressi degli stessi «non possono giustificare disposizioni che attribuiscono rilevanza penale a condizioni soggettive, salvo che tale trattamento specifico e differenziato rispetto ad altre persone non risponda alla necessità di preservare altri interessi meritevoli di tutela».

Né risulta compatibile con il principio di offensività l'incriminazione dello “*status*” di sottoposto a misura di prevenzione personale che non si rifletta su una maggiore pericolosità o dannosità, e, quindi, offensività, della condotta, in assenza della violazione di una specifica prescrizione che sia ricollegabile alla condizione soggettiva di destinatario della misura di prevenzione personale.

Invero, non si giustifica, sotto il profilo del principio di uguaglianza, un trattamento sanzionatorio più grave rispetto a quello stabilito dal legislatore per tutti gli altri soggetti per i quali la medesima condotta rileva quale illecito amministrativo (salvo il caso della recidiva nel biennio).

La soluzione

Per tale ragione, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 73 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136), nella parte in cui prevede come reato la condotta di colui che – sottoposto a misura di prevenzione personale con provvedimento definitivo, ma senza che per tale ragione gli sia stata revocata la patente di guida – si ponga alla guida di un veicolo dopo che il titolo abilitativo gli sia stato revocato o sospeso a causa di precedenti violazioni di disposizioni del codice della strada.

Osservatorio Sezioni Unite*

a cura di
Guido Colaiacovo**
Luigi Ludovici***
Giulia Fiorucci****

Misure cautelari personali

Sez. un., 26 ottobre 2023 (dep. 11 aprile 2024), n. 15069, Cassano, Presidente, Centonze, Relatore, Fimiani, P.m. (concl. diff.)

In materia di misure cautelari personali, l'ordinanza di custodia cautelare emessa nei confronti di un imputato o indagato alloglotta, ove sia già emerso che questi non conosca la lingua italiana, è affetta, in caso di mancata traduzione, da nullità ai sensi del combinato disposto degli artt. 143 e 292 cod. proc. pen. Ove, invece, non sia già emerso che l'indagato o imputato alloglotta non conosca la lingua italiana, l'ordinanza di custodia cautelare non tradotta emessa nei suoi confronti è valida fino al momento in cui risulti la mancata conoscenza di detta lingua, che comporta l'obbligo di traduzione del provvedimento in un congruo termine, la cui violazione determina la nullità dell'intera sequenza di atti processuali compiuti sino a quel momento, in essa compresa l'ordinanza di custodia cautelare.

La questione.

Le Sezioni unite sono intervenute per definire le conseguenze processuali derivanti dall'omessa o tardiva traduzione del provvedimento che dispone una misura cautelare personale nei confronti di un soggetto alloglotta che non conosce la lingua italiana. Più precisamente, erano chiamate a chiarire se la mancata traduzione in un termine congruo in una lingua nota all'imputato che non conosca la lingua italiana dell'ordinanza cautelare determini la nullità del provvedimento coercitivo ovvero la perdita di efficacia della misura oppure comporti solo il differimento del termine per proporre impugnazione.

2. I contrapposti orientamenti.

Nella giurisprudenza di legittimità si distinguevano due indirizzi interpretativi.

Un primo orientamento, minoritario, sosteneva che dall'omessa ovvero dalla tardiva traduzione non potesse discendere alcuna nullità. Invero, l'art. 143 c.p.p. avrebbe

* *Misure cautelari personali* a cura di Guido Colaiacovo; *Appello cautelare, Patteggiamento e Ordine europeo di indagine* a cura di Luigi Ludovici e Giulia Fiorucci.

** Professore associato di diritto processuale penale - Università di Foggia.

*** Professore associato di diritto processuale penale - Unimarconi

**** Dottoranda di ricerca - Unimarconi

fatto esclusivo riferimento alla finalità della traduzione degli atti fondamentali, funzionale a consentire l'esercizio del diritto di difesa, senza prevedere alcuna sanzione processuale. In questa ottica, si aggiungeva che l'omessa o intempestiva traduzione dell'ordinanza, non attenendo alla struttura dell'atto, non poteva determinarne la nullità, ai sensi degli artt. 178 e 179 c.p.p., ma poteva, al più, inficiarne la validità, ripercuotendosi sulla validità degli atti processuali derivati ovvero sulla decorrenza del termine per impugnare (in questo senso, Sez. V, 6 luglio 2020, n. 22065, in *C.E.D. Cass.*, n. 279447; Sez. VI, 17 ottobre 2017, n. 51951, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1684).

Altro orientamento, invece, affermava che il difetto de quo configurava un vizio dell'atto, ma, ai fini dell'individuazione delle conseguenze, distingueva due situazioni, a seconda del momento nel quale l'autorità giudiziaria era resa edotta della circostanza che l'imputato non comprendesse la lingua italiana. Più precisamente, se tale tale conoscenza precedeva l'adozione dell'ordinanza cautelare, l'omessa o la tardiva traduzione determinava una nullità a regime intermedio (*ex plurimis*, Sez. IV, 18 maggio 2017, n. 33802, in *C.E.D. Cass.*, n. 270610); se, invece, fosse emersa in un momento successivo, faceva sorgere l'obbligo di procedere alla traduzione in un termine congruo e, soltanto qualora tale attività fosse stata eseguita in ritardo, sarebbe scaturita un'invalidità sopravvenuta, *id est*: la perdita di efficacia della misura (Sez. III, 18 febbraio 2015, n. 14990, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3668; Sez. VI, 4 dicembre 2008, n. 48469, in *C.E.D. Cass.*, n. 242147). Questo orientamento è coerente con quanto già enunciato in materia da una precedente decisione delle Sezioni unite (Sez. un., 24 settembre 2003, n. 5052, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1577).

3. La soluzione.

Le Sezioni unite hanno dato continuità al secondo orientamento fondato su "ragioni di ordine sistematico insuperabili". Nel contempo, hanno elaborato ulteriori precisazioni, soprattutto per quanto concerne l'interesse a impugnare.

La sentenza descrive, innanzitutto, i termini della questione alla luce del dato normativo e giurisprudenziale. Questa panoramica consente di notare che una pluralità di fonti normative tutelano il diritto dell'imputato a ottenere la traduzione dell'ordinanza cautelare in una lingua a lui conosciuta: la Suprema Corte indica l'art. 6 Cedu, l'art. 111 Cost., la direttiva 2010/64/UE e le previsioni interne che a quest'ultima hanno dato attuazione (il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32 che ha dato una nuova struttura all'art. 143 c.p.p. e il d.lgs. 23 giugno 2016, n. 129 che ha inserito l'art. 51-bis disp. att. c.p.p.).

Nonostante la chiarezza del quadro normativo, le Sezioni unite rilevano la sussistenza di questioni irrisolte e passano così a comporre il dissidio denunciato nell'ordinanza di rimessione.

Nel dirimere il contrasto, le Sezioni unite evidenziano come, alla luce degli insegnamenti del Giudice delle leggi (c. Cost., 12 gennaio 1993, n. 10, in *Giur. cost.*, 1993, p. 52), il diritto dell'imputato a ottenere la traduzione dell'ordinanza cautelare sia strettamente connesso all'esercizio del diritto di difesa ed esaltano il legame indissolubile tra l'art. 24 Cost. e l'art. 143 c.p.p.

Una impostazione dalla quale discende la convinzione che colui che non conosce la lingua italiana non beneficia solo del diritto all'interprete in udienza, ma vanta anche un innegabile diritto alla traduzione degli atti.

Inquadrata la materia in queste coordinate, le Sezioni unite respingono con forza il primo indirizzo ermeneutico, ritenuto privo di solidi ancoraggi con il dato costituzionale e sovranazionale.

Invero, l'attitudine dell'ordinanza cautelare a incidere sulla libertà personale impone di riconoscere la massima forza espansiva al diritto alla traduzione e di assicurare la tempestività di tale attività processuale.

Qui, tuttavia, la sentenza ravvisa la necessità di tenere distinte le due diverse situazioni che possono verificarsi: la prima, nella quale la mancata conoscenza della lingua italiana sia già nota alla autorità giudiziaria chiamata a pronunciarsi sulla richiesta di applicazione di una misura cautelare, e la seconda, nella quale, invece, tale condizione non sia nota ed emerga in un momento successivo all'emissione del provvedimento coercitivo. In questa ottica, le Sezioni unite ribadiscono che la prova della mancata conoscenza della lingua italiana non discende automaticamente dalla circostanza che l'imputato non è cittadino italiano.

Con riguardo alla prima condizione, la sentenza stabilisce che la misura cautelare, ove la traduzione non sia eseguita in termini congrui, è adottata in assenza di uno dei suoi elementi costitutivi, rappresentato dalla comprensione da parte del cittadino straniero delle ragioni che giustificano la privazione della sua libertà. La lettura congiunta dell'art. 292 c.p.p., che enuncia i requisiti dell'ordinanza cautelare, e dell'art. 143 c.p.p. impongono di concludere che in simili ipotesi la violazione del diritto alla traduzione determina una nullità a regime intermedio che deve essere eccepita con l'impugnazione dell'ordinanza applicativa dinanzi al tribunale del riesame, restando altrimenti precluse sia la sua deducibilità, che la sua rilevabilità.

Con riguardo alla seconda situazione, che si presenta più complessa, le Sezioni unite escludono, innanzitutto, che possa accettarsi un trattamento peggiore dell'imputato soltanto perché la sua mancata conoscenza della lingua italiana sia emersa in un momento successivo, essendo sempre necessario assicurare la comprensione delle ragioni che giustificano la privazione della libertà personale.

Per soddisfare questa esigenza, le Sezioni unite affermano che il giudice deve tempestivamente attivarsi per assicurare in tempi congrui la traduzione dell'ordinanza e che, nelle more, si può fare applicazione degli strumenti previsti in via d'urgenza dall'art. 51-*bis* disp. att. c.p.p. (in particolare, della possibilità di tradurre soltanto oralmente il provvedimento).

Laddove tale diritto non sia rispettato, la sentenza, dopo aver escluso che la soluzione possa far leva sul concetto di inefficacia, stabilisce che la violazione integra una nullità a regime intermedio.

Raggiunto questa prima tappa, le Sezioni unite affrontano il profilo dell'interesse a impugnare, comune a entrambe le situazioni.

Si tratta, probabilmente del punto di maggiore criticità della sentenza, che accoglie la tesi dell'effettivo pregiudizio delle nullità e afferma che l'imputato possa impugnare soltanto qualora abbia un interesse concreto, attuale e verificabile, ed escludono che sia sufficiente la mera allegazione di un pregiudizio astratto o potenziale. In altre parole, l'interesse a dedurre la patologia processuale de qua sussisterebbe soltanto se ed in quanto il soggetto all'udienza abbia allegato di aver subito, in conseguenza dell'ordinanza non tradotta, un pregiudizio illegittimo.

In cauda venenum: dopo aver esaltato la tutela del diritto di difesa, le Sezioni unite, esigendo questo approfondimento, ridimensionano la portata pratica dei principi enunciati.

Prima di concludere, le Sezioni unite affrontano un ultimo interrogativo sulla congruità del termine entro il quale deve essere tradotto il provvedimento cautelare. Qui, non rilevando alcun contrasto e ritenendo che si tratti di una questione di fatto, rimettono la valutazione al giudice di merito che dovrà tuttavia compiere una valutazione rigorosa dei molteplici profili relativi alle modalità con cui la traduzione dell'atto deve essere eseguita, fermo restando però che, come impone l'art. 6 Cedu, l'attività deve essere svolta "nel più breve tempo possibile".

Appello cautelare

Sez. un., 30 novembre 2023 (dep. 12 aprile 2024), n. 15403, Cassano, Presidente, Pistorelli, Relatore, Gaeta, P.m. (concl. diff.)

Nel giudizio di appello cautelare, celebrato nelle forme e con l'osservanza dei termini previsti dall'art. 127 c.p.p., possono essere prodotti dalle parti elementi probatori "nuovi" nel rispetto del contraddittorio e del principio di devoluzione, contrassegnato dalla contestazione, dalla richiesta originaria e dai motivi contenuti nell'atto d'appello".

La questione.

Le Sezioni unite sono intervenute per definire i confini del potere del giudice di appello cautelare nel caso di richiesta di acquisizione, a opera delle parti, di elementi probatori nuovi temporalmente successivi all'adozione del provvedimento di rigetto o sostituzione della misura cautelare oggetto dell'impugnazione.

I contrapposti orientamenti.

Nella giurisprudenza di legittimità si contrapponevano due orientamenti.

Un primo indirizzo riteneva il giudice di appello cautelare vincolato dall'effetto devolutivo proprio dell'impugnazione idoneo a precludere anche l'esercizio di poteri istruttori in grado di modificare la "piattaforma cognitiva" in relazione alla quale era stato adottato originariamente il provvedimento impugnato. Dunque, gli eventuali *nova* costituenti una situazione più favorevole per il destinatario della misura sarebbero stati valutabili solo qualora oggetti di una nuova istanza al giudice procedente (Sez. VI, 6 maggio 2003, n. 31477, in *C.E.D. Cass.*, n. 226456; Sez. III, 4 dicembre 2002, n. 3520, *ivi*, n. 224213).

Altro indirizzo, facendo leva sull'indispensabile e costante esigenza di adeguamento della misura cautelare alla situazione di fatto sottostante, giungeva a una diversa conclusione sostenendo che al giudice doveva essere riconosciuto il potere di fondare la propria decisione all'esito della valutazione globale di tutti gli elementi fino a quel momento emersi, a condizione che la produzione di eventuali *nova* avvenga entro i limiti imposti dal *devolutum* e nel rispetto del contraddittorio tra le parti.

La soluzione.

Le Sezioni unite hanno dato seguito al secondo indirizzo e hanno ammesso la possibilità per il giudice di appello di decidere l'impugnazione cautelare anche sulla

scorta di nuovi elementi probatori non conosciuti dal giudice che aveva emesso il provvedimento impugnato.

La Corte, infatti, ha in primo luogo sottolineato che la qualifica di “appello” data, appunto, all’impugnazione cautelare denota l’intenzione del legislatore di individuare nel mezzo uno strumento tipico, quale quello del Titolo II, Libro IX del codice; a riprova di ciò, le stesse Sezioni unite (Sez. un., 25 giugno 1997, n. 8, in *Cass. pen.*, 1998, p. 782) si erano già pronunciate sulla identica natura delle due forme di impugnazioni (ordinaria e cautelare). In secondo luogo, si è soffermata sugli effetti del principio devolutivo di cui all’art. 597 co. 1 c.p.p., chiarendo che la devoluzione, come limite alla cognizione del giudice di appello, comporta la individuazione di una cornice valutativa fondata sui motivi dedotti nell’impugnazione e sul *thema decidendum* sottoposto al giudice che ha adottato il provvedimento impugnato. Peraltro, già le precedenti Sezioni unite pronunciate in merito (Sez. un., 31 marzo 2004, n. 18339, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2746) avevano riconosciuto tale facoltà delle parti senza dichiararla incompatibile con il carattere devolutivo dell’appello.

La Corte ha operato questa breve premessa per sottolineare i due punti fermi del dibattito giurisprudenziale, considerando che gli orientamenti presentati non hanno dubitato circa la valenza di questo principio, concordando sugli effetti della devoluzione. Per dirimere la questione, dunque, la Corte, analizzando le diverse argomentazioni dei contrapposti orientamenti, ha riconosciuto la possibilità per il giudice dell’appello cautelare di valutare anche i nuovi elementi sulla scorta delle seguenti ragioni: intanto, il mancato rinvio dell’art. 310 c.p.p. all’art. 309 co. 9 c.p.p. è dettato da un’esigenza di semplificazione del testo normativo, con conseguente impossibilità di desumere da essa l’operatività, nell’appello cautelare, di una regola opposta a quella che caratterizza il giudizio di riesame. Proseguendo, il *plenum* ha rilevato che il giudice dell’impugnazione possiede i medesimi poteri rientranti nella competenza del primo giudice, necessari al fine di garantire una valutazione complessiva della situazione concreta in aderenza con il principio ricavabile dall’art. 299 co. 1, 3 c.p.p., il che implica soltanto che esulano dal suo orizzonte decisorio tutte quelle nuove prove esorbitanti i motivi dedotti nell’atto di appello e l’originario *thema decidendum*, come sopra già chiarito. Se così non fosse, infatti, non si creerebbe soltanto un’incoerenza all’interno del codice di rito, ma si arrecherebbe un *vulnus* ai principi fondamentali che regolano la materia cautelare, di cui agli artt. 13 e 27 della Costituzione, e che, in ragione proprio della precarietà degli atti in questione, fondati su un giudizio probabilistico di colpevolezza, sul principio del “minore sacrificio necessario” e sul modello della “pluralità graduata”, impongono un costante adeguamento dello *status libertatis*.

Deve concludersi, quindi, che anche in assenza di una previsione normativa in merito, nel procedimento di appello avverso un provvedimento adottato ex art. 299 c.p.p. sia legittima una produzione probatoria nuova nei limiti imposti dalla struttura e dalla funzione del mezzo di impugnazione in esame.

Patteggiamento.

Sez. un., 30 novembre 2023 (dep. 19 aprile 2024), n.16403, Cassano, Presidente, Pellegrino, Relatore, Cocomello, P.m. (concl. conf.)

In tema di patteggiamento, il danneggiato è legittimato a costituirsi parte civile in udienza preliminare, anche laddove l'imputato abbia precedentemente depositato in cancelleria la richiesta di applicazione della pena munita del consenso del pubblico ministero, sì che il giudice deve provvedere anche sulla regolamentazione delle relative spese di costituzione.

La questione.

Le Sezioni unite sono intervenute per sciogliere i dubbi sorti circa la legittimazione a costituirsi della parte civile per l'udienza preliminare, qualora l'accordo sul patteggiamento si sia perfezionato in un momento antecedente alla predetta costituzione e, in caso affermativo, se il giudice debba liquidare le spese di costituzione. Più precisamente, dunque, la Corte deve esprimersi chiarendo il significato della costituzione "per l'udienza preliminare" e l'opportunità di una costituzione a seguito di un accordo che esclude la rilevanza dell'interesse della parte – solo eventuale – che dovrebbe intervenire.

I contrapposti orientamenti.

Le Sezioni unite avevano dinanzi tre distinte opzioni ermeneutiche.

Un primo indirizzo della giurisprudenza di legittimità affermava che nel caso di udienza non destinata alla decisione sulla richiesta di applicazione della pena o volta alla sola eventuale decisione sulla richiesta di patteggiamento, al danneggiato è preclusa la costituzione di parte civile, qualora lo stesso sia a conoscenza dell'accordo tra imputato e pubblico ministero, potendosi rendere conto che la costituzione non sarebbe idonea a soddisfare gli interessi sottesi alla costituzione. Al contrario, qualora non vi fosse la conoscenza dell'intervenuto accordo, al danneggiato non si potrebbe impedire la costituzione per gli eventuali sbocchi risarcitori. Dunque, sarebbe legittimo, in questo caso, il provvedimento contenente la liquidazione delle spese in favore della parte civile (tra le altre, Sez. IV, 23 settembre 2022, n. 2659, non massimata; Sez. II, 5 aprile 2022, n. 13915, in *C.E.D. Cass.*, n. 283081; Sez. V, 10 dicembre 2021, n. 8227, non massimata).

Per un secondo indirizzo, al contrario, non è ammissibile una tale preclusione alla costituzione della parte civile in udienza preliminare anche qualora si fosse già concluso un accordo tra imputato e pubblico ministero pure qualora il danneggiato ne fosse venuto a conoscenza. A differenza dell'udienza di cui all'art. 447 co. 1 c.p.p. in cui gli unici epiloghi possibili sono il rigetto o l'accoglimento dell'accordo realizzato, l'udienza preliminare non geneticamente destinata al rito di cui all'art. 444 c.p.p., potrebbe concludersi in modi differenti da quelli ora citati, per cui non si vede perché il danneggiato non possa costituirsi, qualora formulata nel rispetto delle formalità di cui all'art. 78 c.p.p. e nei termini di cui all'art. 79 c.p.p. ne discende che in caso di accoglimento dell'accordo, il giudice deve – comunque – decidere sulla liquidazione delle spese di costituzione, ciò a prescindere dalla conoscenza o meno dell'accordo (Sez. IV, 25 gennaio 2023, n. 8518, non massimata; Sez. III, 6 luglio 2022, n. 32768, in *C.E.D. Cass.*, n. 283518).

Il terzo e ultimo orientamento si è, invece, focalizzato esclusivamente sugli effetti pratici, individuando il discrimine circa l'obbligo di liquidazione delle spese processuali da parte del giudice, nella conoscenza effettiva da parte del danneggiato dell'accordo di patteggiamento (Sez. V, 28 giugno 2018, n. 48342, in *C.E.D. Cass.*, n. 274141).

La soluzione.

Le Sezioni unite hanno preliminarmente osservato che non possono ammettersi il primo e il terzo orientamento, in quanto sviluppatasi all'esito di una errata "trasposizione" dei principi individuati nella sentenza D'Avino (Sez. un., 27 novembre 2008, n. 47803, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3901) i quali sono destinati a trovare applicazione solo con riferimento all'udienza di cui all'art. 447 c.p.p. ma non anche per l'udienza preliminare che, in quanto tale, non è destinata "geneticamente al rito di applicazione della pena su richiesta delle parti. Questa assimilazione tra due diversi segmenti processuali, ha chiarito la Corte, non può essere accolta considerato che si tratterebbe di paragonare un'udienza priva di formalità, avente un fine unico e specifico, peraltro, svolgibile anche in assenza di contraddittorio, e l'udienza preliminare, dove al contrario si realizza un momento del giudizio, contrassegnata da precisi momenti che vedono il necessario coinvolgimento di tutte le parti. L'udienza preliminare ha, infatti, quale primo necessario passaggio quello della verifica della regolare costituzione delle parti; considerare la conoscenza o conoscibilità dell'accordo tra imputato e accusa presupposti per la costituzione diverrebbe una distorsione della regola codicistica, facendo peraltro entrare nel processo ipotesi di conoscenza presunta. In effetti, già la Corte costituzionale (sentenza 443 del 1990) aveva affermato che non si può precludere al giudice penale la statuizione sulla domanda formulata dalla parte civile; farlo vorrebbe dire sacrificare l'interesse di chi si è avvalso del processo e dello strumento a sua disposizione in sede penale per tutelare il diritto alle restituzioni e al risarcimento. A riprova di ciò si deve considerare in primo luogo, la necessità di tutelare il diritto al contraddittorio che al contrario verrebbe frustrato nel caso in cui si escludesse il danneggiato dall'esercizio del diritto alla liquidazione delle spese; in secondo luogo, nessuna norma esclude che anche a seguito del probabile accoglimento del patteggiamento non possa avvenire la costituzione di parte civile, visto che l'interesse ad essa rimane attuale fino a che non venga accolto l'accordo dal giudice.

Infine, l'accordo tra imputato e pubblico ministero adottato all'esito del rito speciale non si estende alla liquidazione delle spese sostenute dalla parte civile, potendo quest'ultima (o l'imputato) censurare i punti relativi alla spesa, alla documentazione e alla congruità (Sez. un., 14 luglio 2011, n. 40288, in *C.E.D. Cass.*, n. 250680; sez. VI, 4 aprile 2013, n. 30779, *ivi*, n. 256742).

Ordine europeo di indagine

Sez. un., 29 febbraio 2024 (dep. 14 giugno 2024), n.23756, Cassano, Presidente, Corbo, Relatore, Cocomello, Giordano, P.m. (concl. conf.)

In materia di ordine europeo di indagine, l'acquisizione dei risultati di intercettazioni disposte da un'autorità giudiziaria straniera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, ed effettuare su una piattaforma informatica criptata e su criptofonini, non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 234 - bis cod. proc. pen., che opera al di fuori delle ipotesi di collaborazione tra autorità giudiziarie, ma è assoggettata alla disciplina di cui l'art. 270 cod. proc. pen.

In materia di ordine europeo di indagine, le prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione possono essere legittimamente richieste ed ac-

quisite dal pubblico ministero italiano senza la necessità di preventiva autorizzazione da parte del giudice del procedimento nel quale si intende utilizzarle.

L'emissione, da parte del pubblico ministero, di ordine europeo di indagine diretto ad ottenere i risultati di intercettazioni disposte da un'autorità giudiziaria straniera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, ed effettuate attraverso l'inserimento di un captatore informatico sui server di una piattaforma criptata, è ammissibile, perché attiene ad esiti investigativi ottenuti con modalità compatibili con l'ordinamento italiano, e non deve essere preceduta da autorizzazione del giudice italiano, quale condizione necessaria ex art. 6 Direttiva 2014/41/UE, perché tale autorizzazione non è richiesta nella disciplina nazionale.

L'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni disposte da un'autorità giudiziaria straniera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, ed effettuate su una piattaforma informatica criptata e su criptofonini, deve essere esclusa se il giudice del procedimento nel quale dette risultanze istruttorie vengono acquisite rileva che, in relazione ad esse, si sia verificata la violazione dei diritti fondamentali, fermo restando che l'onere di allegare e provare i fatti da cui inferire tale violazione grava sulla parte interessata.

L'impossibilità per la difesa di accedere all'algoritmo utilizzato nell'ambito di un sistema di comunicazioni per captare il testo delle stesse non determina una violazione dei diritti fondamentali, dovendo escludersi, salvo specifiche allegazioni di segno contrario, il pericolo di alterazione dei dati in quanto il contenuto di ciascun messaggio è inscindibilmente abbinato alla sua chiave di cifratura, ed una chiave errata non ha alcuna possibilità di decriptarlo anche solo parzialmente.

La questione.

Le due questioni proposte alla Corte concernevano la qualificazione giuridica degli esiti delle attività svolte in paese europeo diverso dall'Italia. In particolare, se mediante l'O.E.I. siano acquisibili, nel rispetto dell'art. 270 c.p.p., i risultati delle intercettazioni disposte dall'autorità giudiziaria straniera su piattaforma informatica e se l'acquisizione dei predetti dati, ottenuti con l'inserimento di un captatore informatico, determini la necessità di un controllo giurisdizionale interno preventivo o successivo.

I contrapposti orientamenti.

Diverse le questioni controverse che la Cassazione ha dovuto risolvere. La prima, concerne l'individuazione della disciplina applicabile in tema di acquisizione e di utilizzabilità delle comunicazioni acquisite mediante ordine europeo di indagine. Secondo un primo orientamento la disciplina applicabile è quella di cui all'art. 254 *bis* c.p.p. ossia del sequestro di corrispondenza informatica e telematica (Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 46883, in *C.E.D. Cass.*, n. 285543, 02, 03; Sez. VI, 11 ottobre 2023, n. 46482, *ivi*, n. 285363. Per un secondo orientamento, invece, le disposizioni che dovrebbero trovare applicazione sono quelle riguardanti l'acquisizione dei risultati di intercettazioni effettuate dall'autorità giudiziaria estera nell'ambito di un proprio procedimento. In questo caso, quindi, sarebbe necessario, inoltre, verificare le condizioni per la trasmissione degli esiti in relazione anche all'art. 270 c.p.p. (Sez. un., 17 novembre 2024, n. 45189, in *C.E.D. Cass.*, n. 229245; Sez. VI, 13 giugno 2017, n. 36874, *ivi*, n. 270812).

Secondo un terzo orientamento (primo in ordine di tempo) l'articolo da applicare sarebbe l'art. 234 *bis* c.p.p.

Passando alla seconda questione, relativa al diritto di difesa nel poter disporre dell'algoritmo per la decrittazione delle comunicazioni, secondo un primo orientamento, la difesa avrebbe diritto di ottenere sia la versione crittata dei messaggi sia le chiavi di cifratura per la decrittazione (Sez. IV; 15 luglio 2022, n. 32915, non massimata; Sez. IV, 5 ottobre 2019, n. 49896, in *C.E.D. Cass.*, n. 277949). Per un diverso orientamento, invece, la disponibilità dell'algoritmo non appare necessario per l'esercizio del diritto di difesa vista la certezza della scienza informatica e della sicurezza secondo cui solo un algoritmo è in grado di decrittare i messaggi (Sez. III, 21 aprile 2022, n. 30395, in *C.E.D. Cass.*, n. 283454 - 01; Sez. VI, 27 novembre 2019, n. 14395, *ivi*, n. 275534). Secondo un ulteriore orientamento, ancora, il diritto alla conoscenza dell'algoritmo non sarebbe riconosciuto dalla legge italiana che consente al difensore di accedere al verbale delle operazioni di cui all'art. 268 c.p.p. e alle registrazioni, ma non anche ai mezzi tecnici (Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 46390, in *C.E.D. Cass.*, n. 285494).

La soluzione.

La Corte di cassazione ha innanzitutto vagliato la problematica dell'omessa acquisizione agli atti del procedimento italiano di quanto contenuto nei procedimenti francesi, nei quali è stata disposta l'attività investigativa, atti necessari per vagliare l'utilizzabilità del materiale ricevuto tramite l'Ordine europeo di indagine. Secondo la Corte, non sussistono disposizioni che impongono il deposito nel procedimento italiano di provvedimenti provenienti dall'autorità straniera concernenti l'autorizzazione di un'attività di indagine di un procedimento autonomo; ne sarebbe una prova l'art. 78 disp. att. c.p.p. che non richiede - in questa materia - anche l'acquisizione dei provvedimenti giudiziari, così come confermato anche dall'art. 270 c.p.p. La Corte ha, infatti, sottolineato che non è necessario, per la difesa, ottenere i provvedimenti autorizzativi stranieri, considerando che anche l'art. 270 c.p.p. non prevede il relativo deposito, pur quando gli esiti delle conversazioni siano acquisite in procedimento diverso da quello in cui vengono utilizzate (Sez. un., 17 novembre 2004, n. 45189, in *C.E.D. Cass.*, n. 229224; Sez. I, 14 novembre 2023, n. 49622, *ivi*, n. 2855579). Anche nel caso in questione, qualora l'attività svolta fosse un'intercettazione di dati criptati, in ragione della certezza della scienza informatica per cui uno solo è l'algoritmo in grado di decrittare le conversazioni, non vi sarebbe alcun margine di errore che, al contrario, se presente, non permetterebbe affatto la decrittazione.

Ciò anticipa in parte quanto deciso in relazione alle questioni centrali della rimessione. Infatti, la Corte di cassazione ha premesso di dover primariamente comprendere la natura e la tipologia dei dati acquisiti dall'estero, perché la loro categorizzazione - sostiene la Corte - determina la differente disciplina da applicare.

In questo senso, quando si tratta di messaggi scambiati su chat di gruppo tramite un sistema cifrato, se l'attività di captazione avviene quando il messaggio è in transito tra il mittente e il destinatario, si tratterebbe di un'attività di intercettazione, al contrario - qualora il flusso si sia già concluso al momento dell'acquisizione dello stesso da parte dell'Autorità giudiziaria, si dovrebbe applicare la disciplina del sequestro di corrispondenza ex art. 254 c.p.p. o, secondo l'ordinanza di rimessione l'art. 254 *bis* c.p.p. in tema di sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici,

telematici e di comunicazioni. La Corte, sul punto, ha motivando a lungo, escludendo immediatamente l'ammissibilità dell'utilizzo dell'art. 234 *bis* c.p.p. che norma l'acquisizione di documenti e dati informatici all'estero, evidentemente alternativa e incompatibile con l'emissione e la disciplina dell'Ordinamento europeo di indagine essendo entrambi modalità di acquisizione di prova "transfrontaliera".

Successivamente, prendendo in considerazione sia l'ipotesi avanzata nell'ordinanza sia quella presentata nel ricorso, ha analizzato la disciplina spiegando che - in ogni caso - non vi è la necessità di un'autorizzazione preventiva da parte del giudice per il trasferimento dei predetti dati.

I dati in questione, già in possesso dell'Autorità straniera al momento della richiesta da parte dell'Autorità italiana, potrebbero essere, dunque, qualificati sia in dati c.d. freddi, per cui si dovrebbe procedere tramite sequestro di corrispondenza ai sensi dell'art. 254 c.p.p. (sequestro di corrispondenza) e non ai sensi 234 c.p.p., che consente l'acquisizione di scritti o atti statici, rappresentativi di fatti e non di comunicazioni (Sez. I, 6 luglio 1998, n. 4048, in *C.E.D. Cass.*, n. 211301).

In questo senso, occorre prestare attenzione alla disciplina di cui all'art. 15 della Costituzione, considerando che come anche recentemente sostenuto dalla Corte costituzionale, il concetto di corrispondenza è un concetto piuttosto ampio che abbraccia evidentemente anche i messaggi di whatsapp seppure criptati (C. Cost. 22 giugno 2023, n. 170, in *Giur. cost.*, 2023, p. 1713).

A ogni modo, l'autorizzazione che deve essere fornita al fine di procedere al sequestro di corrispondenza, ai sensi degli artt. 253 e 254 c.p.p. è quella del Pubblico Ministero; quindi, se anche i dati in questione non fossero già a disposizione dell'autorità straniera e si dovesse verificare l'attuazione di una disciplina analoga a quella italiana, non servirebbe l'autorizzazione del giudice. A maggior ragione quando gli atti sono - appunto - già in possesso dell'Autorità transfrontaliera, l'autorizzazione dell'Autorità giurisdizionale sarebbe superflua nel contesto sopra descritto.

Per quanto riguarda la disciplina di cui all'art. 270 c.p.p. (Sez. un., 17 novembre 2004, n. 45189, in *Cass. pen.*, 2005, p. 343, n. 229224; Sez. I, 14 novembre 2023, n. 49627, in *C.E.D. Cass.*, 285579), ossia la trasmissione di risultati di intercettazioni o conversazioni dal procedimento in cui sono state disposte ad altro procedimento, questa pone questioni in relazione alla stretta connessione con la tutela alla riservatezza delle comunicazioni e dei dati personali. Proprio in relazione alle garanzie giurisdizionali connesse all'attività in questione la Corte ha sostenuto che non fosse necessaria l'autorizzazione del giudice per l'emissione (da parte del Pubblico Ministero) dell'Ordine europeo di indagine, considerando che in Italia l'accusa ben può disporre l'acquisizione dei risultati di intercettazione di altro procedimento senza, appunto, una previa autorizzazione, considerando che le predette garanzie e la relativa attuazione si considerano rispettate a monte, cioè, nel procedimento nel quale confluiscono in via immediata gli esiti; ciò, secondo la Corte, anche se l'acquisizione è avvenuta mediante l'inserimento di un captatore informatico nel server di una piattaforma criptata. Analogamente, quando si tratti di trasmissione di risultati di intercettazione proveniente da procedimento estero, ma interno all'Unione Europea, quindi, nel rispetto delle condizioni di ammissibilità della Direttiva di riferimento (D. 2014/41/UE). Si è, comunque, soffermata - la Corte - nell'individuazione delle condizioni di validità dell'O.E.I. per garantire e tutelare i principi fondamentali dell'ordinamento in ragione dell'attività in questione: la sua emissione non deve contrastare con i principi

fondamentali dell'ordinamento in cui viene destinato l'atto oggetto dello stesso ordine; deve essere proporzionata al procedimento, tenendo conto dei diritti della persona indagata o imputata; gli atti di indagine richiesti devono poter essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo. Nello stesso senso, la giurisprudenza C.E.D.U. non ha vietato di effettuare intercettazioni che, come in questo caso, siano qualificabili di vaste proporzioni, purché siano previste delle garanzie volte a tutelare eventuali abusi e arbitri da parte delle autorità, anche nella fase dell'adozione della misura, dell'esecuzione e del controllo (C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 25 maggio 2021, *Centrum för Rättvisa c. Svezia*).

A PROPOSITO DI ACQUISIZIONE DELLE IMMAGINI ESTRAPOLATE DALLE TELECAMERE DI VIDEOSORVEGLIANZA

Cass., Sez. I, 5 Dicembre 2023 (Dep. 12 Marzo 2024), N. 10378 – Pres. Di Nicola – Rel. Monaco – P.m. Mignolo (Conf.)

Wanda Nocerino*

Sommario: 1. Il pensiero della Corte. – 2. Il contesto di riferimento. – 3. Una conclusione da ripensare.

ABSTRACT

Confermando un principio consolidato sia in dottrina che in giurisprudenza, i giudici di legittimità ribadiscono la natura documentale delle immagini estrapolate dalle telecamere di videosorveglianza. In quest'ottica, ai fini dell'utilizzabilità processuale delle videoregistrazioni, non è necessario rispettare la c.d. "catena di custodia", ossia la procedura atta a preservare la genuinità dei dati digitali, non assumendo alcun rilievo la natura supporto su cui la rappresentazione è incorporata. Una simile impostazione – che, di fatto, è volta a estendere a dismisura il perimetro operativo della prova documentale nell'ottica di semplificare le procedure di acquisizione delle videoregistrazioni – rischia di essere alquanto pericolosa visto il crescente uso di questo strumento di prova.

Confirming a consolidated principle in doctrine and jurisprudence, the judges of legitimacy reaffirm the documentary nature of the images extracted from video surveillance cameras. From this point of view, for the purposes of the procedural usability of video recordings, it is not necessary to comply with the so-called 'chain of custody', i.e. the procedure aimed at preserving the genuineness of digital data, since the nature of the support on which the representation is embedded is not relevant. Such an approach – which, in fact, is aimed at disproportionately extending the operational perimeter of the document and, therefore, aimed at simplifying the procedures for the acquisition of video recordings – risks being rather dangerous given the growing use of this instrument of evidence.

1. Il pensiero della Corte.

Non è facile per la Corte di Cassazione prendere posizione su una materia tecnicamente complessa come quella inerente alle modalità di acquisizione dei filmati delle telecamere di videosorveglianza e al relativo regime di impiego processuale. Non a caso, infatti, la giurisprudenza di legittimità si è a sempre concentrata sulla qualificazione giuridica da attribuire alle videoriprese investigative e alle videore-

* Ricercatore Università di Foggia.

gistrazioni¹ senza entrare nel merito delle questioni attinenti ai profili più “specialistici” della materia, nella piena consapevolezza del delicato equilibrio che regola i rapporti tra innovazioni tecnico-scientifiche e processo penale.

In questo campo – più di qualunque altro – il pericolo è che nel soppesare i diversi interessi in gioco, il diritto di difesa, da un lato, e l’esigenza di accertamento del fatto, dall’altro, si tende o a fare del primo un “super diritto costituzionale”, in grado di travolgere ogni altro precetto fondamentale, o ad enfatizzare il secondo quale unico e primario scopo del processo².

Nel caso di specie, i giudici preferiscono salvaguardare l’autonomia investigativa della p.g. e blindare il risultato probatorio che ne deriva: a parere della Corte, infatti, i *file* contenenti videoriprese effettuate da privati – al pari dei dati relativi al tracciamento GPS – rientrano nel *genus* della prova documentale e ne seguono il relativo regime acquisitivo di cui all’art. 234 c.p.p., non assumendo alcun rilievo la peculiare natura del supporto su cui i dati sono immagazzinati.

Così ragionando, la Corte arriva a ritenere che non occorre rispettare la catena di custodia per garantire l’impiego probatorio dei filmati estrapolati dalle telecamere di videosorveglianza, posto che «la copia estratta da un documento informatico ha la medesima valenza probatoria del dato originariamente acquisito, salvo che se ne deduca e dimostri la manipolazione [...]»³.

Senza anticipare quanto verrà approfondito nel prosieguo, si può dire che una simile impostazione non è del tutto convincente, e piuttosto acutizza quelle criticità procedurali e teleologiche che la dottrina ha tentato di arginare tutte le volte in cui il sistema ha dovuto fare i conti con la prova tecnico-scientifica⁴. Si è indotti a pensare che una simile impostazione rischia di delegittimare il complesso di regole procedurali per l’assunzione delle *digital evidences* che sono – o, almeno, dovrebbero essere – sedimentate nel sistema processuale quali garanzie ineludibili per assicurare la genuinità degli elementi probatori di stampo digitale⁵.

¹ Ci si riferisce, in particolare, alla ben nota distinzione introdotta dalla pronuncia delle Sezioni Unite “Prisco” che, da un lato, ha definito la natura documentale dei filmati acquisiti dalle telecamere di videosorveglianza effettuate da privati in luoghi pubblici, aperti o esposti al pubblico; dall’altra ha chiarito che le videoriprese esperite dalla p.g. a fini investigativi rientrano nella magmatica categoria delle prove atipiche. Cfr. Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, in Cass. pen., 2006, 3739, con nota di RUGGIERI, *Riprese visive e inammissibilità della prova. Sulla pronuncia in esame, ex multis*, CAMON, *Le Sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e alcuni dubbi nuovi*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, 1550; CONTI, *Le video-riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni Unite elaborano la categoria dei luoghi “riservati*, in Dir. pen. proc., 2006, 1347. Sull’inquadramento giuridico delle videoregistrazioni, tra gli altri, si vedano IASEVOLI, *La nomofilachia “creatrice” in materia di videoriprese*, in AA. Vv., *L’intercettazione di comunicazioni*, a cura di Bene, Bari, 2018, 285. Da ultimo, SAPONARO, *L’impatto processuale delle immagini: fotografie e videoriprese*, Padova, 2021.

² In questo senso, CURTOTTI, *Rilievi e accertamenti tecnici*, Padova, 2013, 3.

³ Così Cass., Sez. I, 5 dicembre 2023, n. 10378, non massimata, 4.

⁴ Sul tema, per tutti, CURTOTTI - FISHER - HOUCK - SPANGHER, *Diritto e scienza: un rapporto in continua evoluzione*, in AA. Vv., *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine*, a cura di Curtotti-Saravo, Torino, II ed., 2022, 1.

⁵ Ci si riferisce alla legge 18 marzo 2008, n. 48, recante “*Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d’Europa sulla criminalità informatica, fatta a Budapest il 23 novembre*

Tali considerazioni appaiono ancora più preoccupanti in ragione del crescente uso di questo strumento di prova che, in prospettiva, è destinato ad aumentare ancora il suo “peso”⁶. Ci si riferisce, in particolare, all’*AI Act*⁷ che concorre ad accrescere a dismisura le potenzialità informativo-investigative delle immagini videoregistrate. Il Regolamento, infatti, autorizzando (a specifiche condizioni)⁸ l’impiego di sistemi di identificazione remota *real time* per la prevenzione e il contrasto di gravi minacce alla sicurezza nazionale, sembra di fatto incoraggiare il ricorso a sistemi di sorveglianza “intelligenti” per procedere al riconoscimento biometrico di «sospettati” di reati».

2. Il contesto di riferimento.

Prima ancora di soffermarsi sulle implicazioni giuridico-dogmatiche che derivano dalla pronuncia in commento, conviene considerare il contesto nel quale si insinua il fenomeno dei “*video surveillance systems*”.

Da oltre un decennio, si è diffusa la convinzione che la videosorveglianza porti grandi contributi alla sicurezza pubblica, sia in chiave preventiva, come strumento di deterrenza, sia in chiave repressiva, quale mezzo di individuazione e identificazione dei responsabili di reati già commessi⁹.

I più recenti sviluppi della tecnologia digitale – e, in particolare, dell’intelligenza artificiale – hanno raggiunto e potenziato il congegno, schiudendo scenari inimmaginabili in passato. Con l’ausilio delle telecamere di videosorveglianza, infatti, è diventato

2001, e norme di adeguamento dell’ordinamento interno”, che delinea la normativa per procedere all’acquisizione delle prove digitali. Sul punto, per tutti, AA. VV., *Sistema penale e criminalità informatica: profili sostanziali e processuali nella legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime*, a cura di Luparia, Milano, 2009.

⁶ Secondo uno studio condotto da CURTOTTI-BATTIATO, *L’uso delle telecamere di sorveglianza a scopi di indagine*, 2018, su commissione della Direzione Centrale della Polizia di Stato, il 96% degli intervistati (ossia agenti e ufficiali di p.g. appartenenti alla Polizia di Stato) ricorre alle immagini provenienti dalle telecamere di videosorveglianza a fini investigativi.

⁷ È in via di definitiva adozione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, secondo la procedura legislativa ordinaria, la proposta di regolamento, presentata dalla Commissione europea il 21 aprile 2021, recante un quadro giuridico in materia di intelligenza artificiale (esplicitamente denominato “legge sull’intelligenza artificiale”, ovvero “*AI Act*”).

⁸ In particolare, l’art. 5 dell’*AI Act*, prevede che non è consentito «l’uso di sistemi di identificazione biometrica remota in tempo reale in spazi accessibili al pubblico, a fini di contrasto, a meno che e nella misura in cui tale uso sia strettamente necessario per uno dei seguenti obiettivi: 1) la ricerca mirata di specifiche vittime di sottrazione, tratta di esseri umani o sfruttamento sessuale di esseri umani, nonché la ricerca di persone scomparse; 2) la prevenzione di una minaccia specifica sostanziale e imminente per la vita o l’incolumità fisica delle persone fisiche o di una minaccia reale e attuale o reale e prevedibile di un attacco terroristico; 3) la localizzazione o l’identificazione di una persona sospettata di aver commesso un reato, ai fini dello svolgimento di un’indagine penale, dell’esercizio di un’azione penale o dell’esecuzione di una sanzione penale per i reati di cui all’Allegato 2, punibile nello Stato membro interessato con una pena o una misura di sicurezza privativa della libertà della durata massima di almeno quattro anni [...]».

⁹ Sottolineano il crescente uso dei sistemi di videosorveglianza a fini securitari, CALIFANO-FIORILLO, voce *Videosorveglianza*, in *Dig. pubbl.*, Agg., Torino, 2015, 504.

possibile non solo ascoltare i dialoghi intercorrenti tra i soggetti monitorati¹⁰, ma anche riconoscere un individuo filmato incrociando le immagini con altri dati personali¹¹ e rilevare automaticamente comportamenti sospetti, registrandoli e segnalandoli.

Alla serrata regolamentazione relativa all'uso degli impianti di videosorveglianza per fini di pubblica sicurezza¹² non corrisponde un adeguato regime processuale per favorire l'impiego probatorio delle immagini nel circuito processuale¹³: si tratta di «un difetto grave, perché le riprese visive pongono problemi di qualificazione giuridica piuttosto intricati»¹⁴.

Di fronte all'assenza di norme volte a regolare il regime di utilizzabilità probatoria delle immagini provenienti dalle telecamere di sorveglianza, è la giurisprudenza a delineare il perimetro entro cui l'acquisizione delle registrazioni può considerarsi legittima.

La Corte è granitica nel discernere le condizioni di impiego dibattimentale delle videoriprese investigative, ossia quelle esperite dalla p.g., anche di iniziativa, nel corso del procedimento e per finalità di indagine, e delle videoregistrazioni, ovvero i filmati estratti dagli impianti di sicurezza confezionati di privati in un contesto stragiudiziale.

Nel primo caso i giudici sono fermi nel seguire i dettami delle Sezioni Unite c.d. "Prisco"¹⁵; nel secondo, la Corte – altrettanto fermamente – ritiene che l'utilizzo processuale delle immagini provenienti dalle telecamere di sorveglianza è condizionato

¹⁰ Si veda, sul punto, Sez. I, 8 aprile 2009, n. 18174, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2009, 467, in materia di intercettazione dei colloqui in ambiente carcerario mediante l'utilizzo di strumentazione audiovisiva.

¹¹ Si pensi che il Regolamento 2024/982/UE, "Sulla consultazione e lo scambio automatizzati di dati per la cooperazione di polizia e che modifica le decisioni 2008/615/GAI e 2008/616/GAI del Consiglio e i regolamenti (UE) 2018/1726, (UE) 2019/817 e (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio" (c.d. Regolamento "Prüm II"), adottato il 13 marzo 2024, delinea la procedura di consultazione automatizzata delle immagini del volto e degli estratti del casellario giudiziale.

¹² Si pensi al decreto in materia di pubblica sicurezza del 2009 (d.l. 23 febbraio 2009, n. 11) che, in combinato disposto con le regole segnate dal Regolamento europeo 2016/679, pur consentendo agli enti statuali di installare impianti per la tutela della sicurezza urbana in luoghi pubblici o aperti al pubblico, introduce una serie di limiti al trattamento dei dati personali immagazzinati dai sistemi di videosorveglianza a carico dei Titolari (ossia la Pubblica Amministrazione che installa il dispositivo) e a favore degli interessati (ovvero i cittadini), con riguardo ai tempi di conservazione, alle finalità del trattamento e ai requisiti tecnici dei sistemi, in ossequio al principio di *accountability* e di *privacy by design*. Si pensi, ancora al d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51, di recepimento della Direttiva UE 2016/680, che consente ai Titolari del trattamento, ossia i Comuni in persona dei sindaci *pro tempore*, di stipulare appositi "patti per la sicurezza" per legittimare gli organi di polizia di sicurezza ad utilizzare gli impianti di telecontrollo per esigenze di prevenzione o repressione dei fenomeni criminali, sempre nel rispetto delle regole generali imposte dal GDPR.

¹³ Esistono, tutt'al più delle circolari interne diffuse dalle procure più virtuose. Cfr, per tutte, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli, *Direttiva n. 1/2022. Prime indicazioni operative sull'applicazione del d.lgs. n. 150/2022*, disponibile online su www.procura.tivoli.giustizia.it.

¹⁴ Così CAMON, voce *Captazione di immagini (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 2013, 135.

¹⁵ Cass., Sez. un., 28 luglio 2006, n. 26795, cit.

alla disciplina di cui all'art. 234 c.p.p., trattandosi di prove documentali di natura informatica¹⁶.

Di qui, si è detto che «la copia estratta da un documento informatico ha la medesima valenza probatoria del dato originariamente acquisito, salvo che se ne deduca o dimostri la manipolazione»¹⁷; per tale ragione, secondo la Corte, non occorre rispettare la catena di custodia per garantire l'impiego processuale delle immagini videoregistrate, vigendo una presunzione di "genuinità" dell'informazione ottenuta, proprio come avverrebbe se fosse acquisito un documento analogico¹⁸.

Altrettanto inconfutabile per la giurisprudenza è la natura ripetibile del rilievo consistente nell'estrazione dei filmati dalle telecamere di videosorveglianza¹⁹.

Se è vero che «la tecnica consente di acquisire un dato informatico attraverso operazioni meramente esecutive e materiali, il cui unico scopo è quello di assicurare alla fase processuale quanto di rilevante è contenuto all'interno dello stesso in formato digitale»²⁰, è evidente l'impossibilità di ricorrere allo statuto dell'accertamento tecnico irripetibile di cui all'art. 360 c.p.p.²¹, poiché «l'apprensione non comporta alcuna attività di carattere valutativo su base tecnico-scientifica, né determina alcuna alterazione dello stato delle cose, tale da recare pregiudizio alla genuinità del contributo conoscitivo nella prospettiva dibattimentale, essendo sempre comunque assicurata la riproducibilità di informazioni identiche a quelle contenute nell'originale»²².

3. Una conclusione da ripensare.

La decisione – in linea con l'impostazione seguita dalla giurisprudenza maggioritaria – non è del tutto convincente.

Intanto, va rilevato l'errore di fondo sotteso alla pronuncia in commento: i giudici, infatti, sembrano partire da un presupposto errato, sovrapponendo i dati relativi al tracciamento GPS alle videoregistrazioni.

Il segnale video è dato da un insieme di immagini o, più correttamente, da una sequenza di fotogrammi che vengono visualizzati in successione, prendendo il nome di *frame*. Si tratta, dunque di dati digitali che contengono informazioni espresse in un codice binario – ossia in sequenze di numeri, zero e uno, definite *bit* – e con-

¹⁶ Così Cass., Sez. VI, 20 dicembre 2018, n. 15838, in *C.E.D. Cass.*, n. 275541. In senso analogo, Cass., Sez. V, 6 maggio 2020, n. 13779, in *Proc. pen. giust.*, 2020, n. 4, 919. Da ultimo, Cass., Sez. II, 21 marzo 2024, n. 11837, non massimata.

¹⁷ Cass., Sez. VI, 6 febbraio 2020, n. 12975, in *C.E.D. Cass.*, n. 278808; Cass., Sez. VI, 20 dicembre 2018, n. 15838, cit.

¹⁸ Così Cass., Sez. I, 5 dicembre 2023, n. 10378, cit., 4.

¹⁹ Cass., Sez. VI, 14 luglio 2016, n. 41695, in *C.E.D. Cass.*, n. 268932; Cass., Sez. II, 10 novembre 1992, n. 4523, *ivi*, n. 192570.

²⁰ Cass., Sez. VI, 20 dicembre 2018, n. 15838, cit., 6.

²¹ Cass., Sez. I, 2 novembre 2023, n. 4895, in *C.E.D. Cass.*, n. 285716; Cass., Sez. I, 27 novembre 2018, n. 19299, non massimata; Cass., Sez. VI, 14 luglio 2016, n. 41695, in *C.E.D. Cass.*, n. 268326.

²² Cass., Sez. I, 5 marzo 2019, n. 14511, in *Cass. pen.*, 2010, 1520. Analogamente, Sez. I, 9 marzo 2011, *ivi*, 440, con nota di DANIELE, *Il diritto al preavviso della difesa nelle indagini informatiche*.

tenute nelle memorie di computer o di altri dispositivi informatici, oppure circolanti in Rete²³.

Le informazioni relative alla localizzazione satellitare, invece, non rientrano nel concetto di *digital evidences*, trattandosi di immagini “statiche” e dati alfanumerici che delineano le coordinate spazio-territoriali entro cui il bersaglio si muove²⁴.

Di conseguenza, pur essendo entrambi dotati di un'autonoma efficacia rappresentativa, per l'impiego processuale delle videoregistrazioni occorre assicurare “a monte” l'affidabilità dell'elemento di prova digitale; viceversa, nel caso di dati di geolocalizzazione «mentre *ex ante* non pare discutibile l'attendibilità della tecnica GPS, [solo] *ex post* occorrerà verificare se l'oggettività della rilevazione sia stata o no compromessa tramite strumentazioni esterne»²⁵.

Da questo punto di vista, risulta indispensabile distinguere le modalità con cui si procede all'apprensione materiale delle due *species* di informazioni perché, se nell'ipotesi di dati relativi al tracciamento GPS non è richiesto *a priori* alcun nessun adempimento specifico in sede di acquisizione, nel caso di videoregistrazioni è doveroso ricorrere al complesso di regole valevoli per la raccolta degli elementi di prova digitali così da contenere gli ontologici rischi di alterazione²⁶.

Come è noto, le prescrizioni in materia di *digital forensics* impongono il rispetto della c.d. catena di custodia, ossia «l'insieme di passaggi, formalizzati con un sistema di tracciamento (manuale o elettronico), attraverso i quali il reperto, o meglio i plichi ed i confezionamenti in cui è conservato, transita dalla scena del crimine al tutte le altre fasi del procedimento penale»²⁷, al fine di consentire al dato digitale di trovare

²³ Il segnale video è dato da un insieme di immagini o, più correttamente, da una sequenza di fotogrammi che vengono visualizzati in successione, prendendo il nome di frame. Questi ultimi sono dati digitali che contengono informazioni espresse in un codice binario – ossia in sequenze di numeri, zero e uno, definite *bit* – e contenute nelle memorie di computer o di altri dispositivi informatici, oppure circolanti in Rete. Sul punto, si veda. CRICRI', voce *Videoregistrazioni*, in Enc. giur., XXXII, Roma, 2006, 1

²⁴ Secondo la giurisprudenza, i dati relativi alla localizzazione degli spostamenti tramite sistema di rilevamento satellitare rappresentano una prova documentale (Cass., Sez. II, 21 gennaio 2021, n. 5415, in *C.E.D. Cass.*, n. 280647), ovvero un'attività atipica se esperita da soggetti del procedimento per fini strettamente investigativi (Cass., Sez. VI, 9 marzo 2023, n. 15422, *ivi*, n. 284582). Per approfondimenti sul tema, si veda BENE, *Il pedinamento elettronico: tecnica di investigazione e tutela dei diritti fondamentali, Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, Torino, II ed., 2019, 443.

²⁵ Così FILIPPI, *La disciplina italiana dei tabulati telefonici e telematici contrasta con il diritto U.E.*, in *Dir. difesa*, 2021, n. 2, 423. In effetti, come chiarisce la giurisprudenza di legittimità, «poiché l'attività di p.g. consiste nella semplice trasposizione di un dato oggettivo (cioè, nella specie, quello costituito dalle coordinate ottenute dal GPS) nelle annotazioni della stessa p.g. o nelle sue relazioni di servizio, si dovrebbe escludere che la mancanza del supporto informatico contenente gli originali dei tracciati possa in alcun modo inficiare l'attendibilità e la oggettiva valenza probatoria dei medesimi dati, concernenti le suddette coordinate». Cass., Sez. IV, 27 novembre 2012, n. 48279, in *Giust. pen.*, 2013, III, 434; Cass., Sez. I, 7 gennaio 2010, n. 9416, in *Cass. pen.*, 2012, 1062.

²⁶ Sul punto, da ultimo, MURRO, *Lo smartphone come fonte di prova. Dal sequestro del dispositivo all'analisi dei dati*, Padova, 2024, 111.

²⁷ Testualmente, GENNARI-SARAVO, *Le tracce*, in Aa. Vv., *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine*, cit., 546. Secondo ZICCARDI, *La procedura di analisi della fonte di prova digitale*, in Aa. Vv., *Investigazione penale e tecnologia informatica. L'accertamento del reato tra progresso*

impiego nel processo al riparo da eventuali eccezioni di inutilizzabilità fondate proprio sul mancato rispetto delle cautele di ordine tecnico²⁸.

Peraltro, va considerato che l'acquisizione "genuina" del materiale probatorio da riversare in sede processuale rappresenta un dogma imposto dalle stesse norme del codice di rito.

Considerato che i filmati provenienti dalle telecamere di sorveglianza sono documenti informatici²⁹ – peraltro dotati di caratteristiche proprie e univoche che li rendono ancora più "fragili" rispetto ai modelli tradizionali³⁰ –, il punto di riferimento per delineare il relativo regime acquisitivo è l'art. 234 c.p.p., secondo cui l'atto rappresentativo deve essere intromesso nel circuito processuale in originale e, solo «[Q]uando l'originale di un documento del quale occorre far uso è per qualsiasi causa distrutto, smarrito o sottratto e non è possibile recuperarlo, può esserne acquisita copia».

Ciò significa che la regola che sottende l'apprensione di documenti è l'acquisizione fedele dell'informazione; il ricorso alle copie è riservato ad ipotesi eccezionali³¹.

scientifico e garanzie fondamentali, a cura di Luparia-Ziccardi, Milano, 2007, 65, la catena di custodia va intesa come «la garanzia di aver mantenuto inalterati tutti i dati e lo stato del supporto fisico che li contiene durante le varie fasi del repertamento e dell'analisi».

²⁸ Secondo una parte della dottrina (BRAGHÒ, *L'ispezione e la perquisizione di dati*, in AA. VV., *Profili sostanziali e processuali nella legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime*, a cura di Luparia, Milano, 2009, 191; ZACCHE', *La prova documentale*, Milano, 2012, 33), l'inosservanza delle regole sulle modalità operative sarebbe estranea all'area di operatività dell'inutilizzabilità, di talché potrebbe avere rilevanza soltanto nel momento della valutazione della prova. Secondo altri (CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 790; LORENZETTO, *Utilizzabilità dei dati informatici incorporati su computer in sequestro: dal contenitore al contenuto passando per la copia*, in *Cass. pen.*, 2010, 1522), la violazione delle regole tecniche dovrebbe determinare l'inutilizzabilità delle evidenze elettroniche raccolte. Questa opzione ermeneutica potrebbe poggiare «sulla individuazione di un divieto probatorio espresso in maniera implicita proprio per il tramite degli innesti del 2008», oppure, nonostante la tipizzazione della materia realizzata dalla legge del 2008, «sulla valorizzazione della portata dogmatica dell'art. 189 in punto di vaglio giudiziale di idoneità dei nuovi strumenti ad assicurare un accertamento attendibile», oppure, ancora, sulla estensione dei canoni, già contenuti in nuce nel sistema, di estromissione dal processo d'ogni materiale inquinato capace di adulterare la ricostruzione penale». Così LUPARIA, *Computer crimes e procedimento penale*, in AA. VV., *Modelli differenziati di accertamento*, a cura di Garuti, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, Torino, 2011, 463.

²⁹ Ossia rappresentazioni incorporate su base materiale con metodo digitale. In questo senso, TONINI, *L'evoluzione delle categorie tradizionali: il documento informatico*, in AA. VV., *Cybercrime*, a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, Torino, 2023, 1506. Più in generale, sull'inquadramento giuridico della categoria della prova documentale, *ex multis*, I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, Padova, 1995; CANTONE, *La prova documentale*, Torino, 2004; KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, Torino, 2000; LARONGA, *La prova documentale nel processo penale*, Torino, 2004; PERCHINUNNO, voce *Prova documentale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1998, Milano, 721; ZACCHE', *La prova documentale*, cit. Da ultimo VELE, *La prova documentale nel processo penale*, Bari, 2022.

³⁰ Sulle caratteristiche del dato digitale, *ex multis*, ATERNO, voce *Digital forensics (investigazioni digitali)*, in *Dig. dig. pen.*, VIII, Torino, 2014, 217; DI PAOLO, voce *Prova informatica*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 2013, 738; PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, Torino, 2018, 10; SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018, 121.

³¹ Sul punto, approfonditamente, KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, cit., 125; ZACCHE',

Segue il corollario: allorché ci si accinge ad acquisire un documento informatico, risulta imprescindibile procedere alla duplicazione dello stesso per assicurare al processo una “copia clone” (c.d. “copia forense”)³² quale condizione ineludibile per riconoscere al materiale appreso una “dignità” probatoria.

Di conseguenza, appare assolutamente discutibile la scelta della Corte di semplificare la procedura di estrapolazione e conservazione delle immagini, ritenendo superfluo il ricorso alla copia forense e alla catena di custodia: in questo caso, la volontà di “liberalizzare” le forme rappresenta un forte limite all'affidabilità dell'atto, acuendo il rischio di far entrare al processo informazioni parziali o, addirittura, errate³³.

A ragionare diversamente, si rischia di compromettere il diritto di difesa dell'imputato³⁴, inteso quale diritto ad un corretto accertamento giudiziale³⁵ fondato sulla base di indagini complete (e corrette) in tutti gli aspetti, considerato che durante il processo «è in gioco un'opzione di civiltà, di tutela della libertà, che segna un primato dei mezzi sui fini»³⁶.

Perché ciò avvenga non sembra sufficiente che in sede investigativa si sia proceduto ad acquisire il maggior numero possibile di elementi di prova a disposizione, apparendo anche indispensabile garantire anche che l'acquisizione di tali elementi sia avvenuta correttamente, dal momento che «ad una valutazione formale della completezza, deve quindi corrisponderne una sostanziale, pena lo svuotamento del principio stesso della completezza delle indagini»³⁷.

La prova documentale, cit., 34. In questo senso anche la giurisprudenza di legittimità. *Ex multis*, Cass., Sez. III, 1 dicembre 2021, n. 8557, in *C.E.D. Cass.*, n. 282917; Cass., Sez. V, 16 gennaio 2018, n. 8736, ivi, 272417; Sez. II, 21 novembre 2014, n. 52017, ivi, n. 261627.

³² Da un punto di vista strettamente tecnico, le più accreditate pratiche di *digital forensics* consentono di realizzare una copia-clone dell'originale. Ciò avviene grazie ad un sistema di acquisizione e di analisi che è in grado di effettuare una c.d. *bit-stream image*, cioè una immagine “bit per bit” del contenuto del supporto originario. Tale operazione deve essere accompagnata da un blocco di scrittura che impedisce ogni modifica, cancellazione e compromissione (anche colposa) dei dati grazie alla funzione hash, ossia uno strumento che imprime la traccia dell'analisi forense e permette l'aderenza assoluta della copia all'originale. Sul punto, ATERNO, voce *Digital forensics*, cit., 220; DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 292; PADDUA, *Videosorveglianza e prova: una questione di attendibilità*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, n. 4, 927; SIGNORATO, *Le indagini digitali*, cit., 223.

³³ Secondo CASEY, *Error, uncertainty and loss in digital evidence*, in *International journal dig. evid.*, n. 1-2, 2002, 10, il margine di errore nell'acquisizione delle prove digitale è molto elevato, potendo recare pregiudizio alla genuinità del dato virtuale già nel momento in cui si procede a estrapolare l'immagine. In questo modo, potrebbero entrare al processo prove errate sotto il profilo rappresentativo.

³⁴ Sul tema, *ex multis*, CIMADOMO-DALIA, voce *Difensore*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1999, 501; FERRUA, voce *Difesa (Diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 66; RANDAZZO, *Difesa e difensore*, in *AA. VV.*, *Protagonisti e comprimari del processo penale*, coordinato da Chiavario, Torino, 1995, 277.

³⁵ Per la contrapposizione tra la difesa come diritto dell'imputato e la difesa come garanzia oggettiva per un corretto svolgimento del giudizio, cfr. DENTI, *La difesa come diritto e come garanzia*, in *AA. VV.*, *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, a cura di Grevi, Bologna, 1977, 48; GIARDA, *La difesa tecnica dell'imputato: diritto inviolabile e canone oggettivo di regolarità della giurisdizione*, ivi, 69; GREVI, *Rifiuto del difensore e inviolabilità della difesa*, ivi, 9.

³⁶ FERRUA, voce *Difesa*, cit., 69.

³⁷ Così SIGNORATO, *Le indagini digitali*, cit., 129.

SUL GIUDICE COMPETENTE PER MATERIA IN CASO DI LESIONI CON MALATTIA DI DURATA SUPERIORE A VENTI GIORNI

Cassazione Penale, Sezioni Unite, 28 Marzo 2024 (Ud. 14 Dicembre 2023),
N. 12759 - Presidente Cassano, Estensore Corbo

Filippo Lombardi*

Sommario: **1.** La competenza del giudice di pace per le lesioni personali alla luce della riforma “Cartabia”. - **2.** Gli orientamenti delle sezioni semplici: l'argomento letterale e la natura del rinvio. - **3.** La decisione delle Sezioni unite: la competenza è del giudice di pace. - **4.** Precisazioni conclusive: i fatti antecedenti all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 150 del 2022.

ABSTRACT

La sentenza in commento affronta il tema della corretta individuazione del giudice competente per materia per il delitto di lesioni che abbia cagionato una malattia di durata superiore a venti giorni e non eccedente i quaranta giorni, dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 150 del 2022. Il quesito affidato alle Sezioni unite e risolto con la pronuncia n. 12759 depositata il 28 marzo 2024 si è posto in tutta la sua dirompenza a cagione di un possibile difetto di coordinamento tra l'art. 4 del decreto legislativo n. 274 del 2000 e l'art. 582 co. 2 c.p. come modificato dalla c.d. “riforma Cartabia”.

Si passeranno in rassegna la questione giuridica, gli orientamenti discordanti emersi sul punto e la decisione della Corte nomofilattica, senza trascurare alcune considerazioni finali sul regime intertemporale.

The ruling in question addresses the issue of the judge having jurisdiction over the lesions resulting from an illness lasting more than twenty days and not exceeding forty days, after the entry into force of Legislative Decree no. 150 of 2022. The question entrusted to the joint sections and resolved with ruling no. 12759 filed on March 28, 2024 has arisen in all its disruptiveness due to a possible lack of coordination between the art. 4 of legislative decree n. 274 of 2000 and art. 582 co. 2 criminal code as modified by the so-called “Cartabia reform”.

We will review the legal issue, the conflicting opinions that emerged on this point and the nomophilactic Court's decision, without neglecting some final considerations on the intertemporal regime.

* Giudice del Tribunale di Lagonegro

1. La competenza del giudice di pace per le lesioni personali alla luce della riforma “Cartabia”.

Con la sentenza che qui si annota, la Corte di cassazione interviene a sezioni unite a comporre una disputa giurisprudenziale in ordine alla competenza per materia per le lesioni produttive di una malattia di durata superiore a venti giorni e non eccedente i quaranta giorni, dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 150 del 2022 (c.d. riforma “Cartabia”).

Per una maggiore chiarezza espositiva, va brevemente segnalato che l'articolo 4, co. 1, lett. a), del decreto legislativo n. 274 del 2000, nel testo vigente sia prima della riforma “Cartabia” sia in epoca attuale, attribuisce al giudice di pace la competenza per il delitto ex art. 582 co. 2 c.p., limitatamente alle fattispecie procedibili a querela, e con esclusione espressa dei fatti commessi «*contro uno dei soggetti elencati dall'articolo 577, secondo comma, ovvero contro il convivente*». Va ricordato che la Corte costituzionale con la sentenza n. 236 del 2018 ha escluso dalla competenza per materia del giudice di pace, riportandola nell'alveo operativo del tribunale, anche la fattispecie di lesioni commesse contro i soggetti di cui all'art. 577 co. 1, n. 1, c.p.

Prima della novella del 2022 più volte citata, l'art. 582 co. 2, c.p., al quale rimanda l'art. 4 del decreto legislativo n. 274 cit., prevedeva la procedibilità a querela per il delitto di lesioni quando la malattia avesse durata non superiore a venti giorni e non fosse interessata da una delle circostanze aggravanti ex artt. 61 n. 11-octies, 583 e 585 c.p. (ad eccezione di quelle indicate nel n. 1 e nell'ultima parte dell'art. 577 c.p.). Pertanto, l'art. 4 del decreto legislativo n. 274 del 2000, nel prevedere la competenza del giudice di pace per le lesioni, faceva pacificamente riferimento alle fattispecie procedibili a querela di parte da ultimo segnalate, salve le deroghe espresse, per le quali, pur trattandosi di reato procedibile a querela, veniva prevista la competenza del tribunale.

Con la riforma del 2022, è mutato il secondo comma dell'art. 582 c.p., che ora annovera quale fattispecie di lesioni procedibile a querela soltanto quella aggravata ex art. 577 co. 1, n. 1, e co. 2 c.p.; tuttavia, occorre rilevare che queste ipotesi – in ossequio al tessuto letterale dell'art. 4 cit. e in adesione alla già menzionata pronuncia della Consulta – rientrano nella competenza per materia affidata al tribunale. Ne conseguirebbe l'azzeramento della competenza del giudice di pace rispetto al delitto di lesioni volontarie.

Il contrasto giurisprudenziale qui di rilievo è sorto in relazione alla fattispecie di lesioni con malattia di durata dai ventuno ai quaranta giorni. Nessun dubbio si pone nel caso della malattia superiore a quaranta giorni nonché nell'ipotesi di malattia di durata dai ventuno ai quaranta giorni caratterizzata da una o più aggravanti menzionate dal comma secondo dell'articolo 582, siccome in questi casi si ricade nell'ambito dei reati procedibili d'ufficio perciò rimessi alla competenza del tribunale. Diversamente, il caso problematico innanzi citato, pur essendo procedibile a querela, non risulta richiamato dall'art. 4 del decreto legislativo n. 274 del 2000, e dunque, almeno in prima battuta, non può rientrare nella competenza del giudice di pace.

2. Gli orientamenti delle sezioni semplici: l'argomento letterale e la natura del rinvio.

Il quesito giuridico è stato risolto in maniera contrastante dalle Sezioni semplici della Corte di legittimità.

Secondo un primo orientamento, formatosi all'indomani dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 150 del 2022, la competenza a decidere su questa ipotesi delittuosa permane in capo al giudice di pace (in questo senso, Cass. pen., sez. V, 10 gennaio 2023, n. 12517; Cass. pen., sez. fer., 10 agosto 2023, n. 34896). Si adduce la necessità di eseguire una interpretazione estensiva dell'art. 4, co. 1, lett. a) del decreto legislativo n. 274 del 2000, valorizzando la volontà del legislatore di progressivo ampliamento della competenza del giudice di pace: sia attraverso la legge delega n. 468 del 1999, che fissa la competenza del giudice di pace per il delitto di lesioni punibili a querela, sia attraverso l'art. 2, co. 1, del decreto legislativo n. 150 del 2022 che estende il regime di procedibilità a querela in materia di lesioni personali.

Si aggiunge che l'art. 4 co. 1, lett. a), del decreto legislativo n. 274 del 2000 opera un rinvio c.d. "mobile" all'art. 582 co. 2 c.p., che pertanto non perde efficacia una volta che le ipotesi procedibili a querela scolpite in quel comma siano trasferite in altra sede codicistica.

Con altro orientamento, è stato valorizzato in maniera rigorosa il dato letterale: il mancato coordinamento dell'art. 4, co. 1, lett. a), del decreto legislativo n. 274 del 2000 con l'art. 582 c.p. fa sì che si sia formato un «assetto normativo in forza del quale nessuna ipotesi di lesioni volontarie rientra, una volta in vigore il d.lgs. n. 150 del 2022, nella competenza del giudice di pace». Ciò in quanto il delitto di lesioni volontarie procedibile a querela è ora (principalmente) annoverato nel primo comma dell'art. 582 cit., mentre il secondo comma di questo articolo prevede, quale unica ipotesi di lesioni procedibili a querela, quella commessa in danno delle persone di cui all'art. 577 co. 1, n. 1, e co. 2, c.p., già sottratta alla competenza del giudice di pace (in termini Cass. pen., sez. V, 20 settembre 2023, n. 40719, CED 285172).

Si precisa che il dato letterale della norma costituisce il limite di ogni altro metodo ermeneutico e non può essere superato con una interpretazione costituzionalmente conforme, né recuperando la volontà del legislatore all'interno della relazione illustrativa, ciò perché «l'intenzione del legislatore non può identificarsi con quella dell'organo o dell'ufficio che ha predisposto il testo, ma deve essere ricercata nel senso obiettivo della disposizione» (così Cass. pen., sez. un. 31 marzo 2016, n. 22474, CED 266803).

3. La decisione delle Sezioni unite: la competenza è del giudice di pace.

Dopo aver riepilogato l'attuale impianto letterale dell'art. 4 del d.lgs. n. 274 del 2000 e le censure di rilievo costituzionale che lo hanno interessato nel 2018, le Sezioni unite affermano che il criterio principale cui il giudice, soggetto soltanto alla legge ex art. 101 Cost., deve riferirsi nell'espletamento dell'attività ermeneutica, è quello del rispetto del dato letterale, che non può essere superato richiamando i lavori preparatori o la relazione illustrativa; questo perché l'intenzione del legislatore – come già

cennato - non si identifica con quella dell'organo o dell'ufficio che ha formato il testo di legge bensì va ricercata «*nella volontà statutale, finalisticamente intesa*».

Il dato letterale, precisano le Sezioni unite, può essere superato soltanto con una interpretazione analogica, richiedendosi però che una controversia non possa essere definita con una precisa disposizione, in ragione di un vuoto di disciplina, e purché l'uso del criterio analogico non sia vietato espressamente (ad es. in materia di leggi penali o eccezionali).

Le Sezioni unite non rinvergono nelle norme che fissano le competenze degli organi giurisdizionali alcun vuoto di disciplina, in particolar modo ove si ponga mente all'art. 6 c.p.p., che fissa la competenza del tribunale in via residuale con una disposizione di chiusura; non potendosi fare ricorso all'analogia, si pone la necessità di rispettare il dato testuale della legge.

Su quest'ultimo aspetto il supremo consesso riunito afferma la necessità per l'interprete di desumere il significato del dato testuale analizzando quest'ultimo all'interno del contesto normativo nel quale esso si colloca e alla luce della disciplina complessiva dell'istituto cui esso risulti ascrivibile. Richiamando argomentazioni sostenute nel recente passato dalle stesse Sezioni unite, si osserva che «*nessuna norma può essere presa in considerazione isolatamente, ma va valutata come componente di un "insieme", tendenzialmente unitario e le cui parti siano reciprocamente coerenti*» (così, Cass. pen., sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, cit.).

A giudizio della suprema Corte nella sua più autorevole composizione, il più volte richiamato articolo 4, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 274 del 2000, va letto in combinato disposto con il pure menzionato art. 15 della legge delega n. 468 del 1999, secondo cui «*al giudice di pace è devoluta la competenza per i delitti previsti dai seguenti articoli del codice penale: [...] 582, secondo comma (lesione personale punibile a querela della persona offesa); [...]*». La lettura coordinata volge nel senso che la volontà desumibile dal sistema organicamente inteso sia che il giudice di pace è competente «*per tutti i delitti di lesione personale, consumati o tentati, quando la procedibilità per gli stessi sia a querela, fatte salve le ipotesi espressamente escluse dall'ordinamento*»; detto altrimenti, l'art. 582 co. 2 c.p. rappresenterebbe null'altro se non il generale riferimento al delitto di lesione personale volontaria punibile a querela della vittima, che il legislatore, mediante l'art. 4, co. 1, lett. a) del d.lgs. n. 274 del 2000, intende riversare nell'area di competenza del giudice di pace.

Il ragionamento validato dalle Sezioni unite con la sentenza in commento supera la lettura restrittiva dell'art. 4 cit., e valorizza le potenzialità funzionali del sintagma «*perseguibili a querela di parte*», ritenendo subvalente, se non del tutto neutro, l'inciso formale «*di cui al secondo comma*».

A giudizio delle Sezioni unite, inoltre, la tesi rigorosa sostenuta da una parte della giurisprudenza, basata sul puro dato letterale dell'art. 4 cit., non sarebbe divisibile nella parte in cui interpreta il rinvio che quest'ultimo svolge in favore dell'art. 582 co. 2 c.p. come rinvio fisso anziché mobile. Richiamando gli insegnamenti del giudice delle leggi, la Corte di legittimità rammenta che il rinvio fisso o recettizio è ravvisabile soltanto quando la volontà legislativa in tal senso sia chiara e univoca, vale a dire espressa o desumibile da elementi assolutamente concludenti.

Nel caso di specie, tale volontà non può essere ricavata in maniera incontrovertibile. Non può infatti affermarsi con certezza che la perimetrazione originaria della com-

petenza del giudice di pace nella materia delle lesioni personali procedibili a querela fosse intesa come insensibile alle successive modifiche normative.

L'assunto per cui il giudice di pace sia competente per tutti i delitti di lesione personale procedibili a querela, salve le deroghe espresse, è – secondo le Sezioni unite – quella più coerente con il contesto normativo letto alla luce di una interpretazione sistematica e con le aspirazioni teleologiche legate all'introduzione della figura del giudice di pace nell'ordinamento giuridico, intesa quale modello di giurisdizione volta alla composizione del dissidio individuale; inoltre è l'unica in grado di assicurare uno sbocco operativo all'art. 4 cit., che altrimenti resterebbe lettera morta all'interno del sistema giuridico.

Si afferma in conclusione il principio di diritto secondo cui *«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»*.

4. Precisazioni conclusive: i fatti antecedenti all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 150 del 2022.

Le Sezioni unite concludono affrontando il tema della normativa applicabile e del giudice competente, in relazione alle lesioni con malattia di durata superiore a venti giorni, consumate prima del 30 dicembre 2022, data di entrata in vigore della riforma "Cartabia".

In effetti, mentre per i fatti commessi dopo tale data la competenza è senza dubbio del giudice di pace, con le relative conseguenze in termini di sanzioni applicabili ai sensi dell'art. 52 del d.lgs. n. 274 del 2000, le condotte lesive poste in essere prima dello spartiacque temporale rifluivano nella competenza del tribunale. Precisa allora la Corte nomofilattica che, per questi fatti, la competenza resta radicata in capo al tribunale, sia quando l'azione penale sia stata esercitata entro questa data (in base al principio della perpetuatio iurisdictionis), sia quando essa sia stata esercitata in epoca successiva.

In entrambi i casi, dovrà essere infatti il tribunale a verificare, alla luce dei principi fondamentali di cui agli artt. 25 Cost. e 2 c.p., quale sia il trattamento sanzionatorio in concreto più favorevole al reo, tenuto anche conto del fatto che, mentre il tribunale può per legge applicare le sanzioni previste per i reati di competenza del giudice di pace, a quest'ultimo non è consentito applicare, per converso, le pene previste per i reati di competenza del tribunale.

PUNTI D'INCONTRO TRA LA TEORIA DEL DIRITTO PENALE DEL NEMICO E LA LEGISLAZIONE ITALIANA ANTITERRORISMO: DIRITTO PENALE "AL LIMITE"

Guglielmo Rubeo*

Sommario: Introduzione. - **1.** Background teorico: la teoria del diritto penale del nemico. - **2.** Evoluzione della legislazione antiterrorismo in Italia. - **3.** Il processo di "costituzionalizzazione dell'emergenza". - **4.** Punti d'incontro tra la legislazione di contrasto al terrorismo e la teoria del diritto penale del nemico. - **4.1.** Anticipazione della tutela. - **4.2.** Soggettivizzazione delle fattispecie. - **4.3.** Eccessività del trattamento sanzionatorio. - **4.4.** Problemi di determinatezza delle fattispecie - Conclusione.

ABSTRACT

In un contesto globale di minaccia costante e imprevedibile del terrorismo, le nazioni devono bilanciare l'esigenza di pubblica sicurezza con la protezione dei diritti civili e dei principi costituzionali. La legislazione antiterrorismo italiana, evolutasi dagli anni di piombo all'era del terrorismo jihadista, offre un esempio significativo di come uno stato democratico possa rispondere a tali minacce, cercando di mantenere la tenuta dei diritti umani fondamentali. Il presente lavoro ha lo scopo di esplorare come la legislazione penale italiana di contrasto al terrorismo si confronti e talvolta si allinei con la teoria del diritto penale del nemico di Günther Jakobs. Questa teoria, che distingue tra "diritto penale del cittadino" e "diritto penale del nemico", suggerisce un approccio più severo e meno garantista nei confronti di individui considerati non solo trasgressori della legge, ma ostili agli stessi fondamenti dello stato di diritto. Nell'ambito di un esame relativo alle tensioni che si creano tra prevenzione del terrorismo e rispetto dei diritti fondamentali, si valuterà come le normative antiterrorismo italiane rispecchino i principi del diritto penale del nemico, con l'obiettivo di comprendere meglio come bilanciare sicurezza e libertà e fornire raccomandazioni per l'evoluzione futura delle normative.

In a global context of constant and unpredictable terrorist threats, nations must balance the need for public security with the protection of civil rights and constitutional principles. Italian anti-terrorism legislation, which has evolved from the political terrorism of the seventies and eighties to the era of jihadist terrorism, offers a significant example of how a democratic state can respond to such threats while striving to uphold fundamental human rights. This work aims to explore how Italian criminal law against terrorism compares and sometimes aligns with Günther Jakobs' theory of enemy criminal law. This theory, which distinguishes between "citizen criminal law" and "enemy criminal law", suggests a harsher and less protective approach towards individuals considered not only lawbreakers but also hostile to the very foundations of the rule of law. By examining the tensions between terrorism prevention and respect for fundamental rights, this study will assess how Italian anti-terrorism laws reflect the principles of enemy criminal law, with the goal of better understanding how to balance security and freedom and providing recommendations for the future evolution of these regulations.

* Avvocato.

Introduzione.

Il fenomeno del terrorismo, con le sue molteplici manifestazioni e la sua capacità di evolvere continuamente, rappresenta una sfida cruciale per le società contemporanee e i loro sistemi giuridici. In Italia, la lotta al terrorismo è radicata in un contesto storico particolarmente complesso, caratterizzato da una serie di episodi interni che vanno dagli anni di piombo fino alle minacce più recenti legate al terrorismo internazionale di matrice jihadista. Questo sfondo storico ha plasmato in maniera significativa l'approccio legislativo e giuridico dell'Italia, spingendo verso lo sviluppo di un corpus normativo sofisticato e spesso controverso, volto a contrastare efficacemente le minacce terroristiche mantenendo al contempo il rispetto per i diritti umani e le libertà fondamentali.

La tensione tra la necessità di sicurezza e il rispetto delle garanzie costituzionali è al centro del dibattito sulle leggi antiterrorismo. In Italia questo dibattito si arricchisce e si complica a causa delle specificità del sistema legale e della sua evoluzione storica. Le leggi antiterrorismo italiane, spesso formulate in risposta a crisi specifiche, si sono evolute per affrontare nuove forme di terrorismo, integrando e talvolta sperimentando approcci che riflettono i principi del diritto penale del nemico. Proprio questa teoria, che propone un trattamento giuridico distinto per i "nemici" dello Stato, offre un'ottima visuale attraverso cui esaminare criticamente le strategie adottate dall'Italia nella sua legislazione antiterrorismo.

Il diritto penale del nemico, nonostante non sia formalmente riconosciuto nel sistema giuridico italiano, sembra infatti influenzare alcune delle misure adottate. Questo approccio solleva questioni profonde sul bilanciamento tra efficacia nella prevenzione e repressione del terrorismo e aderenza ai principi di giustizia e legalità. L'analisi di come l'Italia ha modellato le sue leggi antiterrorismo non solo illumina la situazione specifica italiana ma contribuisce anche al più ampio dibattito internazionale su come i governi debbano rispondere alla minaccia del terrorismo senza erodere le fondamenta dei diritti civili e delle libertà individuali.

Il presente lavoro si propone di analizzare la legislazione antiterrorismo italiana, identificando i punti di contatto con la teoria del diritto penale del nemico e valutando l'impatto di tali leggi sulla tutela dei diritti fondamentali e sulla coerenza costituzionale. Attraverso un'analisi delle normative, accompagnata da una riflessione critica sui loro effetti pratici e teorici, si mira a fornire una visione complessa e sfaccettata di uno dei dilemmi più pressanti del nostro tempo.

1. Background teorico: la teoria del diritto penale del nemico.

La Teoria del Diritto Penale del Nemico, formulata dal giurista tedesco Günther Jakobs¹ negli anni '80, rappresenta una delle risposte più provocatorie e discusse alle

¹ G. JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS*, 3/2004; G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico: un'analisi sulle condizioni di giuridicità*, relazione dattiloscritta del convegno "Delitto politico e diritto penale del nemico, in memoria di Mario Sbriccoli", Trento 10-11 marzo 2006; G. Jakobs, *Terroristen als Personen im Recht?*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2005; M. Donini, M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007.

sfide poste dal terrorismo e da altre gravi minacce alla sicurezza dello Stato. Questa teoria auspica essenzialmente una distinzione tra il diritto penale del cittadino (*Bürgerstrafrecht*), applicabile ai membri della società che, pur commettendo crimini, riconoscono e rispettano l'ordine giuridico, e il diritto penale del nemico (*Feindstrafrecht*), destinato a coloro che rifiutano tali fondamenti e minacciano la stabilità dello Stato².

Jakobs sostiene che, in circostanze eccezionali, è necessario un approccio giuridico più rigoroso per affrontare coloro che sono considerati "nemici" dello Stato. Tale approccio non si concentra tanto sulla punizione del passato comportamento illecito quanto sulla prevenzione di future minacce. Di conseguenza, il diritto penale del nemico permette e talvolta impone l'adozione di misure severe, come la detenzione prolungata senza processo, sorveglianza intensiva, e l'uso di prove ottenute con metodi che normalmente potrebbero essere considerati controversi nel diritto penale tradizionale. In particolare, i tratti essenziali del diritto penale del nemico, per quanto concerne la differenza di trattamento rispetto al cittadino, sono così riassumibili³:

- a) estensione dell'incriminazione di atti preparatori: la reazione legale non richiede necessariamente l'effettiva lesione o la messa in pericolo di un bene, contrariamente a quanto avviene nel diritto penale applicato al cittadino, con la conseguenza di una possibile limitazione della libertà individuale fin dalla fase di preparazione del reato;
- b) aumento dei livelli sanzionatori, soprattutto in relazione alle azioni di mera partecipazione alle associazioni criminali;
- c) considerevoli deviazioni dalle normali regole procedurali, con una significativa riduzione delle garanzie difensive e con un'ampia legittimazione dell'utilizzo di tecniche investigative invasive della sfera privata degli individui;
- d) spostamento dell'orientamento delle finalità della pena verso la mera neutralizzazione della pericolosità del condannato, secondo una concezione incentrata sulla sua esclusione, anziché sulla sua re-inclusione nella società.

Il fulcro della critica a questa teoria risiede nella sua potenziale pericolosità in termini di violazioni dei diritti umani⁴. È stato evidenziato, inoltre, che l'applicazione di

² G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., 21-22, in cui il filosofo e giurista tedesco afferma che «lo Stato può procedere secondo due diverse modalità contro i delinquenti: può configurarli alla stregua di persone che delinquono, che come tali hanno commesso un errore; ovvero come individui ai quali si deve impedire, mediante il ricorso alla coazione, di distruggere l'ordinamento giuridico».

³ I primi tre tratti sono affermati dallo stesso Jakobs così come affermato da C.G.J. DIEZ, *Enemy Combatants Versus Enemy Criminal Law: An Introduction to the European Debate Regarding Enemy Criminal Law and Its Relevance to the Anglo-American Discussion on the Legal Status of Unlawful Enemy Combatants*, in *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 2008, 11, 4, 531. Mentre per quanto riguarda il quarto elemento caratterizzante la teoria si veda F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 2-3, 470.

⁴ In proposito si veda: D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, 9° ed., Torino, 2021, 29, il quale sottolinea come la teoria del diritto penale del nemico mette in discussione un principio cardine dello Stato di diritto, ovvero quello di «tenere ferma a qualsiasi prezzo la vigenza universale di un diritto fondato sulla dignità dell'uomo»; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, 25, in cui

un tale modello normativo minaccia il principio di legalità e di proporzionalità, pilastri fondamentali di uno Stato di diritto democratico. Infine, si teme che la categorizzazione di individui come “nemici” possa portare a una discriminazione giuridica istituzionalizzata, nella quale il mero sospetto e non l'azione concreta diviene la base per severe restrizioni delle libertà personali.

Nonostante queste preoccupazioni, la necessità di fronteggiare minacce terroristiche e simili sfide alla sicurezza nazionale ha spinto alcuni paesi, inclusa l'Italia, a adottare misure che riflettono, almeno parzialmente, questa teoria. La legislazione antiterrorismo, spesso redatta in un linguaggio che evoca la necessità di protezione contro “nemici” dello stato⁵, tende a giustificare misure eccezionali come necessarie per garantire la sicurezza collettiva.

2. Evoluzione della legislazione antiterrorismo in Italia.

La legislazione antiterrorismo italiana ha subito significative trasformazioni, adattandosi a diverse ondate di minacce terroristiche nel corso degli anni. In particolare, sono quattro i periodi storici fondamentali in cui si può descrivere l'evoluzione storica e normativa del terrorismo in Italia:

1) Terrorismo interno: la storia del terrorismo in Italia ha le sue radici negli anni '70 e '80, periodo in cui la società italiana fu scossa da un terrorismo di matrice politica di sinistra e di destra, culminato in atti di violenza estrema come il rapimento e l'assassinio di Aldo Moro⁶. In risposta a questa ondata di violenza interna, il governo italiano implementò una serie di leggi speciali, tra cui si può citare la legge Reale del 1975⁷, che autorizzava la polizia a effettuare arresti e perquisizioni senza il consueto mandato giudiziario⁸, e, soprattutto, il decreto-legge n. 152 del 1978, il quale inserì per la prima volta nell'ordinamento italiano il riferimento al terrorismo. Con tale decreto nacque, infatti, la nuova fattispecie di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, disciplinata dal neo-introdotta art. 289-*bis* c.p. Tale disposizione utilizzò per la prima volta il concetto di “finalità di reato”, che ha caratterizzato tutta la successiva produzione legislativa in tema di

l'autore sottolinea come «assumendo come parametro la nostra Costituzione e gli obblighi posti dai trattati internazionali relativi ai diritti umani e vigenti nei momenti di “normalità”, il diritto penale del nemico deve essere considerato un “non diritto” proprio perché si pone completamente al di fuori dell'assetto delle garanzie tracciato da queste fonti».

⁵ L. FERRAJOLI, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione Giustizia*, 2006, 4, 91, il quale sottolinea come identificare la lotta al terrorismo ad esempio come una guerra, non sia altro che «una distorsione del linguaggio che è sintomo minaccioso di un possibile totalitarismo internazionale giustificato da una sorta di stato d'assedio globale e permanente. Sembra infatti che, nel momento in cui i fenomeni che dobbiamo capire e fronteggiare si fanno più complessi, il nostro linguaggio e le nostre categorie, anziché farsi a loro volta più complesse e differenziate, si semplifichino e si confondano, fino alla loro estrema semplificazione nell'opposizione elementare del “Bene” contro il “Male”».

⁶ Per un approfondimento in merito alla storia del terrorismo interno di matrice politica si veda: A. VENTURA, *Per una storia del terrorismo italiano*, Roma, , 2010, 6 ss.

⁷ Legge 22 maggio 1975, n. 152, *Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico*.

⁸ V. SATTÀ, *La risposta dello stato al terrorismo: gli apparati e la legislazione*, in *Vene aperte del delitto Moro: terrorismo, PCI, trame e servizi segreti. Radici del presente*, Firenze, 2009, 224 ss.

terrorismo. È importante sottolineare come l'intera legislazione di contrasto al terrorismo sviluppatasi in questo contesto sia connotata da un carattere emergenziale, da cui deriva una stratificazione normativa caratterizzata da mancanza di coerenza e, purtroppo, da una restrizione delle garanzie dovuta alla necessità di reprimere fenomeni di così incisiva violenza. In ogni caso, con la sconfitta del terrorismo interno, la legislazione si stabilizzò, ma la situazione fu presto destinata a cambiare, con l'entrata in campo di una nuova forma di terrorismo, quello internazionale di matrice islamica, che ha presentato al Legislatore problemi molto diversi e, per certi versi, ancor più difficili da affrontare.

2) Terrorismo internazionale strutturato⁹: dopo gli attacchi dell'11 settembre 2001, il contesto del terrorismo si spostò significativamente verso la minaccia internazionale, portando il governo italiano a rafforzare ulteriormente la sua legislazione, anche su spinta delle Organizzazioni internazionali di cui l'Italia fa parte, come l'Unione Europea e le Nazioni Unite. Il decreto-legge n. 374 del 2001, convertito con modificazioni dalla legge n. 438 del 2001, modificò l'art. 270-bis del Codice penale, che fino ad allora puniva le organizzazioni terroristiche ed eversive "interne", ampliandone l'applicazione anche ad organizzazioni dello stesso genere ma che mirano al compimento di atti terroristici nei confronti di uno stato estero, di un'istituzione o di un organismo internazionale¹⁰ e vennero introdotte una serie di leggi che miravano a smantellare le reti terroristiche, impedire l'ingresso di terroristi sul territorio nazionale e facilitare la cooperazione internazionale contro il terrorismo. Il decreto, inoltre, inserì nel Codice penale l'articolo 270-ter, rubricato "Assistenza agli associati", il quale sanziona chiunque, fuori dal caso di concorso nel reato o di favoreggiamento, dà rifugio o fornisce vitto, ospitalità, mezzi di trasporto o strumenti di comunicazione a persone che partecipino alle associazioni di cui agli artt. 270 e 270-bis c.p.

3) Terrorismo internazionale destrutturato: nel corso degli anni il fenomeno terroristico internazionale è mutato, con la presenza di associazioni terroristiche dotate di una struttura leggera e orizzontale, chiamate per l'appunto "destrutturate", la cui configurazione si contraddistingueva per la presenza di una rete formata da cellule dotate di una certa autonomia e dislocate all'interno dei singoli Stati obiettivi dell'organizzazione, le quali comunque restavano in contatto con i vertici organizzativi. A seguito degli attentati di Madrid e di Londra, rispettivamente nel 2004 e nel 2005, il Legislatore italiano varò il decreto-legge 144/2005, convertito dalla legge 155/2005. Tale decreto introdusse, sulla base della definizione di terrorismo contenuta nella decisione quadro 2002/475 GAI del Consiglio dell'Unione europea, l'art. 270-sexies c.p., il quale definisce la "finalità di terrorismo", riferita peraltro a condotte non specificate. Il decreto in questione introdusse, inoltre, agli artt. 270-quater e 270-quinquies c.p. due nuove fattispecie in tema di terrorismo, rispettivamente: arruolamento e addestramento ad attività con finalità di terrorismo.

⁹ La storia del terrorismo internazionale è suddivisa in tre essenziali fasi da R. BARTOLI, *I punti e le linee nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Criminalia*, 2018, 2: il periodo del terrorismo internazionale strutturato, il periodo del terrorismo internazionale "destrutturato" e la fase del terrorismo internazionale individuale.

¹⁰ F. CASINI, *La comunità internazionale nell'era del terrorismo globale*, in *Politico: rivista italiana di scienze politiche*, LXXII, 3, 2007, 58 ss.

4) Terrorismo individuale: l'ultima fase nell'evoluzione del terrorismo internazionale è iniziata con gli attentati perpetrati in Europa a partire dal 2012 ed è in corso ancora oggi. In particolare, i nuovi terroristi mostrano una sempre maggiore autonomia dai singoli gruppi¹¹ radicali, i quali spesso ormai hanno la propria base in Occidente. Tali gruppi ricevono, infatti, messaggi jihadisti generici tramite *internet* e strumenti telematici ed acquisiscono a distanza, tramite tali mezzi di comunicazione, abilità che in passato avrebbero richiesto un addestramento specifico nei campi situati in Medio Oriente. Le attività di indottrinamento, addestramento e reclutamento avvengono oggi tramite il web, con la conseguenza che sono emerse di nuove figure di terroristi, come i "lupi solitari" e "*foreign fighters*", che hanno alimentato le difficoltà poste al Legislatore. In questa fase, il Legislatore italiano ha risposto con l'emanazione del decreto-legge 7/2015, convertito dalla legge 43/2015, il quale ha previsto la punibilità anche dell'arruolato nell'ambito dell'art. 270-*quater* c.p., e, con riguardo all'addestramento, ha inserito la punibilità anche dell'addestrato nonché dell'auto-addestrato nell'art. 270-*quinquies* c.p. Inoltre, sempre con lo stesso decreto, è stato introdotto l'art. 270-*quater.1* c.p., che punisce chiunque organizza, finanzia o propaganda viaggi in territorio estero finalizzati al compimento delle condotte con finalità di terrorismo di cui all'articolo 270-*sexies*¹² c.p. Con la successiva legge 153/2016, sono stati poi puniti i finanziamenti di condotte con finalità di terrorismo (art. 270-*quinquies.1c.p.*), la sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro (art. 270-*quinquies.2* c.p.) e gli atti di terrorismo nucleare (nuovo art. 280-*ter* c.p.). Infine, il decreto legislativo 21/2018 ha introdotto il nuovo art. 270-*bis.1* c.p. in tema di circostanze aggravanti ed attenuanti.

3. Il processo di "costituzionalizzazione dell'emergenza".

Dall'analisi dell'evoluzione del panorama legislativo italiano in materia di terrorismo effettuata nel paragrafo precedente, emerge come in Italia non si sia dovuti ricorrere ad un modello di tipo bellico per fronteggiare l'emergenza derivante dal terrorismo internazionale, come avvenuto negli Stati Uniti, né sia stato necessario rivolgersi a clausole d'eccezione in quanto non presenti nella Costituzione italiana, a differenza di quanto avvenuto in Francia con l'*état d'urgence* e lo stato d'assedio¹³. Questa condizione è probabilmente dovuta anche al fatto che, in Italia, non vi è mai stato un punto di rottura così incisivo da determinare la necessità di misure eccezionali immediate che stravolgersero la realtà normativa, con la conseguenza che il contrasto al fenomeno terroristico è stato ricompreso «entro il diritto penale»¹⁴.

¹¹ L. VIDINO - F. MARONE - E. ENTENMANN, *Jihadista della porta accanto: radicalizzazione e attacchi jihadisti in Occidente*, Milano, 2017, 71 ss. In particolare, si noti come la maggior parte degli attacchi perpetrati in questa fase di terrorismo "individuale" (circa il 66%) siano stati attuati da individui che avevano qualche forma di connessione con lo Stato Islamico, ma che hanno agito autonomamente.

¹² M. SOSSAI, *Anti-terrorismo, il nuovo decreto*, 2015, in www.affariinternazionali.it

¹³ Per un approfondimento in materia si veda: D. BIGO, *Les Modalités Des Dispositifs d'état d'urgence: Introduction*, in *Cultures et Conflits*, 2019, 113, 7 ss. *JSTOR*, <https://www.jstor.org/stable/27005462>

¹⁴ F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 679.

Queste condizioni hanno fatto sì che si attivasse un altro tipo di meccanismo, non configurabile in un singolo atto ma in un lento processo, definito da alcuni come *costituzionalizzazione dell'emergenza*¹⁵, che, seppur stimolato maggiormente nei momenti in cui più si è sentita nel panorama internazionale la pressione del terrorismo di matrice islamica, si è sviluppato lentamente nel corso dell'ultimo ventennio e ha comportato la normalizzazione e la stabilizzazione di una serie di limitazioni dei diritti e delle libertà introdotte per fronteggiare la minaccia terroristica. In particolare, il processo in questione è stato possibile sulla base di un semplice dato di fatto: la Costituzione italiana si compone prevalentemente di principi generali del diritto, interpretabili e adattabili a seconda della situazione che viene in considerazione.

Infatti, come noto, in Italia vige un sistema di Costituzione rigida, sicché qualsiasi tipo di intervento legislativo, quale che sia la motivazione della sua adozione, e quindi anche se derivante da condizioni eccezionali, deve necessariamente rispettare il dettato costituzionale. Tuttavia, la Costituzione si compone in prevalenza di principi, i quali sono carenti della cosiddetta "struttura condizionale" tipica delle norme giuridiche e volta a subordinare un effetto giuridico ad una fattispecie e sono caratterizzati da generalità, vaghezza e indeterminatezza, essendo tendenzialmente norme con fattispecie "apertissima", o addirittura "norme senza fattispecie"¹⁶, nonché da una particolare flessibilità. Ciò comporta che rimane maggiore spazio alle valutazioni del Legislatore e, poi, dell'interprete, che possono ampliare e ridurre lo spettro di applicazione e di influenza dei singoli principi a seconda della situazione particolare che rileva di volta in volta o della condizione generale e attuale della società¹⁷. In definitiva, ciò che emerge è che i diritti fondamentali, che fanno evidentemente parte dei principi di cui si è parlato, hanno una possibilità di espansione variabile, con la conseguenza che, nonostante normalmente sussista una «presunzione di massima espansione delle libertà costituzionali»¹⁸, vi sono delle situazioni eccezionali in cui è possibile che siano previste determinate limitazioni delle stesse.

Tali limitazioni, tuttavia, non sono prive di argine e, infatti, devono rispettare dei cosiddetti "controlimiti", che sono stati individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza come i seguenti: il già analizzato rispetto delle norme costituzionali, specialmente dei principi supremi, e delle norme ad esse equiparate o prevalenti come alcune norme dell'Unione Europea, nonché il rispetto delle norme processuali poste e garanzia dei diritti stessi. Ma, il controlimite principale, connesso all'eccezionalità delle circostanze causate dall'emergenza che si vuole affrontare, ad esempio per quanto interessa in questa sede il terrorismo, è la temporaneità della deroga¹⁹.

¹⁵ M. TROGU, *La costituzionalizzazione dell'emergenza in Italia*, in *Democrazia e Sicurezza - Democracy and Security Review*, VII, 1, 2017, 175 ss.

¹⁶ G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2009, 131 ss.

¹⁷ Per comprendere meglio la questione, si veda: A. PERTICI, *op. cit.*, 40 ss, il quale riporta un caso, giudicato dalla Corte costituzionale con sent. n. 15 del 1982, riguardante il tema del prolungamento della carcerazione preventiva.

¹⁸ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 41.

¹⁹ Proprio in tema di terrorismo, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 15 del 1982, ha avuto modo di sottolineare l'importanza della temporaneità, configurandola come un vero e proprio requisito di legittimità costituzionale delle misure eccezionali. Infatti, come affermato dalla Corte

Le condizioni descritte hanno costituito, quindi, la base per l'instaurarsi e l'evolversi del lento processo di *costituzionalizzazione dell'emergenza* di cui si è detto, che è consistito, nella sostanza, in una stabilizzazione delle misure eccezionali introdotte per fronteggiare il fenomeno terroristico all'interno del panorama normativo italiano. Tale processo ha preso il via nel corso degli "anni di piombo", durante i quali furono introdotte una serie di misure particolarmente limitative delle libertà fondamentali nell'ambito del contrasto al terrorismo interno. Questa esperienza ha sicuramente rappresentato la premessa per far fronte in modo culturalmente attrezzato alle sfide poste dal terrorismo internazionale, costituendo, quella legislazione emergenziale, l'incubatrice di soluzioni adattate alla complessità del fenomeno nella sua forma più recente. Infatti, le nuove soluzioni sono state basate proprio sul recupero del precedente arsenale antiterroristico e sull'inserimento di nuovi strumenti adattati alla struttura delle nuove organizzazioni²⁰. È evidente, allora, che vi è stata una continuità fra le misure in materia terroristica che ha comportato la stabilizzazione di una normativa, quella emanata per far fronte al terrorismo interno, che avrebbe dovuto essere caratterizzata dalla temporaneità, in quanto di natura emergenziale.

Il risultato di questo processo è un sistema caratterizzato dalla presenza di disposizioni, sia di carattere sostanziale che di carattere processuale, dotate di particolare severità. La scelta di conservare questo genere di norme, introdotte in nome di un'emergenza, fa sì che questa, anche se dovrebbe essere caratterizzata dalla temporaneità, diventi fisiologica e stabile nell'ordinamento. Questa condizione comporta, in sostanza, la presenza di una sorta di *doppio binario* contraddistinto da un trattamento differenziato, da un punto di vista sia sostanziale che processuale²¹, nei confronti di determinate categorie di soggetti.

4. Punti d'incontro tra la legislazione di contrasto al terrorismo e la teoria del diritto penale del nemico.

Il discorso del presente lavoro ha come oggetto gli aspetti di diritto sostanziale che mettono in risalto gli elementi sintomatici di una tendenza a trattare in maniera diversa determinati soggetti, in questo caso coloro che vengono considerati come facenti parti di organizzazioni terroristiche o, comunque, che siano ad esse in qualche modo collegati. Prima di entrare nel dettaglio delle singole disposizioni e degli elementi di criticità che emergono, è necessario offrire una panoramica generale di quali sono i fattori della legislazione penale di contrasto al terrorismo che evidenziano la

stessa, «se si deve ammettere che un ordinamento, nel quale il terrorismo semina morte [...] e, quindi [...] versa in uno stato di emergenza, si deve, tuttavia, convenire che l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo», Corte costituzionale, sentenza 1° febbraio 1982, n. 15.

²⁰ G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015.

²¹ M. DONINI, *Mafia e Terrorismo Come «parte Generale» Del Diritto Penale*, in *Meridiana*, 2020, 97, 203 ss.

presenza di un *doppio binario* e, quindi, di una disparità di trattamento tra criminale “comune” e terrorista. Tali fattori sono²²:

- l’incriminazione di una serie di condotte preparatorie che consentono, essenzialmente, di prevenire la commissione di reati terroristici “fine”;
- la propensione a dare un’eccessiva rilevanza alla componente soggettivistica del reato;
- un notevole tasso di genericità e vaghezza delle fattispecie incriminatrici;
- la severità del trattamento sanzionatorio dei reati con finalità di terrorismo.

4.1. Anticipazione della tutela.

Come si è osservato, uno dei tratti tipici della teoria del diritto penale del nemico è l’anticipazione della rilevanza penale ad una soglia anche minima purché dimostrativa dell’appartenenza del soggetto ad una determinata categoria nemicale. Ebbene, è innegabile che le disposizioni in materia di terrorismo siano caratterizzate da una forte anticipazione della tutela, tendendo infatti a punire condotte preparatorie e collaterali rispetto alle fattispecie di attentato o alla fattispecie associativa di cui all’art. 270-*bis* del codice penale. Infatti, con la marginalizzazione del delitti di attentato avvenuta nel corso del secolo scorso²³, i reati associativi e quelli che incriminano condotte preparatorie e collaterali hanno assunto sempre maggiore rilevanza, a dimostrazione di una certa propensione a creare un sistema incentrato sulla progressione di tutela²⁴, con la previsione di «fattispecie che puniscono stadi progressivi di offesa al bene finale, secondo una scala crescente di offesa che dalle condotte preparatorie, autonomamente punite, giunge allo stadio esecutivo dei delitti di attentato»²⁵.

Le disposizioni di cui agli artt. 270-*ter*, 270-*quater*, 270-*quater*.1 e 270-*quinquies* c.p., che sono state affiancate alla fattispecie associativa prevista dall’art. 270-*bis* c.p., possono essere sicuramente inserite nell’ambito di questa tendenza legislativa. Esse prevedono, infatti, delitti preparatori o collaterali che consentono di incriminare condotte che si collocano in uno stadio antecedente a quello disciplinato dai delitti di attentato o dalla fattispecie associativa. Queste disposizioni sono state introdotte prevalentemente con l’intento di rispondere ad un’esigenza processuale, essendosi riscontrata nella prassi una problematica relativa all’incriminazione di soggetti che, pur tenendo determinate condotte ricollegabili al fenomeno terroristico, non potevano essere condannati perché era difficoltoso provare la partecipazione all’associazione di cui all’art. 270-*bis* c.p. o perché le loro condotte non rientravano nell’ambito applicativo dei delitti di attentato. Tuttavia, questa modalità di

²² F. VIGANÒ, *Sul contrasto al terrorismo di matrice islamica tramite il sistema penale tra ‘diritto penale del nemico’ e legittimi bilanciamenti*, in *Studi Urbinati, A - Scienze Giuridiche, Politiche Ed Economiche*, 2014, 58(4), 336.

²³ Per approfondire il processo di marginalizzazione del ruolo dei delitti di attentato si veda: M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in *Questione Giustizia*, Speciale settembre 2016, 102.

²⁴ R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, 3.

²⁵ M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, cit., 104.

strutturazione delle fattispecie può nascondere dei rischi: fuoriuscendo dall'ambito applicativo della fattispecie associativa, la punibilità di determinate condotte non è più ancorata al consistente corredo probatorio necessario per la dimostrazione della commissione di condotte ad essa collegate²⁶. In questo modo, nella pratica applicativa potrebbe concretizzarsi il rischio che si vada a punire la libera manifestazione di un pensiero, incriminando condotte prive di offensività sul piano materiale e che si collocano in una fase eccessivamente anteriore rispetto all'effettiva lesione del bene giuridico tutelato e, addirittura, rispetto al tentativo punibile.

È, quindi, in questo arretramento della soglia di punibilità che si può ravvisare il primo punto d'incontro tra la legislazione penale antiterrorismo e la teoria del diritto penale del nemico. Infatti, l'anticipazione della tutela penale comporta in sé il rischio di incriminare determinati soggetti semplicemente per la loro pericolosità soggettiva e non per aver compiuto condotte effettivamente lesive di beni giuridici tutelati. Tralasciando la forte soggettivizzazione delle fattispecie analizzate, che si analizzerà approfonditamente nel prossimo paragrafo, anche la sola condizione di anticipazione della tutela di per sé potrebbe comportare uno spostamento dalla logica del diritto penale del fatto a logiche maggiormente sbilanciate verso un diritto penale d'autore. Un ruolo fondamentale, allora, spetta ai giudici, i quali sono chiamati ad interpretare le fattispecie in materia terroristica conformemente alla Costituzione ed ai principi generali in materia penale da essa stabiliti.

4.2. Soggettivizzazione delle fattispecie.

Un altro degli elementi caratterizzanti della teoria del diritto penale del nemico è la logica d'autore, contraria al modello oggettivistico a cui si ispira il diritto penale dello Stato di diritto. Ebbene, la tendenza a virare da un diritto penale del fatto ad un diritto penale d'autore ha avuto i suoi effetti anche sulla legislazione italiana di contrasto al terrorismo internazionale. Oltre alla già analizzata anticipazione della tutela penale, l'elemento psicologico del reato ha assunto un peso sempre maggiore nei reati in materia di terrorismo, che infatti sono tutti caratterizzati dalla presenza della finalità di terrorismo, definita nell'articolo 270-*sexies* del codice penale.

La formulazione adottata con l'art. 270-*sexies* c.p., nonostante sia formalmente incentrata sulle condotte (l'articolo è rubricato "*condotte con finalità di terrorismo*"), definisce in effetti una finalità, delineando un sistema caratterizzato da una doppia tipizzazione, con l'art. 270-*sexies* c.p. che fornisce una definizione generale della finalità di terrorismo, mentre le singole fattispecie hanno il compito di descrivere il fatto tipico²⁷. L'intento del legislatore è stato quello di attribuire particolare rilevanza all'elemento psicologico del reato, attuando «un ricorso sistematico alla "soggettivizzazione" massima delle fattispecie normative»²⁸. A tal riguardo, non es-

²⁶ F. VIGANÒ, *Il contrasto al terrorismo di matrice islamo-fondamentalistica: il diritto penale sostanziale*, in C. DE MAGLIE - S. SEMINARA (a cura di) *Terrorismo internazionale*, Padova, 2007, 136 ss.

²⁷ E. STANIG, *Il nuovo diritto penale d'autore*, in P. PITTARO (a cura di), *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?*, Trieste, 2012, 58.

²⁸ L. PICOTTI, *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti - Relazione di sintesi*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, 1, 255.

sendo richiesto nella maggior parte dei casi dalla disposizione un requisito esplicito di idoneità oggettiva della condotta né di chiarezza della direzione e non specificando l'art. 270-sexies c.p. la necessaria natura oggettivamente violenta delle condotte con finalità di terrorismo²⁹, risulta evidente l'importanza che viene attribuita all'elemento psicologico e, quindi, all'atteggiamento meramente interiore dell'imputato. La conseguenza è che vengono a crearsi delle problematiche non trascurabili riguardo a quelle disposizioni che descrivono condotte materiali costituite dall'esercizio di un diritto, come ad esempio quello di associazione, o comunque da condotte pienamente lecite. Il rischio di una simile condizione è che, in applicazione di questo sistema, vengano punite semplici manifestazioni di volontà di commettere reato o, addirittura, delle forme di simpatia o solidarietà verso determinati progetti eversivi pensati ed attuati da soggetti terzi, con cui si condivide solo l'opposizione ai prevalenti valori dell'Occidente. Una simile conclusione si porrebbe in evidente antitesi con un diritto penale conforme ai principi generali dettati dalla Costituzione, il quale necessariamente richiede che vi sia una precisa distinzione tra l'intenzione di commettere un reato e l'effettiva commissione dello stesso³⁰. I problemi in questione derivano proprio dal fatto che la finalità terroristica viene ricompresa nella categoria del c.d. dolo specifico, categoria che appartiene, tradizionalmente, al solo elemento psicologico del reato.

Proprio la soggettivizzazione in questione, che, come si vedrà, è stata sminuita ed in qualche modo negata dalla dottrina maggioritaria, rappresenta un altro probabile punto d'incontro tra la legislazione penale italiana di contrasto al terrorismo e la teoria del diritto penale del nemico. Infatti, la teoria jakobsiana è caratterizzata da logiche tipiche del diritto penale d'autore, con una marcata enfaticizzazione dell'elemento soggettivo del reato dovuta alla necessità di individuare il nemico a cui poter applicare il trattamento differenziato privo di garanzie. Ebbene, se risulta ovvio che l'articolo 270-sexies c.p., applicato in combinato disposto con le varie disposizioni che lo circondano, non comporta una conseguenza così drastica, non sembrerebbe tuttavia così irragionevole evidenziare la possibilità che la formulazione della disposizione in qualità di dolo specifico possa comportare un'incriminazione di condotte prive di materialità e di offensività. Infatti, le condotte descritte nelle varie fattispecie, come l'associazione ma anche l'organizzazione di trasferimenti o l'auto-addestramento, sono condotte di per sé lecite e prive di efficacia offensiva sul piano materiale ed il rischio potrebbe essere quello di incriminare determinati

²⁹ A. MARTINI, *La nuova definizione di terrorismo: il D.L. 27 luglio 2005, come convertito con modificazioni in legge 31 luglio 2005, n. 155*, in *Studium Iuris*, 2006, 1217; L. PICOTTI, *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti - Relazione di sintesi*, cit., 255, in cui si evidenzia come, a differenza dei reati di cui agli artt. 270-bis ss. c.p., i requisiti di idoneità oggettiva e di univocità di direzione sono stati «estesi in via interpretativa alle molteplici fattispecie di attentato presenti nel nostro codice, e per alcuni di essi poi inseriti espressamente dalla novella portata dalla legge 24 febbraio 2006, n. 85, con l'aggiunta che deve altresì trattarsi di "atti violenti"».

³⁰ In proposito si veda la sentenza della Cassazione, 21 novembre 2001, Pelissero, in *Foro Italiano*, II, 2004, c. 29, in cui i giudici di legittimità hanno sottolineato come «ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 270-bis c.p. non è sufficiente l'intenzione eversiva manifestata dai componenti del sodalizio criminoso, essendo altresì indispensabile che il comportamento associativo sia idoneo a cagionare un pericolo per l'ordinamento democratico».

soggetti solo perché facenti parte di una determinata categoria, avendo essi prestato un qualsiasi genere di supporto psicologico alla “causa terroristica”. Una simile condizione si porrebbe in contrasto con il principio di materialità, perché l’incriminazione avverrebbe prevalentemente per via dell’appartenenza del soggetto alla categoria dei terroristi, e con il principio di offensività, perché si andrebbero ad incriminare condotte prive di qualsiasi efficacia offensiva nei confronti di beni giuridici. Tale condizione, peraltro, ha avuto effetti anche sulla giurisprudenza, portando i giudici di merito ad estendere - a volte in maniera eccessiva - l’ambito applicativo dell’art. 270-sexies c.p. e ad applicarlo a condotte che poco avevano a che fare con il fenomeno terroristico³¹.

Tuttavia, c’è da dire che i rischi di tale soggettivizzazione sono stati attentamente contrastati dalla dottrina maggioritaria, la quale ha svolto un lavoro di degradazione del ruolo del dolo specifico, valorizzando le espressioni che tipicamente sono considerate come indicative della necessaria configurazione di tale dolo (“allo scopo di”, “al fine di”, “per” e via dicendo) in chiave oggettivistica. In questo senso, il dolo specifico perderebbe la sua natura prettamente soggettivistica di volontà seguita dal soggetto agente³², per configurarsi come un «elemento di tipizzazione del “fatto” oggettivo costitutivo del reato, non riducibile a mera qualificazione del dolo o, comunque, del solo elemento “soggettivo” del reato»³³. In una simile visione, sarebbero superati i dubbi evidenziati rispetto ad una possibile violazione dei principi di materialità e di offensività. Infatti, considerando le varie disposizioni che rimandano al c.d. dolo specifico indicato dall’art. 270-sexies c.p. applicabili solo quando il fatto compiuto dall’agente abbia delle modalità di attuazione e di esecuzione tali da poterlo ritenere *idoneo* e *adeguato* al raggiungimento dello scopo vietato dalle norme, si ricondurrebbe la problematica evidenziata entro i limiti dell’oggettivismo penale tipico dello Stato di diritto. Così, richiedere *l’idoneità* dell’azione allo scopo indicato dalla disposizione avrebbe la conseguenza di collegarne il disvalore non solo a fattori di tipo soggettivo, ma soprattutto di tipo oggettivo³⁴.

In una prospettiva di valorizzazione della portata oggettivistica del dolo specifico si è mossa anche la Cassazione, in opposizione alla tendenza sviluppatasi dall’entrata in vigore dell’art. 270-sexies c.p. volta ad estenderne - a volte in maniera eccessiva - l’ambito applicativo e ad applicarlo a condotte che poco avevano a che fare con il fenomeno terroristico³⁵. La Cassazione, in una serie di sentenze, ha formulato un’interpretazione restrittiva, introducendo l’elemento dell’idoneità nel dolo specifico³⁶. In

³¹ A. VALSECCHI, *I requisiti oggettivi della condotta terroristica ai sensi dell’art. 270 sexies c.p. (prendendo spunto da un’azione dimostrativa dell’Animal Liberation front)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 febbraio 2013, 4.

³² L. PICOTTI, *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti - Relazione di sintesi*, cit., 255.

³³ L. PICOTTI, *op cit.*

³⁴ A questo riguardo si veda: M. DONINI, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postbattimentale*, in *Questione Giustizia numero speciale settembre 2016 - Terrorismo internazionale, politica della sicurezza, diritti fondamentali*, 2016, 134 ss.

³⁵ A. VALSECCHI, *I requisiti oggettivi della condotta terroristica ai sensi dell’art. 270 sexies c.p. (prendendo spunto da un’azione dimostrativa dell’Animal Liberation front)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 febbraio 2013, 4.

³⁶ M. DONINI, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari*

questa prospettiva, nella sentenza n. 28009 del 2014, ha affermato come «il finalismo terroristico non sia un fenomeno esclusivamente psicologico, ma si debba materializzare in un'azione seriamente capace di realizzare i fini tipici descritti nella norma»³⁷. La giurisprudenza di legittimità ha, quindi, riconosciuto una funzione selettiva della portata oggettivistica della definizione, sinteticamente indicata nel requisito del “grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale”, al fine di escludere dall'applicazione della fattispecie condotte di modesta offensività.

L'orientamento della Cassazione dimostra che alla giurisprudenza spetta un ruolo fondamentale nel garantire la tenuta dei principi cardine del diritto penale dello Stato di diritto. Tuttavia, la ricostruzione offerta dalla dottrina e l'interpretazione costituzionalmente orientata effettuata dalla Cassazione restano pur sempre delle interpretazioni, come tali suscettibili di mutare nel tempo. Viene da pensare, tra l'altro, che questo genere di interpretazioni hanno trovato spazio in un contesto in cui, fino ad oggi, non si sono mai verificati nel territorio nazionale attacchi terroristici su larga scala perpetrati da organizzazioni terroristiche di matrice internazionale. Ci si potrebbe chiedere, allora, nella malaugurata ipotesi in cui si dovesse verificare un evento di simile portata, se questo genere di orientamenti sarebbero in grado di resistere, nonostante la percezione nei confronti del fenomeno venga drasticamente influenzata dalla condizione di averlo subito direttamente.

4.3. Problemi di determinatezza delle fattispecie.

Un altro punto di avvicinamento tra le disposizioni predisposte dal legislatore italiano per far fronte al fenomeno terroristico e le teorizzazioni di Jakobs è il problema dell'indeterminatezza della maggior parte delle disposizioni in materia terroristica, spesso caratterizzate da un notevole tasso di genericità e vaghezza.

Questo “difetto” delle disposizioni in questione, se, dal lato del Legislatore, può comportare una violazione dei principi costituzionalmente derivati di precisione e determinatezza per via dei punti oscuri nella descrizione degli elementi costitutivi che ne possono derivare, dal lato del giudice può creare una problematica relativa all'ambito applicativo delle disposizioni. Infatti, come si vedrà, l'effetto di formulazioni spesso generiche ed imprecise è quello di lasciare all'interprete la possibilità di ampliarne o restringerne la maglia applicativa. A questo riguardo, si possono richiamare le disposizioni che più sono state criticate riguardo all'indeterminatezza e che hanno causato i maggiori contrasti interpretativi. In particolare, il riferimento primario è all'art. 270-sexies c.p., che fornisce la definizione del concetto di “finalità di terrorismo” e costituisce quindi la base del sistema antiterrorismo. Relativamente a questa disposizione è stato rilevato come essa sia affetta da «gigantismo» e «una certa vaghezza semantica», che determinano difficoltà nell'accertamento³⁸.

a quello postbattimentale, cit., 133.

³⁷ Cass., sez. VI, 15 maggio 2014 (dep. 27 giugno 2014), n. 28009, disponibile in S. ZIRULIA, *No Tav: la Cassazione fissa i parametri interpretativi in merito alle condotte di attentato ed alla finalità di terrorismo*, in *Dir. Pen. Cont.*, 30 giugno 2014.

³⁸ V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, 220.

Innanzitutto, tale caratteristica si rinviene con riguardo alla locuzione «grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale». Su di essa sorgono problemi interpretativi sia per quanto riguarda la definizione di Paese e di organizzazione internazionale³⁹; sia, soprattutto, con riguardo alla richiesta di gravità, da cui dovrebbe ricavarsi la necessità che il danno colpisca un interesse collettivo. L'aspetto della gravità risulta essere problematico per chi si accinge ad interpretare la disposizione, in quanto non è agevole identificarne la consistenza. Il rischio è quello di ricomprendere nel fenomeno terroristico condotte la cui assimilabilità allo stesso è come minimo discutibile. Altro punto critico della disposizione, per quanto riguarda la determinatezza intesa come verificabilità empirica, è quello relativo alle tre forme di finalità cui deve tendere l'attività terroristica (intimidire, costringere, destabilizzare o distruggere). Infatti, dal punto di vista criminologico, tali condotte non appaiono come delle vere e proprie finalità per le organizzazioni terroristiche. La condotta di intimidire la popolazione appare, piuttosto, come un metodo o un effetto riflesso di altri scopi come quelli religiosi. Costringere Paesi od organizzazioni internazionali a compiere o ad astenersi dal compiere determinati atti non sembrerebbe essere lo scopo di nessuno degli attentati perpetrati finora dalle organizzazioni terroristiche internazionali a danno delle società occidentali. Infine, quello di destabilizzare o distruggere le strutture fondamentali più che uno scopo è da considerarsi come un effetto, in quanto gli attentati «appaiono prevalentemente motivati dall'odio per l'imperialismo occidentale e dunque, eventualmente, fini a sé stessi»⁴⁰. Infine, l'ultimo punto di critica è quello relativo alla clausola di chiusura contenuta nella seconda parte della disposizione, che rimanda alle convenzioni e alle norme internazionali che definiscono il terrorismo. In proposito si è osservato che tale rinvio potrebbe comportare la ricezione nell'ordinamento italiano, peraltro senza necessità di atti di esecuzione, di definizioni che potrebbero contrastare tra di loro o con la definizione fornita dalla prima parte della disposizione⁴¹. In definitiva, l'art. 270-*sexies* c.p., che era stato introdotto con il fine di fornire una definizione chiara di terrorismo per porre fine al dibattito che si era formato proprio su tale aspetto e che si basava prevalentemente sulle informazioni fornite dall'art. 270-*bis* c.p.⁴², ha in realtà avuto l'effetto di ampliare l'ambito applicativo della tutela penale e gli spazi interpretativi lasciati al giudice a causa della tecnica d'incriminazione scelta dal legislatore e ca-

³⁹ La questione è stata risolta considerando come vittime effettive o potenziali sia lo Stato-istituzione, comprensivo quindi di territorio, sovranità e popolo, sia lo Stato-apparato, con i suoi organi e funzioni, sia lo Stato-comunità, inteso come collettività, sia infine, il patrimonio dello Stato. Per quanto riguarda le organizzazioni internazionali, invece, si sono intese come potenziali condotte lesive tutte quelle attività che ne impediscano o ostacolino l'attività normativa, esecutiva, giurisdizionale o di controllo. In proposito si veda: M. LECCESE, *Il codice penale si allinea a Bruxelles*, in *Dir. giust.*, 2005, 91.

⁴⁰ V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, cit., 222.

⁴¹ M. MANTOVANI, *Le condotte con finalità di terrorismo*, in R.E. Kostoris - R. Orlandi (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, p. 101 ss.

⁴² Per un'analisi approfondita degli orientamenti che si erano diffusi sulla definizione di terrorismo prima dell'introduzione dell'art. 270-*sexies* c.p., si veda: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, XVII edizione, Milano, 2022, 854 ss.

ratterizzata da un'evidente indeterminatezza ed imprecisione⁴³. Questa condizione ha fatto sì che si creassero nuovi dibattiti dottrinali e una pluralità di orientamenti giurisprudenziali⁴⁴, che hanno portato poi la Corte di cassazione, come visto, a valorizzare la portata oggettivistica della fattispecie richiedendo il requisito dell'idoneità.

Un'altra questione di precisione e determinatezza è quella relativa all'art. 270-bis c.p., specialmente con riguardo alla partecipazione all'associazione con finalità terroristiche disciplinata dal secondo comma dallo stesso articolo. Sul punto, per quanto qui d'interesse, ci si può limitare a segnalare come la formulazione della fattispecie in questione – che non definisce in termini precisi la condotta di partecipazione – abbia dato vita ad un lungo dibattito volto proprio a definire in maniera univoca questo genere di condotta. In particolare, nella giurisprudenza della Cassazione si è affermata la tendenza a ricomprendere nell'ambito applicativo della fattispecie anche «condotte meramente prodromiche – come la propaganda, il proselitismo o l'arruolamento – purché affiancate dall'adesione psicologica al programma criminoso dell'associazione»⁴⁵. Questa tendenza, giustificata dalla necessità di adattare la fattispecie all'evolverso del fenomeno terroristico caratterizzato dalla disarticolazione delle odierne organizzazioni terroristiche (struttura "a rete") e dalla loro dislocazione in territori tra loro lontani⁴⁶, comporta un duplice rischio. Se da un lato l'espansione eccessiva della fattispecie può determinare difficoltà nell'effettività del controllo giurisdizionale sulla materialità della condotta e sull'incidenza causale che l'apporto del singolo partecipe dell'associazione ha rispetto alla realizzazione delle finalità perseguite dalla stessa⁴⁷; dall'altro tale espansione può determinare che la fattispecie in questione si sovrapponga alle altre condotte disciplinate dagli articoli successivi, comportando un'evidente incertezza di confini tra di esse⁴⁸.

Ulteriori questioni problematiche riguardanti i principi di precisione e determinatezza si sviluppano con riguardo agli articoli 270-*quater*, 270-*quater*.1 e 270-*quinquies* c.p. Con riferimento all'art. 270-*quater* c.p., che disciplina il reato di arruolamento sia dal lato dell'arruolatore che dal lato dell'arruolato, occorre considerare che la disposizione in questione si presta a rilevanti critiche per la mancanza di una descrizione determinata della fattispecie⁴⁹. La condotta tipica indicata nella disposizione è infatti

⁴³ G. FLORA, *Profili penali del terrorismo internazionale: tra delirio di onnipotenza e sindrome di autoastrazione*, in *Studi Urbinati, A - Scienze Giuridiche, Politiche Ed Economiche*, 2014, 58(4), 306 ss.

⁴⁴ V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, cit., 223 ss.

⁴⁵ M. MICCICHÈ, *La partecipazione all'associazione terroristica di cui all'art. 270-bis c.p.: tra concorso esterno e reati di supporto*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 4, 4.

⁴⁶ L. D'AGOSTINO, *I margini applicativi della condotta di partecipazione all'associazione terroristica: adesione psicologica e contributo causale all'esecuzione del programma criminoso*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, 1, 85 ss.

⁴⁷ In proposito si veda: A. VALSECCHI, *Per la prova della partecipazione all'Isis sono necessari e sufficienti contatti anche indiretti fra adepto e membri dell'organizzazione (accompagnati dall'adesione ideologica al programma terroristico)*, in *Sistema penale*, 15 marzo 2021.

⁴⁸ M. MICCICHÈ, *La partecipazione all'associazione terroristica di cui all'art. 270-bis c.p.: tra concorso esterno e reati di supporto*, cit., 4.

⁴⁹ È opportuno rilevare, in proposito, come simili critiche erano state già sottolineate dalla dot-

descritta in maniera evidentemente tautologica, con la conseguenza che dottrina e giurisprudenza si sono ritrovate a dibattere sul significato da dare al termine arruolare così semplicisticamente offerto dal Legislatore. Inoltre la disposizione in questione presenta evidenti carenze per quanto riguarda il coordinamento tra le fattispecie⁵⁰, carenze che peraltro sono rinvenibili anche con riguardo all'art. 270-*quater*.l c.p. Infine, l'articolo 270-*quinquies* c.p. è stato criticato prevalentemente con riguardo alla fattispecie di auto-addestramento, aggiunta nel 2015, ed ai suoi spazi applicativi che risultano essere particolarmente ristretti, peraltro non senza perplessità in merito all'effettiva necessità di prevedere una fattispecie di questo tipo, dal momento che non vi erano particolari vuoti di tutela da colmare.

Quello che emerge con evidenza dall'analisi svolta, è che il Legislatore, nella fretta di rispondere agli obblighi internazionali e all'emergenza terroristica imperversante, abbia effettuato, tramite l'uso della decretazione d'urgenza che è uno strumento tipicamente poco ragionato, degli interventi sul sistema antiterrorismo caratterizzati da una strategia di redazione normativa che presenta evidenti carenze, manifesta poca considerazione per le questioni giuridiche correlate alla legislazione penale e, soprattutto, si caratterizza per una evidente assenza di coordinamento con le norme esistenti⁵¹. In questo contesto, è evidente l'attrito della formulazione delle fattispecie in questione con il principio di determinatezza e con quello di precisione, corollari del principio di legalità di cui all'art. 25 Cost. La genericità e l'imprecisione dei testi normativi alimentano il rischio, insito nella crisi della legalità penale, che si diffondano logiche tipiche del diritto penale del nemico. Infatti, è proprio nell'ambito dell'indebolimento della riserva di legge assoluta, in favore degli interventi normativi dell'esecutivo e della crescita del ruolo della giurisprudenza, che questo genere di idee trovano un terreno maggiormente adatto alla diffusione. È proprio in questo contesto che si potrebbe rilevare la presenza di un *doppio binario* in materia di terrorismo in grado di porre in condizione di stress alcuni principi fondamentali del diritto penale dello Stato di diritto. Il Legislatore normalmente formula, o quantomeno dovrebbe formulare, disposizioni che siano precise e puntuali, di modo da limitare il più possibile la discrezionalità dell'interprete chiamato ad applicarle. Nel caso della tutela penale contro il terrorismo si registrano disposizioni formulate in maniera così indeterminata ed imprecisa, da rendere l'interprete libero di ampliare o restringerne le maglie applicative, con il conseguente rischio che venga violato anche l'ulteriore principio di ragionevole prevedibilità derivante dalla giurisprudenza della Corte EDU⁵². È evidente, allora, la diversità di trattamento riservata ai sospetti

trina quando la disposizione è stata introdotta nel 2005 e che la riforma del 2015 non ha fatto nulla per specificarne la formulazione e risolvere i dubbi in merito. A riguardo si veda: G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2016, 7, 1388 ss.

⁵⁰ G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"?*, cit., 1388 ss., il quale sottolinea come «A parere di chi scrive, la norma possiede importanti spunti applicativi ma, per come è impostato il rapporto tra le disposizioni in esame, il suo spazio nel sistema antiterrorismo è assolutamente ristretto».

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² In proposito, per eventuali approfondimenti, si veda: V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il principio di legalità nella materia penale* in V. MANES - V. ZAGREBELSKY (a

terroristi, i quali sono affidati ad un quadro normativo confuso e spesso impreciso, ma, soprattutto, alla discrezionalità dell'interprete ed ai vari mutamenti giurisprudenziali che caratterizzano la materia.

4.4. Eccessività del trattamento sanzionatorio.

Come si è avuto modo di osservare, la teoria del diritto penale del nemico ha come scopo ultimo, una volta individuati i nemici, la loro neutralizzazione. La pena non è indirizzata alla rieducazione del condannato, né al suo reinserimento sociale, ma solamente a far sì che il soggetto, ritenuto pericoloso per la società, venga da questa escluso. È, allora, del tutto naturale che i principi costituzionali che riguardano la pena vengano a scontrarsi con tale teoria. E proprio riguardo al trattamento sanzionatorio viene in considerazione l'ultimo punto d'incontro che si può ravvisare tra la teoria del diritto penale del nemico e la legislazione penale italiana di contrasto al terrorismo. Infatti, sono stati avanzati dei dubbi di compatibilità con la Costituzione delle pene previste per i reati di terrorismo, ritenute da alcuni in contrasto con il principio di proporzionalità e, di conseguenza, con il principio di rieducazione della pena.

Analizzando da vicino le figure criminose facenti parti del "pacchetto antiterrorismo", emerge che le fattispecie che incriminano condotte preparatorie rispetto alla fattispecie associativa di cui all'art. 270-*bis* c.p. o, addirittura, rispetto ad ulteriori atti preparatori, sono punite sostanzialmente allo stesso modo delle condotte di partecipazione all'associazione stessa. Tuttavia, tali condotte, dovrebbero rappresentare invece un grado precedente nella progressione di tutela e che per questo dovrebbero essere punite con pene inferiori, in quanto inferiore è il pericolo in cui viene posto il bene tutelato. Ad esempio, l'art. 270-*quater* c.p. punisce l'arruolatore con la reclusione da sette a quindici anni, ossia con la stessa pena prevista per i vertici dell'associazione terroristica, mentre l'arruolato è punito con la reclusione da cinque ad otto anni, pena identica nel minimo a quella prevista per il partecipante all'associazione. Inoltre, l'art. 270-*quater*.1 c.p., punisce l'organizzatore di viaggi, chi li propaganda o li finanzia, con una pena che va dai cinque agli otto anni di reclusione, pena identica nel minimo a quella prevista per il partecipante all'associazione. Anche se l'organizzazione del viaggio si dovrebbe porre, quantomeno in linea teorica, in un grado successivo rispetto all'arruolamento, comportando un pericolo maggiore per il bene giuridico tutelato, l'arruolamento è punito con la reclusione da sette a quindici anni, mentre l'organizzazione del trasferimento con la reclusione che va dai cinque agli otto anni⁵³. L'art. 270-*quinquies* c.p., poi, prevede, per l'addestratore, l'istruttore, l'addestrato, l'istruito e l'auto-istruito, la pena della reclusione da cinque a dieci anni, esattamente la stessa prevista per il partecipante all'associazione terroristica. Qui si pongono anche dei problemi relativi al trattamento sanzionatorio "interno", in quanto il legislatore ha previsto un'equiparazione sanzionatoria tra le varie condotte, anche se le stesse sono evidentemente dotate di una differenza di

cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 69 ss.

⁵³ G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"?*, cit., 10.

offensività⁵⁴. Infine, il finanziatore, incriminato dall'art. 270-*quinquies*.1 c.p., è punito con la reclusione da sette a quindici anni, con una pena uguale a quella prevista per i vertici dell'associazione terroristica dall'art. 270-*bis* c.p.

È facile notare, in definitiva, come il Legislatore, nonostante abbia previsto un sistema apparentemente strutturato sulla progressione di tutela tra le varie fattispecie previste, non sia stato in grado di adeguare il trattamento sanzionatorio ai vari stadi progressivi individuati dalle disposizioni anticipatorie. La conseguenza è la possibilità di applicare anche a condotte che non hanno evidentemente la stessa portata offensiva - intesa in termini di messa in pericolo del bene tutelato - pene particolarmente afflittive, nella sostanza identiche a quelle applicabili nel caso di partecipazione all'associazione terroristica che, invero, dovrebbe rappresentare l'ultimo stadio nella progressione criminosa. Tale trattamento sanzionatorio evoca, evidentemente, la teoria del diritto penale del nemico, in quanto sembrerebbe che il Legislatore si sia mosso in un'ottica di neutralizzazione del terrorista, con il rischio di una violazione del principio di proporzionalità e del principio di rieducazione della pena.

Conclusione.

Ciò che emerge dall'analisi svolta è che alcune delle disposizioni che il Legislatore italiano ha predisposto per affrontare il terrorismo prima interno e poi internazionale, sono caratterizzate da una certa vicinanza con quelli che sono i principi teorizzati da Günther Jakobs nella sua teoria del diritto penale del nemico. Gli elementi dell'eccessivo arretramento della soglia di rilevanza penale (accompagnato peraltro da un accrescimento dell'importanza dell'elemento soggettivo del reato), dell'indeterminatezza delle fattispecie e dell'inasprimento del trattamento sanzionatorio, che sono emersi dall'analisi sin qui svolta sulla normativa italiana antiterrorismo, ben si conciliano con le finalità di criminalizzazione del soggetto sulla base della mera appartenenza dello stesso ad un determinato gruppo di "nemici", in questo caso i terroristi, e di neutralizzazione dello stesso⁵⁵. Tuttavia, v'è da chiedersi se, con riferimento a queste disposizioni e misure, si possa effettivamente parlare di un diritto penale del nemico, se le stesse rientrano nella nozione del diritto penale di lotta o se sia necessario trovare un modo più adeguato a descriverle.

⁵⁴ A riguardo si veda R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale*, cit., 252.

⁵⁵ In questo senso: G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"?*, cit., 1388 ss., il quale evidenzia come il sistema antiterrorismo italiano sia caratterizzato da un «eccessivo arretramento della soglia dell'intervento penale» e da una «pena finalizzata alla neutralizzazione del reo» le quali sono, essenzialmente «due dei tre punti cardine della dottrina del diritto penale del nemico», mentre il terzo cardine, ovvero il profilo relativo alla degiurisdizionalizzazione del processo penale «sembra non essere, allo stato, pienamente integrato». Mentre in senso contrario si veda: M. ROMANELLI, *Riflessioni sul complessivo sistema di contrasto al terrorismo internazionale in Italia*, cit., 7, il quale sottolinea che, con riferimento prevalentemente all'esperienza pratica, in Italia vi è «tutto il contrario, quindi, sempre in via generale, del diritto penale simbolico, di una impostazione diretta a "neutralizzare nemici" con qualsiasi mezzo. Tutto il contrario di una deriva verso lo "stato di polizia" et similia».

Ebbene, a parere di chi scrive, la nozione che meglio descrive la situazione attuale del sistema normativo di contrasto al terrorismo è quella elaborata da Marco Pelissero, ovvero “diritto penale al limite”⁵⁶. Infatti, quelli individuati nei paragrafi precedenti sono dei semplici punti d’incontro tra le disposizioni predisposte dal legislatore e la teoria del diritto penale del nemico che, ovviamente, non bastano per affermarne l’ingresso all’interno dell’ordinamento italiano. Il presente lavoro si è mosso in una prospettiva di analisi critica della realtà giuridica finalizzata ad analizzare le disposizioni della legislazione antiterrorismo per verificare la presenza di elementi sintomatici della tendenza a legittimare compressioni delle libertà di determinati individui sulla base della loro appartenenza a determinate categorie ritenute un pericolo eccessivo ed insostenibile per la società, e non già in una prospettiva di critica alla legislazione stessa perché ritenuta espressione della teoria del diritto penale del nemico.

Come detto, è proprio grazie al funzionamento interno dell’ordinamento costituzionale che il Legislatore italiano non ha potuto ricorrere a modelli come quello bellico statunitense o quello dello stato d’eccezione francese, ma ha adottato un modello basato sulla criminalizzazione delle condotte, includendo il contrasto al terrorismo «entro il diritto penale»⁵⁷ e sforzandosi di configurare queste forme di tutela della sicurezza collettiva come rispettose di quelli che sono i principi essenziali dell’ordinamento stesso, nonché del ruolo esercitato dalla giurisdizione⁵⁸. Ciò ha comportato una situazione in cui la sicurezza è entrata a far parte del gioco di bilanciamento fra principi costituzionali, limitata dal rispetto di determinati controllimiti, composti essenzialmente dal cosiddetto “nocciolo duro” dei diritti fondamentali. Tuttavia, il confine tra le esigenze di sicurezza e quelle di libertà non è un confine preciso e vi sono delle “zone grigie” in cui la prevalenza dell’una o dell’altra esigenza non appare per nulla scontata ed in cui si fanno più vive le frizioni tra le stesse.

La normativa di contrasto al terrorismo è una di queste zone grigie; una zona, cioè, in cui aumentano vertiginosamente i rischi di violazione dei diritti umani ed in cui, come si è cercato di evidenziare, sono presenti degli elementi sintomatici di una tendenza a superare i limiti imposti dall’attività di bilanciamento. Finora questi elementi sono stati ritenuti legittimi e mantenuti nell’ordinamento, in quanto evidentemente considerati necessari per fronteggiare il fenomeno terroristico. Tuttavia, è necessario ricordare, come sottolineato dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza n. 15 del 1982, che l’emergenza, che sia terroristica o meno, può legittimare l’applicazione di «misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo»⁵⁹.

⁵⁶ M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, cit.; M. PELISSERO, *La legislazione antiterrorismo. Il prototipo del diritto penale del nemico tra garanzie e rischi di espansione*, cit.

⁵⁷ F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., 679 ss.

⁵⁸ M. PELISSERO, *La legislazione antiterrorismo. Il prototipo del diritto penale del nemico tra garanzie e rischi di espansione*, cit., 745 ss.

⁵⁹ Corte costituzionale, sentenza 1° febbraio 1982, n. 15.

Con la formula “diritto penale al limite”, si intende allora «porre l'accento sul rispetto delle garanzie»⁶⁰, nel senso che, muovendosi la legislazione antiterrorismo in questa zona grigia, si espande al suo interno il rischio che la stessa travalichi quel labile confine che vi è tra una legittima compressione dei principi costituzionali dovuta ad esigenze di sicurezza e una vera e propria violazione dei diritti umani. È per questo che la legislazione in questione deve essere tenuta costantemente sotto attenta osservazione⁶¹ e questo arduo compito spetta agli interpreti e, in particolar modo, ai giudici che sono chiamati ad applicare le disposizioni che ne fanno parte: in un ambito come quello del terrorismo internazionale, che è necessariamente influenzato dalle pressanti richieste di sicurezza dell'opinione pubblica, il Legislatore nazionale e sovranazionale rischia di non essere sufficientemente in grado di bilanciare in maniera adeguata gli interessi in gioco.

Sulla giurisprudenza e sulla dottrina grava l'arduo compito di vigilare sul rispetto delle garanzie⁶², cercando di non farsi catturare dalla sensibilità comune, influenzata emotivamente dall'effeatezza del fenomeno terroristico e da quell'umano desiderio di reazione nei confronti di chi si macchia di delitti di questo genere. D'altronde è proprio l'indipendenza della Magistratura, cardine dell'ordinamento italiano, il presupposto per il quale, citando Piero Calamandrei, il potere giudiziario può e «si deve limitare ad applicare la legge qual è stata formulata dagli organi competenti, senza curarsi di verificare da un punto di vista politico se essa corrisponda o no agli scopi per i quali è stata emanata»⁶³. Nell'ambito *de quo*, insomma, i giudici hanno il compito di applicare la legge conformemente alla Costituzione, senza essere vincolati ad un eventuale scopo di neutralizzazione o di esclusione voluto dal potere politico a sua volta interessato a dare risposte simboliche all'opinione pubblica. Come già sottolineato, la condizione di affidare questa incombenza agli interpreti porta il rischio di cambiamenti di rotta verso una deriva securitaria, ma si auspica che i magistrati italiani, supportati dalla dottrina, possano svolgere il compito di custodi del garantismo.

⁶⁰ M. PELISSERO, *La legislazione antiterrorismo. Il prototipo del diritto penale del nemico tra garanzie e rischi di espansione*, cit., 745 ss.

⁶¹ M. PELISSERO, *La legislazione antiterrorismo. Il prototipo del diritto penale del nemico tra garanzie e rischi di espansione*, cit., 745 ss., il quale evidenzia che questa necessità di tenere sotto osservazione il sistema antiterrorismo, deriva dal fatto che «è in questo contesto che si sviluppa un diritto penale che accentua irragionevolmente profili di differenziazione».

⁶² M. PELISSERO, *La legislazione antiterrorismo. Il prototipo del diritto penale del nemico tra garanzie e rischi di espansione*, cit., 745 ss., che sottolinea la necessità che la giurisprudenza e la dottrina svolgano il ruolo di: «segnalare quando le leggi penali non fungono da strumenti efficaci per la vera tutela della sicurezza pubblica, ma servono solamente a scopi politici in merito a quest'ultima; discernere ciò che, pur essendo legittimo, risulta irragionevole e, dunque, entra in conflitto irreparabile con i principi costituzionali; valutare con attenzione l'adeguatezza della politica criminale nelle eccezioni alle regole generali, poiché la limitazione delle garanzie, tollerabile nel caso di un nemico noto, non trova giustificazione nella creazione di nuovi nemici».

⁶³ P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche. Magistratura, avvocatura, studio e insegnamento del diritto*, Volume II, Roma, 2019, 200.

Non uccidere

Breve excursus sull'abolizione della pena di morte in Italia, in Europa e nel Mondo

Ervin Rupnik*

“Il condannato era un uomo intelligente, coraggioso, forte, d'età matura, chiamato Legros. Ebbene, ve lo dico io, potete credermi o no, saliva sul patibolo e piangeva, bianco come la carta. È mai possibile? Non è forse un orrore? Chi mai piange di paura? Io non credevo che potesse mettersi a piangere di paura uno che non fosse un bambino, un uomo che non aveva mai pianto, un uomo di quarantacinque anni. Che accade nell'anima in quel momento, a quali convulsioni la portano? È un affronto fatto all'anima, nient'altro! è detto: «Non uccidere»; e allora, perché uno ha ucciso, s'ha da uccidere anche lui? No, non è lecito!”.

Dostoevskij², che mette in bocca queste parole al suo “Idiota” principe Myškin protagonista dell'omonimo romanzo, sapeva bene quello che prova un condannato a morte prima dell'esecuzione: arrestato e sentenziato alla pena capitale per aver fatto parte di un circolo di socialisti seguaci delle dottrine di Fourier, il mattino del 22 dicembre 1849 al futuro scrittore fu fatta indossare la camicia bianca del condannato e venne condotto davanti al plotone di esecuzione che attendeva lui e i suoi compagni nel cortile della Fortezza di Pietro e Paolo a San Pietroburgo.

In realtà non era che una macabra messa in scena allestita dal comandante della prigione, poiché lo Zar Nicola I aveva già tre giorni prima commutato la pena capitale in quella dei lavori forzati a tempo indeterminato, messa in scena grazie a cui, secondo testimonianze dei presenti, due dei condannati incanutirono all'istante, mentre il nostro Dostoevskij riprese a soffrire di attacchi di epilessia che lo accompagnarono sino alla morte.

Il declino del patibolo in Europa

Ragionando con la mentalità propria di un individuo del XXI secolo, ci sembra quasi impossibile anche solo pensare che, fino a pochi decenni or sono, la pena di morte fosse contemplata dai codici penali ed eseguita in numerosi paesi del vecchio continente, alcuni decisamente insospettabili.

Nel civilissimo **Regno Unito** di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, ancora nel 1814 un tale William Potter veniva giustiziato per aver tagliato un frutteto, mentre la tra-

* Avvocato del Foro di Roma.

¹ F.M. Dostoevskij, *L'Idiota*, Torino, 1984, 23. Traduzione di Alfredo Polledro.

² Per gli amanti di questo scrittore, segnalo che la pronuncia corretta è “Fiòdr Dastajèvski”.

dizionale forma di esecuzione denominata “*hanging, drawn and quartered*” (letteralmente “impiccagione, sventramento e squartamento”) fu abolita solo nel 1870.

Restando oltre Manica, l'esecuzione dei minori di 18 anni è rimasta in vigore sino al 1933 e ancora nell'agosto del 1964, mentre i Beatles erano in giro per il mondo a cantare *Twist and shout e I want to hold your hand*, due ragazzi di 21 e 24 anni venivano impiccati.

Solo nel 1998 il Crime and Disorder Act ha abolito gli ultimi reati capitali (tradimento e pirateria violenta), mentre lo *Human Rights Act* del 1998 ha sostituito con l'ergastolo la pena di morte prevista per i reati militari.

Infine, 10 ottobre 2003, il Regno Unito ha ratificato il Tredicesimo Protocollo alla Convenzione Europea sui Diritti Umani che vieta la pena di morte in tutte le circostanze, Protocollo che è entrato in vigore il 1 febbraio 2004.

Passando alla vicina **Francia**, il cammino verso l'abrogazione della pena capitale è stato per certi versi anche più lento e difficoltoso.

Nel paese inventore della ghigliottina (che, paradossalmente, fu introdotta allo scopo di evitare inutili sofferenze al condannato, assicurandogli una morte istantanea), a parte un timido tentativo di abrogazione da parte della Convenzione Nazionale nel 1795 (abrogazione mai applicata poiché subordinata alla cessazione dello stato di guerra e comunque quasi subito revocata), si è fatto larghissimo uso della pena capitale almeno fino al 1905, anno in cui il Presidente della Repubblica Armand Fallières, per sue nobili convinzioni personali, iniziò a ringraziare sistematicamente tutti i condannati a morte.

Ma le Corti d'Assise d'oltralpe, sostenute dalla larghissima maggioranza dell'opinione pubblica, continuavano ad emettere sentenze capitali, e nel 1909 il povero Fallières dovette piegare il capo e cessare di concedere la grazia.

Nel 1939, in seguito allo scandalo seguito dall'esecuzione del pluriomicida tedesco Eugen Weidmann³ furono vietate le decapitazioni pubbliche, ma continuarono quelle eseguite all'interno degli stabilimenti carcerari.

A partire dagli anni '70, grazie anche alla crociata condotta dall'avvocato Robert Badinter⁴, la pena capitale fu messa sempre più in discussione in Francia, soprattutto dopo l'esecuzione di Christian Ranucci, un ventiduenne condannato e giustiziato per

³ I mezzi di informazione seguirono le fasi dell'esecuzione con una tale morbosità, e il pubblico accorso si diede a tali scene di isterismo, che ne nacque uno scandalo che addirittura oltrepassò i confini nazionali.

⁴ Morto nel febbraio di quest'anno, era solito dire: “*Ghigliottinare non è altro che prendere un uomo vivo e tagliarlo in due*”.

aver rapito e ucciso una ragazzina dodicenne, sulla cui effettiva colpevolezza restò sempre una consistente alea di incertezza.

L'ultima condanna eseguita in Francia - e in tutta l'Europa occidentale - fu quella di Hamida Djandoubi, un cittadino tunisino che venne ghigliottinato alle 4:40 del 10 settembre 1977 nella prigione di Marsiglia.

Pochi mesi dopo l'elezione di François Mitterand, Badinter, divenuto nel frattempo Ministro della Giustizia, avanzava una proposta di legge che vietava la pena di morte, da lui definita "*disumana e inefficace*", ottenendone l'approvazione da parte dell'Assemblea Nazionale e la conseguente eliminazione della pena capitale dal codice penale francese.

In **Germania**, dove le condanne a morte si eseguivano mediante decapitazione, dopo una quasi abrogazione durante la Repubblica di Weimar, la pena capitale tornò decisamente in auge dopo l'avvento del Nazionalsocialismo, epoca in cui non solo fu applicata su larghissima scala (664 condanne pronunciate prima della guerra dal 1933 al 1939, oltre 30.000 durante la seconda guerra mondiale, se si sommano le pronunce dei tribunali ordinari e quelle delle corti marziali), ma addirittura in alcuni casi fu comminata per reati che, all'epoca della loro commissione, non erano puniti con la morte: è il caso di Marinus van der Lubbe, l'autore dell'incendio al *Reichstag*, giustiziato nel 1934.

Dopo la guerra le esecuzioni continuarono sia nella **Repubblica Democratica Tedesca** (l'ultima esecuzione di un civile fu nel 1972 con la messa a morte dell'infanticida Erwin Hagedorn) che nella **Repubblica Federale di Germania**, dove tuttavia essa fu abolita quasi subito con l'entrata in vigore nel 1949 della *Grundgesetz*, ossia la costituzione, il cui articolo 102 recita laconicamente "*La pena di morte è abolita*".

Abbastanza recente è stata l'abolizione in **Portogallo** e in **Spagna**, dove le ultime esecuzioni capitali, avvenute rispettivamente nel 1974 e nel 1975, non sono poi così lontane nel tempo, mentre l'abbandono di tale pratica nei paesi del Nord Europa è avvenuta decisamente prima (l'ultima esecuzione in **Norvegia** risale al 1944, in **Islanda** addirittura al 1830).

Decisamente particolare è la situazione della **Russia**, tra i primi stati europei a vietare la pena di morte per opera dell'Imperatrice Elisabetta I nel lontano 1744, paese dove è tuttavia tornata tristemente in auge nel corso di quasi tutto il XX secolo, soprattutto in epoca sovietica, anche se in tale periodo è stata in realtà abrogata e ripristinata più volte.

Dissoltasi l'URSS, la neonata Federazione Russa ha continuato ad applicarla fino al 1994, anno in cui Andrej Chikatilo, accusato di aver rapito e ucciso più di 50 donne e bambini, è stato l'ultimo condannato alla fucilazione, eseguita nonostante le ripetute domande di grazia all'allora Presidente Boris Eltsin, contenenti finanche la supplica di "*mandarlo in esilio come Napoleone su un'isola deserta o nella taiga insieme alle tigrì*".

Dopo questa esecuzione la Russia ha aderito al Consiglio d'Europa, introducendo una moratoria (condizione obbligatoria per l'adesione) che dura sino ad oggi, per cui attualmente la pena capitale è ancora contemplata nel codice penale di tale paese, ma a seguito della moratoria divenuta sostanzialmente permanente dopo una pronuncia della Corte costituzionale del 2009, le condanne vengono tutte commutate in ergastolo.

A proposito del **Consiglio d'Europa**, va ricordato che già il Protocollo n. 6 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, adottato a Strasburgo nel 1983, limitava l'ammissibilità della pena di morte negli ordinamenti degli stati aderenti ai soli atti commessi in tempo di guerra, mentre il Protocollo n. 11 adottato a Vilnius nel 2002, contiene le seguenti disposizioni: "**Articolo 1 - Abolizione della pena di morte.** La pena di morte è abolita. Nessuno può essere condannato a tale pena né giustiziato. **Articolo 2 - Divieto di deroghe.** Nessuna deroga è autorizzata alle norme del presente Protocollo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione. **Articolo 3 - Divieto di riserve.** Nessuna riserva è ammessa alle norme del presente Protocollo ai sensi dell'articolo 57 della Convenzione".

Ad oggi, in tutta Europa, solo la **Bielorussia** mantiene in vigore la pena di morte, sebbene la stessa non sia applicabile a chi è minorenne all'epoca del commesso reato, a chi ha più di 65 anni al momento della sentenza e alle donne incinte. L'ultima esecuzione risale al 2022.

In Italia

Nel nostro Paese la pena di morte, per i reati commessi in tempo di pace, è stata abrogata a far data dal 1 gennaio 1948 con l'entrata in vigore della Costituzione, mentre per i reati commessi da militari in tempo di guerra si è dovuto attendere fino al 1994, durante il primo governo Berlusconi, quando è entrata in vigore la legge n. 589 che l'ha eliminata anche dal codice penale militare di guerra⁵.

Prima dell'Unità d'Italia, la situazione era differente nei vari Stati presenti nella penisola.

Mentre il **Granducato di Toscana** può fregiarsi del titolo di primo stato italiano ad aver abolito la pena capitale, addirittura nel 1786 con la cd. "Legge Leopoldina" emanata sotto il regno di Pietro-Leopoldo d'Asburgo-Lorena (il quale tuttavia la ripristinò già nel 1790 appena divenuto imperatore del Sacro Romano Impero), seguito dalla **Repubblica di San Marino** (abrogazione nel 1848, reintroduzione nel 1853 e definitiva abrogazione nel 1865) e dall'effimera **Repubblica Romana** (abrogazione nel 1849), negli altri stati fu presente almeno fino alla formazione del **Regno d'Italia**.

⁵ "Art. 1 *Per i delitti previsti dal codice penale militare di guerra e dalle leggi militari di guerra, la pena di morte è abolita ed è sostituita dalla pena massima prevista dal codice penale. Sono abrogati l'articolo 241 del codice penale militare di guerra e tutte le disposizioni dello stesso codice e delle leggi militari di guerra che fanno riferimento alla pena di morte*".

Anche se formalmente abrogata dall'entrata in vigore del codice Zanardelli nel 1889, già dal 1878 la pena di morte era di fatto scomparsa dal neonato **Regno Sabaud** grazie al decreto di amnistia generale voluto e promulgato da Umberto I, ma il fatto che restasse in vigore nel codice penale militare (e in quelli coloniali) fece sì che la stessa venisse largamente applicata durante il primo conflitto mondiale, soprattutto ai danni di poveri soldati innocenti accusati di comportamento disonorevole (la cd. "decimazione", ovvero la messa a morte di un militare ogni dieci dopo un'estrazione a sorte⁶).

Con l'avvento del **Fascismo** la pena capitale venne presto reintrodotta: dal 4 novembre 1925 al 31 ottobre 1926 avvennero ben quattro attentati alla vita di Mussolini, il che indusse il Senato ad adottare a larghissima maggioranza la legge n. 2008/1926, con la quale venne ripristinata la pena di morte per "*chiunque commette un fatto diretto contro la vita, l'integrità o la libertà personale*" del Re, del Reggente, della Regina, del Principe ereditario e del Capo del Governo, oltre che per gli autori di alcuni gravi reati contro la sicurezza dello Stato (puniti con l'ergastolo o la reclusione dal codice Zanardelli).

Confermata e, anzi, estesa a numerosi reati comuni dal codice Rocco del 1930, la sanzione capitale fu comminata per 118 volte (con 65 esecuzioni) dalle Corti d'Assise, competenti fino al 1940 a giudicare dei reati comuni, e per 54 volte (con 53 esecuzioni) dal Tribunale Speciale per i reati politici (dal 1940 a tale Tribunale passò anche la giurisdizione per i reati comuni).

A seguito caduta del Fascismo, ad abrogare nuovamente la pena di morte per i reati comuni intervenne il decreto legislativo luogotenenziale n. 224 del 10 agosto 1944, il cui articolo 1 recitava: "*Per i delitti preveduti nel Codice penale è soppressa la pena di morte. Quando nelle disposizioni di detto codice è comminata la pena di morte, in luogo di questa si applica la pena dell'ergastolo*", mentre tale sanzione restava in vigore per i reati di natura squisitamente politica, questa volta ai danni dei fascisti⁷.

⁶ Tale crudele pratica, che per forza di cose finiva per colpire a caso degli innocenti, veniva spesso messa in atto dietro ordine dei comandanti militari senza nemmeno una pronuncia da parte delle corti marziali. Considerata un estremo mezzo di disciplina, è stata largamente applicata da tutti gli eserciti durante la prima guerra mondiale, a causa del crescente rifiuto da parte dei soldati di gettarsi all'attacco delle trincee nemiche senza alcuna protezione, andando così incontro a morte certa. Un'illustrazione di questa orribile prassi è stata mirabilmente fornita, a livello cinematografico, da Stanley Kubrick nel bellissimo "Orizzonti di gloria" (1957).

⁷ L'art. 2 del decreto legislativo luogotenenziale n. 159 del 27 luglio 1944 disponeva che "*I membri del governo fascista e i gerarchi del fascismo, colpevoli di aver annullate le garanzie costituzionali, distrutte le libertà popolari, creato il regime fascista, compromesse e tradite le sorti del Paese condotto alla attuale catastrofe, sono puniti con l'ergastolo e, nei casi di più grave responsabilità, con la morte*", mentre per punire altri reati sempre di natura politica si riesumava addirittura la vigenza del codice Zanardelli.

In realtà tale abrogazione ebbe brevissima durata, poiché già all'indomani della fine della guerra fu emanato il decreto legislativo luogotenenziale n. 234 del 10 maggio 1945 che ripristinò la pena di morte per alcuni reati comuni quali la rapina e il sequestro di persona a scopo di estorsione⁸.

L'efficacia di tale provvedimento, inizialmente limitata ad un anno, si protrasse in realtà anche nei primi due anni della neonata **Repubblica Italiana**, grazie a due decreti del Capo provvisorio dello Stato⁹ che ne consentirono la proroga sino all'entrata in vigore della Costituzione avvenuta il primo gennaio 1948, il cui articolo 27 ha finalmente stabilito che *“Non è ammessa la pena di morte”*¹⁰.

Anche se può sembrare un dettaglio, tale proroga di soli 2 anni e mezzo produsse in realtà una mole impressionante di condanne a morte, ben 251 solo per delitti commessi da ex membri della Repubblica Sociale Italiana (di cui 91 eseguite).

L'ultima esecuzione per un crimine comune fu quella relativa alla cd. *“Strage di Villarbasse”*¹¹, avvenuta il 4 marzo 1947 alla presenza di fotografi e di giornalisti all'interno di un poligono di tiro sito nella località Basse di Stura a Torino.

Alle 5 di mattina del giorno successivo, presso Forte Bastia nei pressi di La Spezia, fu eseguita l'ultima fucilazione per un reato politico, ai danni dei repubblicani Aldo Morelli, Emilio Battisti e Aurelio Gallo, condannati l'anno precedente per collaborazionismo e sevizie.

Secondo il resoconto pubblicato dai giornali dell'epoca, l'esecuzione non fu esente da incidenti: dopo la prima raffica solo Morelli morì, mentre Battisti restò ferito e

⁸ Art. 1 *“I delitti di rapina, di estorsione e di sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione, qualora siano commessi o con armi o approfittando di circostanze di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa o, comunque, con modalità di esecuzione tali da suscitare particolare allarme, sono puniti con la reclusione da venti a trenta anni e nei casi più gravi con l'ergastolo o con la morte”*. Art. 2 *“Chiunque promuove, costituisce o organizza, al fine di compiere reati contro la proprietà o violenza contro le persone, bande armate, è punito, per ciò solo, con le pene stabilite nell'articolo precedente. Alle stesse pene soggiacciono i capi ed i sovventori”*.

⁹ D.C.P.S n. 6411 del 2 agosto 1946 e n. 192 del 11 aprile 1947.

¹⁰ La riserva originariamente contenuta in tale disposizione *“se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra”*, è stata soppressa dalla legge costituzionale n. 1 del 2 ottobre 2007. L'abrogazione costituzionale della pena capitale è stata attuata per mezzo dei decreti legislativi n. 21 (*Disposizioni di coordinamento in conseguenza dell'abolizione della pena di morte*) e n. 22 (*Ammissibilità del ricorso per cassazione proposto dai condannati alla pena di morte*) del 22 gennaio 1948.

¹¹ La sera del 20 novembre 1945 quattro banditi originari della provincia di Palermo si introdussero, a scopo di rapina, nella casa padronale dell'avvocato Massimo Gianali sita nella cascina di Villarbasse, in provincia di Torino, dove massacrarono a sprangate e poi gettarono ancora vive in una cisterna 10 persone, poiché una di loro aveva riconosciuto un bandito cui era caduta per un attimo la maschera. La rapina fruttò 200.000 lire.

Gallo addirittura illeso, avendo addirittura l'animo di pronunciare queste parole: "Non dovrete più sparare, ma fate come volete".

La seconda raffica del plotone lo uccise, mentre Battisti fu finito con il classico colpo di grazia alla nuca, colpo che pose termine alle esecuzioni capitali in Italia.

Nel mondo

Secondo l'ultimo rapporto pubblicato da *Amnesty International*, nel 2023 più della metà degli stati del mondo hanno, *de iure* o *de facto*, abrogato la pena di morte: 112 stati sono integralmente abolizionisti, 23 stati sono considerati abolizionisti di fatto perché non eseguono condanne a morte da almeno 10 anni o hanno assunto l'impegno a livello internazionale a non ricorrere alla pena capitale; altri 9 stati hanno cancellato la pena di morte per i reati ordinari.

In totale, 144 stati non ricorrono più a questo strumento, mentre 55 lo mantengono in vigore, anche se solo 16 vi fanno ancora ricorso in concreto.

Al di là dell'Europa, dove come detto solo la Bielorussia la applica ancora, il continente dove la pena di morte è maggiormente applicata è senz'altro l'**Asia**, con **Iran** (quasi due terzi delle esecuzioni "ufficiali", soprattutto per reati in materia di traffico di stupefacenti) e **Cina** (che non fornisce né statistiche né altro tipo di informazioni, ma dove si stima che le esecuzioni siano alcune migliaia all'anno) che fanno da padroni in materia.

Nel mondo occidentale, l'unico paese dove la pena capitale è ancora oggi eseguita sono gli **Stati Uniti d'America**, con 23 esecuzioni nel corso del 2023.

I pensieri di un condannato a morte

Chi scrive, è superfluo dirlo, ha in orrore la sola idea che un essere umano possa essere ucciso per mano dello stato, chiunque egli sia e qualunque sia il delitto di cui si è macchiato.

Per tale ragione, giudico estremamente preoccupante la tendenza in atto ad estendere oltre i suoi naturali confini il concetto di legittima difesa, poiché la dilatazione smisurata di tale scriminante può arrivare in alcuni casi a produrre una sorta di implicita riammissione della pena di morte, con la particolarità che l'esecuzione è demandata alla persona offesa o ad un suo prossimo e che l'intervento dell'organo giurisdizionale (Tribunale o altro) avviene non nella fase decisionale bensì in quella successiva, a mo' di ratifica dell'esecuzione già avvenuta.

Ma qui si rischia di andare fuori tema, per cui è meglio tornare all'oggetto del presente articolo e chiudere lasciando a Dostoevskij¹², come veduto testimone d'eccezione, il compito di descrivere quali sono i pensieri di un uomo che sta per essere giustiziato: "*Ma forse il dolore principale, il più forte, non è quello delle ferite; è invece*

¹² F.M. Dostoevskij, *op. cit.*

di sapere con certezza che, ecco, tra un'ora, poi tra dieci minuti, poi tra mezzo minuto, poi ora, subito, l'anima volerà via dal corpo, e non sarai più un uomo, e questo ormai è certo; soprattutto il fatto che è certo. ... Uccidere chi ha ucciso è un castigo senza confronto maggiore del delitto stesso. L'assassinio legale è incomparabilmente più orrendo dell'assassinio brigantesco. Chi è assalito dai briganti, chi è sgozzato di notte, in un bosco, o altrimenti, senza dubbio spera ancora di potersi salvare fino all'ultimo momento. ... Mentre qui tutta quest'ultima speranza, con la quale è dieci volte più facile morire, te la tolgono con certezza; qui c'è una condanna, e appunto nella certezza che non vi sfuggirai sta tutto l'orrore del tuo tormento, e al mondo non c'è tormento maggiore di questo. Conducete un soldato, durante il combattimento, proprio davanti a un cannone, collocatelo lì e tirategli addosso: continuerà a sperare; ma leggete a questo stesso soldato la sentenza che lo condanna con certezza, ed impazzirà o si metterà a piangere. Chi ha detto che la natura umana è in grado di sopportare questo senza impazzire? ... No, non è lecito agire così con un uomo!"