

Rivista trimestrale | Luglio/Settembre 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

Giorgio Spangher, **Riforma Nordio e *vacatio legis***

### ARTICOLI

Carolina Teresi, **L'AI Act nell'ottica del processual-penalista: uno sguardo preliminare**

Giuseppe Della Monica, **La rilevabilità *ex officio* della violazione del divieto di *reformatio in peius***

### OPINIONI

Antonella Marandola, **I *vulnera* del diritto di difesa anticipato in sede cautelare nella Riforma Nordio**

### DALLE CORTI

Monica Tortorelli, **Il MOG 231 e la sua elusione fraudolenta attraverso il c.d. *management override* nell'ultima giurisprudenza di merito: l'occasione è propizia per una ricognizione sul tema**

Giulia De Lerma - Rossella Di Pietro, **Ammissione dell'istituto della messa alla prova per l'ente: meccanismo virtuoso con efficacia riparatoria e special-preventiva**

## **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 – Adelfo 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 Andò – 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

GIORGIO SPANGHER, *Riforma Nordio e vacatio legis* » 359

## Articoli

CAROLINA TERESI, *L'Al Act nell'ottica del processual-penalista: uno sguardo preliminare* » 361

MARCELLO LADEVITO, *L'ergastolo ostativo nella sua attuale formulazione: le maggiori e persistenti criticità rispetto ad un'idea di pena come integrazione sociale* » 381

ELENIA ESPOSITO, *Nuovi strumenti di lotta all'illegalità, riflessioni nell'era dell'intelligenza artificiale* » 399

GIUSEPPE DELLA MONICA, *La rilevabilità ex officio della violazione del divieto di reformatio in peius* » 411

## Opinioni

ANTONELLA MARANDOLA, *I vulnera del diritto di difesa anticipato in sede cautelare nella Riforma Nordio* » 425

IACOPO BENEVIERI, *Software di trascrizione forense: una pericolosa delega di potere* » 429

## Dalle corti

OTTAVIA MURRO, *Osservatorio Corte Costituzionale* » 433

GUIDO COLAIACOVO, LUIGI LUDOVICI, GIULIA FIORUCCI, *Osservatorio Sezioni Unite* » 435

MONICA TORTORELLI, *Il MOG 231 e la sua elusione fraudolenta attraverso il c.d. management override nell'ultima giurisprudenza di merito: l'occasione è propizia per una ricognizione sul tema* » 441

GIORDANA FILIPPELLI, *L'impugnazione per i soli interessi civili alla luce dell'intervento normativo attuato dalla c.d. Riforma Cartabia* » 461

FILIPPO LOMBARDI, *La nullità del decreto di citazione per omesso avviso di conclusione indagini: sugli effetti dell'omessa eccezione di parte* » 477

GIULIA DE LERMA - ROSSELLA DI PIETRO, *Ammissione dell'istituto della messa alla prova per l'ente: meccanismo virtuoso con efficacia riparatoria e special-preventiva* » 485

CRISTIANO REGA, *Un orientamento giurisprudenziale problematico in tema di "minore gravità" nei reati di violenza sessuale* » 495

**Pagine senza tempo**

SERGIO MOCCIA, *Ricordo di Francesco Forzati* » 505

## RIFORMA NORDIO E VACATIO LEGIS

Giorgio Spangher\*

Il giorno 10.08.2024 è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale la legge 09.08.2024 n. 114 contenente il ddl Nordio contenente modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare presentato al Senato n. 808 il 19.07.2023 e approvato dal Senato il 13.02.2024 e il 10.07.2024 dalla Camera in via definitiva.

Come emerge da queste indicazioni il Presidente della Repubblica ha fatto uso di tutto il tempo a lui conferito dall'art. 73 comma 1 Cost. a mente del quale le leggi sono promulgate entro 1 mese dall'approvazione.

Pur nella correttezza del dettato costituzionale, il fatto – perché insolito – si presta ad alcune considerazioni.

La prima è quella deducibile dalla cronologia considerato che la legge n. 114 segue alla pubblicazione in Gazzetta della legge n. 112 08.08.2024 di conversione del decreto legge n. 92 del 04.07.2024.

Il collegamento è dato dal fatto che nel decreto legge approvato dal governo (relativo al problema penitenziario) è contenuta una norma che disciplina il cosiddetto peculato per distrazione (art. 314 *bis* c.p.) ora questa norma, a quanto è dato sapere, è stata inserita al fine di “temperare” gli effetti dell'abrogazione del reato di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) contenuto nel ddl Nordio definitivamente approvato il 10.07.2024.

In altri termini per consentire la pubblicazione della legge Nordio si è ritenuto necessario attendere l'approvazione (e pubblicazione) del decreto legge carceri la cui scadenza era fissata i primi di settembre e che quindi è stato convertito anticipatamente proprio per la riferita ragione temporale (arg. ex art. 73 comma 1 Cost.).

Ora il primo interrogativo che si prospetta riguarda il fatto che con il dl carceri l'art. 314 *bis* c.p. è già applicabile, mentre l'abrogazione dell'art. 323 c.p. deve attendere la pubblicazione in Gazzetta e i quindici giorni di *vacatio legis*.

---

\* Professore emerito di diritto processuale penale presso l'Università di Roma “La Sapienza”.

In altri termini la nuova previsione compensativa è già operativa mentre quella che essa deve sanare, deve attendere.

Se la ricostruzione esatta non solo per abrogare un reato se ne deve introdurre un altro, ma per un certo periodo i due reati sono destinati ad essere entrambi applicabili.

La prima domanda quindi: se era necessario attendere la conversione del dl carceri per sanare una ritenuta necessità di colmare un ritenuto vuoto normativo.

Al riguardo non è chiaro dove sia emersa questa indicazione, in limine, considerato che il ddl Nordio, come detto in premessa, ha occupato il Parlamento per oltre un anno senza che la questione – ridotta al solo contrasto tra favorevoli e contrari all'abrogazione – venisse prospettata.

Se per quanto attiene ai profili penalistici, il differimento dell'abrogazione del reato di abuso d'ufficio non muta, dovendo essere comunque applicato anche alle situazioni che medio tempore dovessero aver acquisito la irrevocabilità, dovendo il nuovo reato essere applicato salvo la modifica dell'imputazione rispetto al reato di abuso d'ufficio, solo ai fatti successivi all'approvazione del ddl carceri, il discorso è diverso sotto il profilo processuale.

Se invero il termine differimento connesso alla pubblicazione in Gazzetta è un "dato neutro", lo stesso non può dirsi per la restante parte del provvedimento perché secondo la logica che ispira l'applicazione delle norme processuali, queste sono governate dal principio del *tempus regit actum* e non consentono recuperi retroattivi.

Si pensi, in via esemplificativa, al differimento del contraddittorio anticipato, all'esclusione della legittimazione del p.m. ad appellare la sentenza di proscioglimento emessa all'esito del dibattimento davanti al giudice in composizione monocratica e soprattutto all'eventuale declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione per la violazione dell'art. 581 comma 1 *ter* c.p.p. con conseguente irrevocabilità della sentenza.

C'è tuttavia anche un terzo profilo che è merso dal dibattito sulla vicenda e che evidenzia significativamente la forte contrapposizione ideologica culturale che si riflette sulla materia anche al di là di quanto già detto sull'inserimento del nuovo reato compensativo.

A fronte della riforma, prospettando scenari apocalittici da parte di varie istituzioni domestiche e sovranazionali, non è mancato chi ha parlato di pregiudizio per "l'etica pubblica" con riferimento all'abrogazione dell'art. 323 c.p.

Si è parlato altresì in modo del tutto improprio, ma significativamente evocativo, di amnistia invece di *abrogatio criminis* e a fronte delle modifiche meramente processuali del ddl carceri si è parlato di indulto.

Tutto può esser discusso, ma dai vertici scientifici e istituzionali ci si aspetterebbe pur nella legittimità delle critiche, qualcosa di meno "emotivo".

# L'AI ACT NELL'OTTICA DEL PROCESSUAL-PENALISTA: UNO SGUARDO PRELIMINARE

Carolina Teresi\*

**Sommario:** **1.** L'AI Act tra *unicum* legislativo e obsolescenza. Quanto velocemente progredisce la tecnica rispetto al diritto. - **2.** Sistemi di IA ad alto rischio e amministrazione della giustizia. - **3.** La riservatezza e gli altri diritti fondamentali come principale ostacolo al connubio giustizia-IA. - **4.** IA e giustizia penale: un azzardo o una realtà già in atto? - **4.1.** IA e indagini: un valido supporto per la ricerca della prova. - **4.2.** IA e misure cautelari: giudizio prognostico ed esigenze cautelari. - **4.3.** IA e fase decisoria: scenari di giustizia predittiva. - **5.** Conclusioni.

## ABSTRACT

Il contributo si pone l'obiettivo di fornire una prima panoramica sulle possibili implicazioni derivanti dall'introduzione dei sistemi di Intelligenza Artificiale (IA) nel settore della giustizia penale. L'embrionale stato di avanzamento della nuovissima normativa europea, nota come *AI Act*, consente di pronosticare degli scenari futuribili per l'amministrazione giudiziaria e in particolare per l'attività interpretativa del giudice. Si analizza brevemente l'attuabile interazione dell'IA con le varie fasi del processo penale, ponendo l'accento sulle garanzie procedurali interne al sistema innanzi ai potenziali rischi derivanti dall'automazione.

*The present essay aims to provide an initial overview of the possible implications arising from the introduction of Artificial Intelligence (AI) systems in the field of criminal justice. The nascent state of the new European regulation, known as the AI Act, allows for the forecasting of future scenarios for judicial administration, particularly concerning the interpretive role of judges. The paper briefly analyzes the feasible interaction of AI with various phases of the criminal process, emphasizing the procedural safeguards within the system against the potential risks posed by automation.*

---

\* Dottoranda di ricerca presso l'Università Guglielmo Marconi,

## 1. L'AI Act tra *unicum* legislativo e obsolescenza. Quanto velocemente progredisce la tecnica rispetto al diritto.

Il 21 maggio 2024 il Consiglio UE ha approvato all'unanimità il testo del Regolamento in materia di Intelligenza Artificiale (di seguito IA), che lo scorso 13 marzo il Parlamento europeo aveva promosso con 523 voti favorevoli.

Per la prima volta nel panorama giuridico mondiale, la normativa si pone l'obiettivo di regolare la creazione, l'utilizzo e l'introduzione di sistemi e modelli di IA in diversi campi. In quanto regolamento, esso è destinato a essere automaticamente applicato in tutto il territorio dell'Unione, senza necessità di leggi di recepimento né possibilità di adattamento nei singoli ordinamenti nazionali.

In apertura si dichiara espressamente come l'intento sia quello di stabilire regole armonizzate sull'IA con conseguente modifica di regolamenti e direttive attualmente in vigore che subiranno un impatto per effetto delle nuove tecnologie. Giova notare, inoltre, che in tempi non sospetti e prima della vivace attenzione suscitata dal fenomeno IA, in data 3 dicembre 2018 la CEJEP aveva approvato la *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*<sup>1</sup>. Questo dimostra la sensibilità dell'UE alla tematica, nonostante l'IA fosse un tema discusso dagli anni 50<sup>2</sup> del secolo scorso.

In genere, la legislazione sconta un evidente grado di ritardo rispetto alla tecnologia e alle sue rapide evoluzioni: al legislatore, con tutte le difficoltà e le insidie dell'elaborazione nonché dell'approvazione in sede parlamentare, non resta che raccogliere la sfida e cercare di ottenere un prodotto finale il più possibile completo e inclusivo.

L'AI Act si iscrive nell'ambito della legislazione digitale, nella quale figurano altre normative euro-unitarie precedenti, come il *Digital Markets Act* (DMA), il *Digital Services Act* (DSA), il *Data Governance Act* (DGA) e il *Data Act*.

Il testo del Regolamento si presenta come un testo di non immediata e facile consultazione: composta da ben 458 pagine, 180 considerando, 113 articoli e 13 allegati, la normativa presenta un elevato livello di complessità anche per gli interpreti più allenati.

Il legislatore europeo si è confrontato con una tematica articolata e per molti versi incomprensibile persino per i tecnici della materia. Deve esser-

---

<sup>1</sup> QUATTROCOLO, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta Etica Europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in rivista *Legislazione Penale*, ISSN 2421-552X, <https://www.lalegislazionepenale.eu/intelligenza-artificiale-e-giustizia-nella-cornice-della-carta-etica-europea-gli-spunti-per-unurgente-discussione-tra-scienze-penali-e-informatiche-serena-quattrocolo/>, 22 marzo 2018.

<sup>2</sup> Il padre teorico dell'IA è considerato John McCarthy, informatico statunitense, che in un saggio pubblicato nel 1956 coniò per la prima volta il termine "*Artificial Intelligence*", qualificandola come "*the science and engineering of making intelligent machines*".

gli deputato un grande sforzo, ma essa corre il rischio di diventare in breve tempo obsoleta, a causa della velocità impressionante con cui le tecniche di IA progrediscono. È sufficiente citare il caso della cd. IA generativa, nozione assente nella versione del testo normativo datata 14 giugno 2023, ora menzionata nei considerando nn. 99<sup>3</sup> e 105.

Tra le numerose modifiche apportate rispetto alla versione precedente è possibile notare l'eliminazione dell'art. 4 *bis*, dedicato ai principi generali. Invero, tali principi non sono stati del tutto rimossi dall'attuale testo, ma sono stati trasfusi nel Considerando n. 27 per come elaborati nel 2019 dall'*Artificial Intelligence High-Level Expert Group* (AI HLEG). Sulla efficacia cogente dei considerando posti in apertura di una normativa UE si discute<sup>4</sup>: essi vengono qualificati come atti di *soft law*, volti a esplicitare l'intento normativo del legislatore, ma non godono di una portata applicativa al pari delle disposizioni regolamentari.

Le norme del regolamento si concentrano sulla disciplina generale del fenomeno. L'UE guarda con favore alle nuove tecnologie. Per tutelare al meglio i propri cittadini ha scelto un approccio antropocentrico<sup>5</sup>. Data l'opportunità offerta dall'IA, coglierla è essenziale, seppur nel rispetto della dimensione umana. L'IA deve rimanere strumento, non assurgere ad attore principale e deve essere applicata al fine di migliorare e accelerare il soddisfacimento delle esigenze umane, senza comprimere la capacità di scelta e di autodeterminazione degli individui, né i loro diritti fondamentali.

Questo è probabilmente il significato più profondo dell'espressione utilizzata dal legislatore. Un'IA può dirsi "antropocentrica" e "affidabile", solo qualora ponga al centro gli interessi dell'uomo e consenta in qualunque momento di comprenderne il funzionamento e i risultati a cui è pervenuta. Gli utenti devono essere sempre al corrente di interagire con una macchina intelligente, gli sviluppatori e i produttori devono garantire il maggior grado di trasparenza possibile.

Tuttavia, uno dei maggiori problemi legati al mondo dell'IA è l'oscurità del suo funzionamento. In via estremamente semplificata, si può affermare che il modello di intelligenza artificiale cd. *forte*<sup>6</sup> venga addestrato attraverso un

<sup>3</sup> [https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20240308IPR19015/il-parlamento-europeo-approva-la-legge-sull-intelligenza-artificiale\\_](https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20240308IPR19015/il-parlamento-europeo-approva-la-legge-sull-intelligenza-artificiale_).

<sup>4</sup> KLIMAS, VAICIUKAITE, *The Law of Recitals in European Community Legislation*, in *ILSA Journal of Int. & Comparative Law*, 2008, 15, 63, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1159604](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1159604).

<sup>5</sup> L'art. 1 par. 1 del regolamento recita: "Lo scopo del presente regolamento è migliorare il funzionamento del mercato interno e promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali, compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, contro gli effetti nocivi dei sistemi di intelligenza artificiale (sistemi di IA) nell'Unione nonché promuovere l'innovazione".

<sup>6</sup> CANZIO, *Intelligenza artificiale e processo penale*, in CANZIO - LUPARIA DI DONATI (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, II edizione, Milano, 903.

numero incommensurabile di dati e informazioni (cd. *input*). In seguito, la macchina, sviluppata in base a un algoritmo, rielabora questi contenuti all'interno di un'immaginaria scatola nera (cd. *black box*) e all'esito emette dei prodotti finali (cd. *output*). Questi possono essere di varie tipologie, come testi, immagini, perfino contenuti multimediali e ciascun risultato è frutto di una combinazione innovativa e originale dei dati inseriti dallo sviluppatore e selezionati in base alla richiesta effettuata dal *deployer*<sup>7</sup>. Il segmento ancora ignoto si colloca all'interno della *black box*: neanche i tecnici sono in grado di descrivere esattamente cosa si verifichi al suo interno e come si giunga all'esito definitivo. Dunque, nonostante talune voci discordanti<sup>8</sup>, il termine *intelligenza artificiale* risulta pertinente e adatto al caso. L'IA non è in grado di eguagliare la mente umana<sup>9</sup>, poiché non è in grado di generare *output* senza aver avuto le adeguate nozioni di partenza, né risulta capace di riconoscere un'informazione falsa (*deep fake*<sup>10</sup>) da una veritiera.

Una delle maggiori critiche mosse all'IA è quella di scontare dei *bias* cognitivi, dovuti alle informazioni che lo sviluppatore della tecnologia vi ha inserito. Nessun *output* può dirsi neutrale, ma esso è il risultato dei condizionamenti esterni, nonché dei limiti della conoscenza attuale di cui si è dato atto poc'anzi.

Da ciò, sorge un primo quesito, che nel prosieguo della trattazione verrà discusso: se si guarda al ragionamento umano, è possibile effettivamente spiegare come giunge a una decisione razionale? Possiamo affermare con assoluta certezza che in ogni circostanza chiunque assumerà la stessa decisione?<sup>11</sup> Ciascun essere umano è soggetto a influenze di vario tipo: la cultura, il paese di origine, la religione professata, gli studi intrapresi, gli incontri casuali, ecc. Anche innanzi a due situazioni analoghe e prendendo in considerazione una situazione di libera e volontaria autodeterminazione individuale, il medesimo soggetto potrebbe assumere decisioni differenti poiché ispirato diversamente o condizionato da una molteplicità di fattori concomitanti<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> Definizione prevista all'art. 3 par. 1 n. 4 *AI Act*.

<sup>8</sup> ZENO-ZENCOVICH, *Artificial intelligence, natural stupidity and other legal idiocies*, in rivista *Media Laws*, ISSN 2532-9146, <https://www.medialaws.eu/rivista/artificial-intelligence-natural-stupidity-and-other-legal-idiocies/> 28 marzo 2024.

<sup>9</sup> BALSAMO, *L'impatto dell'intelligenza artificiale nel settore della giustizia*, in rivista *Sistema penale*, ISSN 2704-8098, 22 maggio 2024, <https://www.sistemapenale.it/articolo/balsamo-limpatto-dellintelligenza-artificiale-nel-settore-della-giustizia>.

<sup>10</sup> Definizione art. 3 n. 60 *AI Act*.

<sup>11</sup> QUATTROCOLO, *Per un'intelligenza artificiale utile al giudizio penale*, rivista *BioDiritto*, ISSN 2284-4503, n. 2/2021, <https://teseo.unitn.it/biolaw/article/view/1674>.

<sup>12</sup> FORZA - MENEGON - RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017.

## 2. Sistemi di IA ad alto rischio e amministrazione della giustizia.

I sistemi di IA sono notoriamente classificati sulla base del diverso livello di rischio che sono in grado di generare. La nozione di *rischio*<sup>13</sup> induce ad analizzare un'interazione tra due o più fattori, uno dei quali può subire una lesione o una messa in discussione.

Per apprezzare davvero una tecnologia di IA, occorre porla in connessione con attività umane già esistenti. Uno dei campi in grado di trarre i maggiori benefici dalla nuova *Technè* è la medicina. In ogni caso la presenza umana viene sempre mantenuta: nessun paziente è mai stato curato completamente ed esclusivamente da una macchina, ma sempre con la supervisione e l'interazione di un professionista, che ha la possibilità di intervenire in qualsiasi momento e di correggere eventuali errori di strategia o di valutazione compiuti dal sistema. *Mutatis mutandis*, è quanto disposto anche dal Regolamento in materia di protezione dei Dati personali n. 2016/679/UE. L'art. 22 par. 1 GDPR, recepito nell'ordinamento italiano all'art. 8 del d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51, vieta l'assunzione di decisioni totalmente automatizzate, dunque il titolare dei dati ha diritto a che le sue informazioni personali, pur raccolte tramite *software* informatici, siano elaborate da una persona fisica.

Rispetto ai livelli di rischio, gli strumenti di IA sono notoriamente suddivisi in: sistemi a rischio assente o minimo, sistemi ad alto rischio e sistemi a rischio inaccettabile.

Nel primo caso, l'interazione uomo-macchina è lecita e anzi auspicata onde consentire una riduzione delle tempistiche e un innalzamento del livello di precisione. Nel caso di settori a rischio cd. inaccettabile, non è ammessa alcuna sperimentazione o interazione con l'IA, al fine di preservare valori e principi fondamentali e incompressibili. L'art. 5 del regolamento individua le pratiche di IA vietate. Da un lato, la norma vieta "*l'immissione sul mercato, la messa in servizio per tale finalità specifica o l'uso di un sistema di IA per effettuare valutazioni del rischio relative a persone fisiche al fine di valutare o prevedere la probabilità che una persona commetta un reato, unicamente sulla base della profilazione di una persona o della valutazione dei tratti e delle caratteristiche della personalità*", ma dall'altra esclude il divieto per "*i sistemi di IA utilizzati a sostegno della valutazione umana del coinvolgimento di una persona in un'attività criminosa, che si basa su fatti oggettivi e verificabili direttamente connessi a un'attività criminosa*"<sup>14</sup>.

L'ambito più interessante, al contempo più delicato e di maggiore interesse, è rappresentato dai sistemi a rischio elevato. Non a caso è anche il campo in cui il regolamento si concentra con maggiore attenzione: vi è dedi-

<sup>13</sup> Definizione art. 3 n. 65 AI Act.

<sup>14</sup> CAMERA, *A proposito dell'indagine conoscitiva sull'impatto dell'intelligenza artificiale nel settore della giustizia*, in rivista *Sistema Penale*, ISSN 2704-8098, <https://sistemapenale.it/it/documenti/camera-indagine-conoscitiva-sullimpatto-dellintelligenza-artificiale-nel-settore-della-giustizia>, marzo 2024, 9.

cato espressamente il Capo III, artt. 6-49. L'obiettivo è individuare il corretto equilibrio per evitare facili degenerazioni. Se questo viene centrato, ciò permette di sfruttare al meglio l'IA e di facilitare l'azione umana, aumentando prestazioni, qualità e ottimizzazione dei tempi. In caso contrario, si rischia la sostituzione dell'uomo con l'automazione.

Nel dettaglio, l'art. 6 dell'AI Act si occupa di definire i sistemi ad alto rischio. La norma è completata dall'elenco inserito nell'allegato III, tra cui figura - per quanto di interesse - l'amministrazione della giustizia.

L'art. 6 paragrafo 1 della bozza di regolamento qualifica un sistema di IA come ad alto rischio al verificarsi di due condizioni: il sistema di IA è un prodotto o una componente di sicurezza di un prodotto, per come regolato dalla normativa di armonizzazione dell'Unione (lett. a); tale prodotto o componente di sicurezza di IA è soggetta alla valutazione di terzi prima dell'immissione sul mercato in base alla normativa UE (lett. b). Modificando il testo precedente dell'art. 6, i redattori hanno aggiunto i paragrafi da 3 a 6. In particolare, il paragrafo 3 chiarisce quando un sistema non possa essere qualificato come ad alto rischio (lett. a-b-c-d).

Rimane tuttavia un sistema ad alto rischio qualora esso effettui una profilazione di persone fisiche (art. 3 par. 3 comma 2). Prima di immettere un sistema ad alto rischio sul mercato, il fornitore del servizio deve essere registrato a norma degli articoli 49 e 71 nella banca dati dell'UE costituita *ad hoc*.

Gli articoli 8 e 9 sono, poi, rispettivamente dedicati alla conformità ai requisiti e al sistema di gestione dei rischi. La bozza di normativa sul punto si presenta sufficientemente dettagliata: il legislatore ha previsto che la classificazione di un sistema di IA come ad alto rischio possa seguire diverse fasi, possa mutare nel corso del tempo e sia supervisionato costantemente. In questa direzione si pone anche l'art. 14 dedicato alla sorveglianza umana: ogni sistema ad alto rischio viene supervisionato da non meno di due persone fisiche esperte, che siano in grado di intercettare i malfunzionamenti e di correggerli onde prevenire danni ulteriori.

Per quanto attiene al settore giudiziario, una lettura complessiva dell'AI Act rivela che in nessun caso il legislatore europeo ritiene possibile né auspicabile la sostituzione dei giudici con l'IA<sup>15</sup>.

Quando l'All. III, par. 8, lett. a) menziona l'«amministrazione della giustizia», fa specifico riferimento all'attività giurisdizionale, all'uso che dell'IA può fare l'autorità giudiziaria nell'interpretare i fatti, le norme e nella ricerca delle prove. Occorre tuttavia evidenziare che tale espressione allude a un campo molto più vasto di quello strettamente e sinteticamente descritto e che, dunque, sembra non essere preso in considerazione dal legislatore europeo. Bisogna comprendere se, la nozione non è specificata poiché non considerata tra le ipotesi ad alto rischio o perché oggetto di una traduzione nella

---

<sup>15</sup> CAMERA, *op. cit.*, 5.

lingua italiana eccessivamente sintetica o, infine, perché frutto di una dimenticanza legislativa.

È noto infatti che il settore giustizia comprende al suo interno anche un'attività di carattere più prettamente amministrativo. Tra le numerose attività, esso include, per esempio, l'organizzazione degli uffici giudiziari, la gestione del sistema carcerario, l'attività svolta dal personale a supporto dei magistrati, come cancellieri, segretari e, più di recente, addetti all'Ufficio per il processo. Queste specifiche attività, pur fondamentali per rendere l'apparato più efficace ed efficiente<sup>16</sup> si prestano a un connubio utile con i sistemi di IA, che potrebbero supportare il personale amministrativo al fine di rendere più celere la strutturazione della macchina giudiziaria. Benché non riguardi direttamente le modalità di svolgimento né i diritti esercitabili dalle parti in sede processuale, non può essere sottovalutata l'importanza di un'organizzazione capillare di questo tipo nel perseguimento degli obiettivi fissati dall'UE.

Se, però, con *amministrazione della giustizia* si vuole intendere *strictu sensu* l'attività giurisdizionale posta in essere da magistrati e professionisti del foro, occorre guardare alle modalità con le quali l'IA può impattare sul procedimento probatorio e su quello decisionale.

La presente indagine non contempla le implicazioni di carattere sostanziale: se l'IA è destinata a penetrare nella vita di tutti i giorni, è necessario ripensare al tema della responsabilità civile del produttore, sviluppatore, e utilizzatore di IA<sup>17</sup>, ma anche al profilo della responsabilità penale<sup>18</sup> dei soggetti coinvolti, se maggiormente assimilabile alla tipologia di responsabilità degli enti (cd. sistema 231) oppure alla generale responsabilità individuale (art. 27 comma 1 Cost.).

Di profili sostanziali è giunta a occuparsi anche la giurisprudenza nazionale: una sentenza del Consiglio di Stato prendeva in considerazione la valutazione del grado di affidabilità e precisione di un algoritmo per l'assunzione di decisioni in sede amministrativa. Nel caso di specie il Collegio si è occupato della distinzione tra algoritmo di prevenzione e algoritmo di trattamento, preoccupandosi anche di tracciare un confine tra la nozione di algoritmo e quella di intelligenza artificiale<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Come richiesto dagli obiettivi fissati dalla stessa Unione europea con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). Per maggiori dettagli, è consultabile il portale del Ministero della Giustizia: [https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/attuazione\\_misure\\_pnrr](https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/attuazione_misure_pnrr).

<sup>17</sup> DI DONNA, *Intelligenza artificiale e rimedi risarcitori*, Padova, settembre 2022. ALPA e altri (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali - Soggetti - Contratti - Responsabilità civile - Diritto bancario e finanziario - Processo civile*, Pisa, 2020.

<sup>18</sup> FRAGASSO, *La responsabilità penale del produttore di sistemi di intelligenza artificiale*, in rivista online *Diritto Penale Contemporaneo*, ISSN 2240-7618 volume 1/2023, [https://dpc-rivista.trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC%20Riv\\_Trim\\_1\\_23\\_fragasso.pdf](https://dpc-rivista.trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC%20Riv_Trim_1_23_fragasso.pdf).

<sup>19</sup> Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 25 novembre 2021, n. 7891, Punto 9.1 "La nozione, quando è applicata a sistemi tecnologici, è ineludibilmente collegata al concetto di automazione ossia a sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l'intervento umano. Il grado e la frequenza dell'intervento umano dipendono dalla complessità e dall'accuratezza dell'algoritmo che la macchina è

Questa pronuncia, per altro non più così recente, testimonia quanto l'IA pervada ormai la vita quotidiana e di quanto ai giudici sia richiesto di sviluppare una conoscenza minima per comprenderne il funzionamento e stabilire, caso per caso, se l'utilizzo abbia rispettato i parametri.

Appare opportuno menzionare anche una recentissima pronuncia della Terza sezione penale della Corte di Cassazione, dalla quale risulta che nel proprio atto il ricorrente menzioni l'utilizzo della nota IA generativa ChatGPT come ulteriore elemento a sostegno della propria tesi<sup>20</sup>, ma questo non ha potuto influenzare il giudizio di revisione attuato nella specifica sede.

La presente trattazione si sofferma, dunque, sull'area ad alto rischio definita dal regolamento. Ci si chiede come l'IA possa integrarsi con la dinamica processuale e, in particolare, con la giustizia penale. Invero, settori come quello civile e soprattutto quello tributario, si prestano in modo più confacente all'introduzione dell'IA.

Si pensi a contenziosi seriali come quelli di diritto del lavoro o a controversie in materia fiscale: anche in questi casi la decisione giudiziale non può essere completamente automatizzata né sostituita dal *machine* o *deep learning*, ma in essi non si giunge a lambire quei diritti fondamentali, primo fra tutti la libertà personale, che una sanzione penale è in grado di comprimere.

Prima di analizzare le possibili combinazioni tra IA e giustizia penale tradizionale, occorre indagare quali siano le principali barriere poste dal sistema attuale.

### 3. La riservatezza e gli altri diritti fondamentali come principale ostacolo al connubio giustizia-IA.

Un'introduzione massiva e illimitata di sistemi di IA in settori ad alto rischio può compromettere in maniera decisiva i diritti fondamentali. Giova sottolineare che il legislatore ha affrontato il punto nel nuovissimo *AI Act*.

L'art. 27 del Regolamento si occupa della valutazione di impatto sui diritti fondamentali per i sistemi di IA ad alto rischio. In particolare, il primo paragrafo della norma è il più articolato e impone ai *deployers* pubblici o privati di effettuare detta valutazione tenuto conto di diversi parametri, come la categoria di persone fisiche che utilizzeranno il sistema e per quanto tempo, nonché di stabilire quali misure adottare nel caso in cui i rischi si concretizzino. La valutazione deve essere notificata all'autorità di vigilanza (paragrafo 3) e l'Ufficio per l'IA elabora un questionario semplificato per velocizzare il procedimento valutativo dei *deployers* (paragrafo 5). Risulta, poi, interessan-

---

*chiamata a processare. Cosa diversa è l'intelligenza artificiale. In questo caso l'algoritmo contempla meccanismi di machine learning e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico".*

<sup>20</sup> Corte di Cassazione, sez. III pen., sentenza 15 aprile 2024, n. 14631.

te il testo del paragrafo 4 che rinvia a due delle normative attualmente vigenti da considerare in materia di protezione dei diritti fondamentali. La norma menziona l'art. 35 del Regolamento (UE) 2016/679 e l'art. 27 della direttiva (UE) 2016/680. Entrambe le norme sono rubricate “*Valutazione di impatto sulla protezione dei dati personali*”, la prima in relazione alla disciplina generale in materia di protezione dei dati personali. La direttiva (UE) 2016/680 si occupa nel dettaglio della protezione dei dati personali delle persone fisiche nell'ambito dell'attività investigativa e di applicazione delle sanzioni penali.

Nel contesto attuale, i cd. *Big Data* costituiscono il “nuovo petrolio” specie per le grandi aziende internazionali che scambiano i dati degli utenti al fine di trarne profitto<sup>21</sup>. L'approccio europeo, volto alla protezione dei diritti dei propri cittadini, ha optato sin dal 2016 per una riforma della materia con l'ormai noto GDPR. Tale regolamento ha abrogato e sostituito la precedente direttiva 95/46/CE e ha innovato il Codice della *privacy* d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

La protezione dei dati di carattere personale deriva dal diritto della riservatezza. A lungo i termini “riservatezza” e “*privacy*” sono stati utilizzati come sinonimi, sebbene presentino delle peculiarità specifiche.

Come ha avuto modo di osservare la più autorevole dottrina<sup>22</sup>, la riservatezza non è direttamente menzionata dal codice civile italiano e, per lungo tempo, è stata ritenuta immeritevole di tutela. Invero, il fondamento di tale diritto è rinvenibile nell'art. 2 Cost., norma diretta a garantire che la personalità dell'individuo si sviluppi libera e priva da condizionamenti in ogni contesto sociale in cui è l'individuo sia inserito. Sul piano sovranazionale, l'art. 8 C.e.d.u. tutela il rispetto della vita privata e familiare. Per l'epoca storica in cui essa fu redatta, i riferimenti ai dati personali e all'utilizzo delle tecnologie risultano assenti. La norma prescrive che eventuali limitazioni alla dimensione personale e familiare del soggetto possono avvenire solo per il tramite della pubblica autorità e per motivi di interesse pubblico superiore.

Dunque, quando si parla di “riservatezza”, si allude a due piani: da un lato alla dimensione familiare e domestica della persona fisica; dall'altro al controllo relativo alla circolazione delle informazioni personali. In questa seconda accezione la riservatezza si distingue dal diritto all'identità personale. Quest'ultimo assicura la fedele rappresentazione alla propria proiezione sociale, la riservatezza, invece, garantisce la non diffusione all'esterno delle proprie vicende personali non aventi per i terzi un interesse socialmente apprezzabile.

Per quanto attiene al contesto euro-unitario, merita una speciale menzione la Carta UE del 2000. Come noto, la disciplina sancisce una vasta gamma di diritti fondamentali, espressione della cultura giuridica dell'ultimo secolo

<sup>21</sup> FOGLIA, *Identità digitale, trattamento dei dati e tutela della persona*, in *Rassegna di Diritto Civile* diretta da P. Perlingeri, ISSN 0393-182X, Napoli, 1/2021.

<sup>22</sup> ALPA - RESTA (a cura di), *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Milano, 2019, cap. III, 97.

e avente, dal 2007, lo stesso valore giuridico dei trattati. La Carta prende in considerazione i mutamenti sociali, etici e tecnologici susseguitesi. In particolare, l'art. 7 tutela il rispetto della vita privata e familiare, descrivendo dunque il primo profilo del diritto alla riservatezza poc'anzi ricordato. L'art. 8, invece, sancisce il diritto alla protezione dei dati di carattere personale, prendendo in considerazione dunque la seconda accezione del menzionato diritto. Il secondo comma della disposizione impone che i dati siano trattati in base al principio di lealtà, per finalità determinate e con il consenso della persona fisica.

Alla riservatezza, il legislatore della riforma in materia di IA dedica l'art. 78, così rubricato. In particolare il secondo paragrafo dispone che: *“le auto-rità [...] richiedono solo i dati strettamente necessari per la valutazione del rischio posto dai sistemi di IA e per l'esercizio dei loro poteri conformemente al presente regolamento e al regolamento (UE) 2019/1020. Esse pongono in essere misure di cibersicurezza adeguate ed efficaci per proteggere la sicurezza e la riservatezza delle informazioni e dei dati ottenuti e cancellano i dati raccolti non appena non siano più necessari per lo scopo per il quale sono stati ottenuti, conformemente al diritto dell'Unione o nazionale applicabile”*.

Al titolare è, dunque, garantito il diritto a immettere in circolazione i propri dati personali in modo veritiero per finalità conosciute e consapevolmente accettate. Lo stesso gode del diritto di controllare, rettificare e cancellare i propri dati: si delinea dunque un duplice sistema di tutela, che comprende sia la dimensione interna di divulgazione delle informazioni di carattere personale, quanto quella esterna, dunque la protezione da incursioni altrui circa l'utilizzazione, la diffusione e la distorsione delle medesime.

Appare evidente quanto l'IA possa mettere a repentaglio questo diritto fondamentale. Ne era consapevole la CEPEJ sin dall'adozione della *Carta etica europea*. Essa menziona cinque principi<sup>23</sup> di *soft law*, che mirano a un utilizzo omogeneo e rispettoso dell'IA nel settore giurisdizionale.

Se dunque la riservatezza e la tutela dei dati sono i beni immateriali maggiormente in pericolo sul piano sostanziale, spostandoci sul piano processuale vengono messi a repentaglio altri diritti fondamentali del soggetto sottoposto a indagini e, poi, a processo.

---

<sup>23</sup> *“I principi richiamati dalla Carta Etica europea per l'uso dell'IA sono: questione sono i seguenti: 1) rispetto dei diritti fondamentali: assicurare l'elaborazione e l'attuazione di strumenti e servizi di intelligenza artificiale compatibili con i diritti fondamentali; 2) non discriminazione: prevenire specificamente lo sviluppo e l'intensificazione di discriminazioni tra persone o gruppi di persone; 3) qualità e sicurezza: in ordine al trattamento di decisioni e dati giudiziari, utilizzare fonti certificate e dati intangibili con modelli elaborati multi-disciplinarmente in un ambiente tecnologico sicuro; 4) trasparenza, imparzialità ed equità: rendere le metodologie di trattamento dei dati accessibili e comprensibili, autorizzare verifiche esterne; 5) controllo da parte dell'utilizzatore: precludere un approccio prescrittivo (id est, deterministico) e assicurare che gli utilizzatori siano attori informati e abbiano il controllo delle loro scelte”*. Così G. CAMERA, *op. cit.*, 4.

L'art. 6 C.e.d.u. sancisce il rispetto del *due process of law*. Tale principio contempla il diritto a un equo processo<sup>24</sup>, il diritto al contraddittorio nella formazione della prova, il diritto alla parità delle armi, il diritto a un giudice terzo e imparziale. Gli stessi, recepiti all'art. 111 Cost. con la l. cost. n. 23 novembre 1999 n. 2, devono essere letti in combinato disposto con gli artt. 24 comma 2 e 27 comma 2 Cost., relativi al diritto inviolabile di difesa e alla presunzione di innocenza.

Un utilizzo indiscriminato di tecnologie di IA potrebbe infrangere in pochissimo tempo il percorso storico-giuridico che ha condotto all'odierno assetto giurisdizionale, espressione di una cultura laica, libera e democratica. Come ha avuto modo di osservare la migliore dottrina<sup>25</sup>, la violazione delle garanzie procedurali imposte dal menzionato art. 6 C.e.d.u. può compromettere la legalità della prova e, di conseguenza, la decisione. Si afferma che: “*So far, we must stick to the general conclusion that a violation of a guarantee enshrined in the Convention does not provoke, as a general consequence a violation of art. 6 if its results are used as evidence in criminal proceedings. However, in the case-by-case approach of the Court, violations of art. 3 almost always end up in a breach of art. 6, due to the need to deny a legal shield to evidence obtained from torture, inhuman or degrading treatment*”<sup>26</sup> [...]”.

Ad ogni modo, ignorare il fenomeno IA e lasciare il sistema giudiziario escluso dall'impiego di questi strumenti dimostrerebbe cecità, ancorando la giustizia al passato innanzi a una realtà che progredisce a velocità inarrestabile. Occorre sfruttare al meglio le potenzialità dei sistemi di IA e, al contempo, proteggere i diritti individuali.

#### 4. IA e giustizia penale: un azzardo o una realtà già in atto?

Nel sistema penale, nonostante i diffusi sentimenti di diffidenza, si registrano le prime applicazioni dell'IA all'interno del processo.

Come è stato acutamente affermato, “*per ridimensionare o almeno ridurre al minimo l'impatto negativo sull'esercizio della giurisdizione penale dei biases cognitivi, l'ordinamento giuridico appresta una fitta rete di regole epistemologiche e di legalità, sia del procedere che del ragionamento probatorio, mirate al controllo del buon funzionamento e dell'efficacia di quel giudizio. Esse si ispirano innanzitutto a meta-valori costituzionali che, a fronte delle difficoltà pratiche*

<sup>24</sup> CAPPONI - TISCINI, *Introduzione al diritto processuale civile - seconda edizione*, Torino, 2011, 25 ss.

<sup>25</sup> QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings - A framework for a European legal Discussion*, in *Legal Studies in International, European and Comparative Law*, Volume n. 4, Springer Nature, Switzerland AG 2020, 81 ss.

<sup>26</sup> QUATTROCOLO, *op. cit.*, 80-81.

di ricostruzione del fatto e della strutturale incertezza del giudizio, disciplinano il «giusto processo»<sup>27</sup>.

Quasi nessuna fase processuale è rimasta immune al fenomeno IA, fatta eccezione per la fase decisoria, nella quale, a ragion veduta, si pongono i maggiori interrogativi. Nel contesto europeo a differenza di altre realtà, prima fra tutte quella cinese, sostituire i giudici con macchine o *robot* intelligenti non è mai stata un'opzione. L'unica modalità di interazione rimane uno *standard* di collaborazione debole (*weak*) senza che la macchina possa minimamente soppiantare l'operato giurisdizionale.

Si inizia però a valutare la possibilità di usufruire delle potenzialità offerte dai sistemi computazionali per accelerare i tempi della giustizia e, a determinate condizioni, avere un più elevato grado di precisione, tenendo altresì conto di limiti e *bias* attualmente rimasti irrisolti.

#### 4.1. IA e indagini: un valido supporto per la ricerca della prova.

Come noto la fase investigativa prende avvio dalla notizia di reato. Ormai da tempo, le indagini condotte dal Pubblico Ministero incaricato sono governate dalla prova scientifica: la raccolta di prove con l'uso di tecniche specialistiche, come il test del DNA o le analisi informatiche, costituiscono il principale strumento di accertamento di un fatto di reato.

I mezzi di ricerca della prova, tipici della fase investigativa, sono utilizzati per raccogliere elementi sufficienti a formulare *una ragionevole previsione di condanna*<sup>28</sup>, mentre i mezzi di prova si formano in dibattimento nel rispetto del principio del contraddittorio *nella* formazione della prova (art. 111 comma 4 Cost.), il cui prototipo è rappresentato dalla testimonianza.

Dal canto suo, la prova scientifica si colloca nell'ambito delle prove atipiche (art. 189 c.p.p.), che il giudice può ammettere senza particolari impedimenti, purché esse siano idonee e prive di elementi che possano condizionare la libertà morale dell'individuo (art. 220 comma 2 c.p.p.).

Nel libro III del codice di procedura penale è prevista un altro istituto che consentirebbe l'accesso all'IA sul piano probatorio<sup>29</sup>: il Titolo I, Capo V è dedicato agli esperimenti giudiziari, ovvero alla riproduzione in sede processuale di quanto avvenuto nella realtà materiale. Questo strumento può essere veicolo di utilizzo di un modello computazionale per la valutazione concreta dell'andamento dei fatti. L'immissione nel processo dell'esperimento giudiziale avviene tramite provvedimento motivato del giudice che: "*dà le opportune disposizioni affinché esso si svolga in modo da non offendere sen-*

<sup>27</sup> CANZIO, *op. cit.*, 905.

<sup>28</sup> Espressione oggi utilizzata *a contrario*, nell'art. 408 c.p.p., per come riformulato dall'art. 22 comma 1 lett. e) d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

<sup>29</sup> CAMERA, *op. cit.*, 7.

*timenti di coscienza e da non esporre a pericolo l'incolumità delle persone o la sicurezza pubblica"* (art. 219 comma 4 c.p.p.).

Una volta raccolti e documentati con apposito verbale i risultati della prova scientifica, essi vengono successivamente valutati dal giudice, in base a quelli che con una sentenza del 1993 della Corte Suprema degli Stati Uniti sono passati alla storia come criteri *Daubert*.

In Italia, con la sentenza *Cozzini* del 17 settembre 2010, n. 43786, la Quarta sezione penale della Corte di Cassazione ha individuato le regole per la valutazione della prova scientifica, onde garantire il passaggio dalla probabilità statistica alla probabilità logica al fine di condannare l'imputato *al di là di ogni ragionevole dubbio* (art. 533 c.p.p.). Nonostante il ruolo di *peritus peritorum* del giudice, egli deve confrontarsi con la legge scientifica e non ha la possibilità di aderire a proprio piacimento all'una o all'altra teoria. La sentenza *Cozzini* si è occupata di fissare una serie di parametri che il giudice deve osservare per selezionare la tesi scientifica che meglio si adatti al caso concreto: l'attendibilità degli esperti che hanno condotto lo studio, nonché la loro autorevolezza, indipendenza e integrità, l'elevato grado di consenso riscosso dalla ricerca, la sua ampiezza, il suo rigore e la sua oggettività.

Gli indizi e le fonti di prova raccolti con IA figurano nel campo della prova scientifica. Per esempio, l'IA può essere un valido supporto per l'identificazione di un soggetto, attraverso una Tecnologia di Riconoscimento Facciale (TFR)<sup>30</sup>. Questo genere di strumenti è ormai molto diffuso non solo nella vita quotidiana, ma anche nelle attività tipiche di polizia giudiziaria. Uno degli *automated facial recognition system*<sup>31</sup> più noti è SARI, in uso dal 2017 presso la Procura della Repubblica di Milano e poi acquisito su tutto il territorio nazionale. La P.G. utilizza anche altri tipi di *software* a base algoritmica in specifici contesti criminali<sup>32</sup> o per altre finalità<sup>33</sup>.

Nonostante il terreno investigativo sia il più proficuo per l'interazione uomo-macchina, non possono essere taciuti i rischi potenziali. Limitandoci all'esempio delle TFR, il principale pericolo attiene all'attendibilità dei sistemi di riconoscimento<sup>34</sup>, che possono commettere errori sia a causa di fattori

<sup>30</sup> COLACURCI, *Riconoscimento facciale e rischi per i diritti fondamentali alla luce delle dinamiche di relazione tra poteri pubblici, imprese e cittadini (capitolo VIII)*, in BALBI - DE SIMONE - ESPOSITO - MANACORDA, *op. cit.*, 119.

<sup>31</sup> GIALUZ - QUATTROCOLO, *AI and administration of criminal justice in Italy*, in rivista *e-Revue Internationale de Droit Pénal* (ISSN - 2522-2945), 01/2023, <https://www.penal.org/en/2023-0>.

<sup>32</sup> È il caso di GIANOS, acronimo di Generatore Indici di Anomalia per Operazioni Sospette, utilizzato per il contrasto a reati contro il patrimonio come la ricettazione o il riciclaggio effettuati con mezzi informatici.

<sup>33</sup> X-Law è un sistema predittivo per la prevenzione di reati probatori, brevettato dall'ufficiale Elia Lombardo e oggi in uso in ben undici questure. È un sistema a base algoritmica euristica, che lavora su base probabilistica. Altro caso è rappresentato da Delia, che ha sostituito il precedente sistema KeyCrime, altro software di giustizia predittiva che consentirebbe di prevedere il luogo e il tempo della commissione di delitti.

<sup>34</sup> DELLA TORRE, *Quale spazio per i tools di riconoscimento facciale nella giustizia penale?*, in Di

esogeni, come la scarsa qualità dell'immagine, tanto endogeni, come l'inidoneo allenamento ai dati. Ulteriore problematica riguarda lo scarso livello di trasparenza di questi sistemi a base algoritmica, poiché solo l'azienda privata che ha creato il *software*, normalmente oggetto di brevetto, conosce il suo effettivo funzionamento. Ancora più di frequente però nemmeno ingegneri e sviluppatori sono in grado di spiegare cosa si verifichi all'interno della *black box*, elemento che porterebbe dei seri problemi di attendibilità in caso di una loro eventuale testimonianza in dibattimento.

Pericoli più specifici attengono alla violazione del diritto alla *privacy*, nella duplice accezione declinata agli artt. 7-8 della Carta UE, ma anche dall'art. 10 dir. 2016/680/UE relativo al trattamento di determinate categorie di dati. Occorre osservare, inoltre, che sulla materia manca una legislazione nazionale, affidata al momento a una regolamentazione ministeriale<sup>35</sup>: in sede processuale la raccolta del materiale probatorio deve essere valutata in base alla disciplina generale delle invalidità, in particolar modo dell'inutilizzabilità e, nei casi compatibili, della nullità.

La scienza informatica utilizza le espressioni *data mining* e *data profiling*. La distinzione tra le due è sottile e a tratti difficile da individuare. Il *data mining* può essere considerato come la raccolta delle informazioni, mentre il *data profiling* come l'attività di profilazione dei dati. Quest'ultima operazione è foriera di maggiori criticità per i diritti individuali, tra cui il diritto all'oblio, il diritto all'equo processo, il principio di non colpevolezza e il principio di parità delle armi. Infatti, se è noto che queste strumentazioni sono in dotazione all'investigazione pubblica, dovrebbero essere parimenti accessibili alla classe forense, al fine di porre le investigazioni difensive su un piano il più possibile analogo.

#### 4.2. IA e misure cautelari: giudizio prognostico ed esigenze cautelari.

Sebbene utilizzare un algoritmo a fini prognostici sia considerato altamente pericoloso per la libertà personale, non bisogna ignorare che il sistema penale è congeniato in modo tale per cui al giudice è richiesto di compiere una valutazione di rischio in un momento spesso molto lontano dalla dichiarazione definitiva di responsabilità dell'imputato.

Infatti, l'indagine sulla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza (art. 273 comma 1 c.p.p.) per l'applicazione di una misura cautelare, non è altro che un giudizio prognostico<sup>36</sup> compiuto dal giudice, nella maggior parte delle

---

PAOLO e PRESSACCO, *Intelligenza artificiale e processo penale*, in Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento n. 63, Napoli, 2022, 18 ss.

<sup>35</sup> È stato un Decreto del Ministero dell'Interno del 2016 ad avviare la procedura che dotato la PG del menzionato sistema SARI.

<sup>36</sup> UBERTIS, *Intelligenza artificiale e giustizia predittiva*, in rivista *Sistema Penale*, ISSN 2704-8098, 16 ottobre 2023, <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/ubertis-intelligenza-artificiale-e-giustizia-predittiva>.

ipotesi, nella fase investigativa. La richiesta del P.M. deve essere corroborata da tali elementi e deve recare con sé la prova di una delle esigenze cautelari previste dall'art. 274 c.p.p. Si tratta di prognosi che solo parzialmente coincide con la successiva valutazione di responsabilità dell'indagato, ma che è priva delle caratteristiche della prova dibattimentale.

Specie quando viene richiesta l'applicazione di una misura cautelare personale di tipo custodiale, emerge con tutta evidenza il sacrificio imposto alla libertà individuale, tanto è vero che la legge fissa dei criteri ben definiti per l'applicazione delle restrizioni, in base al tipo di reato per cui si procede e dettando specifici limiti temporali sia di fase che complessivi per la durata massima della misura. Nella pratica giudiziale, si assiste sovente all'utilizzo di automatismi, raramente in grado di resistere alle critiche. Per decenni si è cercato un valido strumento di supporto per il giudice e l'IA potrebbe concretamente aiutare in questo ambito. Per ciascuna delle specifiche esigenze cautelari imposte dal sistema penale per l'applicazione di misure cautelari, è possibile addestrare l'algoritmo con le informazioni necessarie ad assumere la decisione. Come più volte ribadito, *“una cosa è utilizzare l'IA per aiutare i giudici, ben altra è affidare alla macchina la decisione sulla libertà o la reclusione delle persone<sup>37</sup>”*. Deve, infatti, essere rifuggita qualsiasi valutazione personalistica dell'individuo, che trasformi il sistema in un diritto penale d'autore, in luogo di un diritto penale del caso concreto.

Ad esempio, per calcolare il rischio di reiterazione del reato, in alcuni Stati della Federazione americana viene impiegato l'ormai notissimo algoritmo COMPAS, noto ai più per il caso *State of Winsconsin vs Loomis*. In quell'occasione, l'algoritmo fu applicato in sede di condanna definitiva per valutare il tasso di recidiva dell'imputato, ma non mancano sue applicazioni anche in via preventiva. Gli sviluppatori di COMPAS hanno a lungo rifiutato di svelare il suo contenuto, trincerandosi dietro i diritti di *copyright*. Ciò che è noto, è che COMPAS compatta insieme informazioni di diversa natura, frutto delle informazioni statistiche raccolte tra i detenuti. L'algoritmo identifica il soggetto in base a 137 *items*, come il livello di studi, il consumo di alcol o sostanze, ecc. Il caso Loomis ha evidenziato i limiti del sistema, affetto fortemente da razzismo, poiché generava una percentuale del tasso di recidiva più elevata in caso di individui afro-americani rispetto a individui bianchi.

Con lo stesso criterio, il sistema può essere parimenti addestrato a calcolare la percentuale di rischio relativa al pericolo di fuga o quella relativa al possibile inquinamento probatorio. Ad ogni modo, sistemi come COMPAS sono destinati a stabilizzarsi, ma è necessario correggere i pregiudizi da cui sono influenzati. Per farlo occorre nutrire il programma con dati il più possibile neutri e non sintomatici del pensiero dello sviluppatore. Bisogna altresì conoscere il loro funzionamento intrinseco per non compromettere irrimedi-

<sup>37</sup> NIEVA – FENOLL, *Intelligenza Artificiale e Processo*, Torino, 2018, 58.

diabilmente il diritto di difesa e per renderli un valido supporto per il giudizio prognostico del giudice. È, infatti, indispensabile tenere sotto controllo l'applicazione delle misure cautelari per prevenire ingiustificati automatismi ed evitare successivi processi di risarcimento del danno per ingiusta detenzione.

Algoritmi predittivi del tasso di recidiva di un indagato possono costituire solo uno dei fattori presi in considerazione dal giudice per l'applicazione della sanzione cautelare, dal momento che il sistema fornisce un dato del tutto sintetico, mentre l'ordinanza con cui viene comminata la misura poggia necessariamente sulla motivazione.

La motivazione di un provvedimento restrittivo della libertà personale non può essere meramente tautologica, né limitarsi a riportare un dato percentuale, ma deve contenere solide argomentazioni logico-giuridiche ed elementi gravi, precisi e concordanti circa la colpevolezza del soggetto.

### 4.3. IA e fase decisoria: scenari di giustizia predittiva.

L'ambito più discusso per l'introduzione dell'IA nel processo penale attiene sicuramente alla fase conclusiva e dunque alla decisione di condanna, assoluzione o proscioglimento dell'imputato<sup>38</sup>.

In primo luogo, occorre salvaguardare il ruolo istituzionale del giudice e la sua indipendenza innanzi alle capacità superiori dell'IA: ammettendo, infatti, che la tecnologia in questione goda di un livello di precisione superiore, irraggiungibile per la mente umana, si sottomette il giudicante alla macchina senza possibilità di rettifica o di smentita. Come è stato autorevolmente osservato, se portato alle estreme conseguenze, questo renderebbe vano il sistema delle impugnazioni, poiché l'unico giudice potrebbe essere un algoritmo potenziato rispetto a quello utilizzato per la decisione di primo grado. Questo condurrebbe a domandarsi perché lo stesso *software* non sia stato utilizzato sin dal principio per evitare un inutile aggravio di tempo e di denaro per il sistema giudiziario<sup>39</sup>.

Un primo aspetto che l'IA può migliorare riguarda la ricerca dei precedenti giurisprudenziali, non solo di legittimità, ma anche dei gradi di merito. Da tempo, sono in fase di sperimentazione progetti per la realizzazione di banche dati relative a pronunce di merito dei vari distretti di Corte d'Appello, ma risulta assente un programma uniforme su scala nazionale che sia basato sul medesimo *software*. La più nota piattaforma realizzata dal Centro Elettronico di Documentazione (C.E.D.) della Corte di Cassazio-

---

<sup>38</sup> KOSTORIS, *Intelligenza artificiale, strumenti predittivi e processo penale*, in *Cassazione Penale*, ISSN 2704-6338, 5 marzo 2024 <https://discrimen.it/intelligenza-artificiale-strumenti-predittivi-e-processo-penale/>.

<sup>39</sup> Suggestione sollevata, e condivisa da chi scrive, dall'Avv. Paolo Nesta, Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Roma, durante il Convegno "*Intelligenza artificiale: rischi e opportunità*", organizzato nei giorni 5-6 aprile 2024 dall'Associazione AS.FEUR. in Roma, via del Banco di Santo Spirito n. 42.

ne è *ItalgjureWeb*: una notevole raccolta di precedenti della Suprema Corte, i più rilevanti dei quali massimati da parte dell'apposito Ufficio del Massimario e del Ruolo. *ItalgjureWeb* è messa a disposizione gratuitamente per magistrati e personale amministrativo, ma richiede un abbonamento per la classe forense e gli studiosi. Per trovare precedenti utili, occorre utilizzare i cd. indici *booleani* all'interno della maschera di ricerca. Benché si tratti di un metodo sufficientemente semplice, una banca dati progettata con un algoritmo potrebbe rendere la ricerca ancora più rapida e intuitiva, abbreviando notevolmente i tempi.

Negli Stati Uniti, infatti, sono da tempo in uso algoritmi che funzionano in base a dati statistici raccolti nelle ricerche precedenti e che supportano i giudici nella decisione. Uno di essi è ALIBI<sup>40</sup>: un algoritmo in grado di predire il futuro comportamento degli indagati.

In sede penale, la pronuncia di condanna può pervenire solo *al di là di oltre ragionevole dubbio*: un'ipotesi motivazionale della sentenza può essere fornita al giudice tramite una tecnologia di IA, che individui ed elabori precedenti conformi. L'interprete cerca la soluzione più coerente dal punto di vista epistemologico, ma il diritto è una scienza umana e dunque non può raggiungere quel grado di certezza e di ripetibilità all'infinito, tipici delle scienze naturali.

Innanzitutto all'idea di sostituire i giudici con l'IA, molti paventano un attacco diretto alla democrazia con rischi di sottomissione all'automazione. Non è necessario arrivare a tanto. Occorre piuttosto pensare di riformare la professione giudiziaria dall'interno, adattandola ai tempi odierni, sfruttando al meglio le potenzialità offerte dalla tecnologia senza lasciarsi dominare da essa.

Quando redige un provvedimento, la porzione più importante che il giudice prepara è la motivazione. È solo attraverso l'argomentare logico-giuridico che la decisione diviene valutabile, comprensibile a chi non ha preso parte al processo ed eventualmente riformabile in sede di impugnazione. È fuor di dubbio che solo l'interprete possa scriverla, poiché così ne assume la responsabilità giuridica e professionale.

Se un'IA coadiuvasse il giudice nella redazione della motivazione, non vi sarebbero rischi di degenerazione del sistema. Del resto, è quanto avviene attualmente in moltissimi (se non tutti gli) uffici giudiziari, dove il personale a supporto spesso prepara le bozze di decisione per i contenzioni seriali o per i casi più semplici. In ogni caso, il magistrato incaricato ha l'onere di controllare, correggere e implementare quella proposta di decisione, poiché sua è la firma sulla versione finale della sentenza.

<sup>40</sup> NISSAN, *Digital technologies and artificial intelligence's present and foreseeable impact on lawyering, judging, policing and law enforcement*, Open Forum Published: Springer Verlag London, DOI 10.007/s00146-015-0595-5, Volume 32, [https://www.researchgate.net/publication/283541194\\_Digital\\_technologies\\_and\\_artificial\\_intelligence's\\_present\\_and\\_foreseeable\\_impact\\_on\\_lawyering\\_judging\\_policing\\_and\\_law\\_enforcement](https://www.researchgate.net/publication/283541194_Digital_technologies_and_artificial_intelligence's_present_and_foreseeable_impact_on_lawyering_judging_policing_and_law_enforcement), 14<sup>th</sup> October 2015, 441-464.

Emerge con chiarezza dunque che l'IA sarebbe in grado di migliorare notevolmente il dato quantitativo del sistema giudiziario: nessun essere umano potrebbe preparare una bozza di provvedimento alla stessa velocità della macchina intelligente e dunque questo potrebbe contribuire ad abbattere del 25% il *disposition time*<sup>41</sup> nel settore penale entro giugno 2026 come stabilito dall'UE. Il P.N.R.R. impone altresì di rafforzare la giustizia anche sul piano qualitativo. Quest'aspetto deve essere curato e raggiunto attraverso una serie di rimedi che agiscano su più fronti: occorre selezionare più rigidamente i futuri magistrati e predisporre dei programmi di aggiornamento costanti che comprendano anche l'informatica giuridica e l'uso delle moderne tecnologie computazionali. Anche da questo punto di vista l'IA può accelerare la crescita: se il giudice deve limitarsi a limare una bozza di provvedimento seriale, può dedicare più tempo alla cura dei dettagli linguistici, tecnico-giuridici, poiché lo scheletro della sentenza è già a sua disposizione.

## 5. Conclusioni.

Volendo muovere delle preliminari considerazioni sull'*AI Act*, è possibile notare profili positivi quanto negativi.

L'UE è stata la prima istituzione a tentare l'individuazione di una regolazione, laddove paesi come gli Stati Uniti o la Cina, in cui l'avanzamento tecnologico e l'implementazione dell'IA in diversi ambiti del vivere sociale è assai più progredito rispetto al contesto europeo, sono ancora lontani dal dotarsi di un *corpus* normativo in materia. Bisognerebbe addirittura domandarsi se l'assenza di disciplina in questi ordinamenti non riveli una specifica scelta, per evitare di prendere posizione su tematiche politicamente ostiche, che vengono lasciate al legislatore del futuro.

L'IA è destinata a fare il suo ingresso nella vita dei cittadini 4.0, innovando il mondo del lavoro, il tempo libero, la vita domestica, le modalità di trasporto. Allo stato attuale, manca ancora una legislazione di dettaglio che disciplini l'impiego dell'IA nei diversi campi, ma è apparso primario individuare una disciplina generale in grado di fornire limiti e coordinate per il corretto utilizzo di questo straordinario strumento.

Tuttavia, si potrebbe affermare che legiferare sull'IA sia come "tentare di afferrare il vento": il testo rischia di invecchiare precocemente innanzi alle innovazioni che gli sviluppatori di IA sono in grado di raggiungere in pochissimo tempo. L'approvazione del Regolamento è stata una vera e propria lotta contro il tempo per licenziare il testo in via definitiva prima delle elezioni europee di giugno 2024 e, dunque, del termine della IX legislatura. In ogni

---

<sup>41</sup> L'indicatore *disposition time*, la misura di durata utilizzata a livello europeo, fornisce una stima del tempo medio atteso di definizione dei procedimenti mettendo a confronto il numero dei pendenti alla fine del periodo di riferimento con il flusso dei definiti nel periodo. [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_8\\_1.page?facetNode\\_1=4\\_10&facetNode\\_2=1\\_1%282021%29&facetNode\\_3=0\\_57&contentId=SDC354365&previousPage=mg\\_1\\_8#](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.page?facetNode_1=4_10&facetNode_2=1_1%282021%29&facetNode_3=0_57&contentId=SDC354365&previousPage=mg_1_8#).

caso, le norme entreranno in vigore gradualmente e, per una loro applicazione completa, si dovranno attendere ancora due anni. In questo arco temporale, l'IA potrebbe mutare ancora rispetto a quel (poco) che conosciamo con conseguente vetustà delle norme approvate.

I sistemi intelligenti sono in grado di migliorare il settore penale, individuando la giusta dosimetria tra efficienza, qualità e rispetto dei diritti.

Dal punto di vista amministrativo, l'IA può essere uno strumento utilissimo per il personale degli uffici giudiziari al fine di smistare fascicoli, comporre i ruoli di udienza e individuare i precedenti conformi. Vero è che quest'attività non può rientrare nella giustizia vera e propria e, come tale non rientra nemmeno nelle attività ad alto rischio. Infatti, in base all'art. 6 par. 3 lett. d) dell'*AI Act* un sistema non è considerato ad alto rischio quando svolge *un compito preparatorio per la valutazione pertinente*.

Da questa preliminare disamina, si è cercato di dimostrare che ogni fase del processo penale è compatibile con i modelli computazionali, nel rispetto delle garanzie costituzionali e delle finalità tipiche della giustizia. Se i mezzi di ricerca della prova venissero rafforzati dalla tecnologia, questo consentirebbe di ridurre i tempi e la dispersione delle fonti, ma in ogni caso rimarrebbero liberamente valutabili dal giudice in base ai criteri logico-giuridici attualmente applicati. Così il giudizio prognostico sul grado di pericolosità per l'applicazione di una misura cautelare, può essere corroborato da un algoritmo, basato su indici oggettivi e non su valutazioni peritali parcellizzate e dirette a giudicare unicamente la personalità del soggetto.

Infine, il terreno più scivoloso rimane quello della decisione giudiziale, innanzi alla quale si dipanano le maggiori perplessità per l'uso dei modelli computazionali. Esponenti illustri della dottrina e della giurisprudenza ritengono che solo la mente umana possa decidere sul singolo caso, specie in presenza del processo penale che può compromettere la libertà individuale e applicare una pena quale estrema sanzione comminata dall'ordinamento. I giudici penali si attengono a rigidi parametri interpretativi per emettere la sentenza: valutazione del materiale probatorio, rispetto delle garanzie processuali, osservanza dei diritti e delle prerogative dell'imputato e delle altre parti.

Eppure, è possibile affermare con assoluta certezza, in modo razionale, ripetibile all'infinito, calcolabile *ex ante* alla stregua di un dato matematico, quale sarà la decisione giudiziale? Esiste innegabilmente una fase sconosciuta del procedimento intellettuale del giudice, che si concreta nel momento creativo di stesura della motivazione. Questa oscurità appare a tratti confrontabile con quella della *black box* algoritmica, nella quale non è noto come si addivenga agli *output* finali.

Con ciò non si intende suggerire di soppiantare *in toto* i giudici con i sistemi di IA: in ossequio alla legislazione attualmente in vigore, è vietata qualsiasi decisione fondata esclusivamente sull'automazio-

ne (art. 22 par. 1 GDPR, art. 11 dir. 2016/680/UE), ma è sempre richiesta una rielaborazione da parte della persona fisica<sup>42</sup>.

I presupposti per l'implementazione dell'IA nel settore penale ci sono, ma occorre individuare un giusto punto di caduta, rifuggendo tanto da tesi di applicazione illimitata tanto da teorie post-apocalittiche di governo delle macchine.

Giova concludere utilizzando le parole dello stesso legislatore europeo, che al Considerando n. 42 dell'AI Act, così si esprime: *“In linea con la presunzione di innocenza, le persone fisiche nell’Unione dovrebbero sempre essere giudicate in base al loro comportamento effettivo. Le persone fisiche non dovrebbero mai essere giudicate sulla base di un comportamento previsto dall’IA basato unicamente sulla profilazione, sui tratti della personalità o su caratteristiche quali la cittadinanza, il luogo di nascita, il luogo di residenza, il numero di figli, il livello di indebitamento o il tipo di automobile, senza che vi sia un ragionevole sospetto che la persona sia coinvolta in un’attività criminosa sulla base di fatti oggettivi verificabili e senza una valutazione umana al riguardo. [...]”*.

---

<sup>42</sup> SIGNORATO, *Il diritto a decisioni penali non basate esclusivamente su trattamenti automatizzati: un nuovo diritto derivante dal rispetto della dignità umana*, in *rivista di Diritto processuale*, ISSN 0035-6182, vol. 76, 1/2021.

# L'ERGASTOLO OSTATIVO NELLA SUA ATTUALE FORMULAZIONE: LE MAGGIORI E PERSISTENTI CRITICITÀ RISPETTO AD UN'IDEA DI PENA COME INTEGRAZIONE SOCIALE

Marcello Iadevito\*

**Sommario:** **1.** Premessa. – **2.** Le nuove condizioni di accesso ai benefici penitenziari: le vistose contraddizioni rispetto ad un'idea di pena come integrazione sociale. – **3.** Le modifiche alla disciplina della liberazione condizionale e della libertà vigilata: un passo avanti e tantissimi indietro. – **4.** L'eliminazione della collaborazione impossibile, inesigibile, irrilevante: un incredibile arretramento rispetto alla finalità rieducativa della pena. – **5.** Ergastolo ostativo e art. 41-bis: una nuova preclusione legale assoluta. – **6.** Le modifiche al catalogo dei reati ostativi: ancora troppa timidezza da parte del legislatore nel perseguire le finalità preventive della pena.

## ABSTRACT

A più di un anno dall'entrata in vigore del d.l. n. 162/2022 si analizzano gli aspetti della riforma più critici rispetto ad un'idea di pena come integrazione sociale. Si vedrà che il nuovo art. 4 bis ord.penit. si allontana ancor di più, rispetto alla precedente disciplina, dalla fisionomia della pena delineata in Costituzione; infatti, non basta l'eliminazione di una presunzione assoluta di non rieducazione, trasformata in una preclusione comunque semi-assoluta, per ritenere il nuovo ergastolo ostativo più vicino al principio rieducativo poiché, in cambio di ciò, sono adesso previsti, come si evidenzierà, tutta una serie di peggioramenti come, ad esempio, l'eliminazione della collaborazione impossibile.

*More than a year after the legislative decree n. 162/2022 came into effect, the aspects of the reform analyzed are more critical compared to an idea of integration as function of punishment. It will be seen, in fact, that the new art. 4 bis of the prison system moves away, in many aspects, even more than the previous discipline, from the description of the punishment outlined in the Constitution; the elimination of absolute presumption of non-re-education, transformed it into a semi-absolute preclusion, to argue that the new art. 4 bis of the Italian prison system is closer to the re-educational principle since, in exchange for this, a whole series of worsening are now foreseen, such as, for example, the elimination of impossible collaboration, as will be highlighted.*

---

\* Dottorando in diritti umani presso l'Università Federico II di Napoli.

## 1. Premessa.

A più di un anno dall'entrata in vigore del d.l. n. 162/2022, conv. con modif. dalla l. n.199/2022, risulta necessario soffermarsi su alcuni aspetti problematici dell'attuale disciplina dell'ergastolo ostativo rispetto ad un'idea di pena come integrazione sociale espressiva dei valori della Costituzione; ciò al fine di verificare se vi sono stati, effettivamente, passi in avanti rispetto alla funzione della pena delineata dai Costituenti o se, invece, ciò è avvenuto soltanto sulla carta, mentre, di fatto, permangono – se non, addirittura, per certi versi, aumentano – profili di incompatibilità dell'istituto di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. rispetto ad un'idea di pena risocializzante.

Giova ricordare, brevemente, che negli ultimi anni vi era stato un cambio di passo da parte della Corte costituzionale in materia di ergastolo ostativo, dapprima con la sentenza n. 253/2019<sup>1</sup>, che, tuttavia, aveva ad oggetto soltanto l'accesso ai permessi premio da parte dei condannati per reati di mafia. Per effetto della pronuncia della Corte costituzionale, per la prima volta a tale beneficio potevano avere accesso anche i condannati non collaboranti, a patto che fossero acquisiti elementi tale da escludere sia l'attualità che il pericolo di ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. La sentenza del 2019, pur occupandosi soltanto dei permessi premio, ha rappresentato una prima svolta<sup>2</sup> rispetto all'ergastolo ostativo, soprattutto se si considera che pochi mesi prima, nello stesso anno, vi era stata la storica sentenza *Viola c. Italia* della Corte EDU<sup>3</sup> che aveva dichiarato l'ergastolo ostativo contrario al principio di umanità della pena di cui all' art. 3 della CEDU<sup>4</sup>.

Tuttavia, le aspettative suscitate da queste pronunce venivano disattese, successivamente, dalla Corte costituzionale che, con l'ordinanza n. 97/2021<sup>5</sup>, accertava, ma non dichiarava contestualmente, l'illegittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo in merito alla possibilità di accesso alla liberazione condizionale per i condannati per reati di mafia<sup>6</sup>. La Corte, infatti, rinviava di un anno, al 10 maggio 2022, la trattazione nel merito della questione, ritenendo, in una – discutibile – logica di collaborazione istituzionale, che un inter-

---

<sup>1</sup> Corte Cost., 23 ottobre 2019, n. 253, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>2</sup> Per un approfondimento della sentenza n. 253/2019 della Corte Cost. v. A. PUGIOTTO, *La sent. n.253/2019 della Corte Costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e articolo 41 bis*, a cura di E. DOLCINI, F. FIORENTIN, D. GALLIANI, R. MAGI, A. PUGIOTTO, Torino 2020, 117 ss.

<sup>3</sup> Corte Edu, 16 giugno 2019, *Viola c. Italia*, ric. n. 77633/2016, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>4</sup> Per un approfondimento della sentenza v. A. PUGIOTTO - D. GALLIANI, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (a proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e articolo 41 bis*, cit., 97 ss.

<sup>5</sup> Corte cost., 11 maggio 2021, n. 97, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>6</sup> Cfr. E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato in articulo mortis*, in *Sistema penale*, 7 novembre 2022, 2.

vento demolitorio avrebbe pregiudicato la complessiva tenuta della normativa di contrasto alla mafia e sollecitando un rapido intervento del legislatore.

Com'è noto, il Parlamento ha cercato, in un primo momento, di rispondere al monito della Corte costituzionale attraverso una proposta di legge, frutto dell'unificazione di quattro proposte di iniziativa parlamentare presentate tra il 2019 e il 2021 da diverse forze politiche. Non essendosi completato l'iter parlamentare entro la data prefissata dalla Corte, quest'ultima, con ordinanza n. 122/2022, dispose un secondo rinvio all'8 novembre 2022 in virtù dello stato di avanzamento dell'iter di formazione della legge, approvato solo dalla Camera dei deputati il 31 marzo 2022.

Il 31 ottobre 2022, il nuovo Governo ha, poi, a sorpresa, riesumato il disegno di legge presentato nella precedente legislatura riproponendolo con pochissime variazioni, nella forma del d.l. n. 162 del 31 ottobre 2022, poi convertito, con modifiche, dalla l. n. 199/2022<sup>7</sup>.

Orbene, si vedrà che la nuova formulazione dell'art. 4-bis ord. penit. si presta a numerose critiche, non solo rispetto alle aspettative suscitate dalla Corte Costituzionale con l'ordinanza n. 97/2021, ma, soprattutto, rispetto alla fisionomia della pena delineata dalla Costituzione.

Infatti, per comprendere la coerenza di qualsiasi istituto e, dunque, anche dell'ergastolo ostativo, rispetto ai principi costituzionali non bisogna mai tralasciare i rapporti tra dommatica e politica criminale, in quanto è fondamentale che il diritto penale sia orientato ad un sistema di valori. Le istanze di politica criminale sono ricavabili, per quanto riguarda la pena, dalla Costituzione e, in particolare, i riferimenti teleologici sono individuabili nell'art. 27 commi 1 e 3, nell'art. 25 commi 2 e 3, nell'art. 3 della Costituzione e in tutti gli altri principi di quest'ultima espressivi dei valori di uno Stato sociale di diritto. Dalla Costituzione si ricavano, dunque, per la pena le finalità di prevenzione generale positiva, ovvero di orientamento dei consociati intorno ai valori dell'ordinamento e di prevenzione speciale positiva, cioè di risocializzazione.<sup>8</sup>

Orbene, è utile vagliare la coerenza delle principali novità introdotte in tema di ergastolo ostativo dal d.l. n. 162/2022 rispetto alle finalità preventive della pena per verificare se vi sia stato un effettivo allineamento dell'art. 4-bis alla fisionomia della pena delineata in Costituzione.

---

<sup>7</sup> Cfr. E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 2-3. Per un approfondimento dell'ordinanza n. 97/2021 della Corte Cost. v. E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte Costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema penale*, 25 maggio 2021.

<sup>8</sup> Cfr. per tutti G. FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, 1991, 242 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 97 ss.; *Id.*, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc.* 1989, 1008 ss.

## 2. Le nuove condizioni di accesso ai benefici penitenziari: le vistose contraddizioni rispetto ad un'idea di pena come integrazione sociale.

Le prime contraddizioni rispetto ad un'idea di pena come integrazione sociale dell'attuale art. 4-*bis* ord. penit. riguardano le nuove condizioni di accesso ai benefici penitenziari introdotte dal d.l. n. 162/2022.

La rimodulazione dei requisiti di accesso ai benefici penitenziari ha rappresentato, sicuramente, una delle principali novità introdotte dalla riforma. Le modifiche hanno, in realtà, riguardato soltanto i condannati "ostativi" non collaboranti, rispetto ai quali la riforma ha previsto una suddivisione in due gruppi, a seconda che abbiano commesso (co. 1-*bis* e 1-*bis*.2) o meno (co. 1-*bis*.1) reati comunque riconducibili alla criminalità organizzata. In virtù di questa suddivisione sono previste condizioni di accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative parzialmente diverse.

Nel nuovo comma 1-*bis* sono ricompresi i delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza; il reato di cui all'art. 416-*bis* c.p., nonché i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, ed altri reati, come quello di cui all' art. 416-*ter* c.p.

Il comma 1-*bis*.2 dell'art. 4-*bis* ord. penit. assoggetta, poi, alla disciplina di cui al comma 1-*bis* i condannati per il delitto di cui all'art. 416 c.p. finalizzato alla commissione di uno dei delitti elencati nel medesimo comma. Il comma 1-*bis*.1, invece, annovera i condannati per i reati di cui all'art. 600, 600-*bis*, comma 1, 600-*ter*, co. 1 e 2, art. 601, 602, 609-*octies* e 630 c.p.

In virtù della distinzione suddetta, come si è anticipato, sono previste condizioni di accesso ai benefici penitenziari in parte diverse. Infatti, per i condannati per uno dei delitti indicati nell'attuale co. 1-*bis* (e 1-*bis*.2) si richiede l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento; l'allegazione di elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile; nonché la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa.

Per i condannati ad uno dei delitti indicati nell'attuale co. 1-*bis*.1 dell'art. 4-*bis* sono previste condizioni per la maggior parte identiche, fatta eccezio-

ne per la circostanza che non viene richiesta l'allegazione di elementi che consentano di escludere i collegamenti con gruppi criminali di appartenenza, né vi è spazio per dedurre ragioni a supporto della mancata collaborazione, in virtù del fatto che si è in presenza di reati che nulla hanno a che vedere con il contesto mafioso o terroristico<sup>9</sup>.

Dunque, illustrate, brevemente, le novità in tema di condizioni di accesso ai benefici penitenziari previste dal novellato art. 4-*bis* ord. penit. bisogna, innanzitutto, chiedersi se sia realmente stata eliminata quella presunzione legale assoluta di non rieducazione in assenza di collaborazione, che rappresentava un'aporìa gravissima della precedente disciplina dell'ergastolo ostativo rispetto alla fisionomia della pena delineata in Costituzione<sup>10</sup>. A tal proposito va, preliminarmente, ricordato che, a differenza di ciò che spesso sembra emergere nel dibattito pubblico, l'art. 4-*bis* ord. penit., nella sua prima formulazione risalente al d.l. n. 152/1991, a cui diede un contributo Giovanni Falcone, allora Direttore generale degli affari penali al Ministero della Giustizia, non prevedeva ancora una preclusione legale assoluta di pericolosità in mancanza di collaborazione, ma soltanto diverse e meno favorevoli tempistiche per l'accesso ai benefici per i non collaboranti. Soltanto l'anno successivo, con il d.l. n. 306/1992 - in seguito alla strage di Capaci - fu introdotta nell'ordinamento una presunzione assoluta di pericolosità del condannato non collaborante<sup>11</sup>.

Orbene, si diceva, con il d.l. n. 162/2022, se sulla carta la presunzione è stata relativizzata, in concreto, come spesso accade rispetto a meccanismi presuntivi 'etichettati' come relativi, essa cela tuttora, in realtà, una presunzione, nella sostanza, semi-assoluta. Infatti, la richiesta di allegazione di elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto ai progressi nel trattamento rieducativo, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o terroristica e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il riferimento al pericolo di ripristino di tali collegamenti, rappresentano un meccanismo di allegazione probatoria diabolico, avendo ad oggetto una prova negativa del tutto indeterminata<sup>12</sup>. I requisiti richiesti dalla norma si sostanziano in un meccanismo presuntivo che, pur risultando in astratto relativo, risulta, *de facto*, assumere tutte le caratteristiche di una presunzione as-

<sup>9</sup> Cfr. E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato* in articolo mortis, cit., 4 ss.; A. RICCI, *Osservazioni a prima lettura agli artt. 1-3 del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 3 novembre 2022, 2 ss.

<sup>10</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *La versione della Consulta. Gli ergastoli nella giurisprudenza Costituzionale, in Contro gli ergastoli*, a cura di S. ANASTASIA, F. CORLEONE, A. PUGIOTTO, Roma, 2021, 29 ss.; A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte Costituzionale in tema di ostatività penitenziaria, in Il Diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e articolo 41 bis*, cit., 143 ss.

<sup>11</sup> Cfr. D. GALLIANI, *Riflettere, insieme, sull'ergastolo ostativo*, in *Rivista di studi e ricerche sulla criminalità organizzata*, Giugno 2019, 125.

<sup>12</sup> Cfr. F. DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, Torino 2020, 38 ss.; A. PUGIOTTO, *op. ult. cit.*, 140-142.

soluta, o quasi. Infatti, l'acquisizione di elementi che escludono collegamenti attuali e anche futuri con la criminalità organizzata delinea un'ipotesi mascherata di inversione dell'onere probatorio, ponendo a carico del soggetto che richiede l'accesso al beneficio l'onere di fornire una prova dell'assenza di un fatto preclusivo che rappresenta una prova assolutamente diabolica.

Difatti, se già in generale, spesso, nasconde numerose insidie l'allegare una prova negativa, ciò vale a maggior ragione per le nuove condizioni di accesso previste dal decreto, dal momento che la situazione oggetto di prova (non attualità dei collegamenti ecc.) non è in alcun modo qualcosa di ben circoscritto e definito a cui si possa arrivare fornendo la prova di uno o più fatti risolutivamente compatibili con ciò che deve essere dimostrato. Tra l'altro, si aggiunga che, richiedendo la norma l'assunzione di "elementi" capaci di escludere collegamenti con la criminalità organizzata, si rischia che questi ultimi siano ritenuti sussistenti anche in conseguenza di meri sospetti, congetture – se non addirittura dicerie! – in quanto tali difficilmente suscettibili di prova contraria.

Dunque, svuotato di un chiaro e determinato contenuto l'oggetto della controprova, la nuova *praesumptio iuris tantum* nasconde, in realtà, un meccanismo semi-assoluto che risulta, indubbiamente, ancora inconciliabile con il volto costituzionale della pena<sup>13</sup>.

Il legislatore, poi, specificando che gli elementi da provare debbano essere «diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza» chiarisce, ancora una volta, il suo totale disinteresse per il percorso rieducativo del condannato, valutato in maniera assolutamente subordinata rispetto alle istanze di difesa sociale.

Altro aspetto critico è rappresentato dal requisito della rescissione rispetto al contesto nel quale il reato è stato commesso, che, se già risulta essere contrario al principio rieducativo per i reati di cui al co. 1-*bis* dell'art. 4-*bis* ord. penit. – pur comprendendosene in parte le ragioni – appare assolutamente inconcepibile per i condannati per i reati di cui al co.1-*bis*.1., che scontano una pena per un reato "ostativo" che nulla ha a che fare con la criminalità mafiosa o terroristica. Ciò appare assolutamente incompatibile con le istanze di risocializzazione imposte dalla Costituzione, dal momento che sradicare dal proprio contesto sociale e territoriale di riferimento il condannato rende ancor più difficile una reintegrazione nella società<sup>14</sup>.

A ciò si aggiunga il fatto che il legislatore, nel nuovo art. 4-*bis* ord. penit., tra le nuove condizioni di accesso ricomprende non più solo elementi che si riferiscono al piano dell'ammissibilità della domanda, ma anche elementi che

---

<sup>13</sup> Cfr. F. DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, cit., 38-39 e 102 ss.; A. PUGIOTTO, *op. ult. cit.*, 141.

<sup>14</sup> Cfr. E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 6.

riguardano il piano della meritevolezza (come la revisione critica e l'attività riparatoria), con una, del tutto incongrua, parificazione tra i due piani. Infatti, agli oneri probatori già evidenziati, il legislatore aggiunge anche l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria, previsti, precedentemente, soltanto per l'accesso alla liberazione condizionale e alla riabilitazione e non anche per i permessi premio.

Orbene, un'ulteriore insanabile contraddizione rispetto ad una pena intesa in chiave di integrazione sociale è rappresentata dal fatto che l'adempimento delle obbligazioni civili, così come la revisione critica della condotta criminosa o la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sono previste senza alcuna differenziazione rispetto alla tipologia di beneficio richiesto. Ciò non appare rispettoso del principio di uguaglianza, in quanto riguardo ai permessi premio è in gioco la possibilità di uscire per qualche ora dal carcere, mentre, in riferimento ad un istituto come la liberazione condizionale viene in questione un effetto fondamentale come quello dell'estinzione della pena! Risulta, dunque, incompatibile con il volto costituzionale della sanzione penale la previsione di un complesso di condizioni vevoli, ugualmente, per la concessione di benefici penitenziari, misure alternative e liberazione condizionale, istituti assolutamente differenti tra loro e richiedenti livelli diversi di maturazione nel percorso rieducativo, in rapporto anche al grado di libertà che le singole misure comportano.

Vi è quindi una omologazione verso una maggiore severità delle condizioni di accesso per tutte le misure, in contrasto con il principio di progressione trattamentale, corollario diretto di quello rieducativo, imposto dalla Costituzione all'art. 27 co. 3.

Risulta, in conclusione, incompatibile con tale principio, ma anche con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.<sup>15</sup> che rispetto ad istituti così diversi tra loro come i permessi premio e la liberazione condizionale siano richieste le stesse severe condizioni per accedervi.

### **3. Le modifiche alla disciplina della liberazione condizionale e della libertà vigilata: un passo avanti e tantissimi indietro.**

Alquanto criticabile, rispetto alle istanze di risocializzazione ricavabili dalla Costituzione, risulta, poi, la modifica di cui al secondo comma dell'art. 2 d.l. n. 152/1991, con la quale viene elevata da ventisei a trenta anni di reclusione la soglia di pena necessaria per l'accesso alla liberazione condizionale da parte dell'ergastolano "ostativo" non collaborante, e dalla metà ai due terzi della pena inflitta per il condannato a pena temporanea.

Si è in presenza di un notevole passo indietro non solo rispetto al limite fissato dalla l. Gozzini, ma anche rispetto alla precedente l. n. 1634/1962 che,

---

<sup>15</sup> Cfr. D. GALLIANI, *Il decreto legge 162/2022, il regime ostativo e l'ergastolo ostativo: i dubbi di costituzionalità non manifestamente infondati*, in *Sistema penale*, 21 novembre 2022, par. 8.

per la prima volta, aveva previsto per l'ergastolano ostativo la liberazione condizionale dopo ventotto anni di pena espiata.

L'arretramento rispetto ad un'idea di pena come integrazione sociale, tra l'altro, non si limita ai nuovi limiti edittali per accedere alla liberazione condizionale, ma riguarda anche la libertà vigilata che sempre affianca quest'ultima. Infatti, la pena dell'ergastolo inflitta al condannato "ostativo" non collaborante si estingue in dieci anni dalla data del provvedimento di concessione della liberazione condizionale e la durata della libertà vigilata disposta ai sensi dell'art. 230 co. 1 n. 2 c.p. viene parallelamente aumentata a dieci anni. Per tutta la durata della libertà vigilata è, inoltre, previsto un divieto di incontrare o mantenere contatti con soggetti condannati per delitti di cui all'art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. o sottoposti a misura di prevenzione in casi tassativamente indicati.

*Prima facie*, l'aumento di pena da ventisei a trent'anni per accedere alla liberazione condizionale potrebbe sembrare avere una sua *ratio* nella volontà di differenziare le condizioni di accesso alla liberazione condizionale in base alla condotta collaborativa o meno dell'ergastolano "ostativo" da cui deriverebbe un trattamento uguale per soggetti che si trovano in posizioni differenti.

Tuttavia, questa considerazione è priva di fondamento, dal momento che i casi in cui l'ergastolano "ostativo" collaborante acceda alla liberazione condizionale soltanto dopo ventisei anni risultano meramente ipotetici. Ciò in quanto quando il collaborante entra – praticamente sempre – nel sistema di protezione, ha diritto a presentare l'istanza di liberazione condizionale trascorsi dieci anni! (art. 16-*nonies* d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, conv. in l. 15 marzo 1991, n. 82)<sup>16</sup>.

Dunque, oltre all'ulteriore allontanamento dalla fisionomia della pena delineata all'art. 27 co.3 Cost. si crea anche un enorme divario del tutto irragionevole, ex art. 3 Cost. tra condannato "ostativo" collaborante e non collaborante.

Tra l'altro, la Corte costituzionale, di recente, aveva efficacemente chiarito che la mancata collaborazione con la giustizia non deve assolutamente tradursi in un aggravamento delle modalità esecutive della pena, per il solo fatto che il detenuto esercita la facoltà di non prestare partecipazione attiva a una finalità di politica criminale e investigativa dello Stato. Quindi, secondo la Corte, se può esservi l'attribuzione di valenza premiale al comportamento di colui che, anche dopo la condanna, presta una collaborazione utile ed efficace, tutt'altro è, invece, l'inflizione di un trattamento peggiorativo al detenuto non collaborante<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Cfr. D. GALLIANI, *op. ult. cit.*, par. 8; E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 7.

<sup>17</sup> Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

Un limite edittale così elevato contrasta anche con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che, nella famosa sentenza *Vinter e altri c. Regno Unito*<sup>18</sup>, ha indicato in venticinque anni il termine entro cui riesaminare i progressi del condannato a pena perpetua.

Un'ulteriore questione riguarda, poi, la mancanza di una disposizione transitoria che regoli la portata applicativa, da un punto di vista temporale, dell'innalzamento a trent'anni del *quantum* di pena utile per accedere alla liberazione condizionale. L'art. 3 d.l. n. 162/2022, infatti, ha mantenuto il limite dei ventisei anni solo per i casi di impossibilità, inesigibilità e irrilevanza della collaborazione con la giustizia, che permane rispetto a chi ha commesso il fatto prima dell'entrata in vigore del decreto-legge.

In mancanza di una disposizione transitoria, dunque, la soglia dei trent'anni sembra applicabile anche a coloro che hanno commesso il fatto prima del 1° novembre 2022. In realtà la nuova disciplina, da una parte, prevede un limite per accedere alla liberazione che sicuramente rappresenta una modifica peggiore rispetto alla precedente disciplina; dall'altra introduce anche una disciplina più favorevole, permettendo all'ergastolano "ostativo" non collaborante di accedere alla liberazione condizionale, eventualità prima assolutamente preclusa. Dunque la norma ha sicuramente un doppio volto, più favorevole e più sfavorevole allo stesso tempo, ma ciò non può escludere un'applicazione irretroattiva degli aspetti svantaggiosi.

Può dirsi che, pur ribadendo che la nuova disciplina si allontana dalla pena come integrazione sociale, se il legislatore ha scelto di disciplinare diversamente il quomodo dell'accesso alla liberazione condizionale per il non collaborante, alzando la soglia a 30 anni, in base ad un principio inderogabile come quello di cui all'art. 25 co. 2 Cost, ciò può valere soltanto per il futuro<sup>19</sup>.

#### **4. L'eliminazione della collaborazione impossibile, inesigibile, irrilevante: un incredibile arretramento rispetto alla finalità rieducativa della pena.**

Un'altra rilevante novità della riforma del 2022 è rappresentata dall'eliminazione della figura della collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante. A tal proposito va ricordato che l'art. 4-*bis* ord.penit., nella sua prima formulazione, risalente al d.l. n. 152/1991, subordinava l'accesso ai benefici e alle misure alternative all'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata e che solo l'anno successivo - in seguito all'*escalation* dello stragismo di stampo mafioso - per effetto delle modifiche apportate dal d.l. n. 306/1992, fu introdotta nell'ordinamento una presunzione assoluta di pericolosità del condannato non collaborante,

---

<sup>18</sup> Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, ric. nn. 66069/09, 130/10, 3896/10 in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int).

<sup>19</sup> Cfr. D. GALLIANI, *op. ult. cit.*, par. 8.

prevedendo la preclusione dall'accesso ai benefici e alle misure alternative in assenza di 'collaborazione utile', ai sensi dell'art. 558-ter ord.penit. Il legislatore del 1992, per mitigare l'eccessivo rigore della preclusione dei benefici penitenziari, decise di equiparare alla collaborazione utile la collaborazione 'oggettivamente irrilevante', in ipotesi legislativamente predeterminate nelle quali il reato potesse considerarsi di scarsa gravità (ossia, nel caso di applicazione, nella sentenza definitiva di condanna, delle circostanze attenuanti previste dagli artt. 62 n. 6, 114, 116 n. 2 c.p.). In questi casi il condannato poteva accedere ai benefici penitenziari sulla base della sola 'offerta' di collaborazione, anche se praticamente inutile, purché fosse accertata l'insussistenza di collegamenti attuali con le associazioni criminali di appartenenza. Per evitare ingiustificate discriminazioni, in ossequio all'art. 3 Cost., la Corte costituzionale in due successive sentenze, dichiarò l'illegittimità dell'art. 4-bis ord.penit. nella parte in cui non dava rilievo ad altre ipotesi, oltre a quelle previste dal legislatore, nelle quali la mancanza di collaborazione fosse da attribuire a ragioni indipendenti dalla volontà del condannato. In particolare, con la sentenza del 27 luglio 1994, n. 357<sup>20</sup>, la Corte costituzionale estese la disciplina della collaborazione irrilevante ai casi di collaborazione inesigibile per la limitata partecipazione del condannato al fatto criminoso e, con la sentenza del 1 marzo 1995, n. 68<sup>21</sup>, ai casi di collaborazione impossibile per l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con la sentenza irrevocabile. Il legislatore del 2002 recepì poi le indicazioni della Corte costituzionale, disciplinando i casi in cui la rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata può essere accertata anche prescindendo dal requisito della collaborazione rilevante, pur sempre però subordinando la concessione dei benefici all'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva<sup>22</sup>.

Orbene, la scelta operata nel d.l. n. 162/2022, di eliminare la collaborazione impossibile, inesigibile e irrilevante, oltre a porsi in evidente antitesi rispetto alle indicazioni fornite recentemente dalla Consulta nella sentenza n. 20/2022<sup>23</sup> che aveva sottolineato la necessità di distinguere tra chi vuole collaborare ma non può – silente suo malgrado – e chi può collaborare, ma non vuole – silente per scelta – rappresenta un lampante allontanamento dai principi costituzionali.

L'eliminazione della distinzione tra silente suo malgrado e per scelta si pone, *in primis*, in contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., che esprime l'esigenza di trattare in modo diverso situazioni differenti.

<sup>20</sup> Corte Cost., 27 luglio 1994, n. 357, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>21</sup> Corte Cost., 1 marzo 1995, n. 68, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>22</sup> Cfr. A. DELLA BELLA, *La Cassazione dopo la sentenza 253 della Corte Costituzionale: il destino della collaborazione impossibile e lo standard probatorio richiesto per il superamento della presunzione assoluta di pericolosità*, in *Sistema penale*, 16 aprile 2020, 1 ss.

<sup>23</sup> Corte cost., 25 gennaio 2022, n. 20, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 20/2022, infatti, aveva ritenuto **non irragionevole un trattamento differenziato** dal punto di vista del profilo degli oneri di allegazione del condannato per reati ostativi che si trovi nella impossibilità di collaborare con la giustizia rispetto al condannato che, invece, possa collaborare, ma decida di non farlo.

La Consulta aveva evidenziato che il peso degli oneri dimostrativi da addossare al richiedente **non** può esclusivamente basarsi sul suo **atteggiamento soggettivo**, ma deve dipendere dalla **situazione oggettiva** all'esame della magistratura di sorveglianza. La Corte aveva, poi, evidenziato anche che la scelta di serbare il silenzio in queste ipotesi sia di per sé suscettibile di produrre un «**effetto di favore per la consorteria criminale**», circostanza che avvalorava l'esigenza di una «regola "probatoria" di maggiore rigore rispetto allo standard minimo».

Dunque, la Corte aveva concluso per la "ontologica diversità" della situazione oggettiva del condannato che, invece, si ritrovi *in radice* nell'impossibilità di prestare una collaborazione effettiva<sup>24</sup>: in queste condizioni, infatti, l'atteggiamento del detenuto assumerebbe «un **significato del tutto neutro**, ciò che consente di circoscrivere il tema di prova – ai fini del superamento del regime ostativo – all'esclusione di attualità dei collegamenti»<sup>25</sup>.

Quindi, la situazione del non collaborante per impossibilità è assolutamente differente dalla posizione di chi, avendo la possibilità di collaborare, non lo fa. E questa evidente differenza tra le due posizioni impone, senza dubbio, che vi siano anche condizioni e procedure diverse per accedere ai benefici penitenziari. Rappresenta, perciò, davvero un passo indietro enorme la circostanza che, nella nuova disciplina, le ragioni della mancata collaborazione possano essere fatte valere solo come uno degli elementi specifici da allegare che permettano di escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di un loro futuro ripristino, oltre a richiedersi anche in questo caso le altre condizioni, ovvero l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria, la revisione critica, e le iniziative risarcitorie e riparative<sup>26</sup>.

Dunque, se si pensa alla specifica figura del silente suo malgrado, rispetto all'orizzonte costituzionale dell'integrazione sociale, vi è stato un nettissimo peggioramento poiché, rispetto a questa figura, poco importa che sia caduta la preclusione assoluta di accesso ai benefici penitenziari. Infatti, colui che non può, ma vorrebbe collaborare, prima della riforma poteva giovare di una procedura *ad hoc* per far accertare alla magistratura di sorveglianza se versasse in una condizione di collaborazione impossibile, inesigibile o irrile-

<sup>24</sup> Cfr. S. BERNARDI, *La disciplina della collaborazione impossibile supera il vaglio della Consulta: legittima la previsione di uno standard probatorio diverso da quello richiesto per chi non collabori "per scelta"*, in *Sistema penale*, 2 febbraio 2022, par. 6.

<sup>25</sup> Corte cost., 25 gennaio 2022, n. 20, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>26</sup> Cfr. D. GALLIANI, *op. ult. cit.*, par. 6; A. PUGIOTTO, *op. ult. cit.*, 142-143.

vante, mentre adesso, per accedere ai benefici penitenziari, deve soddisfare gli stessi stringenti requisiti del non collaborante per scelta, nonostante l'evidente diversa posizione in cui queste due figure si vengono a trovare.

Il legislatore, in particolare nell'attuale formulazione, parla di "ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione", proprio per tutelare la libertà di non collaborare, che non può essere disconosciuta. Appare, però, evidente la contraddizione tra lo stabilire di "fornire eventualmente le ragioni" e l'obbligo di farlo nel caso in cui si intenda evidenziare l'oggettiva irrilevanza della collaborazione, la limitata partecipazione al fatto o l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità! D'altronde, risulta davvero difficile da intuire, cosa abbia a che fare con la meritevolezza la collaborazione impossibile, dal momento che quest'ultima attiene alla libertà di non collaborare. Non basta assolutamente l'avverbio "eventualmente" per evitare lo sfregio del principio di uguaglianza, dal momento che vi è un trattamento uniforme rispetto a soggetti che si trovano in situazioni del tutto differenti<sup>27</sup>.

Orbene, va considerato che, anche rispetto a considerazioni inerenti alla finalità specialpreventiva della pena, per il condannato risulterà difficile accettare il percorso di risocializzazione, vista l'evidente ingiustizia di un trattamento parificato al non collaborante per scelta. E d'altronde l'opzione legislativa sembra essere contraria anche ad un'idea di prevenzione generale positiva; infatti sarà difficile ottenere il consenso dei consociati intorno ad una norma così profondamente discriminatoria.

L'art.3 d.l. n.162/2022 ha, perlomeno, introdotto una disposizione transitoria e, dunque, la collaborazione impossibile rimane almeno per il condannato non collaborante che abbia commesso il fatto "ostativo" prima dell'entrata in vigore della novella. Tra l'altro, inizialmente, il decreto faceva riferimento soltanto alle misure alternative e alla liberazione condizionale, con l'esclusione dei benefici penitenziari in senso stretto (permessi premio e lavoro all'esterno) ai quali, quindi, si sarebbe dovuta applicare fin da subito la nuova disciplina.

La legge di conversione n.199/2022, ha, almeno e correttamente, posto rimedio a tale inconveniente sostituendo il riferimento alle misure alternative con un richiamo ai «benefici di cui al comma 1 dell'articolo 4-*bis* della legge n. 354 del 1975», tra i quali vi sono anche i permessi premio e il lavoro all'esterno. L'insensatezza della prima versione del regime intertemporale si coglie ancora di più se si pensa che rispetto alle misure alternative o alla liberazione condizionale la disciplina della collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante avrebbe comunque continuato a trovare applicazione rispetto ai reati commessi prima dell'entrata in vigore del decreto-legge in base all'orientamento affermato nella sentenza costituzionale n. 32/2020<sup>28</sup>. La norma

<sup>27</sup> Cfr. D. GALLIANI, *op. ult. cit.*, par. 6.

<sup>28</sup> Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 32, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

risulta ben più importante rispetto ai permessi premio e agli altri benefici che sono, invece, esclusi dall'orizzonte della suddetta pronuncia e, per i quali, in mancanza di una norma transitoria, si sarebbe dovuto applicare da subito il nuovo regime più sfavorevole<sup>29</sup>.

## 5. Ergastolo ostativo e art. 41-bis: una nuova preclusione legale assoluta.

Un ulteriore profilo problematico della riforma è rappresentato dalla previsione, stabilita nella parte finale del co. 2 dell'art. 4-bis ord. penit., che i benefici penitenziari indicati al co. 1 non sono concedibili ai detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit. se non dopo che il provvedimento applicativo di tale regime sia stato revocato o non prorogato. L'istituto della sospensione delle regole di trattamento di cui all'art. 41-bis co.2 ord. penit. risponde a esigenze di sicurezza pubblica e di contenimento della pericolosità particolarmente spiccata. Infatti è previsto che a fronte di tale situazione possa essere disposta, con decreto motivato emesso dal Ministero della Giustizia, anche su richiesta del Ministro dell'interno, l'adozione di speciali limitazioni dell'offerta trattamentale, volte a rendere estremamente difficoltoso mantenere, se non a recidere, i legami del detenuto con i gruppi criminali sul territorio. La prima applicazione del decreto è per quattro anni, seguiti da successive eventuali proroghe per due anni<sup>30</sup>.

L'art. 41-bis ord. penit., già di per sé, presenta numerosi profili problematici, dal momento che attribuisce al Ministro della Giustizia e dunque ad un organo dell'esecutivo, un rilevante potere sulla configurazione dell'esecuzione della pena, in evidente contrasto con il principio di legalità della pena di cui all'art. 25 co. 2 Cost. che, pur nel rispetto delle esigenze di individualizzazione del trattamento, riguarda anche la fase dell'esecuzione della pena. L'esigenza di individualizzazione nell'esecuzione della pena, tra l'altro, andrebbe perseguita in quanto strumentale ad esigenze di integrazione sociale e non per ledere, in nome di non ben specificate ragioni di ordine e sicurezza, i diritti fondamentali della persona.

Inoltre l'art. 41-bis ord. penit. si pone anche in contrasto con un fondamentale corollario del principio di legalità ovvero la determinatezza. Infatti, il regime speciale di cui all'art. 41-bis viene collegato ad un generico motivo di ordine e sicurezza pubblica la cui natura e gravità non sono facilmente misurabili. E certamente non basta a rendere compatibile la norma con il principio di legalità *sub specie* determinatezza, il riferimento alle restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle esigenze di sicurezza e per impedire i collegamenti con associazioni criminali, in quanto anche questo risulta vago

<sup>29</sup> Cfr. F. GIANFILIPPI, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis: un percorso ad ostacoli per il condannato e per l'interprete*, in *Giustizia insieme*, 2 novembre 2022, 12-14.

<sup>30</sup> Cfr. G. GIOSTRA - F. DELLA CASA, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2023, 159 ss.

e quindi manipolabile. Inoltre, l'art. 41-*bis* ord. penit. risulta anche in evidente contrasto con l'art. 27 co. 3 Cost. poiché consente di sospendere l'applicazione delle regole di trattamento ordinarie che sono funzionali alla risocializzazione in base a vaghissime ragioni di ordine e sicurezza. D'altronde sospendere il trattamento ordinario in nome delle ragioni predette sembra anche espressione di una pena orientata alla retribuzione e alla prevenzione generale negativa, se non addirittura alla neutralizzazione, piuttosto che ad una pena costituzionalmente orientata alla risocializzazione. Infine l'art. 41-*bis* sembra porsi in contrasto anche con il divieto di trattamenti inumani di cui all'art. 27 co. 3 Cost.<sup>31</sup>.

Orbene, evidenziati brevemente i numerosi profili problematici che già di per sé pone l'art. 41 *bis* ord. penit., la riforma del 2022 introduce anche l'impossibilità *de jure* di accordare benefici e misure alternative ai detenuti sottoposti al regime detentivo differenziato.

La problematicità di questa novità introdotta dal decreto risiede nel dato per cui un conto è ritenere che, *de facto*, non sia possibile valutare compatibili le cause che giustificano il regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. e la possibilità di provare l'assenza di attualità e pericolo di ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata; un altro è invece stabilire, *de jure*, questa incompatibilità, dato che il provvedimento che sottopone al regime differenziato è un decreto ministeriale<sup>32</sup>. Tra l'altro, come si è ricordato, il decreto prevede anche che i benefici possano essere concessi per il detenuto sottoposto al regime di cui all'art. 41-*bis* soltanto dopo che il provvedimento applicativo di tale regime sia stato revocato o non prorogato. Risulta, quindi, esplicita la volontà del legislatore di far dipendere l'accesso ai benefici penitenziari soltanto da un decreto ministeriale di applicazione, di revoca o di non proroga. Tuttavia, non sembra opportuno privare la persona sottoposta al regime di cui all'art. 41 *bis* anche della sola possibilità, in astratto, di domandare un beneficio. Quindi, mentre prima alle domande veniva risposto nel merito che non era possibile accedere ai benefici per i detenuti sottoposti all'art. 41 *bis*, oggi la domanda è addirittura inammissibile in virtù di una - ancora, ci risiamo - nuova preclusione assoluta.

Appare, quindi davvero inaccettabile che anche a precludere l'accesso ai benefici penitenziari non sia un giudice, ma un Ministro poiché il reclamo al tribunale di sorveglianza di Roma è soltanto eventuale e comunque differito nel tempo.

Ne deriva una conseguenza rilevante in termini di qualità della pena detentiva che sembra, in primis, sottrarsi alla garanzia di cui all'art. 13 co.2 Cost,

---

<sup>31</sup> Cfr. A. CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2007, 614 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1997, 181-182.

<sup>32</sup> Cfr. D. GALLIANI, *op. ult. cit.*, par. 7; F. GIANFILIPPI, *op. ult. cit.*, 8-9.

esorbitando dai limiti contenutistici del regime stabilito dall'art. 41-bis ord. penit. perimetrati nel tempo anche dalla Corte Costituzionale<sup>33</sup>.

Inoltre le restrizioni imposte dal regime differenziato speciale dovrebbero quantomeno avere soltanto la finalità di contenere la pericolosità dei detenuti, impedendo collegamenti con i membri delle organizzazioni che si trovano fuori dal carcere, evitando di continuare a impartire ordini agli affiliati, senza vanificare, tuttavia, completamente la finalità rieducativa della pena. Precludere, invece, *de jure*, la concessione di ogni tipo di beneficio o misura alternativa vuol dire proprio vanificare, per legge, la finalità di risocializzazione.

Infatti, la problematicità di questa scelta legislativa non è soltanto legata alla impossibilità persino solo di chiedere ad un giudice un beneficio precluso in via assoluta, ma anche all'inconciliabilità di questa disciplina con l'attuazione della fisionomia costituzionale della pena. E ciò è ancor più grave se si pensa che il permesso di necessità non è invece precluso per legge ed è possibile, per esso, un vaglio di merito, non essendovi in tale ipotesi una preclusione assoluta<sup>34</sup>; nel caso del permesso di necessità vi è un giudice a Berlino, nel caso dell'accesso ai benefici e alle misure alternative vi è invece, soltanto, un Ministro.

## 6. Le modifiche al catalogo dei reati ostativi: ancora troppa timidezza da parte del legislatore nel perseguire le finalità preventive della pena.

6. Ulteriori considerazioni vanno svolte in rapporto all'ennesima scelta di non 'sfolire' il catalogo dei reati di cui all'art. 4-bis ord. penit. se non soltanto, in sede di conversione del decreto, rispetto ai reati contro la p.a. che sono stati espunti dall'orbita dell'ergastolo ostativo.

Per quanto riguarda, infatti, il catalogo dei reati ostativi vi è stato, per la prima volta dall'entrata in vigore dell'art. 4-bis ord. penit., finalmente, una prima scelta in termini di ridimensionamento. Ma, allo stesso tempo, non solo essa non è sufficiente, dal momento che bisognerebbe tornare alla vecchia dimensione originaria dell'ostatività, limitata ai reati associativi, ma vi è stato pure, ancora una volta, un ennesimo ampliamento 'strisciante' del catalogo.

L'effetto espansivo della riforma è, infatti, previsto nel nuovo primo comma dell'art. 4-bis ord. penit. in cui vi è una clausola generale che deroga al tradizionale principio dello scioglimento del cumulo, trasferendo la sfera dell'ostatività anche a reati comuni, quando sono legati da un nesso teleologico ex art. 61, n.2 c.p. ai delitti cd. di prima fascia.

Dunque, ancora una volta, vi è un allargamento della sfera di operatività dell'ostatività che copre, in seguito a questa modifica, anche reati che niente hanno a che vedere con l'originale nucleo dell'ergastolo ostativo, ovvero le

<sup>33</sup> Cfr. G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *op. ult. cit.*, 166-167.

<sup>34</sup> Cfr. D. GALLIANI, *op. ult. cit.*, par. 7; F. GIANFILIPPI, *op. ult. cit.*, 9.

fattispecie legate alla criminalità organizzata, terroristica ed eversiva. L'estensione del perimetro applicativo dell'art. 4-*bis* ord.penit. si deve all'introduzione, in coda al primo comma, di una clausola generale che, in sostanza, deroga all'ormai pacifico criterio interpretativo dello "scioglimento del cumulo", prevedendo che l'area di "ostatività" possa inghiottire anche reati "comuni". Si apre così ad un'estensione potenzialmente indeterminata, e soprattutto ingiustificata, del regime "ostativo", nel quale finiranno per confluire, ancora una volta, fattispecie che nulla hanno a che fare con la criminalità organizzata, terroristica od eversiva.

In realtà, può forse porsi in parte rimedio a questo ennesimo passo indietro della riforma ritenendola applicabile ai soli detenuti "ostativi" collaboranti ed escludendone l'applicazione ai non collaboranti, dal momento che essa è inserita nel primo comma del nuovo art. 4-*bis* e non nei nuovi commi 1-*bis*, 1-*bis*.1 e 1-*bis*.2.

Si può, inoltre, provare a sostenere, in base alla formulazione letterale della norma, che essa possa operare soltanto in direzione unilaterale e cioè solamente quando, per esempio, il reato comune sia commesso per eseguirne od occultarne uno "ostativo" e non, invece, in senso contrario<sup>35</sup>.

Come si è anticipato, invece, tra i pochi passi in avanti della riforma, introdotta tra l'altro solo in sede di conversione del decreto legge ad opera della l. n. 199/2022, vi è stata l'eliminazione dei reati contro la p.a. dal catalogo dei reati di cui all'art. 4-*bis* ord.penit. il cui inserimento era stato previsto ad opera della c.d. legge spazza-corrotti ( l. 9 gennaio 2019, n. 3). Ovviamente, espunti dal catalogo dei reati ostativi i reati ai danni della p.a., viene a cadere anche il riferimento alla mancata collaborazione di cui all'art. 323-*bis* comma 2 c.p.

Orbene, questa modifica va, indubbiamente, valutata positivamente poiché, per la prima volta nella lunga storia di modifiche del catalogo di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. vi è, finalmente, un intervento che va nella direzione di sfozzire e non di ampliare l'area dell'ostatività. Tuttavia, vi sono alcune osservazioni da fare.

Innanzitutto, vi è la costante idea da parte della maggioranza di Governo di essere "forti" con alcune categorie di soggetti sgradite - si pensi ai migranti con il cd. decreto Cutro o ai 'pericolosissimi' *rave party* - e di essere invece molto più 'garantisti' soltanto con i cd. colletti bianchi - si pensi alla eliminazione dell'abuso d'ufficio. Sia chiaro, non si è assolutamente contrari ad una svolta 'garantista' rispetto ai reati contro la p.a., ma andrebbe preteso lo stesso scrupoloso rispetto delle garanzie di libertà anche in rapporto ai soggetti meno inclusi - o addirittura esclusi - dal patto sociale.

Inoltre, appare incoerente la scelta di eliminare dalla sfera di ostatività i reati contro la p.a. e di farvi rientrare invece potenzialmente qualsiasi reato tramite il nesso teleologico predetto.

---

<sup>35</sup> Cfr. A. Ricci, *op. ult. cit.*, 10-11.

Dunque, anche questa riforma dell'art. 4-*bis* ord. penit., per la verità in linea con le precedenti scelte prese da tutte le forze politiche succedutesi negli ultimi anni, non imprime una svolta nella direzione di ridare la fisionomia originaria all'ostatività, ovvero quella del contrasto al crimine di stampo mafioso, terroristico ed eversivo.

Nel tempo, invece, il legislatore ha esteso, incredibilmente, l'operatività dell'ergastolo ostativo, nato come misura emergenziale per sconfiggere la mafia, includendo nell'art 4-*bis* ord. penit., via via, la riduzione in schiavitù, la prostituzione minorile o la violenza sessuale di gruppo, per fare solo alcuni esempi.

Insomma, nel tempo, l'ergastolo ostativo è diventato la scatola magica in cui inserire, di volta in volta, i fenomeni che più destano allarme sociale per placare, in base alle diverse sensibilità politiche che si sono succedute, la sensazione di insicurezza in quel momento prevalente, dettata ovviamente soprattutto dai *media*.

Tutto ciò, non solo in spregio, innanzitutto, all'art. 3 Cost., poiché l'ostatività non può essere necessaria per ogni fenomeno criminoso, altrimenti tutto il meccanismo diventa ancora più irragionevole e contraddittorio, dal momento che non può trattarsi allo stesso modo un mafioso, un violentatore sessuale o un trafficante<sup>36</sup>. Ma anche violando, ancora una volta, i principi costituzionali relativi alla pena come integrazione sociale. Infatti, dal punto di vista della prevenzione speciale positiva, è difficile per il singolo soggetto che si vedrà negare l'accesso ai benefici penitenziari, pur non avendo commesso reati legati alla mafia o al terrorismo, percepire come giusto quel diniego e dunque risocializzarsi in carcere. Ma, anche dal punto di vista della prevenzione generale positiva, questa eccessiva e costante dilatazione del catalogo dei reati ostativi risulta inaccettabile. Sul piano dell'orientamento dei consociati intorno ai valori dell'ordinamento, sarà, infatti, difficile ottenere un consenso rispetto a una così illogica dilatazione dei reati ostativi. Se vi può essere – fin troppo – consenso da parte dell'opinione pubblica rispetto al divieto di accesso ai benefici penitenziari per i condannati per reati di mafia non collaboranti, lo stesso non può dirsi, probabilmente, per tutta una serie di reati entrati via via, rispetto all'originaria formulazione del 1991, nel girone dell'inferno dell'ostatività del 4-*bis* ord.penit.<sup>37</sup>.

Può, dunque, dirsi che il nuovo art. 4-*bis* ord. penit., oltre a disattendere le indicazioni della Corte costituzionale, si allontana, addirittura, per molti aspetti, ancor di più, rispetto alla disciplina previgente, dalla fisionomia della pena delineata in Costituzione. Non basta, infatti, aver eliminato una presunzione assoluta di non rieducatività trasformandola, come si è visto, in una

<sup>36</sup> Cfr. D. GALLIANI, *Riflettere, insieme, sull'ergastolo ostativo*, cit., 118 ss.

<sup>37</sup> Per un approfondimento dei concetti di prevenzione generale e speciale positiva ricavabili dalla Costituzione cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 97 ss.; *Id.*, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc.*, 1989, 1008 ss.

preclusione comunque semi-assoluta, per sostenere che il nuovo ergastolo ostativo si avvicina di più al principio rieducativo, dal momento che, in cambio di ciò, sono adesso previsti, come evidenziato, tutta una serie di peggioramenti come, ad esempio, l'eliminazione della collaborazione impossibile.

In conclusione, può dirsi che se prima della riforma del 2022 l'ergastolo ostativo era lontano rispetto all'orizzonte di una pena come integrazione sociale, oggi lo è, ugualmente, per certi versi, e ancor di più per altri.

# NUOVI STRUMENTI DI LOTTA ALL'ILLEGALITÀ, RIFLESSIONI NELL'ERA DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE

Elenia Esposito\*

**Sommario:** Premessa. - **1.** Un nuovo alleato per gli Stati: l'Intelligenza Artificiale. *Pro e contra.* - **2.** L'evoluzione dell'attività di monitoraggio, le indagini digitali. - **3.** Il ruolo dell'IA nella prevenzione del crimine. - Conclusioni.

## ABSTRACT

Il presente contributo, ripercorre l'evoluzione in chiave preventiva del diritto penale in un contesto caratterizzato da un cambio di passo nei rapporti tra i servizi di intelligence, le forze di polizia e le autorità giudiziarie, nonché nell'uso nei procedimenti penali delle informazioni raccolte dalle agenzie di sicurezza. Partendo dalla presa di coscienza da parte dei governi degli indubbi vantaggi che l'intelligenza artificiale è in grado di apportare nel contrasto alla criminalità, lo scritto si sofferma sull'impiego degli algoritmi nelle operazioni di polizia. Su quest'ultimo profilo si riflette, infine, sull'opportunità di un intervento legislativo che garantisca la conformità di tali strumenti ai diritti fondamentali dell'uomo.

*This article explores the preventive evolution of criminal law against the backdrop of a significant transformation in the relationships between intelligence services, law enforcement agencies, and judicial authorities, as well as the use of intelligence information in criminal proceedings. Recognizing the undeniable advantages that artificial intelligence brings to crime prevention, the paper delves into the application of algorithms in policing operations. Finally it considers the need for legislative action to ensure that these technological tools align with fundamental human rights standards.*

---

\* Specialista Giuridico Legale Finanziario, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per la Trasformazione Digitale.

## Premessa.

L'affinarsi delle tecniche criminose ha richiamato l'attenzione degli Stati sulla necessità di rivedere i tradizionali strumenti utilizzati per tutelare i propri apparati dalle minacce che intaccano la sicurezza pubblica e l'assetto democratico.

Al fine di affinare le capacità operative i governi hanno dovuto attivarsi con tecniche sempre più sofisticate fino all'impiego dell'intelligenza artificiale (d'ora in avanti, anche "IA") che ormai dilaga in ogni ambito di competenza statale: dal settore militare e della sicurezza interna, a quello commerciale, all'ambito amministrativo e penale, alla lotta alla corruzione.

Invero, la digitalizzazione rappresenta il fulcro centrale di ogni politica di riforma contenuta nel PNRR<sup>1</sup>, in quanto fattore trainante della trasformazione del nostro Paese che proprio in questo ambito ha accumulato nel corso degli anni un consistente ritardo, sia nell'adozione delle tecnologie digitali nel sistema produttivo e nei servizi pubblici, sia nelle competenze dei cittadini. La riduzione di questo deficit e la promozione di investimenti in tecnologie, infrastrutture e processi digitali, è essenziale per aumentare la competitività in Italia ed in Europa.

## 1. Un nuovo alleato per gli Stati: l'Intelligenza Artificiale. Pro e contra.

*"Siamo dieci volte più affascinati dalle imitazioni meccaniche che dai veri esseri umani che svolgono lo stesso compito"*<sup>2</sup>.

Frutto della quarta rivoluzione industriale, l'Intelligenza artificiale riveste ormai un ruolo di primo piano tra gli strumenti utilizzati dagli Stati per contrastare le insidie all'ordine e alla sicurezza pubblica. Ma cosa si intende per intelligenza artificiale?

Appare sin da subito opportuno chiarire che ad oggi, considerata la sua interdisciplinarietà, non sembra possibile individuare una definizione univoca di "intelligenza artificiale"<sup>3</sup>. Trovando, infatti, applicazione in diversi ambiti

---

<sup>1</sup> Il PNRR, acronimo di Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, è il documento strategico contenente un pacchetto di investimenti e riforme che il Governo italiano ha predisposto per accedere ai fondi del programma *Next generation EU (NGEU)*. Approvato il 13 luglio 2021, con Decisione di esecuzione del Consiglio, che ha recepito la proposta della Commissione europea, rilanciare il Paese dopo la crisi pandemica, stimolando una transizione ecologica e digitale, ha lo scopo di favorire un cambiamento strutturale dell'economia, a partire dal contrasto alle disegualianze di genere, territoriali e generazionali.

<sup>2</sup> In questi termini, P. MCCORDUCK, *Storia dell'Intelligenza Artificiale. Gli uomini, le idee, le prospettive*, Padova, 1987, 10.

<sup>3</sup> Sull'assenza di una definizione di IA, *ex multis*, M.B. MAGRO, *Biorobotica, robotica e diritto penale*, in D. PROVOLO, S. RIONDATO e F. YENISEY (a cura di), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padova, 2014, 508 (reperibile su: <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Provolo-Riondato-e>

– quali l'informatica, l'ingegneria, la filosofia, l'etica, la sociologia, il diritto – ogni disciplina tende a fornirne una definizione che più si adatti al proprio ambito di studio.

In via generale, l'intelligenza artificiale (IA) può essere definita approssimativamente come l'insieme dei metodi scientifici, delle teorie e delle tecniche che si prefiggono di emulare, mediante sistemi automatici, comportamenti intelligenti, tipici degli esseri umani<sup>4</sup>.

Più specificamente l'università di Stanford l'ha definita come *“una scienza e un insieme di tecniche computazionali che vengono ispirate – pur operando tipicamente in maniera diversa – dal modo in cui gli esseri umani utilizzano il proprio sistema nervoso e il proprio corpo per sentire, imparare, ragionare e agire”*<sup>5</sup>. I sistemi di intelligenza artificiale si caratterizzano, infatti, per emulare il comportamento dell'essere umano: acquisiscono, in analogia con le funzioni cognitive umane, numerose informazioni sotto forma di dati ed eseguono compiti senza la necessità di una costante guida umana.

L'evoluzione tecnologica è giunta a dar vita ad un sistema di IA che – Prometeo dei tempi moderni<sup>6</sup> – rompe le catene dell'eterodirezione e, dotato di una propria intelligenza, è in grado di determinare il proprio comportamento rispondendo agli stimoli esterni, elaborando in maniera del tutto indipendente – attraverso algoritmi e reti neurali – i dati che incamera secondo modelli talvolta difficilmente intellegibili dall'uomo.

All'intelligenza artificiale si fa riferimento nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *“L'intelligenza artificiale per l'Europa”* del 25 aprile 2018, laddove si legge che *«“Intelligenza artificiale” (IA) indica sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi. I sistemi basati sull'IA possono consistere solo in software che agiscono nel mondo virtuale (per esempio assistenti voca-*

Yenisey-a-curadi-Genetics-Robotics-Law-Punishment.pdf, S. SIGNORATO, *Giustizia penale e intelligenza artificiale. Considerazioni in tema di algoritmo*, in *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2/2020, 605; F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Diritto Penale e Uomo* (DPU), 2019, n. 10, 4 (reperibile su: principale <https://dirittopenaleuomo.org/wpcontent/uploads/2019/09/IA-dirittopenale.pdf>, oppure al collegamento secondario <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/3089-basile2019.pdf>).

<sup>4</sup> Nel sito web del Consiglio d'Europa è indicata la seguente definizione: *«Un insieme di scienze, teorie e tecniche il cui scopo è quello di riprodurre, attraverso la macchina, le capacità cognitive di un essere umano. Gli sviluppi attuali mirano ad affidare a una macchina compiti complessi precedentemente svolti da esseri umani»* (reperibile su: <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/glossary>).

<sup>5</sup> Stanford University. 2016. *Artificial Intelligence and life in 2030, One hundred year study on Artificial Intelligence*, 4 ([https://ai100.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj18871/files/media/file/ai100report10032016fhl\\_singles.pdf](https://ai100.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj18871/files/media/file/ai100report10032016fhl_singles.pdf)).

<sup>6</sup> E ESPOSITO, *Prometeo 2.0 Verso una disciplina europea dell'Intelligenza Artificiale*, in *i-lex Rivista di Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive ed Intelligenza Artificiale*. Disponibile su: <http://www.i-lex.it/index.php/volume-14/fascicolo-1-ai-and-fairness/79-prometeo-2-0>.

li, software per l'analisi delle immagini, motori di ricerca, sistemi di riconoscimento vocale e facciale); oppure incorporare l'IA in dispositivi hardware (per esempio in robot avanzati, auto a guida autonoma, droni o applicazioni dell'Internet delle cose)».

Il dilagare di forme di robotica intelligente ha determinato numerosi vantaggi sia in termini economici che di miglioramento della qualità della vita delle persone. Basti considerare l'enorme successo delle sperimentazioni in materia di auto a guida autonoma che, da prototipi semi-automatici, sono approdate a sistemi di guida totalmente *driverless*, con innumerevoli benefici. Si pensi soltanto alla possibilità di consentire la guida a soggetti disabili e alla prospettiva di ridurre drasticamente il numero degli incidenti stradali<sup>7</sup>.

Tuttavia, oltre agli innumerevoli benefici, il dilagante sviluppo delle nuove tecnologie, ha comportato non pochi aspetti problematici, soprattutto quando gli stessi vengono impiegati in settori critici.

Ad esempio, nel campo della mobilità e dell'automatizzazione dei sistemi di trasporto una delle principali questioni è quella dell'individuazione di un centro di responsabilità in caso di danni provocati dalle IA, rispetto alla quale nei diversi ordinamenti è sempre più sentita l'esigenza di definire una nuova dimensione della responsabilità attraverso il superamento dei tradizionali canali legislativi e giurisprudenziali.

Analogamente l'impiego dei sistemi algoritmici applicati alla giustizia ha destato non pochi problemi applicativi per cui è emersa la necessità di vagliarli alla luce dei principi di equità e correttezza.

Tutto ciò in un panorama caratterizzato dalla generalizzata lentezza dei legislatori nazionali ad adeguare le normative vigenti al mutato assetto sociale ed economico determinato dall'evoluzione tecnologica.

## 2. L'evoluzione dell'attività di monitoraggio, le indagini digitali.

L'adozione crescente di tecnologie di intelligenza artificiale a supporto dei compiti statali si è spinta sino all'impiego degli algoritmi nelle operazioni di polizia<sup>8</sup>. Questi sviluppi si verificano in un contesto più ampio di cambia-

---

<sup>7</sup> Uno degli esempi più diffusi di intelligenza artificiale è, difatti, l'auto a guida autonoma, ovvero un veicolo che, attraverso diversi dispositivi come radar, lidar, GPS, telecamere e sensori e di sistemi di rilevamento dell'ambiente circostante, è in grado di avanzare compiendo autonomamente le attività tipiche del guidatore. Ad oggi si distinguono sei livelli di automazione degli autoveicoli, individuati sulla base della classificazione predisposta dalla SAE (*Society of Auto-motive Engineers*). Si passa dal livello 0, che corrisponde alla completa assenza di sistemi di automazione, per passare progressivamente ai veicoli che presentano alcuni livelli di automazione (*driver assistance*, *partial automation*), in cui però il controllo del veicolo rimane in capo al guidatore, fino ad arrivare ai sistemi con *high* o *full automation*, questi ultimi a guida totalmente autonoma.

<sup>8</sup> Cfr., D. BENEDETTI, *IA e (in)sicurezza informatica*, in F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino 2018, 253-255.

menti: l'evoluzione del diritto penale verso un approccio più preventivo<sup>9</sup>, il cambiamento nei rapporti tra i servizi di *intelligence*, le forze di polizia e le autorità giudiziarie, nonché nell'uso nei procedimenti penali delle informazioni raccolte dalle agenzie di sicurezza.

Quanto alla deviazione anticipatoria del diritto penale, seguendo l'esempio dei sistemi legali anglosassoni, anche negli ordinamenti giuridici di tipo continentale si è assistito a un'evoluzione<sup>10</sup>. In questi contesti, la linea di demarcazione tra le attività d'indagine (*investigating*) e quelle, in senso lato, di polizia (*policing*) si è notevolmente attenuata. In particolare, la polizia assume un ruolo più proattivo e autonomo nella gestione della criminalità, operando in modo indipendente dal controllo e dall'autorizzazione dell'Autorità giudiziaria<sup>11</sup>. Questa forma di attività di polizia, caratterizzata da una maggiore indipendenza, viene usualmente definita nei sistemi giuridici continentali come "sorveglianza". In questo sistema, ai compiti tradizionali di natura amministrativa, quali la garanzia dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica, si affiancano operazioni che mirano al controllo sociale o che sono tipicamente associate alle Agenzie di *intelligence*<sup>12</sup>.

Tradizionalmente, la repressione del crimine si concentra sulla valutazione della condotta criminale e sulla raccolta di prove per stabilire la colpevolezza del reo. La prevenzione, invece, mira a impedire la realizzazione di crimini attraverso interventi anticipati. Questi due approcci, nel contesto moderno, tendono a convergere in un'unica fase di "indagini proattive". Tale fase si caratterizza per l'uso di tecniche operative che combinano sia la ricerca che il contrasto del crimine, per una crescente sovrapposizione tra il presupposto per l'avvio delle indagini preliminari rappresentato dalla *notitia criminis* e altre forme di sorveglianza.

Tra i cambiamenti che hanno coinvolto l'ordinamento giuridico italiano, influenzato in particolare dalla legislazione contro il terrorismo internazionale e il crimine organizzato, si rileva l'ampliamento dei poteri di controllo sociale integrati nelle indagini penali<sup>13</sup> e l'estensione dell'area della punibilità, anticipando la soglia di intervento a condotte preparatorie relative a gravi delitti.

<sup>9</sup> Cfr., W. NOCERINO, *Le nuove tecniche di investigazione proattiva e le ricadute processuali* (Prima parte), cit., 821-827 e, *Le nuove tecniche di investigazione proattiva e le ricadute processuali* (Seconda parte), cit., 1020-1031.

<sup>10</sup> Circa i rapporti tra prevenzione e repressione, cfr. S. SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018, 313-317.

<sup>11</sup> Ad esempio, le forze di polizia di Stati Uniti d'America ed Inghilterra conducono le indagini fino alla richiesta di rinvio a giudizio dell'indagato.

<sup>12</sup> Si veda S. QUATTROCOLO, *Equità del processo penale e automated evidence alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Revista italo-española de Derecho Procesal*, vol. 1, 2019, 107-123., 110; S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational modelling and Criminal Proceedings: A Framework for a European Legal Discussion*, Springer, 2020, 37.

<sup>13</sup> In questi termini, D. NEGRI, *La regressione della procedura penale ad arnese poliziesco (sia pure tecnologico)*, in *Archivio Penale*, n. 1/2016, 44.

Sotto quest'ultimo profilo un esempio emblematico è l'incriminazione di determinate condotte preparatorie agli attentati terroristici<sup>14</sup> e l'introduzione di misure di prevenzione speciale *ante o praeter delictum*. Queste misure, di natura formalmente amministrativa, sono adottate in situazioni di pericolosità per prevenire la commissione di reati, fungendo da ponte tra il diritto amministrativo e il diritto penale<sup>15</sup>. Di conseguenza, la pericolosità sociale di certi individui, valutata come indicatore della loro propensione a delinquere basata su un giudizio prognostico, diventa un fattore predittivo del rischio di commissione o reiterazione di illeciti da parte di un soggetto specifico.

In seguito a questi sviluppi, la formalità degli istituti giuridici diventa più sfumata, rendendo meno chiare le coordinate per la verifica di proporzionalità delle misure suscettibili di incidere sui diritti fondamentali. In particolare, non è definita a priori la gamma di individui che potrebbero essere soggetti a tali misure; rimane incerto lo scopo dell'intervento e sfugge a valutazioni chiare e concrete la relazione tra la gravità del fatto temuto o commesso, i requisiti necessari per l'intervento dell'autorità e l'importanza del bene individuale limitato. Questo porta a un'estrema flessibilità nei bilanciamenti, che a sua volta può ridurre le garanzie individuali<sup>16</sup>.

Con riferimento all'uso dell'intelligenza artificiale (IA) a supporto delle attività di polizia, l'assottigliamento delle linee di demarcazione tra attività di *intelligence* e attività amministrativa/giudiziaria di polizia ha portato a un'estensione dei compiti delle forze dell'ordine. Queste, partendo dall'ambito della pubblica sicurezza, hanno incrementato la raccolta occulta di informazioni tramite metodi tradizionali e "indagini digitali"<sup>17</sup>. La raccolta di informazioni di quest'ultimo tipo avviene sia al di fuori delle garanzie del procedimento penale, mediante strumenti informatici per il controllo del territorio e algoritmi per la *data mining*, sia durante il procedimento, con l'impiego di vari dispositivi tecnologici<sup>18</sup>. Tra questi spicca il captatore informatico, o *trojan*,

---

<sup>14</sup> Tra queste si segnalano: il reclutamento, l'addestramento, il trasporto, il finanziamento o la fornitura di equipaggiamento a soggetti che si spostano verso Stati diversi da quelli di propria nazionalità, al fine di commettere, organizzare o partecipare ad atti di terrorismo (artt. 270-*quater* e ss., c.p.).

<sup>15</sup> La normativa italiana di riferimento per le misure di prevenzione è il d.lgs. 159/2011 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione), ma previsioni ulteriori si rinvencono altresì nella legislazione speciale.

<sup>16</sup> In questi termini, D. NEGRI, *ult. cit.*, 46.

<sup>17</sup> Vedi, S. SIGNORATO, *Le indagini digitali*, cit., 44.

<sup>18</sup> Quali, ad esempio, i programmi che indentificano un soggetto a partire da un fotogramma messo a confronto con i dati già in possesso delle forze di polizia o con le telecamere di sorveglianza. Il software utilizzato dalla Polizia di Stato italiana è il SARI (Sistema Automatico di Riconoscimento Immagini). Sui sistemi di IA utilizzati dalle forze di polizia italiane, vedasi V. GUARRIELLO, *I sistemi di intelligenza artificiale in uso alle Forze dell'Ordine in Italia*, in [www.salvisjuribus.it](http://www.salvisjuribus.it), 10 maggio 2020 (reperibile su: <http://www.salvisjuribus.it/i-sistemi-di-intelligenza-artificiale-in-uso-alle-forze-dellordine-in-italia/>).

una sorta di *virus* o *malware* che, una volta inserito segretamente in un dispositivo informatico e attivato, può svolgere molteplici attività.

L'introduzione di nuove tecnologie di sorveglianza nel campo investigativo deriva, come si è visto, dal cambiamento dell'orientamento delle indagini penali, che si sposta dalla tradizionale repressione verso la prevenzione, soprattutto per contrastare gravi forme di criminalità. Questo implica un rafforzamento significativo dei poteri di controllo sulla collettività e un maggiore ricorso a metodi occulti di raccolta delle informazioni, utilizzando strumenti di sorveglianza più invasivi<sup>19</sup>.

Riguardo alla possibilità di impiegare strumentazioni intrusive anche in fasi prive di garanzie procedurali, è importante sottolineare che l'attività di polizia di sicurezza, per motivi di efficacia<sup>20</sup>, è molto meno regolamentata dalla legge rispetto alla fase delle indagini preliminari nella quale, invece, sono previsti criteri rigorosi per l'acquisizione di informazioni e prove. Se ciò non fosse, verrebbe compromessa l'efficacia nell'identificazione di soggetti in procinto di commettere un reato. Inoltre, gli stessi trattati internazionali che tutelano diritti e libertà nel contesto penale tendono a riferirsi specificatamente al procedimento penale e non alla fase di prevenzione. Di conseguenza, in quest'ultima, le garanzie previste per gli indagati, che si traducono in vincoli per le autorità, non trovano applicazione<sup>21</sup>.

Tra le varie tecniche di prevenzione, l'impiego dell'intelligenza artificiale in questo ambito non è limitato da disposizioni procedurali specifiche. Piuttosto, le restrizioni si applicano alla selezione delle "fonti" di dati e informazioni utilizzabili per tali fini e al rispetto di alcuni principi fondamentali.

### 3. Il ruolo dell'IA nella prevenzione del crimine.

L'applicazione alle attività di polizia di nuove strumentazioni tecnologiche<sup>22</sup> ha condotto all'estensione delle capacità operative delle forze di polizia fino a giungere alla possibilità di prevedere le possibili condotte illecite.

Si è assistito all'affermazione della c.d. "polizia predittiva" (*predictive policing*) che è stata efficacemente definita come «*l'insieme delle attività rivolte allo studio e all'applicazione di metodi statistici con l'obiettivo di "predire" chi potrà commettere un reato, o dove e quando potrà essere commesso un reato, al fine di prevenire la commissione dei reati stessi*»<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> In questi termini, F. NICOLICCHIA, *Il principio di proporzionalità nell'era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. n. 2/2018, 177 (reperibile su: <https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljustice-network.eu/pdf/nicolicchia.pdf>).

<sup>20</sup> In inglese «*for reasons of effectiveness*» S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational modelling and Criminal Proceedings*, cit., 38.

<sup>21</sup> Cfr. EADEM, *op. cit.*, 38.

<sup>22</sup> Cfr., L. PASCULLI, *Genetics, robotics and crime prevention*, in D. PROVOLO – S. RIONDATO – F. YENISEY (a cura di), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padova, 2014, 187-203.

<sup>23</sup> F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit., 10.

La diffusione della polizia predittiva si inserisce in quel filone volto a superare la concezione dell'attività di polizia come meramente repressiva, a vantaggio di una configurazione anche preventiva, e costituisce uno dei fattori che ha portato all'accrescimento del ruolo delle attività di *intelligence* – intese come ricerca e raccolta di informazioni – accanto alle tradizionali operazioni di polizia.

I dispositivi di polizia predittiva si dividono sostanzialmente in due categorie: sistemi che «*ispirandosi alle acquisizioni della criminologia ambientale, individuano le c.d. "zone calde" (hotspot), vale a dire i luoghi che costituiscono il possibile scenario dell'eventuale futura commissione di determinati reati*»<sup>24</sup>; e sistemi di «*crime linking*» (connessione criminale) che, sulla base di dati investigativi, raccolti sul *locus commissi delicti* «*seguono le serialità criminali di determinati soggetti (individuati o ancora da individuare), per prevedere dove e quando costoro commetteranno il prossimo reato*»<sup>25</sup>.

Ebbene, l'impiego degli strumenti di IA in questo ambito consente, tramite l'elaborazione ed estrazione di informazioni utili dall'enorme mole di dati disponibili, la rilevazione di «*connessioni prima difficilmente individuabili dall'operatore umano*»<sup>26</sup> (*data mining*).

Le tecniche di polizia predittiva più recenti, dunque, sulla base di dati raccolti attraverso fonti diverse e l'incrocio degli stessi, mediante algoritmi, consentono di prevenire il compimento di specifici reati oggetto della statistica e la loro localizzazione nonché di elaborare profili criminali individuali.

In questo contesto si inserisce la recente sperimentazione di un nuovo sistema di polizia predittiva che il Ministero dell'Interno vorrebbe dare in dotazione alle Questure di tutta Italia. Si tratta del c.d. sistema "Giove", un *software* di elaborazione e analisi automatizzata (basato su un algoritmo di intelligenza artificiale) per l'ausilio delle attività di polizia che potrebbe essere in grado di indicare dove e quando è probabile si verifichino determinati tipi di reato, in base ai dati del passato, così da "prevenire e reprimere" i reati di maggior impatto sociale.

Questo sistema, nato nel Dipartimento di pubblica sicurezza del Ministero dell'Interno nel 2020, sulla base delle sperimentazioni portate avanti dalla questura di Milano a partire dal 2008, dovrebbe essere in grado di analizzare migliaia di dati riguardanti dove sono stati compiuti i reati, a che ora, in che modo, il comportamento e i mezzi usati dai responsabili e altro ancora, il tutto per mettere in correlazione diversi crimini e determinare quali sono stati compiuti dagli stessi soggetti o dallo stesso soggetto.

Pertanto, diversamente dai sistemi *hotspot*, questo sistema non andrebbe a segnalare aree con alta incidenza di reati andando a criminalizzare le zone

---

<sup>24</sup> *Ivi*, 11.

<sup>25</sup> *Idem*.

<sup>26</sup> *Ibidem*, 10.

stesse senza risolvere il problema, ma punterebbe alla ricerca di comportamenti ripetuti che possano condurre ai responsabili.

In merito a tale sistema, tuttavia, restano i comuni dubbi e i rischi legati all'utilizzo dell'IA nel campo della prevenzione dei reati. Si tratta, in particolare, della difficoltà di individuare con certezza dei *modus operandi* che possano effettivamente collegare un reato a un altro senza il rischio di cadere in errori dovuti ai pregiudizi algoritmici legati in particolare all'etnia e alla provenienza geografica delle persone. Inoltre, l'uso di un sistema del genere potrebbe comportare una violazione del rispetto alla *privacy* e delle libertà personali degli individui ed è per questo che un intervento del Garante della *privacy* risulterebbe fondamentale.

Invero, trattandosi in buona sostanza di tecniche che si inquadrano nel più ampio contesto della «*sorveglianza statale sugli individui per fini di sicurezza pubblica e nazionale*»<sup>27</sup> non pochi interrogativi sono sorti circa l'utilizzo di questi nuovi sistemi e le possibili ricadute che il controllo sociale, determinato dall'analisi continua di dati eterogenei e generati in tempo reale, può avere sulle libertà fondamentali e su aspetti importanti quali appunto la *privacy*, nonché il rischio di discriminazione e la presunzione di innocenza<sup>28</sup>.

Di tali criticità sono ben consapevoli, tra l'altro, gli stessi operatori del settore.

Invero, tenuto conto della capillare diffusione dei sistemi informatici basati sull'IA nell'ambito della sicurezza interna degli Stati, dal 2018 annualmente si tiene un incontro mondiale sul tema<sup>29</sup> organizzato dall'INTERPOL<sup>30</sup> in collaborazione con l'Istituto Interregionale delle Nazioni Unite per la Ricerca sul Crimine e la Giustizia (UNICRI<sup>31</sup>) per esaminarne i risvolti positivi e negativi e delineare delle linee guida etiche per il loro sviluppo.

Come si legge nel report dell'INTERPOL-UNICRI sull'Intelligenza Artificiale per le forze dell'ordine del 2020, infatti, «*se da un lato c'è un grande potenziale nell'IA, dall'altro l'uso di questa tecnologia da parte delle forze di polizia*

<sup>27</sup> In questi termini, A. BONFANTI, *Big data e polizia predittiva: riflessioni in tema di protezione del diritto alla privacy e dei dati personali*, in *www.medialaws.eu (Rivista di diritto dei media)*, n. 3/2018, 208-209 (reperibile su: <https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/605891/1116513/bonfanti%20-%20medialaws%202018.pdf> e al collegamento secondario <https://www.medialaws.eu/rivista/big-data-e-polizia-predittiva-riflessioni-in-tema-di-protezione-del-diritto-alla-privacy-e-dei-dati-personali/>).

<sup>28</sup> In argomento, *ex multis*, J. KREMER, *The End of Freedom in Public Places? Privacy problems arising from surveillance of the European public space*, 2017, in particolare il cap. 3.4.2, "Prediction", 269-272 (reperibile su: <https://helda.helsinki.fi/handle/10138/176300>), e A. ZAVRŠNIK (a cura di), *Big Data, crime and social control*, Routledge - Taylor & Francis Group, 2018.

<sup>29</sup> Vedasi Rapporti INTERPOL - UNICRI, *Artificial Intelligence and Robotics for Law Enforcement*, 2019 (reperibile su: <http://www.unicri.it/index.php/artificial-intelligence-and-robotics-law-enforcement>) e *Towards Responsible Artificial Intelligence Innovation. Second INTERPOL-UNICRI Report on Artificial Intelligence for Law Enforcement*, 2020.

<sup>30</sup> The International Criminal Police Organization - INTERPOL.

<sup>31</sup> United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute.

*solleva anche preoccupazioni molto reali e serie sui diritti umani, che possono essere estremamente dannose e minare la fiducia che le comunità ripongono nelle forze di polizia. I diritti umani, le libertà civili ed anche i principi fondamentali di legge sui quali si basa il nostro sistema di giustizia penale potrebbero essere inaccettabilmente esposti o anche irrimediabilmente compromessi, se non intraprendiamo questo cammino con estrema cautela»<sup>32</sup>.*

Pur di fronte all'evidenza di tali rischi, è generalizzato il convincimento che al fine di fronteggiare le diffuse minacce alla sicurezza dei cittadini e alla stabilità dell'ordinamento è necessario inasprire la risposta punitiva anche per mezzo del ricorso a straordinari strumenti normativi e strumentazioni informatiche molto invasive<sup>33</sup>. Il bilanciamento tra esigenze di libertà e di sicurezza deve necessariamente avvenire in maniera tale da non intaccare i livelli minimi di tutela da considerarsi irrinunciabili, al di sotto dei quali le attività di prevenzione non appaiono più proporzionate all'obiettivo e, dunque, accettabili<sup>34</sup>.

## Conclusioni.

Tra gli strumenti preventivi messi a punto dagli Stati per reagire al costante affinarsi delle tecniche criminose, sempre maggiore rilievo stanno assumendo le moderne tecnologie e, dunque, l'intelligenza artificiale.

L'utilizzo dei sistemi di IA può ritenersi utile per supportare gli operatori del diritto in diversi settori: dalla giustizia, coadiuvando il giudice in ogni fase del processo, ivi compresa l'adozione di decisioni elementari e standardizzate, consentendogli di smaltire enormi moli di lavoro in tempi celeri; alla polizia predittiva, permettendo di anticipare la commissione di reati e, in alcuni casi, l'arresto in flagranza del reo; al contrasto della corruzione, attraverso la prevenzione dei reati corruttivi tramite la rilevazione anticipata dei sintomi di infedeltà; alla lotta all'evasione fiscale, dove l'algoritmo, attraverso l'incrocio di dati provenienti da diverse banche dati, consente di selezionare le posizioni dei contribuenti verso cui avviare un'attività istruttoria.

Tuttavia, l'impiego dei sistemi di IA in quest'ambiti così complessi richiede studi approfonditi e accorte sperimentazioni volti a garantire che lo stesso sia conforme ai principi fondamentali degli ordinamenti ed in particolare a quello di equità.

Per quanto concerne gli strumenti di polizia predittiva, sebbene sussistano al riguardo delle criticità in merito alla loro concreta applicazione, le stesse non possono certamente considerarsi un limite assoluto al loro utilizzo;

---

<sup>32</sup> INTERPOL - UNICRI, *Towards Responsible Artificial Intelligence Innovation*, cit., 3-4.

<sup>33</sup> Con riferimento all'ambito penale vedasi, W. NOCERINO, *Le nuove tecniche di investigazione proattiva e le ricadute processuali (Prima parte)*, in *Studium Iuris*, n. 7-8/2020, 821.

<sup>34</sup> In questi termini, W. NOCERINO, *Le nuove tecniche di investigazione proattiva e le ricadute processuali (Seconda parte)*, in *Studium Iuris*, n. 9/2020, 1030. Sul rapporto tra prevenzione e libertà, si veda anche S. SIGNORATO, *Le indagini digitali*, cit., 313-317.

dovendosi piuttosto contrastare determinate modalità operative (come, ad esempio, i dispositivi di “hotspot”) e regolamentare correttamente l'utilizzo dei dati al fine di evitare che gli stessi siano viziati, per poterli così impiegare anche nell'esercizio delle attività di polizia giudiziaria e, in un'ultima analisi, a fondamento delle decisioni giudiziarie.

Come si è visto, infatti, l'utilizzo di algoritmi predittivi nell'ambito dell'attività di polizia giudiziaria, infatti, può certamente portare ad anticipare la commissione di reati e, in alcuni casi, a favorire l'arresto in flagranza del reo. D'altra parte, non si ritiene che sussista il pericolo che attraverso l'impiego di tali sistemi si arrivi a punire la mera volontà criminale al di là e a prescindere da un disvalore prima oggettivo e poi soggettivo. In questo senso, invero, fungono da veri e propri argini i principi di materialità e offensività, i quali richiedono che affinché una fattispecie di reato risulti integrata è necessario che sussista un fatto che offenda o, quantomeno, metta in pericolo il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice<sup>35</sup>.

In ogni caso, è necessario che i risultati dell'elaborazione algoritmica siano compatibili con le regole che governano l'acquisizione delle prove nel processo penale. Da questo punto di vista, viene certamente in soccorso l'art. 189 c.p.p. sulle prove atipiche, secondo cui possono essere assunte dal giudice prove non disciplinate dalla legge (dunque anche gli esiti dei calcoli matematici di un programma informatico) laddove risultino idonee ad assicurare l'accertamento dei fatti, non pregiudichino la libertà morale della persona e, secondo quanto stabilito dagli artt. 6 e 8 della CEDU, vengano garantiti il diritto ad un equo processo e il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Pertanto, qualora vengano rispettati i parametri di cui sopra nonché, ovviamente, i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost. e, i risultati in parola potranno essere oggetto di valutazione ai sensi dell'art. 192 c.p.p.

Ciò posto, al fine di evitare che l'utilizzo delle prove raccolte per mezzo di algoritmi venga lasciato esclusivamente all'interpretazione degli operatori giudiziari e che lo stesso si traduca in atti contrari ai principi costituzionali, è auspicabile che il legislatore introduca una disciplina volta ad individuare un equilibrio tra gli interessi in gioco, ad esempio anche prevedendo una preventiva autorizzazione giurisdizionale allo svolgimento di determinate attività di indagine.

<sup>35</sup> In questi termini, D. POLIDORO, *Tecnologie informatiche e procedimento penale: la giustizia penale “messa alla prova” dall'intelligenza artificiale*, in *Archivio penale*, n. 3/2020, 10.



# LA RILEVABILITÀ *EX OFFICIO* DELLA VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI *REFORMATIO IN PEIUS*

Cass., Sez. I, 30 novembre 2023 (dep. 8 febbraio 2024),  
n. 5517 Pres. rel. Di Nicola, P.M. Cocomello (Diff.)

Giuseppe Della Monica\*

**Sommario:** 1. La genesi normativa e l'evoluzione del divieto di *reformatio in peius*. – 2. La vicenda processuale sottoposta al vaglio della Corte di legittimità. – 3. La qualificazione del divieto come garanzia sostanzialmente penale e la sua valorizzazione in ambito processuale.

## ABSTRACT

Con la pronuncia in esame, la Corte di legittimità è tornata ad occuparsi della controversa applicazione del divieto di *reformatio in peius* sotto un duplice profilo, confrontandosi, per un verso, con l'ipotesi di plurimi annullamenti con rinvio al giudice di appello e interrogandosi, per altro verso, sulla possibilità di intervenire anche d'ufficio per il ripristino della corretta determinazione del trattamento sanzionatorio, quando manca una specifica doglianza, sul punto, della difesa dell'imputato.

La sentenza merita di essere segnalata, perché esprime chiaramente l'intento della Corte di valorizzare la garanzia del divieto di *reformatio in peius*, non solo ribadendone l'operatività nel giudizio di rinvio, ma soprattutto ammettendo la rilevabilità *ex officio* della sua violazione nel corso del giudizio di legittimità, ai sensi dell'art. 609 comma 2 c.p.p., in ragione della natura sostanzialmente penale riconosciuta al disposto dell'art. 597 comma 3 c.p.p., che incide sulla legalità della pena e va, quindi, ricondotto nell'alveo di tutela convenzionale delineato dall'art. 7 C.e.d.u.

*With the judgment at issue, the Court of legitimacy reverted to the controversial application of the prohibition of reformatio in peius from a twofold perspective, dealing, on the one hand, with the hypothesis of multiple annullments with referral to the appeal judge and examining, on the other hand, the possibility of intervening even ex officio to restore the correct determination of the sanctioning treatment, when a specific complaint on this point from the defendant's defense is missing.*

*The ruling deserves to be highlighted, because it clearly expresses the Court's intention to enhance the guarantee of the prohibition of reformatio in peius, not only by reiterating its effectiveness in the referral proceedings, but above all by admitting the ex officio detectability of its violation during the judgment of legitimacy, pursuant to art. 609 paragraph 2 of the Code of Criminal Procedure, due to the substantially criminal nature recognized in the provisions of the art. 597 paragraph 3 of the Code of Criminal Procedure, which affects the legality of the sentence and must therefore be brought back to the scope of conventional protection outlined by the art. 7 ECHR.*

---

\* Associato di Procedura penale nell'Università di Cassino e del Lazio Meridionale.

## 1. La genesi normativa e l'evoluzione del divieto di *reformatio in peius*.

Il divieto di *reformatio in peius* – in forza del quale, nel caso di impugnazione proposta dal solo imputato, il giudice non può irrogare una pena più grave per specie e quantità, non può applicare una misura di sicurezza nuova o più gravosa di quella inflitta in primo grado e non può pronunciare sentenza di proscioglimento per una causa meno favorevole<sup>1</sup> – esprime un principio di origine antica<sup>2</sup>, che ha trovato esplicito riconoscimento fin dalla prima codificazione del processo penale<sup>3</sup>, ma è stato anche sottoposto ad una continua e laboriosa elaborazione giurisprudenziale, volta a definirne l'ambito e i termini di operatività<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Resta salva, tuttavia, in forza al principio *iura novit curia*, la possibilità per il giudice di appello di conferire al fatto una diversa – ed anche più grave – qualificazione giuridica, a condizione che il mutamento del titolo di reato non determini una variazione della competenza del giudice di primo grado, che non venga aggravato il trattamento sanzionatorio e che il tema della corretta individuazione della norma incriminatrice sia stato introdotto in giudizio con i motivi di gravame (in giurisprudenza, *ex multis*, cfr. Cass., Sez. I, 6 ottobre 2022, n. 45466, in *Cass. pen.*, 2024, 291; la tesi è condivisa da P.P. PAULESU, *Il divieto di reformatio in peius: note a margine di una garanzia controversa*, in *Arch. pen. web*, 2020, n. 1, 17 ss., il quale, però, ricorda che, «nel caso di variazione in peggio del titolo del reato *ex abrupto* nella sentenza d'appello, resterebbe comunque salva la possibilità dell'imputato di ricorrere per Cassazione ai sensi dell'art. 606, co. 1, lett. b), c.p.p.».

<sup>2</sup> La natura del divieto della *reformatio in peius* è rimasta a lungo controversa: secondo alcuni, si tratta di norma eccezionale, mentre per altri – che rappresentano l'orientamento oggi prevalente – il divieto in questione assurge al rango di principio generale in materia di impugnazioni. Sul punto, si sono confrontati eminenti studiosi della materia, come G. LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Milano, 1968, 121 ss.; M. MASSA, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, Milano, 1969, 123 ss.; M. PISANI, *Il divieto della reformatio in peius nel processo penale italiano*, Milano, 1967, 60 ss.; G. SPANGHER, *L'appello istruttorio nel processo penale*, Milano, 1982, 658 ss. Più di recente, i termini del dibattito sono stati ripercorsi da F. LAZZARINI, *Il divieto di reformatio in peius tra incertezze dogmatiche e letture restrittive*, in *Sist. pen.*, 25 gennaio 2023, 12, il quale ha evidenziato che la natura della previsione rileva sotto un duplice profilo, «dovendosi chiarire se il divieto di *reformatio in peius* si applichi, nell'ambito del giudizio di appello, anche a fattispecie diverse da quelle espressamente menzionate dalla disposizione (pene, misure di sicurezza, formule di proscioglimento, benefici) e se il principio sia suscettibile di operare anche oltre i confini del giudizio di secondo grado».

<sup>3</sup> La previsione del divieto era già contenuta nel codice di rito del 1865, che, all'art. 678, prescriveva: «l'accusato che avrà domandato la cassazione non potrà essere condannato ad una pena che o per la durata o nel genere sia superiore a quella statagli inflitta colla sentenza impugnata, tranne il caso non vi sia stata domanda di cassazione per parte del pubblico ministero». Analoga era la previsione di cui all'art. 480 del codice del 1913, che estendeva, peraltro, la garanzia anche al giudizio di rinvio (art. 529 comma 2). Con il codice di procedura penale del 1930, tra i limiti al potere decisorio del giudice di appello, è stata inserita anche la revoca di eventuali benefici concessi all'esito del giudizio di primo grado. Per la disamina della portata del divieto di *reformatio in peius* nelle codificazioni previgenti, v. G. DELITALA, *Il divieto della reformatio in peius nel processo penale*, Milano, 1927, 12 ss.; M. PISANI, *Il divieto della reformatio in peius (dir. proc. pen.)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, 1122 ss.; G. SPANGHER, *Reformatio in peius (divieto di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 270 ss.

<sup>4</sup> Sono tanti gli interventi della Suprema Corte, nella sua composizione più estesa e autorevole, che si sono resi necessari per dirimere le numerose questioni insorte sulla portata applicativa del

Si è discusso a lungo, soprattutto in dottrina, anche della *ratio* del divieto – ricondotta ad una mera scelta di politica legislativa<sup>5</sup>, all'effetto devolutivo tipico dei mezzi di gravame<sup>6</sup>, al diritto di difesa<sup>7</sup> o, più genericamente, al *favor rei*<sup>8</sup> – e della opportunità di eliminarlo in funzione dell'esigenza di razionalizzazione del sistema, introducendo un deterrente alle impugnazioni meramente dilatorie e pretestuose dell'imputato.

divieto di *reformatio in peius*. Tra le pronunce più recenti e rilevanti, si segnalano: Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2020, n. 7578, in *Cass. pen.*, 2021, 1964 ss., con nota di G. TODARO, *Giudizio abbreviato, diminuzione del rito, pena illegale, principio devolutivo, divieto di reformatio in peius: le Sezioni Unite e il composito mosaico della legalità*, secondo cui il giudice di appello, investito dell'impugnazione del solo imputato, che lamenti l'illegittima riduzione della pena ai sensi dell'art. 442 c.p.p. nella misura di un terzo anziché della metà, deve applicare detta diminuzione nella misura prevista *ex lege*, anche quando la sanzione irrogata dal giudice di primo grado sia inferiore al minimo edittale, poiché l'accoglimento del gravame della difesa in ordine ad una delle componenti del trattamento sanzionatorio non può essere neutralizzato da improprie forme di "compensazione" con altro punto ad esso inerente, ma non devoluto alla cognizione del giudicante; Id., Sez. Un., 24 novembre 2016, n. 6296, in *Diritto & Giustizia*, 13 febbraio 2017, con nota di P. BORRELLI, *Continuazione in fase esecutiva e poteri del giudice di rideterminare in peius la pena irrogata per i reati-satellite*, con la quale si è precisato che il giudice dell'esecuzione, in sede di applicazione della disciplina del reato continuato, non può quantificare gli aumenti di pena per i reati-satellite in misura superiore a quelli fissati dal giudice della cognizione con la sentenza irrevocabile di condanna (per l'approfondimento della questione, v. anche F. BONCOMPAGNI, *Quantificazione degli aumenti di pena per i reati satellite in executivis*, in *Dir. pen. e processo*, 2018, 71 ss.; R. FONTI, *Reato continuato e quantificazione in executivis dell'aumento per i reati satellite: la parola passa alle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 17 novembre 2016; B. NACAR, *Procedimento di esecuzione e continuazione fra reati - La emenda della pena in ragione del riconoscimento della continuazione in executivis*, in *Giur. it.*, 2017, 2742 ss.); Id., Sez. Un., 27 ottobre 2016, n. 53153, in *Cass. pen.*, 2017, 3545 ss., con nota di L. CAMALDO, *Le sezioni unite definiscono i poteri decisori del giudice d'appello in relazione alla provvisoria a favore della parte civile*, che ha escluso la violazione del divieto di *reformatio in peius* nel caso di accoglimento della richiesta di una provvisoria proposta, per la prima volta, nel giudizio di secondo grado dalla parte civile non appellante.

<sup>5</sup> In tal senso, G. DELITALA, *Il divieto della reformatio in peius nel processo penale*, cit., 104, il quale ha fermamente sostenuto l'assenza, nel divieto, di qualunque logica giuridica.

<sup>6</sup> In quest'ottica, tra gli altri, G. BELLAVISTA, *Il principio dispositivo nel procedimento penale di impugnazione*, in *Riv. proc. pen.*, 1960, 2 ss. Secondo V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, 1952, 580, se il rappresentante dell'accusa – unico organo legittimato a proporre impugnazione agli effetti penali – ha ritenuto di dover prestare acquiescenza alla sentenza di primo grado, «è naturale che sia tolto al giudice il potere di sostituirsi al pubblico ministero».

<sup>7</sup> Come osservato da A. MINGIONE, *Divieto di reformatio in peius tra storture sistematiche e prospettive di riforma*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 26 maggio 2019, 8, il divieto di *reformatio in peius* costituisce l'indispensabile premessa per conferire piena effettività alla potestà impugnatoria, esplicitazione, a sua volta, del diritto di difesa costituzionalmente tutelato.

<sup>8</sup> Così G. LOZZI, *Favor rei e processo penale*, cit., 111; condividono tale impostazione A. CONZ, *Il sillogismo condizionale delle Sezioni unite in tema di reformatio in peius*, in *Arch. pen. web*, 2014, n. 2, 2; A. MACCHIA, *Linee evolutive del sistema d'appello alla luce della giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 2017, 2136 ss.; G. SABATINI, *Reformatio in peius (dir. proc. pen.)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, 1125.

D'altra parte, già il codice del 1930 aveva quantomeno limitato la portata della garanzia, che poteva essere neutralizzata dall'appello incidentale proposto dal pubblico ministero<sup>9</sup>.

In occasione della riforma codicistica del 1988, tornò ad intensificarsi il fronte dei fautori dell'abolizione del divieto, i quali sostenevano la proposta con argomenti diversi: alcuni valorizzavano la necessità di contenere i tempi di definizione dei processi, significativamente dilatati dalla possibilità, per l'imputato, di appellare la sentenza di primo grado senza esporsi al rischio di peggiorare la propria posizione processuale; per altri, invece, il divieto non avrebbe più avuto ragion d'essere nell'ambito di un codice di matrice accusatoria, poiché costituiva una sorta di inutile "temperamento" dell'ormai superato sistema inquisitorio<sup>10</sup>.

L'orientamento opposto riteneva opportuno, invece, preservare il divieto di *reformatio in peius*, considerandolo un presidio necessario, perché volto a "compensare" i caratteri inquisitori propri del giudizio di secondo grado<sup>11</sup>.

Il legislatore del 1988 ha scelto di mantenere ferma la previsione della garanzia<sup>12</sup>, anzi estendendone l'efficacia, poiché l'attuale formulazione dell'art.

---

<sup>9</sup> L'appello incidentale del pubblico ministero era originariamente previsto anche dal codice del 1988 ed è stato, poi, abrogato dall'art. 4 d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11 (per interessanti riflessioni sul tema, v. G.M. FLICK, *Efficienza a costo zero: l'abolizione del divieto di reformatio in peius*, in *Cass. pen.*, 2017, 1757 ss.; L. FILIPPI, *L'appello incidentale*, Padova, 2000, 40 ss.). La storia dell'istituto è stata piuttosto travagliata: introdotto, per la prima volta, dal codice di rito del 1930, con la previsione dell'art. 515 comma 3 c.p.p., fu dichiarato incostituzionale da Corte cost., 10 novembre 1971, n. 177, sulla scorta del rilievo che «l'appello incidentale, essendo consentito ad una sola delle parti nel processo, turba l'equilibrio del contraddittorio, che si polarizza nell'imputato (e nel suo difensore), da un lato, e, dall'altro, nel pubblico ministero, portatori di interessi solitamente contrapposti». Con il codice del 1988, è stato reintrodotta tale strumento di impugnazione - concedendolo, questa volta, sia al pubblico ministero che alle altre parti private - ed ha resistito, prima della sua abrogazione legislativa, ad un ulteriore incidente di legittimità costituzionale (Corte cost., 28 giugno 1995, n. 280, in *Cass. pen.*, 1995, 3227 ss., secondo cui «quando il pubblico ministero deve decidere se impugnare o meno una sentenza, egli deve interrogare la propria coscienza in relazione al contenuto del provvedimento impugnabile e determinarsi secondo gli interessi generali della giustizia. Questo vale per l'appello principale, ma analoga considerazione può farsi per l'appello incidentale, con il correttivo del particolare profilo derivante dalla visione che il pubblico ministero possa essere indotto ad avere circa i contenuti della sentenza che il giudice di secondo grado potrebbe essere tratto a pronunciare in accoglimento dell'appello principale dell'imputato pervenendo a conclusioni che egli ritiene, ove fossero adottate, contrarie a giustizia. Se dunque è legittima l'acquiescenza del pubblico ministero nei confronti della sentenza di primo grado, non è accoglibile la tesi secondo la quale tutti i poteri che al pubblico ministero stesso competono dovrebbero esaurirsi nella proposizione dell'appello principale, con ciò restandogli precluso il ricorso all'appello incidentale»).

<sup>10</sup> Gli argomenti addotti dal fronte degli "abolizionisti" sono efficacemente rappresentati da P. GAETA-A. MACCHIA, *L'appello*, in *AA.VV., Trattato di procedura penale*, a cura di G. SPANGHER, Torino, 2009, 334 ss.

<sup>11</sup> Per tutti, cfr. G. SPANGHER, *Reformatio in peius (divieto di)*, cit., 272.

<sup>12</sup> La difesa del divieto della *reformatio in peius*, durante i lavori preparatori del codice del 1988, è compiutamente illustrata da M. PISANI, *Divieto della reformatio in peius: appunti penalistici retrospettivi e considerazioni impolitiche*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 279 ss.

597 comma 3 c.p.p., quando l'appellante è il solo imputato, impedisce anche l'applicazione di una misura di sicurezza nuova o più grave, nonché il proscioglimento per una causa meno favorevole<sup>13</sup>. Tale estensione è stata, tuttavia, bilanciata con il ripristino dell'appello incidentale concesso anche al pubblico ministero, già previsto dal codice previgente, ma dichiarato incostituzionale prima della riforma del 1988<sup>14</sup>.

La giurisprudenza di legittimità ha, tuttavia, nel tempo, assunto posizioni esegetiche volte a depotenziare l'effettività del principio – ponendosi, alcune volte, anche in evidente contrasto con il dettato normativo – soprattutto con riferimento alla disciplina della continuazione<sup>15</sup> e delle circostanze

<sup>13</sup> Ad illustrare efficacemente il senso dell'innovazione introdotta è G.M. FLICK, *Efficienza a costo zero: l'abolizione del divieto di reformatio in peius*, cit., 1761, il quale evidenzia come non vi sia stato «un semplice “travaso passivo” e tralaticio del divieto da un codice all'altro, ma un suo ampliamento con l'aggiunta della preclusione a introdurre delle situazioni di svantaggio giuridico o di fatto per l'appellante a quella di modificare *in peius* la pena».

<sup>14</sup> Sul punto, v. *supra*, nota 9.

<sup>15</sup> Sul punto, si è registrata una copiosa elaborazione giurisprudenziale, caratterizzata, spesso, da approdi contrastanti. In particolare, Cass., Sez. Un., 12 maggio 1995, n. 5978, in *Cass. pen.*, 1995, 3329, chiamata a pronunciarsi sui rapporti tra i commi 3 e 4 dell'art. 597 c.p.p., ha affermato che «le due norme regolano aspetti diversi del giudizio di appello, ma interagiscono, nel senso che il divieto della *reformatio in peius* ha una portata generale e pone un limite ai poteri del giudice, al quale, nei casi previsti dall'art. 597 comma 4 c.p.p., si aggiunge il dovere di diminuire “la pena complessiva irrogata” in misura corrispondente all'accoglimento dell'impugnazione. Diversamente dal divieto della *reformatio in peius*, che sorge “quando appellante è il solo imputato” (art. 597 comma 3 c.p.p.), il dovere di diminuire la pena, di cui all'art. 597 comma 4 c.p.p., esiste “in ogni caso”, cioè anche quando, oltre all'imputato, è appellante il pubblico ministero, la cui impugnazione può avere effetti di aumento sugli elementi della pena ai quali si riferisce, ma non può impedire le diminuzioni corrispondenti all'accoglimento dei motivi dell'imputato relativi a reati concorrenti o a circostanze». Tale principio è stato ulteriormente ribadito da Cass., Sez. Un., 27 settembre 2005, n. 40910, in *Cass. pen.*, 2006, 408 ss., secondo cui, «a seguito dell'introduzione di una previsione innovativa, come quella contenuta nel quarto comma dell'art. 597 c.p.p., appare superato l'orientamento giurisprudenziale, formatosi soprattutto sotto il vigore dell'art. 515 co. 3 c.p.p. del 1930, in base al quale il divieto della *reformatio in peius* andava riferito alla pena in definitiva irrogata e non ai singoli elementi che la compongono ed ai calcoli effettuati per giungere alla determinazione complessiva di essa. Deve, quindi, affermarsi che il divieto di *reformatio in peius* riguarda – oggi – non soltanto il risultato finale, ma anche tutti gli elementi del calcolo della pena». In senso diametralmente opposto si è, tuttavia, espressa Cass., Sez. Un., 14 aprile 2014, n. 16208, in *Cass. pen.*, 2014, 2854 ss., con nota di L. LUDOVICI, *Le sezioni unite sui rapporti tra divieto della reformatio in peius e reato continuato*, con la quale si è affermato che «l'applicazione del cumulo giuridico ed il corollario del meccanismo di unificazione del trattamento sanzionatorio presuppongono la individuazione dei termini che compongono il cumulo e la determinazione di un certo ordine della sequenza. Se muta uno dei termini (vale a dire, una o più delle reg Giudicande cumulate o il relativo “bagaglio” circostanziale) oppure l'ordine di quella sequenza (la reg Giudicanda-satellite diviene la più grave o muta la qualificazione giuridica di quella più grave), sarà lo stesso meccanismo di unificazione a subire una “novazione” di carattere strutturale, non permettendo più di sovrapporre la nuova dimensione strutturale a quella oggetto del precedente giudizio, giacché, ove così fosse, si introdurrebbe una regola di invarianza priva di qualsiasi logica giustificazione. In tali casi, pertanto, l'unico elemento di confronto non può che essere rappresentato dalla pena finale, dal momento che è solo questa che “non deve essere superata” dal giudice del gravame». Ne consegue che « non viola il divieto di *reformatio in peius* il giudice di rinvio che, individuata la violazione più grave a norma dell'art. 81 cpv. c.p., in conformità a quanto stabilito nella sentenza della Corte di cassazione, pronunciata su ricorso del solo imputato, apporti per

del reato<sup>16</sup>.

Per quanto concerne, poi, l'operatività del principio nel giudizio di rinvio, la Corte di legittimità ha ritenuto necessario operare una distinzione a seconda dei motivi dell'annullamento: solo in presenza di vizi "sostanziali" della pronuncia impugnata – ovvero di *errores in iudicando*<sup>17</sup> – la garanzia può trovare riconoscimento, in quanto solo in tale ipotesi può ritenersi consolidata la pregressa statuizione favorevole di rigetto dell'appello proposto dal pubblico ministero; viceversa, l'annullamento per ragioni di carattere processuale –

uno dei reati in continuazione un aumento maggiore rispetto a quello ritenuto dal primo giudice, pur non irrogando una pena complessivamente più gravosa». Tale discutibile arresto delle Sezioni Unite è stato commentato in dottrina, tra gli altri, da A. FAMIGLIETTI, *Un nuovo contrasto in materia di divieto di reformatio in peius*, in *Proc. pen. e giust.*, 2014, n. 6, 77 ss., nonché da G. SPANGHER, *Un'altra violazione del divieto di reformatio in peius (...e non solo)*, in *Giur. it.*, 2014, 1224. La richiamata pronuncia delle Sezioni Unite non ha impedito, tuttavia, la formazione di un indirizzo giurisprudenziale contrario, che ha ritenuto violato il divieto di *reformatio in peius* nel caso di mancata riduzione della pena finale, a seguito dell'estinzione di uno o più reati unificati dal vincolo della continuazione (in tal senso, Cass., Sez. I, 27 gennaio 2021, n. 8272, in *C.E.D. Cass.*, n. 280651; Id., Sez. V, 6 marzo 2018, n. 31998, *ivi*, n. 272743). Per una compiuta ricostruzione del dibattito insorto sul tema, v. H. BELLUTA, *Divieto di reformatio in peius*, in *AA.VV., Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, a cura di M. BARGIS - H. BELLUTA, Torino, 2013, 3 ss.

<sup>16</sup> Anche rispetto all'incidenza delle circostanze sull'applicazione del divieto di *reformatio in peius*, le Sezioni Unite hanno ritenuto salvaguardata la garanzia nel caso di conferma della pena irrogata con la sentenza di primo grado, nonostante la concessione di attenuanti o l'esclusione di aggravanti all'esito del giudizio di appello (in questi termini si è espressa Cass., Sez. Un., 18 aprile 2013, n. 33752, in *Guida dir.*, 2013, n. 42, 74: «il giudice di appello, pur dopo avere escluso una circostanza aggravante o riconosciuto una ulteriore circostanza attenuante in accoglimento dei motivi proposti dall'imputato, può, senza incorrere nella violazione del divieto di *reformatio in peius*, confermare la pena applicata in primo grado, ribadendo il giudizio di equivalenza tra le circostanze, purché esso sia accompagnato da adeguata motivazione». In senso analogo, Cass., Sez. III, 9 marzo 2023, n. 22091, in *C.E.D. Cass.*, n. 284561; Id., Sez. V, 6 ottobre 2022, n. 209, in *Diritto & Giustizia*, 9 gennaio 2023. *Contra*, però, v. Cass., Sez. IV, 24 giugno 2021, n. 34342, in *C.E.D. Cass.*, n. 281583; Id., Sez. III, 4 maggio 2018, n. 49163, in *ivi*, n. 275025). Anche alla luce di queste ultime pronunce, la dottrina ha prontamente segnalato un'apprezzabile inversione di tendenza nella giurisprudenza di legittimità, che ha indotto la Suprema Corte a ritenere prevalente la salvaguardia del divieto di *reformatio in peius* sulla illegalità della pena. Una ulteriore conferma di tale inversione di tendenza si rinviene nel *decisum* di Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2020, n. 7578, *cit.*, 1964 ss., secondo cui la prospettazione di valide censure dell'imputato sul trattamento sanzionatorio non può essere neutralizzata – in ossequio ad una inammissibile logica compensativa – dall'esigenza di correggere l'applicazione di una pena illegale sottosoglia, non censurata dal pubblico ministero (in proposito, cfr. F. LAZZARINI, *Il divieto di reformatio in peius tra incertezze dogmatiche e letture restrittive*, *cit.*, 22 ss.).

<sup>17</sup> Al riguardo, viene in rilievo la distinzione – già prospettata da autorevole dottrina – tra il rinvio in funzione "restitutoria" e quello in funzione "prosecutoria". La seconda situazione si prospetta – com'è noto – nel caso in cui l'investitura del nuovo giudice nasca dall'esigenza di un nuovo giudizio per l'esame nel merito del provvedimento impugnato. Se ricorre tale eventualità, il rinvio appare necessitato dai limiti della competenza funzionale della Corte di cassazione. La prima situazione si manifesta, invece, laddove si riscontri un vizio nel precedente *iter* processuale, che impone la regressione del procedimento al momento in cui si è verificata la violazione, al fine di rendere possibile la rinnovazione dell'accertamento penale nel rispetto delle regole del rito. È d'obbligo il rinvio, sul punto, alle illuminanti considerazioni di E. AMODIO, *Rinvio prosecutorio e «reformatio in peius»*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 543 ss.

imponendo l'integrale ripetizione del giudizio di appello – non consentirebbe di ritenere definitivamente “guadagnata” la decisione *in mitius* assunta nel precedente grado di impugnazione<sup>18</sup>.

## 2. La vicenda processuale sottoposta al vaglio della Corte di legittimità.

La Suprema Corte, con la pronuncia in commento<sup>19</sup>, ha ribadito la sua interpretazione del divieto di *reformatio in peius*, chiarendo, in particolare, le modalità applicative della disposizione nel caso di plurimi annullamenti con rinvio al giudice di appello, che determinino la progressiva formazione del giudicato.

Nella vicenda processuale sottoposta al vaglio della Corte, era stata affermata la penale responsabilità dell'imputato, all'esito del giudizio di primo grado, per i reati di omicidio, rapina e porto di un'arma in luogo pubblico, con condanna – previo riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche in regime di equivalenza con le contestate aggravanti – alla pena di ventotto anni di reclusione.

Tale pronuncia veniva confermata dal giudice di appello, che respingeva sia l'atto di gravame del pubblico ministero – il quale si doleva della concessione delle circostanze attenuanti generiche – sia quello dell'imputato, ritenendo, però, provata non la partecipazione materiale all'esecuzione dei delitti di rapina e di omicidio – come contestato in imputazione – ma la messa a disposizione dell'arma impiegata per realizzare tali reati.

Il ricorso per cassazione veniva proposto dal solo imputato – con acquiescenza, quindi, del pubblico ministero rispetto alla concessione delle attenuanti generiche – che lamentava il difetto di motivazione e il travisamento della prova in ordine all'accertamento della responsabilità penale.

La Suprema Corte, accogliendo l'atto di impugnazione, riscontrava la denunciata carenza di motivazione nella parte in cui il giudice territoriale – dopo aver escluso il diretto coinvolgimento dell'imputato nella materiale esecuzione dei delitti – aveva apoditticamente dedotto la consapevolezza, da parte del reo, dell'utilizzo dell'arma per la realizzazione delle contestate azioni delittuose<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Come rilevato da C. SANTORIELLO, *Ripensare il divieto della reformatio in peius*, in *Arch. pen. web*, 2017, n. 2, 3, l'imputato, in tal caso, è esposto «al terribile rischio di far valere la lesione dei suoi diritti, ma con la conseguenza ed a costo di subire un trattamento deteriore dopo che gli è stata riconosciuta la ragione delle sue censure». Del resto, «quando il procedimento perviene al giudice del rinvio, non vi è alcun soggetto che abbia manifestato un interesse al riesame del profilo della pena: l'imputato ha ottenuto il risultato cui mirava, di ottenere una rivisitazione dell'*an* della sua responsabilità, mentre il pubblico ministero è stato acquiescente alle precedenti determinazioni dell'autorità giudiziaria».

<sup>19</sup> Ci si riferisce a Cass., Sez. I, 30 novembre 2023, n. 5517, in *Cass. pen.*, 2024, 2263 ss.

<sup>20</sup> Il primo annullamento fu disposto da Cass., Sez. I, 24 maggio 2019, n. 45902, in *C.E.D. Cass.*, n. 276735.

Nel conseguente giudizio rescissorio, la Corte d'assise di appello - ritenendo insufficiente la mera disponibilità dell'arma a dimostrare la condivisione del successivo utilizzo della stessa da parte degli altri correi - assolveva l'imputato dai delitti di rapina e di omicidio.

Avverso tale sentenza proponeva ricorso per cassazione il pubblico ministero, che denunciava l'incongruenza dell'*iter* argomentativo della decisione sotto plurimi profili, censurando, in particolare, l'esclusione del ruolo di esecutore materiale dell'imputato e il credito conferito alla versione difensiva, sebbene contraddetta da altri, significativi elementi di prova acquisiti nel corso dell'attività istruttoria.

La Suprema Corte accoglieva l'impugnazione del rappresentante dell'accusa e rinviava il processo innanzi ad altro giudice di appello, affinché fosse rivalutata la posizione dell'imputato in punto di responsabilità<sup>21</sup>.

All'esito del secondo giudizio rescissorio, l'imputato veniva riconosciuto autore materiale dei reati ascritti e - in accoglimento dell'originario appello proposto dal pubblico ministero - gli venivano negate le attenuanti generiche concesse dal Giudice di prime cure, con conseguente condanna alla pena dell'ergastolo.

La difesa proponeva nuovamente ricorso per cassazione, denunciando la illogicità e la contraddittorietà della motivazione con riferimento a diversi aspetti della regiudicanda, tutti attinenti, però, all'affermazione di responsabilità dell'imputato.

La Corte, pur giudicando infondati i motivi di ricorso, annullava senza rinvio la sentenza impugnata per la ritenuta violazione del divieto di *reformatio in peius* in cui era incorso il giudice di merito nella determinazione del trattamento sanzionatorio<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Il secondo annullamento si deve a Cass., Sez. V, 25 gennaio 2022, n. 8949, in *C.E.D. Cass.*, n. 282894, che lasciava libero il giudice del rinvio di «riconsiderare l'intera condotta dell'imputato e di scegliere se ripercorrere la medesima strada già avviata con la sentenza annullata, configurando un contributo concorsuale del ricorrente non quale autore materiale diretto, ma come complice, fornitore dell'arma utilizzata per compiere i reati, ovvero riparametrare gli elementi probatori rispetto ad una diversa ricostruzione fattuale, fermo restando il dovere-potere di improntare la motivazione a criteri logici corretti, che non ripropongano errori metodologici già bocciati dalla sentenza rescindente».

<sup>22</sup> Il riferimento è a Cass., Sez. I, 30 novembre 2023, n. 5517, cit., che ha evidenziato come il ricorrente prospettasse, in punto di responsabilità dell'imputato, una inammissibile rivalutazione degli elementi di prova. In particolare, con riferimento alla denunciata insussistenza del nesso di causalità, la Corte ha osservato che «si deve riconoscere il nesso in questione anche nei casi in cui sia provato che l'evento si sarebbe verificato in tempi significativamente più lontani ovvero ancora quando alla condotta delittuosa sia ricollegabile, come nel caso in esame, un'accelerazione dei tempi di latenza di una malattia provocata da altra causa».

### 3. La qualificazione del divieto come garanzia sostanzialmente penale e la sua valorizzazione in ambito processuale.

La pronuncia merita di essere segnalata per le considerazioni espresse dalla Corte sulla operatività del divieto di *reformatio in peius* – laddove, in particolare, si succedano più annullamenti con rinvio al giudice di appello – e, soprattutto, sulla rilevanza *ex officio* della sua eventuale violazione.

In relazione al primo aspetto, si è ribadito un assunto oramai consolidato nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui il disposto dell'art. 597 comma 3 c.p.p. non si limita a regolare la cognizione del giudice di appello sull'impugnazione del solo imputato, ma ha una portata generale e deve trovare applicazione, pertanto, anche nel giudizio di rinvio<sup>23</sup>. Si è affermato, in particolare, che nel caso di annullamento della sentenza di condanna su ricorso dell'imputato in punto di sussistenza del reato e di affermazione della sua responsabilità, la pena irrogabile, laddove in sede di rinvio venga confermato il giudizio di colpevolezza, non può essere più grave, per specie e quantità, di quella inflitta dal giudice di prime cure<sup>24</sup>. Quando i motivi di impugnazione non comprendano il trattamento sanzionatorio, il punto deve ritenersi, infatti, precluso, con la conseguenza che il giudice del rinvio non può rideterminare la pena con effetti in *malam partem* per l'imputato<sup>25</sup>. Il divieto della *reformatio in peius* si estende, peraltro, a tutti gli eventuali, ulteriori giudizi di rinvio, nel senso che la comparazione fra le sentenze finalizzata alla individuazione del trattamento meno deteriore per l'imputato deve essere operata tra la pronuncia di primo grado e le successive, restando immodificabile, in senso peggiorativo, l'esito per lui più favorevole tra quelli intervenuti – a seguito della sua esclusiva impugnazione<sup>26</sup> – con le varie decisioni di merito succedutesi nel corso del processo<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> In tal senso, *ex multis*, Cass., Sez. Un., 11 aprile 2006, n. 17050, in *Cass. pen.*, 2006, 3135 ss., con nota di G. SPANGHER, *Divieto della reformatio in peius o poteri del giudice di rinvio?*.

<sup>24</sup> In questi termini, Cass., Sez. II, 27 febbraio 2020, n. 7808, in *C.E.D. Cass.*, n. 278680. Per ulteriori pronunce nello stesso senso, cfr. Cass., Sez. IV, 24 luglio 2023, n. 31840, in *C.E.D. Cass.*, n. 284862; Id., Sez. II, 22 gennaio 2013, n. 3161, *ivi*, n. 254536; Id., Sez. IV, 10 ottobre 2008, n. 38820, *ivi*, n. 242119, che specificano il *modus operandi* del divieto di *reformatio in peius* nell'ipotesi di più rinvii: il limite al trattamento sanzionatorio applicabile è costituito dalla pena che, comparativamente, risulti la meno severa tra quelle irrogate. Per l'approfondimento di questo specifico aspetto, v. MARANDOLA, *Doppio annullamento, giudizio di rinvio e divieto di reformatio in peius*, in *Proc. pen. e giust.*, 2018, n. 3, 524 ss.

<sup>25</sup> Come precisato da Cass., Sez. II, 20 luglio 2016, n. 46307, in *C.E.D. Cass.*, n. 268315; cfr., altresì, Cass., Sez. V, 15 dicembre 1997, n. 1133, *ivi*, n. 209559.

<sup>26</sup> Deve ritenersi irrilevante, per l'operatività del divieto della *reformatio in peius*, che la sentenza di primo grado sia stata appellata anche dal pubblico ministero, quando questi, come nella vicenda in esame, non abbia poi proposto ricorso per cassazione a seguito del rigetto dell'impugnazione di merito, prestando, così, acquiescenza alla pronuncia inizialmente contestata, sicché il solo imputato ha mantenuto in vita il procedimento penale.

<sup>27</sup> Al di là delle pronunce già richiamate *supra*, nota n. 24, v. anche Cass., Sez. II, 8 maggio 2009, n. 34557, in *C.E.D. Cass.*, n. 245234.

Nel caso di specie, a sostegno della decisione adottata, i giudici di legittimità hanno osservato che il giudicato progressivo (o parziale) ricomprende non solo le pronunce su singole imputazioni<sup>28</sup>, ma anche quelle che, nell'ambito della stessa contestazione, definiscono aspetti non più suscettibili di riesame<sup>29</sup>. Il giudicato interno alla singola imputazione – sempre secondo quanto affermato dalla Corte di cassazione nella sentenza in commento – può anche essere «flessibile», perché sottoposto alla condizione di una eventuale modifica *in melius* in favore dell'imputato che ha proposto il gravame, restando, invece, preclusa la riforma *in peius* della decisione impugnata<sup>30</sup>.

Il riferimento normativo a cui sono stati ancorati tali assunti è il combinato disposto degli artt. 624 comma 1 e 627 comma 2 c.p.p., che assegnano al giudice della fase rescissoria gli stessi poteri decisorio di chi aveva emesso la sentenza annullata, fatte salve le preclusioni del giudicato parziale – relativo alle «parti che non hanno connessione essenziale con la parte annullata» – e dell'acquiescenza per difetto di impugnazione<sup>31</sup>.

È stato poi agevole per la Corte – muovendo dalle premesse appena illustrate – escludere la sussistenza di un rapporto di «connessione essenziale» tra il riconoscimento all'imputato delle circostanze attenuanti generiche e

---

<sup>28</sup> Rileva, a tal fine, la distinzione tra «capi» e «punti» della decisione. I primi corrispondono ai singoli reati per i quali è stata esercitata l'azione penale, che possono costituire, da soli, anche separatamente, il contenuto di una sentenza. Il concetto di «punto della decisione» ha, invece, una portata più ristretta, perché si riferisce a tutte le statuizioni suscettibili di autonoma considerazione, necessarie per emettere una decisione completa su un capo. Ne consegue che ad ogni capo corrispondono più punti della decisione – ognuno dei quali segna un passaggio obbligato per la completa definizione di ciascuna imputazione – come l'accertamento del fatto, l'attribuzione di esso all'imputato, la qualificazione giuridica, l'insussistenza di cause di giustificazione e, nel caso di condanna, la verifica di eventuali circostanze aggravanti e attenuanti, con la relativa comparazione, la determinazione della pena, la sospensione condizionale della stessa e le altre questioni dedotte dalle parti o rilevabili di ufficio.

<sup>29</sup> L'irrevocabilità della sentenza può essere, infatti, il risultato finale di un percorso frammentato, segnato da una pluralità di decisioni cristallizzate su singoli capi e punti in gradi diversi del processo, in corrispondenza di una graduale e simmetrica riduzione della regiudicanda, fino a quando questa, nella sua interezza, diventi irretrattabile e immutabile, essendo consumato il potere decisorio del giudice della cognizione sull'oggetto del giudizio: è questo il momento in cui la *res iudicanda* diventa *res iudicata* (tra le pronunce più recenti, cfr. Cass., Sez. Un., 29 ottobre 2020, n. 3423, in *Cass. pen.*, 2021, 1476 ss.)

<sup>30</sup> Nel caso deciso dalla Corte, l'accoglimento dei motivi di impugnazione dell'imputato – con assoluzione dello stesso dalle imputazioni a lui ascritte – non avrebbe mai potuto comportare il riesame del punto concernente le attenuanti generiche, al più assorbendolo o lasciandolo intatto.

<sup>31</sup> In senso contrario – ma tale orientamento, giova ricordarlo, è assolutamente minoritario – Cass., Sez. VI, 14 aprile 1999, n. 5505, in *Cass. pen.*, 2000, 3364 ss., ha osservato come «il principio del divieto di *reformatio in peius* vige nei rapporti tra il processo di primo grado e quello di appello, ma non nei rapporti tra due giudizi di rinvio a seguito di due annullamenti da parte della Corte di cassazione. E poiché il giudice di rinvio decide con gli stessi poteri del giudice che ha emesso la sentenza impugnata (art. 627 c.p.p.), il raffronto va fatto fra la decisione oggi impugnata (emessa in sede di rinvio con i poteri del giudice di appello) e la sentenza di primo grado, e non con la precedente sentenza di rinvio, da considerarsi *tamquam non esset* a seguito dell'annullamento».

le altre statuizioni annullate nei due giudizi rescindenti<sup>32</sup>, non essendovi alcuna interdipendenza logico-giuridica tra le questioni affrontate in punto di responsabilità e la decisione di attuare le conseguenze sanzionatorie dell'eventuale giudizio di condanna<sup>33</sup>.

Bisognava risolvere, inoltre, il problema della rilevabilità d'ufficio della violazione del divieto di *reformatio in peius*, poiché il tema – pur se rilevante – non era stato devoluto alla Corte con i motivi di ricorso.

Al riguardo, i giudici di legittimità hanno individuato due argomenti a sostegno della cognizione *ex officio*.

È stata richiamata, per un verso, la previsione di cui all'art. 649 comma 2 c.p.p., che legittima il giudice a rilevare – pure in mancanza di una richiesta di parte – eventuali violazioni del divieto del *bis in idem*, configurabili – secondo la Corte – anche nei casi di giudicato «parziale» e «flessibile». In altri termini, l'art. 649 c.p.p. detta una regola processuale di carattere generale, applicabile a qualunque tipo di giudicato, sia esso totale o parziale, attuale o potenziale, esplicito o implicito.

L'argomento suscita, tuttavia, qualche dubbio, poiché la nozione di giudicato «flessibile» o «condizionato» – quello, cioè, non ancora attuale, ma che potrebbe formarsi nel caso di esito negativo dell'impugnazione proposta dall'imputato – sembra concettualmente incompatibile con approdi oramai consolidati raggiunti, sul tema, dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza di legittimità. Si allude, in particolare, alla distinzione tra «giudicato progressivo» (o parziale) e «preclusione processuale»: il primo – come chiarito anche dalle Sezioni Unite<sup>34</sup> – si forma sul «capo» della sentenza, nel senso che la

<sup>32</sup> Il riferimento è a Cass., Sez. I, 24 maggio 2019, n. 45902, cit., nonché a Cass., Sez. V, 25 gennaio 2022, n. 8949, cit., che avevano annullato le precedenti decisioni di merito per i rilevati vizi della motivazione in ordine al tipo di contributo concorsuale prestato dall'imputato.

<sup>33</sup> La ricorrenza di un'ipotesi di «connessione essenziale» deve essere scrutinata in concreto, valutando l'effettiva interdipendenza tra lo specifico profilo oggetto di annullamento e gli ulteriori aspetti non direttamente travolti dalla decisione. Al riguardo, Cass., Sez. V, 24 settembre 2020, n. 34983, in *C.E.D. Cass.*, n. 280480, nel caso di annullamento della sentenza di appello per vizi motivazionali relativi al dolo omicidiario configurabile nel caso specifico, ha ritenuto non suscettibile di revisione il giudizio concernente la già riconosciuta aggravante del c.d. nesso teleologico tra l'omicidio (per il quale era stata pronunciata sentenza di annullamento) e altro reato prescritto. Secondo, invece, Cass., Sez. I, 7 febbraio 2020, n. 9049, in *Giur. pen.*, 6 marzo 2020, il riconoscimento di circostanze attenuanti è strettamente connesso «al giudizio sulla fattispecie, sicché il mutamento della stessa non può che comportare il venir meno di preclusioni legate all'effetto devolutivo dell'appello».

<sup>34</sup> Per Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2000, n. 1, in *Cass. pen.*, 2000, 2967 ss., «l'art. 624 comma 1 c.p.p., che indubbiamente riconosce l'autorità del giudicato sia ai capi che ai punti della sentenza, non rappresenta, tuttavia, l'espressione di un principio applicabile al di fuori della specifica situazione dell'annullamento parziale, dato che la disposizione detta una regolamentazione particolare – attinente unicamente ai limiti obiettivi del giudizio di rinvio – e, dunque, è legata indissolubilmente alle peculiari connotazioni delle sentenze della Corte di cassazione e alla intrinseca irrevocabilità connaturata alle statuizioni dell'organo posto al vertice del sistema giurisdizionale, onde è da escludere che la disposizione stessa possa essere utilmente richiamata per sovvertire i principi generali desumibili dalle linee fondanti dell'ordinamento processuale

decisione acquista il carattere della definitività solo quando sono divenute irrettrabili tutte le questioni necessarie per pronunciarsi nel merito di ognuno dei reati ascritti all'imputato<sup>35</sup>; la decisione su singoli «punti» della regiudicanda non è suscettibile, invece, di passaggio in giudicato, potendo generare unicamente la preclusione correlata all'effetto devolutivo delle impugnazioni e al principio della disponibilità del processo nella fase delle impugnazioni stesse, da cui consegue il limite imposto alla cognizione del giudice del gravame, salvo che le norme processuali non prevedano poteri esercitabili *ex officio*<sup>36</sup>. Nel caso di condanna, ad esempio, la mancata impugnazione della affermata responsabilità dell'imputato fa sorgere la preclusione su tale punto, ma non basta a far acquistare alla relativa statuizione l'autorità di cosa giudicata, qualora, per quello stesso capo, la difesa abbia devoluto al giudice del gravame il controllo sulla sussistenza di determinate circostanze o sulla corretta quantificazione della pena<sup>37</sup>.

relativo alle impugnazioni penali». In maniera ancora più chiara, Cass., Sez. Un., 19 gennaio 1994, n. 4460, in *Cass. pen.*, 1994, 2027 ss., ha affermato che, «non a caso, il legislatore del 1930 (e non diversamente quello del 1988) ha espressamente parlato di autorità di cosa giudicata solo in relazione alle parti della sentenza vagliate e non annullate dalla Corte di cassazione, il che ulteriormente conferma la diversa caratterizzazione delle situazioni processuali considerate nelle norme rispettivamente ricollegabili alla pronuncia in via definitiva emessa dal supremo giudice di legittimità e alla volontà del soggetto impugnante nell'attuazione di quel principio di disponibilità nei procedimenti di impugnazione, che si estrinseca nell'effetto parzialmente devolutivo dell'impugnazione stessa, cui consegue per le parti non impugnite della sentenza una mera preclusione processuale» (impostazione, questa, condivisa, da ultimo, anche da Cass., Sez. Un., 29 ottobre 2020, n. 3423, cit.).

<sup>35</sup> Nel caso di processo avente ad oggetto un solo reato, la sentenza passa, dunque, in giudicato nella sua interezza, mentre, nell'ipotesi di processo cumulativo o complesso, la cosa giudicata può coprire uno o più capi e il rapporto processuale proseguire per gli altri, investiti dall'impugnazione, sicché, in una simile situazione, è corretto parlare di «giudicato parziale».

<sup>36</sup> In altri termini, pur essendo certamente vero che al giudice dell'impugnazione è interdetto l'esame del punto non impugnato e che l'accertamento ad esso corrispondente non è più controvertibile – fatta eccezione per la sussistenza di questioni rilevabili, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo – tuttavia il fondamento della preclusione operante rispetto a quel punto non può essere rinvenuto nel «giudicato», riferendosi quest'ultimo, di regola, all'intera regiudicanda, coincidente con ogni singolo capo di imputazione e non già con le componenti necessarie per definire il giudizio su di esso.

<sup>37</sup> Le Sezioni Unite hanno precisato, inoltre, che «il riconoscimento dell'operatività del giudicato limitata ai capi della sentenza, con esclusione dei punti, non si traduce nell'adesione ad una linea interpretativa divergente dalla giurisprudenza consolidata, secondo cui, in caso di annullamento parziale *ex art. 624 c.p.p.*, il giudicato formatosi sull'accertamento del reato e della responsabilità dell'imputato rende definitive tali parti della sentenza, con la conseguenza che il giudice di rinvio, investito della decisione sulla determinazione della pena, non può applicare le cause estintive del reato sopravvenute alla pronuncia di annullamento. Una attenta e approfondita disamina delle pronunce delle Sezioni Unite consente, infatti, di affermare che esse non costituiscono smentita dei risultati dell'indagine sin qui condotta, per la precisa ragione che la loro *ratio decidendi* risiede nella specialità della forza precettiva dell'art. 624, comma 1, c.p.p., a norma del quale “se l'annullamento non è pronunciato per tutte le disposizioni della sentenza, questa ha autorità di cosa giudicata nelle parti che non hanno connessione essenziale con la parte annullata”» (così, ancora, Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2000, n. 1, cit.).

Analogamente, nella vicenda esaminata, la statuizione relativa al riconoscimento delle attenuanti generiche – contenuta nella sentenza di primo grado e confermata dalla corte di appello – non è stata impugnata con ricorso per cassazione, sicché l'impossibilità di riesaminarne la fondatezza va ricondotta alla preclusione derivante dall'effetto devolutivo – che si traduce nel divieto di *reformatio in peius* – piuttosto che alla formazione di un vero e proprio giudicato progressivo, non potendo trovare applicazione, in mancanza di un annullamento parziale, neppure il disposto dell'art. 624 comma 1 c.p.p.<sup>38</sup>.

In ragione di quanto sin qui osservato, la rilevabilità *ex officio* della violazione del divieto della *reformatio in peius* non poteva giustificarsi, nel caso di specie, con la formazione di un giudicato parziale e la conseguente operatività del disposto di cui all'art. 649 comma 2 c.p.p.

Appare condivisibile, invece, l'altro argomento addotto dalla Corte a sostegno del suo intervento officioso, che è stato motivato anche sulla scorta delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza sovranazionale, secondo cui la previsione dell'art. 597 comma 3 c.p.p., sebbene sia inclusa nel codice di rito, deve essere considerata una disposizione di diritto penale sostanziale, poiché incide sull'entità della pena irrogabile nel caso di appello proposto dal solo imputato<sup>39</sup>.

Di conseguenza, il giudice che, male interpretando la richiamata previsione normativa, applichi una sanzione illegale, viola anche il disposto dell'art. 7 C.e.d.u., la cui inosservanza può essere rilevata d'ufficio, ai sensi dell'art. 609

---

<sup>38</sup> Acquistano eccezionalmente, infatti, l'autorità di cosa giudicata – in forza della previsione speciale di cui all'art. 624 comma 1 c.p.p. (v. *supra*, nota n. 37) – le sole statuizioni su singoli punti della sentenza esaminate dalla Suprema Corte, ma diverse da quelle annullate ed a queste non necessariamente connesse, sempre che si sia in presenza di un annullamento parziale e non – come accaduto nel caso di specie – della mancata impugnazione della pronuncia relativa alla concessione delle attenuanti generiche.

<sup>39</sup> Ci si riferisce, in particolare, a Corte e.d.u., Sez. IV, 7 luglio 2015, Greco c. Italia, in *Giur. pen.*, 12 febbraio 2016, con nota di V. MANCA, *La Corte EDU sulla compatibilità del divieto di reformatio in peius nel giudizio di rinvio a seguito di annullamento in Cassazione*, secondo cui, «benché faccia parte del codice di procedura penale, le cui disposizioni regolano, di norma, la procedura da seguire per perseguire e giudicare i reati, l'articolo 597 comma 3 sopra citato può essere considerato una disposizione di diritto penale materiale, in quanto verte sulla severità della pena da infliggere quando l'appello viene interposto unicamente dall'imputato».

comma 2 c.p.p.<sup>40</sup>, in forza degli obblighi internazionali, ex art. 117 Cost., a cui è vincolato il giudice nazionale<sup>41</sup>.

La sentenza qui esaminata, al di là di qualche opinabile passaggio argomentativo, ha indubbiamente il pregio di aver massimizzato la portata della garanzia del divieto di *reformatio in peius*, non solo ribadendone l'applicabilità nel giudizio di rinvio – secondo l'orientamento costantemente espresso dalla giurisprudenza di legittimità – ma soprattutto ammettendo la rilevabilità *ex officio* della sua violazione, in ragione della natura sostanzialmente penale del disposto dell'art. 597 comma 3 c.p.p. e della conseguente operatività delle garanzie riconducibili al principio di legalità convenzionale sancito dall'art. 7 C.e.d.u.

---

<sup>40</sup> Al riguardo, Cass., Sez. III, 27 marzo 2019, n. 31282, in *Cass. pen.*, 2021, 271 ss., ha sottolineato che, nel caso di questione incidente «sulla irrogazione della pena – nel senso di cui all'art. 7 CEDU – suscettibile di essere considerata illegale, l'applicabilità dell'art. 609 comma 2 c.p.p. è di ancor più immediata evidenza». Va, tuttavia, precisato che la sussunzione della inosservanza del divieto di *reformatio in peius* nel concetto di «pena illegale» non sembra in linea con l'orientamento espresso da una parte della giurisprudenza, secondo cui tale nozione «non può estendersi sino al punto da includere profili incidenti sul regime applicativo della sanzione, a meno che ciò non comporti la determinazione di una pena estranea all'ordinamento per specie, genere o quantità. In altri termini, la pena è illegale non quando consegua ad una mera, erronea applicazione dei criteri di determinazione del trattamento sanzionatorio, alla quale l'ordinamento reagisce approntando i rimedi processuali delle impugnazioni, ma solo quando non sia prevista dall'ordinamento giuridico ovvero sia superiore ai limiti previsti dalla legge o sia più grave, per genere e specie, di quella individuata dal legislatore» (così Cass., Sez. Un., 31 marzo 2022, n. 38809, in *Cass. pen.*, 2023, 97 ss.).

<sup>41</sup> In particolare, Cass., Sez. III, 12 settembre 2019, n. 47280, in *Cass. pen.*, 2020, 2975 ss., ha ribadito che è «rilevabile d'ufficio, anche in sede di giudizio di legittimità, la questione relativa alla violazione delle disposizioni della C.e.d.u., così come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, le cui sentenze, quando evidenziano una situazione di oggettivo contrasto della normativa interna con la Convenzione, assumono rilevanza anche nei processi diversi da quello nell'ambito del quale sono state pronunciate».

# I VULNERA DEL DIRITTO DI DIFESA ANTICIPATO IN SEDE CAUTELARE NELLA RIFORMA NORDIO

Antonella Marandola\*

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. Il (discusso) contraddittorio anticipato e la collegialità. – 3. Le prime questioni applicative.

## 1. Premessa.

È stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 187 del 10 agosto 2024 ed è entrata in vigore il 25 agosto 2024, salve eccezioni (v., *infra*) la l. n. 114, meglio nota come d.d.l. Nordio contenente la “Modifica al codice penale, al codice di procedura penale, all’ordinamento giudiziario e al codice dell’ordinamento militare”.

Rispetto alla proposta iniziale il ddl ha subito modifiche e integrazioni per altro non decisive (v., per tutti, AA.VV., *Le novità della legge Nordio*, a cura di G. Spangher, Milano, 2024; F. PORCU, *Le modifiche al codice di rito nel D.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma in fieri*, in questa Rivista, 2 agosto 2023)

Diversi sono gli istituti toccati dalla riforma, secondo una linea caratterizzata dalla volontà di correggere alcune patologie processuali – o ritenute tali – con modalità ispirate da un mirato intervento chirurgico, senza toccare l’essenza dei meccanismi coinvolti.

La riforma, così, incide in termini di garanzie difensive sull’informazione di garanzia (art. 369 c.p.p.); sui contenuti delle intercettazioni telefoniche riguardanti materie estranee alle indagini e ai soggetti parimenti non coinvolti nelle investigazioni che possono essere inseriti nei provvedimenti cautelari; sulle intercettazioni nei confronti dei difensori; sull’esclusione della legittimazione del p.m. ad appellare le sentenze di non luogo emesse a seguito dell’udienza predibattimentale; sulla nuova procura ai fini della proposizione dell’appello; su alcune norme riguardanti l’ordinamento giudiziario ordinario e militare.

Un ruolo molto significativo, in materia di diritto penale sostanziale ha riguardato l’abrogazione del reato di abuso d’ufficio e la rimodulazione del reato del traffico di influenze. A latere, cioè, con atti normativi separati, il legislatore è intervenuto con

---

\* Professore ordinario di diritto processuale penale presso l’Università degli studi del Sannio.

due nuove previsioni incriminatrici: il peculato per distrazione, anche quale reato presupposto per la responsabilità degli enti.

Il nucleo essenziale è costituito dalla disciplina processuale delle misure cautelari.

## 2. Il (discusso) contraddittorio anticipato e la collegialità.

Tre sono i punti nodali della materia sui quali incide il provvedimento: (1) la richiesta del pubblico ministero in mancanza di situazioni ostative, (2) l'invito, emesso dal giudice, rivolto all'imputato a presentarsi per rendere l'interrogatorio; (3) qualora si tratti della misura della custodia cautelare in carcere l'interrogatorio sarà svolto da un organo collegiale.

Sotto il primo profilo, va precisato che all'interrogatorio anticipato si procederà qualora non sussistano le esigenze cautelari dell'inquinamento probatorio e del pericolo di fuga, nonché le ipotesi delittuose di cui alla lett. a dell'art. 407 comma 2 c.p.p. e dell'art. 362 c.p.p. (v., *amplius*, G. COLAIACOVO – G. DELLA MONICA, *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia*, in questa Rivista, 12 aprile 2024; nonché, P. BRONZO, *Brevi note sul "disegno di legge Nordio"*, in [www.Sistemapenale.it](http://www.Sistemapenale.it), 12 aprile 2024; M. GIALUZ, *Le novità della "manovra Nordio" in materia processuale: quando l'ideologia rischia di provocare un'eterogenesi dei fini*, *ivi*, 22 luglio 2024; L. LUDOVICI, *Disegno di legge c.d. Nordio: nuove garanzie processuali tra fughe in avanti e false partenze*, in *Leg. pen. web*, 7 maggio 2024; G. Spangher, *Il d.d.l. Nordio in materia cautelare: ombre e dubbi*, in *Giust. insieme*, 6 settembre 2023; C. Valentini, *Com'è difficile trovare l'alba dentro l'imbrunire: note sparse sul futuribile interrogatorio ante cautela*, in *Arch. pen. web*, 12 settembre 2023).

In questi casi, spetta al giudice ritenere sussistenti il menzionato presupposto – non essendo consentito al p.m. di vincolare il giudice, al pari di quanto previsto dall'art. 291 c.p.p. – alle sue determinazioni.

Troverà operatività anche la previsione che consente al giudice di pronunciarsi o di non pronunciarsi in caso di riconoscimento della propria incompetenza ovvero a pronunciarsi in caso di urgenza (ancorché in questo caso dovrebbe forse escludersi il contraddittorio anticipato).

Una volta ritenute sussistenti le condizioni per procedere, il giudice invierà all'indagato e al suo difensore l'invito a presentarsi entro cinque giorni, fatte salve le ragioni di urgenza che consentiranno l'abbreviazione del termine, per rendere l'interrogatorio nel merito (artt. 64 e 65 c.p.p.). L'interrogatorio deve essere documentato integralmente, a pena di inutilizzabilità, con le modalità di cui all'art. 141-bis c.p.p. Naturalmente dovendo precedere la misura non trova applicazione l'art. 302 c.p.p. nella parte in cui prescrive la caducazione della misura per omesso o invalido esercizio del diritto di difesa.

Con l'invito a presentarsi saranno trasmessi oltre alle informazioni sommarie del fatto, e del luogo e della data dello stesso l'avviso del deposito nella cancelleria della richiesta del p.m. degli atti difensivi già prodotti, con diritto di estrarre copia.

In caso di mancata presentazione dell'imputato regolarmente convocato ovvero non rintracciato, il giudice procederà sulla richiesta del p.m.

Nel caso in cui, come anticipato, si trattasse di applicare la misura della custodia cautelare in carcere all'atto procederà un organo, comunque, cioè, sia nel caso in cui

sia possibile procedere anticipatamente non sussistendo preclusioni, ovvero ancora collegialmente, qualora sussistano ipotesi preclusive.

La necessità di evitare delle situazioni di incompatibilità, prospettabili con estrema facilità, ha reso necessario differire da due anni l'entrata in vigore della riforma le divisioni dei concorsi di reclutamento che con lo stesso provvedimento vengono predisposti.

### 3. Le prime questioni applicative.

Le modifiche sul punto non appaiono, invero, del tutto complete. La nuova disciplina già presenta alcuni interrogativi: innanzitutto si prospettano questioni con riferimento al rapporto con il riesame che cambierà funzioni e che in caso di collegialità richiederà la verifica del suo mantenimento; in secondo luogo, non è chiaro cosa succede in ordine alle modalità della misura cautelare del carcere rispetto alla condizione non disciplinata del suo destinatario, prospettandosi la differenziazione tra "dispositivo" immediatamente esecutivo e motivazione differita a suo supporto.

In secondo luogo, molteplici sono le situazioni nelle quali si procede all'applicazione delle misure cautelari nel corso del procedimento e appare pertanto opportuno verificare se in tutti i casi sia necessario procedere all'interrogatorio anticipato.

Non dovrebbe essere oggetto di discussione che in tutti i casi di operatività dell'art 302 c.p.p. si proceda all'interrogatorio anticipato, essendo espressamente previsto che la misura sia applicata dopo l'interrogatorio; se si dovesse trattare del carcere sarà necessario (nei tempi richiesti) procedere con quello collegiale.

L'interrogatorio – come, peraltro, ha affermato dalla giurisprudenza in riferimento all'art. 294 c.p.p. – non sembrerebbe necessario nel caso disciplinato dall'art 27 c.p.p., fatta salva l'eventualità in cui il giudice modifichi la misura o essa riposi su nuovi elementi. In quest'ultima ipotesi, come nel caso in cui la misura abbia perso efficacia per la nuova procedura troverà operatività la riforma Nordio.

La particolare struttura processuale dell'udienza di convalida di cui agli artt. 391 e 307 c.p.p. (con future tensioni per la collegialità) consente di concludere nel senso del contraddittorio anticipato considerato che l'art. 294 c.p.p. fa salvo quanto effettuato nell'udienza di convalida.

Un'ulteriore questione si prospetta in relazione a quanto previsto dal comma 4 dell'art. 299 c.p.p. relativamente all'aggravamento delle esigenze cautelari.

Invero il riferimento alla collegialità di cui al comma 4 secondo periodo dello stesso articolo non è risolutivo, prospettandosi lo stesso in tutti e due i percorsi applicativi. Tuttavia, corrisponderebbe alla *ratio* della riforma non sussistendo ragioni ostative procedere all'interrogatorio anticipato.

Maggiormente controversa sembra prospettarsi, alla luce dell'ampiezza delle valutazioni attribuite al giudice, la procedura applicativa nel caso di cui all'art. 276 c.p.p.: se non sussistono ragioni ostative (esigenze cautelari e natura dei reati) si potrebbe procedere all'interrogatorio anticipato e se si tratta del carcere anche a quello collegiale.

Il problema si prospetta, stante il richiamo espresso all'art. 276 c.p.p., anche nella procedura di revisione (art. 635 c.p.p.).

Nel contesto qui affrontato bisogna considerare anche le situazioni di cui agli artt. 275 comma 1-*bis* e comma 2-*ter* c.p.p.

Ora se l'interrogatorio anticipato è sostitutivo di quello dell'art. 294 c.p.p. deve tenersi conto che quest'ultimo è esperibile prima dell'inizio del dibattimento. In ogni caso i citati provvedimenti sono governati dal pericolo di fuga che, come detto, è ostativo al contraddittorio anticipato.

Prescindendo dalla premessa, tuttavia, ci si potrebbe interrogare nel caso di cui all'art. 275, comma 1-*bis* c.p.p. dell'ipotesi di cui alla sola lett. c e di reato non ostativo.

Stante i presupposti accentuatamente oggettivi nel caso dell'art. 275, comma 2-*ter* c.p.p. l'ipotesi negativa appare comunque preferibile.

Una variabile potrebbe essere costituita da quanto previsto dal comma 5 dell'art. 300 c.p.p. a seguito della decisione delle Sezioni Unite in ordine alla proponibilità del riesame e non dell'appello. Invero la mancanza di indicazioni specifiche in ordine ai presupposti per la riemissione/emissione della misura potrebbe suggerire la celebrazione del contraddittorio anticipato.

Non può negarsi che tutte queste ultime situazioni sottendono la presenza del pericolo di fuga, peraltro facilmente arginabile dall'indicazione in tal senso nella richiesta necessaria del Procuratore della Repubblica.

Considerazioni ricostruttive possono essere sviluppate anche in relazione ai procedimenti del cd. codice rosso: se il problema dei provvedimenti di cui agli artt. 382-*bis* e 384-*bis* c.p.p. rifluiscono entro lo schema della convalida, fondato sulla monocraticità, si pone un problema con il segnalato problema della collegialità per il carcere (quando sarà), meritano approfondimento le misure cautelari di cui agli artt. 282-*bis* e 282-*ter* c.p.p.

Ora stante il richiamo di cui all'art. 362 comma 1-*ter* c.p.p. da parte dell'art. 291 comma 1-*quater* c.p.p. deve ritenersi che sia escluso il contraddittorio anticipato e non trattandosi di carcere anche la decisione collegiale, ma non il tempo entro il quale la decisione deve essere assunta dal giudice (art. 362-*ter* c.p.p.).

Quanto all'applicazione ai sensi del comma 1-*ter* dell'art. 276 c.p.p. trattandosi della misura del carcere si procederà collegialmente, in futuro, ma non con il contraddittorio anticipato.

# SOFTWARE DI TRASCRIZIONE FORENSE: UNA PERICOLOSA DELEGA DI POTERE

Iacopo Benevieri\*

**Sommario:** **1.** La prova in una sillaba. – **2.** La trascrizione umana tra aspettative e proiezioni. – **3.** La trascrizione automatica: una pericolosa delega di potere. – **4.** Conclusioni: l'urgente necessità di un intervento normativo.

## 1. La prova in una sillaba.

Nel corso degli interrogatori di garanzia nell'inchiesta che ha recentemente coinvolto il presidente della Regione Liguria uno degli indagati avrebbe fornito una risposta recentemente caduta al centro dell'attenzione mediatica. In particolare, dalla trascrizione della fonoregistrazione del suo interrogatorio risulterebbe che il predetto avrebbe reso la seguente dichiarazione: il presidente della Regione “*ci chiedeva finanziamenti illeciti*”<sup>1</sup>.

Tale trascrizione è stata contestata dallo stesso dichiarante, il quale ha precisato di ricordare “*con assoluta certezza di aver pronunciato le parole ‘finanziamenti leciti’*”. A seguito di tale contestazione, il pubblico ministero avrebbe formulato alla Giudice per le Indagini Preliminari una richiesta di disporre perizia fonica, presumibilmente finalizzata ad accertare se l'indagato ebbe o meno a pronunciare la sillaba “il” come prefisso della parola “leciti”, ovvero come continuum fonico tra la parola “finanziamenti” e la parola “leciti”.

La questione appare ancor più rilevante se si considera come la trascrizione in esame non sarebbe stata condotta da una persona fisica bensì da un software specificatamente programmato per convertire l'oralità del parlato in trascrizioni. Non parrebbe esser stato d'ausilio a fugare i dubbi neanche il verbale redatto in forma riassuntiva dal cancelliere, nel quale non si fa menzione del termine “finanziamenti”, né “leciti” né “illeciti”.

A prescindere dal diverso (rilevante) riflesso probatorio che nella fattispecie concreta assumerebbe la particella “il” nell'una e nell'altra ipotesi, la vicenda consente di

---

\* Avvocato del Foro di Roma.

<sup>1</sup> [https://www.corriere.it/cronache/24\\_maggio\\_26/caso-toti-finanziamenti-illeciti-no-leciti-audio-contestato-spinelli-jr-in-aula-cf63373d-f892-44f3-8e45-0148cf067x1k.shtml](https://www.corriere.it/cronache/24_maggio_26/caso-toti-finanziamenti-illeciti-no-leciti-audio-contestato-spinelli-jr-in-aula-cf63373d-f892-44f3-8e45-0148cf067x1k.shtml).

riflettere nuovamente su una questione spesso trascurata, quella relativa all'assenza di idonee garanzie nella trascrizione forense del parlato, sia esso captato nel corso di una intercettazione, sia esso registrato durante un esame dibattimentale, un interrogatorio o un'assunzione di sommarie informazioni.

## 2. La trascrizione umana tra aspettative e proiezioni.

Nell'ipotesi in cui la trascrizione in esame fosse stata effettuata da una persona fisica, numerosi sono i fenomeni che avrebbero potuto indurre la percezione della parola "illeciti" anziché "leciti". Ritenere che il soggetto che ascolta un dialogo cui non partecipa sia "terzo estraneo", impermeabile dunque al processo comunicativo che ascolta, è convincimento smentito dagli studi di linguistica forense, che hanno sottolineato al contrario il ruolo di partecipazione attiva dell'ascoltatore, direttamente inserito o meno nell'interazione. Una delle più chiare evidenze di tale ruolo attivo di chi trascrive è costituita dal complesso fenomeno della previsione dell'ascolto.

Poiché il parlato è solitamente "ipoarticolato", vale a dire caratterizzato da fenomeni di coarticolazione fonica, da una maggiore fluidità esecutiva, con frequenti eclissi di intere sillabe di una parola (come potrebbe esser avvenuto nella percezione e trascrizione delle parole "finanziamenti(l)leciti"), ebbene chi trascrive si troverà spesso a dover percepire segnali vocali incompleti con la conseguenza che tenderà a far ricorso ad altri elementi, soprattutto di tipo extralinguistico, e ad attuare aspettative e previsioni.

Nella percezione di una frase interviene un calcolo di previsione da parte di chi ascolta, il quale, basandosi sui dati in proprio possesso (per esempio, conoscenza degli interlocutori, del loro ruolo processuale, del contesto nel quale l'interazione è inserita, del tema oggetto del dialogo e, quindi, dell'oggetto del processo o delle indagini), nonché sull'ampiezza del proprio vocabolario, formula un elenco di possibili parole o frasi che potranno seguire quella percepita<sup>2</sup>.

Si può quindi affermare come l'ascoltatore focalizzerà la propria attenzione sul dato acustico, attivando al contempo le proprie personali conoscenze, le proprie previsioni, così da ricostruire le parti di segnale vocale non sufficientemente chiare. È questa la ragione per la quale sarebbe opportuno che chi trascrive non fosse a conoscenza dell'oggetto del procedimento o dell'atto processuale in corso, per evitare proprio la proiezione di personali attese sull'ascolto<sup>3</sup>.

Garanzie maggiori, tuttavia, non vengono fornite nell'ipotesi di trascrizione forense effettuata tramite software di riconoscimento automatico del parlato.

## 3. La trascrizione automatica: una pericolosa delega di potere.

Software di riconoscimento vocale e di trascrizione del linguaggio naturale sono ormai frequentemente utilizzati nell'ambito della ricerca sulla linguistica applicata

<sup>2</sup> L. ROMITO, *La misura dell'intelligibilità e il rapporto segnale-rumore. Atti del convegno "AISV (Associazione Italiana di Scienze della Voce)"*, Padova, 2004, 539 ss.

<sup>3</sup> F. ORLETTI-L. MARIOTTINI, *Forensic Communication in Theory and Practice, New Castle upon Tyne, Cambridge Scholars Publishing*, 2017, 17.

(cd. ASR, “Automatic Speech Recognition”). Questo tipo di ricerca richiede spesso la trascrizione di dati parlati per procedere a una loro analisi. I continui progressi nell’elaborazione di questi applicativi stanno rendendo la trascrizione automatica dei testi parlati una possibilità interessante per chi conduce ricerca. Tale prassi si sta diffondendo anche nelle trascrizioni forensi, suscitando più di qualche perplessità sull’accuratezza dei risultati.

Recenti studi hanno evidenziato come i software più aggiornati, pur accedendo a modelli linguistici estremamente ampi, non forniscano idonee garanzie di un’esatta trascrizione del parlato. È stato rilevato come la qualità della trascrizione possa dipendere, innanzitutto, dal diverso formato del file audio immesso nel sistema (wav o mp3), con significative differenze trascrittive prodotte dallo stesso software<sup>4</sup>. In generale, è stato segnalato un potenziale tasso di errore molto elevato, ritenuto “*del tutto inappropriato per i contesti forensi*” (“*not appropriate for forensic contexts*”) in quanto “*una trascrizione in cui solo il 50% è corretto non è utilizzabile*” (“*a transcription in which only 50% is correct is not useable*”).

Inoltre la mancanza di informazioni e di piena trasparenza sull’esatta architettura di tali software, e la conseguente mancanza di certezza sulle cause dei diversi livelli di prestazioni, è un’altra ragione per cui i sistemi ASR non sono attualmente ritenuti adatti all’ambito forense<sup>5</sup>.

A ciò si aggiunga che problemi relativi al riconoscimento di elementi lessicali particolarmente infrequenti, al rumore di fondo, alla distanza variabile dei parlanti dal microfono, alla sovrapposizione del parlato condizionano il corretto riconoscimento del parlato<sup>6</sup>. In particolare tali sistemi sembrano soffrire del medesimo fenomeno evidenziato in relazione al trascrittore umano, quello cioè della previsione delle parole: molti applicativi ASR, infatti, non hanno restituito prestazioni affidabili nella trascrizione di parole a bassa prevedibilità (“*low predictability items*”). Sotto questo profilo sarebbe interessante comprendere se la parola “*ileciti*”, affiancata a “*finanziamenti*”, è attestata dall’algoritmo come parola a bassa prevedibilità rispetto alla parola “*illeciti*”, con la conseguenza che la prima opzione risulterebbe ad alto rischio di essere scartata. La trascrizione che viene effettuata, dunque, si baserebbe su un modello probabilistico di ciò che è stato detto.

D’altronde, com’è stato osservato<sup>7</sup>, uno dei sistemi più sofisticati di riconoscimento vocale e di trascrizione si basa su 680.000 ore di audio, tratte da programmi televisivi, udienze di tribunali e dibattiti politici, già accompagnate dalle trascrizioni ufficiali così da consentire al sistema di procedere a un lavoro di apprendimento migliore nel trovare regole comuni applicabili. Fornendo al sistema migliaia di registrazioni in cui

---

<sup>4</sup> D. LOAKES, *Automatic speech recognition and the transcription of indistinct forensic audio: how do the new generation of systems fare?* *Frontiers in communications*, 14.2.2024; L. HARRINGTON, and V. HUGHES, *Automatic speech recognition: system variability within a sociolinguistically homogeneous group of speakers*, in *Proceedings of the 20th International Congress of Phonetic Sciences Guarant International*, 2023.

<sup>5</sup> D. LOAKES, *cit.*

<sup>6</sup> D. O’SHAUGHNESSY, *Trends and developments in automatic speech recognition research*, in *Computer Speech & Language*, vol. 83, 2024.

<sup>7</sup> D. TURNER, *Automated transcription and some risks of machine interpretation*, in QUIRKOS, 25.4.2023.

persone diverse, in luoghi diversi, pronunciano, per esempio, una determinata parola, il sistema crea un modello probabilistico, con la conseguenza che *“questi sistemi possono essere influenzati negativamente da un pregiudizio culturale”*, determinato dall’ *“insieme di dati di TV, podcast e notiziari utilizzati per addestrare il sistema”*. Di fatto, se nei dati vocali inseriti nel sistema la parola “finanziamenti” è associata, nella maggioranza dei casi, a condotte illecite, il sistema riconoscerà come più probabile l’aggettivo “illeciti” rispetto a “leciti”.

Per tale motivo è stato ritenuto auspicabile che la trascrizione automatica venga sempre sottoposta a revisione da parte del trascrittore umano, in assenza del quale si corre il rischio di concedere una pericolosa delega a tali sistemi nella rappresentazione del dato orale<sup>8</sup>.

#### 4. Conclusioni: l’urgente necessità di un intervento normativo.

Possiamo affermare che la trascrizione è un’attività che costituisce l’esito di un’articolata analisi, per la quale sono necessarie competenze specialistiche altamente qualificate nell’ambito di più discipline (quali, per citarne solo alcune, l’analisi del suono, la fonetica articolatoria, la sociofonetica, la dialettologia, la sociolinguistica). D’altronde, poiché la trascrizione è un atto di interpretazione e di rappresentazione, è sempre anche un atto di potere. Da ciò non può che derivare la necessità di un’attenta e urgente regolamentazione della materia, sia per quanto attiene alla istituzione di un albo nazionale dei trascrittori e alla previsione dei titoli e dei percorsi formativi necessari per accedervi, sia per quanto attiene alla elaborazione di raccomandazioni operative per una trascrizione che risponda a criteri di garanzia e attendibilità, sia per quanto attiene alla regolamentazione dell’uso degli applicativi di trascrizione automatica.

Se, infatti, la trascrizione costituisce l’espressione di una forma di “potere” nella misura in cui è atto di interpretazione e di rappresentazione, non può che concludersi come l’assenza di una qualsiasi forma di regolamentazione e la supina consegna di tale attività a sistemi “intelligenti” rischia di sottrarre l’esercizio di tale potere a qualsiasi garanzia.

---

<sup>8</sup> D. LOAKES, *Does automatic speech recognition (ASR) have a role in the transcription of indistinct covert recordings for forensic purposes?*, in *Frontiers in communications*, 2022.

## Osservatorio Corte Costituzionale

a cura di **Ottavia Murro**

### RESTITUZIONE ATTI - *JUS SUPERVENIENS*

C. Cost., 24 luglio 2024 (ud. 2 luglio 2024), n. 136, A.A. Barbera, Presidente; F. Viganò, Redattore (ordinanza)

#### La questione

Con ordinanza, il Tribunale ordinario di Livorno, sezione penale, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 635, quinto comma, del codice penale, nel testo introdotto dall'art. 2, comma 1, lettera *n*), del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 (Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari), in riferimento agli artt. 3 e 76 della Costituzione. Nel caso di specie, la questione ha ad oggetto il delitto di danneggiamento relativo a cosa esposta «per necessità o per consuetudine o per destinazione alla pubblica fede» (in forza del riferimento, operato dall'art. 635, secondo comma, numero 1, cod. pen., all'art. 625, primo comma, numero 7, del medesimo codice) e la conseguente procedibilità. Il Tribunale di Livorno, infatti, evidenzia come, per la specifica ipotesi di danneggiamento oggetto del processo, il d.lgs. n. 150 del 2022 abbia ommesso di prevedere la procedibilità a querela.

#### Le argomentazioni

L'ordinanza di rimessione è volta a censurare tale scelta del legislatore delegato che avrebbe operato in modo irragionevole e, dunque, in contrasto con l'art. 3 Cost., prevedendo la procedibilità d'ufficio per una fattispecie meno grave di altre (in tutto sovrapponibili, quale il furto di cose esposte per necessità, consuetudine o destinazione alla pubblica fede) per le quali è invece prevista la procedibilità a querela. Inoltre, il Governo avrebbe violato l'art. 76 Cost., contravvenendo alla delega in ragione «della assoluta irragionevolezza» del risultato normativo ottenuto attraverso il d.lgs. n. 150 del 2022;

A ben vedere, l'art. 1, comma 1, lettera *b*), del decreto legislativo 19 marzo 2024, n. 31 (Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari), entrato in vigore il 4 aprile 2024, ha modificato l'art. 635, quinto comma, cod. pen., introducendo la procedibilità a querela per il delitto di danneggiamento commesso su «cose esposte per necessità o per consuetudine o per destinazione alla pubblica fede». Nel contempo, l'art. 9, comma 1, dello stesso d.lgs. n. 31 del 2024 ha previsto che «[p]er il delitto di cui all'articolo 635 del codice penale, commesso prima della data di entrata in vigore del presente

decreto, quando il fatto è commesso su cose esposte per necessità o per consuetudine o per destinazione alla pubblica fede, si osservano le disposizioni dell'articolo 85 del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, come modificato dal decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 dicembre 2022, n. 199, ma i termini ivi previsti decorrono dalla data di entrata in vigore del presente decreto».

Invero, il d.lgs. n. 31 del 2024, entrato in vigore il 4 aprile 2024, successivamente all'ordinanza di rimessione, ha introdotto la procedibilità a querela per il delitto in esame, prevedendo al contempo un'apposita disciplina processuale transitoria e che la Corte deve prendere atto dello *ius superveniens* poc'anzi descritto con conseguente restituzione degli atti ai giudici rimettenti

### **La soluzione**

La Corte ha disposto la restituzione degli atti al giudice rimettente per un nuovo esame della rilevanza e della non manifesta infondatezza delle questioni alla luce del mutato quadro normativo.

## Osservatorio Sezioni Unite\*

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

**Fascismo**

Sez. un., 18 gennaio 2024 (dep. 17 aprile 2024), n. 16153, Cassano, Presidente, Andreatza, Relatore, Gaeta, P.m. (concl. diff.)

*La condotta, tenuta nel corso di una pubblica riunione, consistente nella risposta alla “chiamata del presente” e nel cosiddetto “saluto romano” integra il delitto previsto dall’art. 5 legge 20 giugno 1952, n. 645, ove, avuto riguardo alle circostanze del caso, sia idonea ad attingere il concreto pericolo di riorganizzazione del disciolto partito fascista, vietata dalla XII disp. trans. fin. Cost., potendo altresì integrare il delitto, di pericolo presunto, previsto dall’art. 2, comma 1, d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, ove, tenuto conto del complessivo contesto fattuale, la stessa sia espressiva di manifestazione propria o usuale delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all’art. 604-bis, secondo comma, c.p. (già art. 3 legge 13 ottobre 1975, n. 654)*

*L’incertezza derivante da contrastanti orientamenti giurisprudenziali nell’interpretazione e nell’applicazione di una norma non abilita, da sola, ad invocare la condizione soggettiva d’ignoranza inevitabile della legge penale, atteso che il dubbio circa la liceità o meno di una condotta, ontologicamente inidoneo ad escludere la consapevolezza dell’illiceità della medesima, deve indurre l’agente ad un atteggiamento di cautela, fino all’astensione dall’azione.*

**La questione.**

Le Sezioni unite sono intervenute per definire i rapporti tra le incriminazioni previste dall’art. 5, l. 20 giugno 1952, n. 645 (cosiddetta Legge Scelba) e l’art. 2, comma 1, d.l. 26 aprile 1993, n. 122, conv. con modif. Dalla l. 25 giugno 1993, n. 205 (cosiddetta Legge Mancino).

La questione controversa riguardava, più precisamente, la riconducibilità nell’una o nell’altra fattispecie della condotta, di matrice fascista, tenuta nel corso di una pub-

---

\* *Fascismo* a cura di Guido Colaiacovo; *Estorsione e turbata libertà degli incanti* 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.

blica riunione, consistente nella risposta alla “chiamata del presente” e nel cosiddetto “saluto romano”.

Il contrasto originava da una peculiare vicenda poichè si era delineato in sede di legittimità a seguito di una serie di decisioni assunte sui ricorsi proposti avverso le sentenze della autorità giudiziaria milanese. Quest'ultima si è più volte pronunciata, con statuizioni di tenore differente, nell'ambito dei processi penali che scaturivano a seguito della manifestazione che si tiene il 29 aprile di ogni anno nella città di Milano per commemorare Sergio Ramelli, Enrico Pedenovi e Carlo Borsani (il primo militante del Fronte della Gioventù, il secondo del Movimento Sociale Italiano, assassinati durante gli “anni di piombo”; il terzo, medaglia d'oro e militare della Repubblica Sociale Italiana, ucciso nel 1945).

La sentenza, dopo aver ricostruito questo particolare contesto fattuale e la vicenda processuale, insieme alla risposta al quesito posta dalla Sezione rimettente, ha elaborato anche altri chiarimenti sulle coordinate applicative delle due previsioni.

### **I contrapposti orientamenti.**

Sullo specifico quesito posto alle Sezioni unite, nella giurisprudenza di legittimità si contrapponevano due orientamenti.

Un primo indirizzo riteneva che il saluto fascista integrasse il reato di cui all'art. 2 della legge Mancino, trattandosi di una manifestazione esteriore costituente rappresentazione tipica delle organizzazioni e dei gruppi inequivocabilmente diretti a favorire la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico (in questo senso, Sez. I, 27 marzo 2019, n. 21409, in C.E.D. Cass., n. 275894; Sez. III, 10 luglio 2007, n. 37390, ivi, n. 237311).

Altro indirizzona affermava invece che il saluto romano, gesto evocativo del disciolto partito fascista, integrasse la violazione dell'art. 5 della Legge Scelba, a condizione che, trattandosi di reato di pericolo concreto, la condotta fosse idonea a determinare il pericolo di ricostituzione di organizzazioni fasciste in relazione al momento e all'ambiente in cui è compiuta (così, Sez. V, 18 aprile 2019, n. 36162, in C.E.D. Cass., n. 277526; Sez. I, 2 marzo 2016, n. 11038, ivi, n. 269753; Sez. I, 25 marzo 2014, n. 37577, ivi, n. 259826).

Nel medesimo contesto, peraltro, emergevano ulteriori criticità interpretative sulla natura del reato di pericolo concreto ovvero astratto delle incriminazioni applicabili e sulla loro relazione.

Quanto al primo aspetto, in effetti, se per un verso, l'incriminazione dell'art. 5 della Legge Scelba darebbe luogo a un reato di pericolo concreto (Sez. V, 18 aprile 2019, n. 36162, cit., Sez. I, 2 marzo 2016, n. 11038, cit., Sez. I, 25 marzo 2014, n. 37577, cit.), per altro verso, la fattispecie contemplata dall'art. 2 della Legge Mancino sarebbe riconducibile alla categoria dei reati di pericolo astratto (Sez. I, 27 marzo 2019, n. 21409, cit.).

Quanto al secondo aspetto, sorgeva il quesito sulla natura del rapporto tra le due previsioni.

Secondo un orientamento si trattava di un rapporto di specialità (Sez. I, 19 novembre 2021, n. 3806, in C.E.D. Cass., n. 282500), che, invece, doveva essere escluso, come sostenuto da altra pronuncia di legittimità (Sez. I, 12 ottobre 2021, n. 7904, in C.E.D. Cass., n. 282914).

### La soluzione.

Le Sezioni unite hanno preliminarmente ripercorso il contrasto interpretativo, alla luce del dato normativo e della sua evoluzione.

Posta tale articolata premessa, nella quale sono tratteggiate le sentenze che si sono soffermate sulla rilevanza penale del saluto romano e della chiamata del presente, le Sezioni unite esaminano i tratti distintivi delle singole incriminazioni ed evidenziano la profonda diversità del bene giuridico tutelato dalle due incriminazioni.

Da questo punto di vista, sottolineano che l'art. 5 della Legge Scelba appare orientato, anche alla luce della sua origine storica, verso la repressione di fenomeni lesivi dell'"ordinamento costituzionale", per proteggere il quale viene apprestata una tutela anticipata in relazione a manifestazioni che, in connessione con la natura pubblica delle stesse, espressamente richiesta dalla norma, possono essere tali da indurre alla ricostituzione di un partito la cui ideologia è contraria all'assetto costituzionale. Su questo versante, la motivazione evoca anche la giurisprudenza della Corte costituzionale che, a più riprese, ha ribadito le ragioni per le quali una simile previsione è coerente con i principi enunciati dalla Carta fondamentale (C. cost., 12 novembre 1974, n. 254), a condizione che la natura del pericolo sia concreta e non astratta (sul punto, peraltro, le Sezioni unite respingono fermamente la tesi dottrinale favorevole a introdurre nella prospettiva della valutazione del pericolo una logica puramente presuntiva).

Differente, invece, è il discorso sull'art. 2 della Legge Mancino, che mira a reprimere la diffusione di idee discriminatorie o di atti di violenza commessi per motivi razziali, etnici, religiosi e nazionali al fine di scongiurare il pericolo della lesione ai beni fondamentali, protetti dagli artt. 2 e 3 Cost., della dignità e della eguaglianza della persona. Qui la diversa natura del bene giuridico induce le Sezioni unite ad ammettere che, in tale dimensione, si può giustificare una diversa connotazione del pericolo, che può quindi essere soltanto astratto.

Dopo aver esaminato la struttura delle norme, le Sezioni unite escludono, richiamando la corposa giurisprudenza di legittimità e le nozioni consolidate in materia, che le stesse possano essere poste tra loro in rapporto di specialità. Pur presentando le due incriminazioni un tratto comune (la natura pubblica delle manifestazioni nel corso delle quali sono compiute), è presente un elemento differenziante: mentre nell'art. 5 della Legge Scelba le manifestazioni sono quelle usuali del disciolto partito fascista, nell'art. 2 della Legge Mancino le manifestazioni sono quelle esteriori, proprie ed usuali delle organizzazioni, dei movimenti o dei gruppi indicati dall'art. 3 della l. 13 ottobre 1975, n. 654.

Per tali ragioni, prosegue la sentenza, tra le due fattispecie ricorre, semmai, un rapporto di specialità bilaterale, estraneo alla previsione dell'art. 15 c.p. E, così, il contrasto è risolto prediligendo l'interpretazione elaborata da Sez. I, 12 ottobre 2021, n. 7904, cit. rispetto a quella proposta da Sez. I, 19 novembre 2021, n. 3806, cit.

Non sussistendo un rapporto di specialità, le Sezioni unite affermano che, al fine di stabilire quale sia la norma applicabile al caso concreto, deve guardarsi al significato rituale del saluto romano.

In questa ottica, sarebbe "fisiologica" la riconducibilità delle condotte in questione all'art. 5 della Legge Scelba: il saluto romano e la chiamata del presente sono espressamente menzionate dagli artt. 3 e 9 del regolamento del partito fascista. La rilevanza penale della condotta, tuttavia, è subordinata alla sussistenza di precisi elementi di

fatto (il contesto ambientale, la eventuale valenza simbolica del luogo di verifica, il grado di immediata, o meno, ricollegabilità dello stesso contesto al periodo storico in oggetto e alla sua simbologia, il numero dei partecipanti, la ripetizione insistita dei gesti) idonei a dare concretezza al pericolo di “emulazione” insito nel reato, secondo i principi enunciati dalla Corte costituzionale.

La “naturale” riconducibilità delle condotte in questione al reato contemplato dall'art. 5 della Legge Scelba non consente di escludere che, a talune condizioni, possa invece essere integrata la diversa fattispecie dell'art. 2 della Legge Mancino, qualora nella azione delittuosa si ravvisino contestualmente i connotati di una tendenza discriminatoria. È tuttavia necessario che le manifestazioni esteriori espressive di incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi siano proprie o usuali dei gruppi che tale incitamento pongono in essere. Tali gruppi, peraltro, devono essere puntualmente individuati dal giudice.

### **Estorsione e turbata libertà degli incanti**

Sez. un., 28 marzo 2024 (dep. 22 luglio 2024), n. 30016, Cassano, Presidente, De Amicis, Relatore, Fimiani, P.m. (concl. conf.)

*Nella nozione di danno patrimoniale rilevante ai fini della configurabilità del delitto di estorsione rientra anche la perdita della seria e consistente possibilità di conseguire un bene o un risultato economicamente valutabile, la cui sussistenza deve essere provata sulla base della nozione di causalità del diritto penale.*

*La condotta di chi, con violenza o minaccia, allontani l'offerente da una gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private, oltre ad integrare il reato di cui all'art. 353 c.p., può integrare altresì quello di cui all'art. 629 c.p. ove abbia causato un danno patrimoniale derivante dalla perdita di una seria e consistente possibilità di ottenere un risultato utile per effetto della partecipazione alla predetta gara.*

### **Le questioni.**

Le Sezioni unite sono intervenute preliminarmente per chiarire, anche alla luce della giurisprudenza in ambito civile, se nella nozione di danno di cui all'art. 629 c.p. possa rientrare anche la perdita dell'aspettativa di conseguire un vantaggio economico e, successivamente, sull'ammissibilità del concorso tra il reato di turbata libertà degli incanti e quello di estorsione.

### **I contrapposti orientamenti.**

Diversi orientamenti giurisprudenziali si sono soffermati sul concetto di perdita di *chance* e sull'opportunità di collocarlo nell'alveo del danno patrimoniale di cui all'art. 629 c.p., seppure difficilmente si rinvenga una definizione precisa del concetto in questione.

Per un primo orientamento, non vi è stata una descrizione precisa della perdita di *chance*, più genericamente ricondotta all'ampia nozione di patrimonio, già accolta da altro precedente giurisprudenziale (Sez., II, 27 aprile 2016, n. 41433, in C.E.D. Cass., n. 268630; Sez. II, 12 luglio 2013, n. 43769, Ventimiglia, *ivi*, n. 257303). Secondo altro orientamento, la rinuncia a una legittima aspettativa dovrebbe essere considerata come un danno futuro, consistente nella perdita della possibilità di conseguire un

vantaggio economico; a tal fine occorrerebbe operare una valutazione *ex ante* del menzionato danno, ponendolo in correlazione temporalmente e causalmente con il comportamento illecito che lo avrebbe cagionato (Sez. V, 16 febbraio 2017, n. 18508, in C.E.D. Cass., n. 270209). Infine, un ultimo orientamento – accogliendo il concetto di *chance* di cui alla giurisprudenza civile – ha escluso che il danno connotato come futuro, eventuale e immateriale, privo cioè di concretezza ed effettività e, perciò, tale da non poter essere considerato un'entità patrimoniale a sé stante, possa essere ricondotto nella sfera applicativa della *chance* (Sez. VI, 14 settembre 2017, n. 1754, in C.E.D. Cass., n. 271967).

Per quanto concerne, poi, l'ammissibilità di un concorso formale tra i reati di turbata libertà degli incanti ed estorsione, sono emersi due orientamenti. Il primo che, in applicazione del principio di specialità di cui all'art. 15 c.p., sostiene l'insussistenza del concorso tra le due fattispecie, ritenendo assorbito il delitto di estorsione in quello di turbata libertà degli incanti per evitare la duplicazione sanzionatoria per lo stesso fatto, considerando che l'art. 353 c.p. avrebbe una natura plurioffensiva, diretta a tutelare non solo la libertà di partecipazione ai pubblici incanti, ma anche la libertà di coloro che intendono parteciparvi (Sez. VI, 3 marzo 2004, n. 19607, in C.E.D. Cass., n. 228964). Diversamente, un secondo orientamento – risalente nel tempo – sostiene che i delitti possono concorrere formalmente, considerando i diversi beni giuridici tutelati dalle norme, la differente condotta incriminata – che nell'estorsione prevede una coazione fisica – e il differente elemento soggettivo, in un caso (art. 353 c.p.) generico, e nell'altro (art. 626 c.p.) specifico (Sez. II, 25 settembre 2003, n. 45625, in C.E.D. Cass., n. 227157; Sez. II, 30 novembre 1989, n. 3797, *ivi*, n. 183725).

### La soluzione.

In merito alla prima questione le Sezioni unite hanno affermato che nel concetto di danno di cui all'art. 629 c.p. ricade anche la perdita di *chance*, a condizione che presenti i caratteri della certezza, serietà e consistenza, più o meno elevata a seconda dei singoli casi (Cass. civ., Sez. III, 12 febbraio 2024, n. 3824, in C.E.D. Cass., n. 670112; Cass. c v., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28993., *ivi*, n.655791) e che risulti – in conformità ai criteri propri della causalità penale – causalmente legata alla condotta illecita del soggetto attivo (Sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, Franzese, in C.E.D. Cass., n. 222138).

Relativamente al concorso tra i due delitti in questione, le Sezioni unite hanno aderito all'orientamento più risalente, ma da sempre maggioritario, secondo cui l'estorsione non può ritenersi assorbita nel reato di turbativa d'asta, trattandosi di fattispecie di reato non sovrapponibili dal punto di vista teleologico-strutturale (Sez. II, 26 gennaio 2006, n. 4925, in C.E.D. Cass., n. 233346; Sez. II, 21 aprile 2017, n. 28388, *ivi*, n. 270338). Analizzando la loro struttura, emerge infatti come le due norme, oltre a essere in rapporto di specialità reciproca, mirino a prevenire eventi del tutto diversi (Sez. I, 10 gennaio 2011, n. 11471; Sez. un., 20 dicembre 2005, n. 47164, Marino, in Cass. pen., 2006, p. 861). Infatti, nell'estorsione, l'autore costringe la vittima a realizzare un atto dispositivo che è immediatamente lesivo del bene giuridico tutelato (il patrimonio), producendo così un danno ingiusto, che, invece, nell'art. 353 c.p. non è richiesto; nella turbativa d'asta, il bene giuridico tutelato è, al contrario, la genuinità dei pubblici incanti e delle procedure di licitazione privata. Ancora, le condotte di cui all'art. 353 c.p. possono essere quelle di violenza e minaccia (in questo caso coincidenti con quelle di cui all'art. 629 c.p.), ma possono concretizzarsi anche in collusioni o mez-

zi fraudolenti, che, diversamente, sono inidonei a integrare il delitto di estorsione. Quanto poi all'elemento soggettivo, nel caso del delitto di cui all'art. 353 c.p. il dolo richiesto è di tipo generico, mentre il dolo del delitto di cui all'art. 629 c.p. è specifico. Dunque, qualora la condotta del soggetto attivo del delitto di turbativa d'asta sia di violenza o minaccia, i due reati verranno a concorrere senza peraltro poter dar luogo a ipotesi di assorbimento, stante l'impossibilità di ravvisare una sovrapposizione costante tra le due fattispecie.

# IL MOG 231 E LA SUA ELUSIONE FRAUDOLENTA ATTRAVERSO IL C.D. MANAGEMENT OVERRIDE NELL'ULTIMA GIURISPRUDENZA DI MERITO: L'OCCASIONE È PROPIZIA PER UNA RICOGNIZIONE SUL TEMA

(nota a Tribunale di Milano, Sez. II Penale, n. 1070 del 25 gennaio 2024)

Monica Tortorelli\*

**Sommario:** 1. L'oggetto della questione ed alcune preliminari note di contesto. – 2. Il requisito della elusione fraudolenta e le pregresse indicazioni ermeneutiche. – 2.1. **Segue.** Un rapido inciso: le dinamiche elusive nell'ipotesi del reato presupposto colposo. – 3. Il disposto "nuovo" del Tribunale di Milano. Un *focus* sulla elusione fraudolenta quale dissociazione tra *management* e politica d'impresa. – 4. Alcune considerazioni conclusive: uno sguardo oltre la norma.

## ABSTRACT

La sentenza del Tribunale di Milano, che qui si commenta, desta interesse poiché, nel pronunciarsi riguardo ad una ipotesi di elusione fraudolenta del MOG 231, a mezzo di *management override*, permette di misurare, in tale precipuo contesto giudiziario, la capacità persuasiva degli ultimi assunti della giurisprudenza di legittimità in tema di condotta elusiva. Il lavoro analizza, allora, i principali snodi ricostruttivi della decisione, ma l'occasione è altresì utile per una ricognizione su alcuni importanti postulati riconducibili al modello imputativo della «colpa di organizzazione», rispetto ai reati-presupposto degli apicali, e per ipotizzare, in prospettiva, degli interventi di modifica al testo vigente dell'art. 6 comma 1 l. c) del d. lgs. n. 231 del 2001, in ordine alla prova liberatoria della persona giuridica.

*The judgment of the Court of Milan, which is commented on here, arouses interest because, in ruling regarding a case of fraudulent elusion of the MOG 231, by means of management override, it allows us to verify, in this judicial context, the persuasive capacity of the latest assumptions of the jurisprudence of legitimacy on the subject of elusive conduct. The paper analyzes, then, the main reconstructive junctures of the decision, but the occasion is also useful for a reconnaissance of some important postulates attributable to the specific paradigm of corporate "criminal" liability, with respect to the management offenses, and to hypothesize, in perspective, interventions to modify the current text of art. 6 paragraph 1 l. c) of Legislative Decree no. 231 of 2001.*

---

\* Ricercatrice di Diritto Penale presso l'Università degli Studi del Molise.

## 1. L'oggetto della questione ed alcune preliminari note di contesto.

A distanza di due anni dalla definizione della 'vicenda Impregilo', vero e proprio *leading case* nel 'sistema 231', una nuova pronuncia del Tribunale di Milano (Sez. II Penale n. 1070 del 25 gennaio 2024) riafferma e consolida alcuni importanti postulati riconducibili al modello imputativo della «colpa di organizzazione» con riguardo ai reati-presupposto commessi dai vertici aziendali.

La sentenza suscita in effetti interesse proprio perché consente di misurare, in un diverso contesto giudiziario, la capacità persuasiva degli assunti interpretativi che nella ricordata vicenda Impregilo avevano segnato un fondamentale punto di svolta in tema di elusione fraudolenta.

Le argomentazioni offerte dal Collegio – nell'escludere la responsabilità della *societas* – permettono di fare emergere, accanto al riconoscimento della «idoneità del modello organizzativo» adottato dalla persona giuridica, il profilo controverso inerente all'onere della prova disciplinato dall'art. 6 del d. lgs. n. 231 del 2001 e dunque alla dimostrazione, tra l'altro, che «le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione» (comma 1 l. c).

Il famigerato comma 1 l. c) dell'art. 6, con le sue problematiche e difficoltà applicative, è stato sottoposto, com'è noto, diverse volte e sotto diversi punti di vista al vaglio della giurisprudenza.

Il dato che in questa sede interessa isolare attiene al requisito della «fraudolenza», il cui accertamento da parte dei Giudici milanesi parrebbe essere il risultato di una lettura ermeneutica in chiave mista (soggettivistica/oggettivistica) o comunque di una lettura differente rispetto a quella propriamente oggettivistica che pure è prevalsa, come diremo, nello scenario interpretativo.

Il caso di specie si riferisce ad un reato di false comunicazioni sociali, commesso dai soggetti apicali della società chiamata in giudizio, i quali, al fine di massimizzarne i profitti, segnatamente aumentando il margine lordo operativo, avevano destinato alcuni settori di attività (quello delle fatturazioni e degli *open to capex*) ad una gestione accentratrice, nelle mani di pochi manager, in totale difformità al principio di separazione delle funzioni aziendali, ed alterato i dati di *performance* e i report inviati alla casa madre e ai revisori, integrando così il fenomeno che in termini aziendalistici viene denominato «*management override*».

Si tratta, in sostanza, di una modalità di gestione informativa finanziaria in contrasto con il sistema di controllo interno degli enti attuata con lo scopo di contaminarne i processi di gestione, tanto sotto forma di inosservanza che di frode. Nel caso oggetto del pronunciamento in commento è emersa in seno alla società imputata – una s.p.A. italiana operante nel campo delle telecomunicazioni, controllata da una multinazionale con sede all'estero – la realizzazione di pratiche illecite di *override* che i Giudici stessi riconducono ad uno «scenario in cui il comportamento aziendale diviene forzatamente improntato alla sistematica violazione ed aggiramento fraudolento di ogni regola, codice etico e modello organizzativo e, in presenza del quale, qualsiasi Modello seppur adeguato ed efficacemente attuato non sarebbe in grado di evitare comportamenti elusivi e manipolatori».

Attestata quindi l'adozione da parte della società del modello di organizzazione e gestione, il Tribunale di Milano ha ravvisato nel *management override of controls* l'operazione mediante la quale i soggetti apicali avevano eluso il MOG, che all'epoca

dei fatti in contestazione si presentava idoneo ed adeguato a prevenire il reato ex art. 25-ter d. lgs. n. 231/2001, contestato alla persona giuridica.

Il comportamento degli apicali viene infatti ritenuto espressivo di una forza decessiva tale da superare, aggirandoli, i protocolli organizzativi racchiusi nel modello stesso.

Ebbene, tale assunto, tassello fondamentale della parte motiva della decisione, costituisce una conferma dei recenti approdi della Suprema Corte in tema di elusione fraudolenta, secondo la quale, come meglio vedremo, «il concetto di ‘elusione’ implica necessariamente una condotta munita di connotazione decessiva, consistendo nel sottrarsi con malizia ad un obbligo ovvero nell’aggiramento di un vincolo, nello specifico rappresentato dalle prescrizioni del modello; rafforzata poi dal predicato di ‘fraudolenza’ [...], che [...] vuole evidenziare [...] una “condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola”, tale da frustrare con l’inganno il diligente rispetto delle regole da parte dell’ente»<sup>1</sup>.

Così ricostruite brevemente le vicende del procedimento e prima, però, di analizzare le questioni inerenti alla condotta elusiva, è utile in una visione di sistema ricordare, sia pure in maniera sintetica, le opzioni ermeneutiche che hanno avvolto il profilo della validazione giudiziale del modello in senso stretto, quale presupposto necessario per l’attivazione della verifica ulteriore della sua elusione fraudolenta.

Occorre in particolare evidenziare come, in un contesto di particolare complessità strutturale, nel quale si uniscono, insieme a competenze tecnico-giuridiche, competenze di organizzazione aziendale, informatiche, ed altre ancora, tutte indispensabili per la costruzione del modello, data anche l’assenza di criteri e parametri definiti su struttura e funzione della *compliance*<sup>2</sup>, per molto tempo la valutazione di idoneità del MOG sia stata, di fatto, bypassata dalla giurisprudenza, stabilendosi un automatico legame di consequenzialità tra commissione del reato da parte del rappresentante-persona fisica e deficit di controllo (e di organizzazione) da parte dell’ente.

La stessa Cassazione nella prima decisione sul caso Impregilo<sup>3</sup>, nel suo percorso argomentativo, in ordine al vaglio di adeguatezza si limita ad affermare che la valutazione della idoneità del modello non possa essere meramente teorica, ma debba basarsi su di un ragionamento applicato al caso concreto, volto a verificare le norme comportamentali aziendali e i presidi di controllo effettivamente attuati dall’ente in riferimento al reato-presupposto realizzatosi, richiedendo quindi al giudice una maggiore rigosità nell’accertamento. Ma, al di là di queste brevi osservazioni, la decisione richiamata, ci pare, lungi dal creare un “precedente” a favore della validazione giudiziale del MOG, nulla aggiunga in ordine alla verifica di adeguatezza. Ribaltando la valutazione di merito<sup>4</sup>, la Corte è giunta solo ad escludere l’idoneità del modello

<sup>1</sup> Cass. pen., Sez. VI, 15.06.2022, n. 23401, c.d. seconda pronuncia Impregilo.

<sup>2</sup> Sul punto, Rossi, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, Milano, 2017, 1 ss.

<sup>3</sup> Cass. pen., Sez. V, 30.01.2014, n. 4677, con nota di PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*, in *Le Società*, n. 4, 2014, 469 ss.

<sup>4</sup> Corte App. Milano, 21.03.2012, n. 1824, in *Fisco on line*, 2012 e GUP Tribunale di Milano, 17.09.2009, con nota di PALIERO, *Responsabilità dell’ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione “lascista” o interpretazione costituzionalmente orientata?*, in *Le Società*, n. 4/2010, 473 ss.

di Impregilo, nonostante esso risultasse conforme alle linee-guida delle associazioni di categoria di cui all'art. 6, co. 3, d.lgs. n. 231/2001. Ciò in ragione del difetto di indipendenza e dei vizi di composizione dell'Organismo di vigilanza, nonché ritenendo il MOG costruito in modo da consentire facilmente l'elusione dei protocolli da parte degli amministratori.

Si è assistito, di fatto, ad un'applicazione elusiva degli stessi importanti assunti contenuti nella celebre pronuncia *TyssenKrupp*<sup>5</sup>, con peculiare riguardo alla rilettura in chiave costituzionale del meccanismo di imputazione ex art. 6 d.lgs. 231: la medesima Cassazione ha cioè trasformato l'onere di allegazione, che le Sezioni Unite avevano nel caso *de quo* ritenuto di far 'seguire' alla prova dell'accusa circa la carenza organizzativa<sup>6</sup>, in un vero e proprio onere di dimostrazione della idoneità del MOG e della sua efficace attuazione.

La esperienza applicativa della giurisprudenza di legittimità dimostra, ancora, cadendo nella pericolosa deriva del "*hindsight bias*" - individuare il «*know-how* precauzionale-impeditivo del reato-presupposto» con prospettiva *ex post* (in forza "di quanto è successo") - come rimanga taciuta la verifica sulla impedibilità della condotta degli amministratori, seconda la miglior scienza ed esperienza reperibile al momento del fatto, e si aderisca così ad un modello c.d. debole di 'colpa di organizzazione', scevra dei contenuti di tipicità realmente colposa<sup>7</sup>. Alla stregua, per contro, di un modello "forte" di 'colpa di organizzazione' occorrerebbe operare un giudizio *ex ante* e controfattuale volto alla individuazione del comportamento alternativo lecito ed esigibile dall'ente, ossia l'adozione ed efficace attuazione del Modello idoneo ad impedire l'illecito della specie di quello verificatosi, avendo in considerazione esclusivamente le circostanze conosciute o conoscibili dall'ente stesso, al momento della realizzazione del reato (c.d. giudizio a base parziale)<sup>8</sup>. Si tratta di una verifica che andrebbe effettuata alla stregua delle *best practices* aziendali che fungono da parametro di riferimento, quale preesistente e «positivizzato *know-how* precauzionale impeditivo dei reati presupposto, fondato [...] su conoscenze consolidate e condivise nel momento storico in cui il fatto viene commesso circa i metodi di minimizzazione del rischio»<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Cass., Sez. Un., 24.04.2014, n. 38343, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 1838 ss., con nota di FIAN-DACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il «mistero» del dolo eventuale* e in *Giur. it.*, 2014, 2565 ss., con nota di BARTOLI, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp*.

<sup>6</sup> Sulla scia di un importante e precedente arresto (Cass. pen., Sez. VI, 18.02.2010, n. 27735), è chiaro l'assunto in tal senso della sentenza *Tyssen*: «Nessuna inversione dell'onere della prova, pertanto, è ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell'ente, gravando comunque sull'accusa la dimostrazione della commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui al D. Lgs. n. 123, art. 5, e della carente regolamentazione interna dell'ente, che ha ampia facoltà di offrire prova liberatoria».

<sup>7</sup> PALIERO, *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, in *Enciclopedia del diritto - Reato colposo*, Milano, 2021, 85.

<sup>8</sup> V. gli approfondimenti di PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza*, cit., 480; MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *RASE*, n. 3/2011, 69 ss.; MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *RTDPE*, 2017, 49 ss.

<sup>9</sup> Così PALIERO, *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, cit., 85. Cfr. inoltre, tra gli altri, D'ARCANGELO, *Il sindacato giudiziale sulla idoneità dei modelli organizzativi nella giurisprudenza*

Sennonché, senza volersi addentrare in tali precipui aspetti, che fuoriescono dal *focus* della trattazione e sui quali si rimanda ai puntuali commenti elaborati in dottrina<sup>10</sup>, può osservarsi in definitiva che nella prassi applicativa, ponendosi in una prospettiva di accertamento *ex post*, è prevalso un generale atteggiamento ‘colpevolista’ nei confronti dell’ente. Sebbene richiesta, in termini di imputazione soggettiva, la sussistenza di una colpa di organizzazione, in sede di legittimità non è stata approfondita la verifica di tale elemento soggettivo dell’illecito, per quanto concerne i suoi profili contenutistici e sistematici, esaurendosi la prova della responsabilità dell’ente in quella del requisito ascrivito oggettivo.

Questo è accaduto sia in assenza di MOG, ma anche quando esso sia stato adottato dalla persona giuridica e dunque in presenza di profili utili ad “esplorare” lo schema imputativo della colpa di organizzazione, limitandosi invece la giurisprudenza a desumere la inidoneità del modello dall’avvenuta commissione del reato-presupposto, i cui requisiti oggettivi e soggettivi in capo alla persona fisica si sono, alla stregua di un vero e proprio automatismo, trasfusi sull’ente<sup>11</sup>.

Nondimeno, lo scenario sembra essere mutato in forza della seconda pronuncia Impregilo, che, a distanza di otto anni dalla sentenza di appello-*bis*<sup>12</sup>, pone (con esito assolutorio) definitivamente fine all’annosa vicenda, segnando un punto di svolta nella lettura della disciplina 231. Si tratta di una decisione di indubbio rilievo, già ampiamente analizzata<sup>13</sup>, la quale, attraverso argomentazioni solide e con un lessico immune da ogni artificio retorico, declina in maniera chiara e diretta la «grammatica» del Decreto<sup>14</sup>, indicando anzitutto – sulla scia di autorevoli precedenti<sup>15</sup> – che l’art. 6 non

---

*più recente*, in *Rivista231*, 2015, 60. In giurisprudenza, Trib. Milano, 3.11.2010, in *Dir. pen. cont.*, 3 novembre 2010.

<sup>10</sup> Per tutti, PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex D.lgs. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2013, Parte I, 376-399; Parte II, 842-867.

<sup>11</sup> Provando a ricercare le ragioni sottostanti a tale impostazione, si possono accogliere le giuste riflessioni di chi ha posto in evidenza, nel ragionamento della giurisprudenza, una «ipervalutazione del c.d. agente modello», dipesa anche «da una sorta di diffidenza nel giudicante, essendo in fondo gli stessi destinatari della disciplina a produrre le possibili fonti della loro colpa». Si è, nel diritto vivente, in altri termini, elevata «l’asticella sino a pretese oggettivamente e soggettivamente insostenibili per la *societas eiusdem*, specie se ci si misura con la realtà del panorama italiano», con una «scarsa attenzione alla concreta morfologia dell’impresa italiana, fatta per gran parte di piccole e medie imprese, non di ‘imprese modello’»: MANES, *Realismo e concretezza nell’accertamento dell’idoneità del modello organizzativo*, in CATENACCI-D’ASCOLA-RAMPIONI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, vol. II, Roma, 2021, 1621 ss. Sul tema si rinvia altresì a DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato, profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, 324; GARGANI, *Responsabilità collettiva da delitto colposo d’evento: i criteri di imputazione nel diritto vivente*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 11.01.2016, 14 ss.; VITARELLI, *I reati in materia di sicurezza dignità e correttezza del lavoro*, in LATTANZI-SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, Vol. I - Diritto sostanziale, Torino, 2020, 524.

<sup>12</sup> Corte App. Milano del 10.12.2014.

<sup>13</sup> Cass. pen., Sez. VI, 15.06.2022, n. 23401, cit.: la si veda in *Sist. pen.*, 27 giugno 2022, con nota di PIERGALLINI, *Una sentenza “modello” della Cassazione pone fine all’estenuante vicenda “Impregilo”* e in *Sist. pen.*, n. 9 del 2022, 115 ss., con nota di FUSCO e PALIERO, *L’“happy end” di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo*.

<sup>14</sup> In questo senso i primissimi commenti: PIERGALLINI, *Una sentenza “modello”*, cit., 2 ss.

<sup>15</sup> Per tutti, si rimanda alla nota sentenza *Thyssen Krupp*: Cass., Sez. Un., 24.04.2014, n. 38343,

prevede alcuna inversione dell'onere della prova: ciò significa che la colpa di organizzazione è un elemento costitutivo dell'illecito, che compete all'accusa dimostrare.

Quanto più specificamente alla struttura del 'tipo' di illecito dell'ente, la sentenza - recependo i sopra richiamati ragionamenti interpretativi già prospettati dalla dottrina - ne accoglie una versione nella quale la colpa di organizzazione è costruita mutuando il modello di ascrizione della responsabilità penale alla persona fisica. In questo modo, il fatto-reato, ovvero il risultato colposo, diventa un elemento essenziale dell'illecito su cui orientare il nesso imputativo. Più in particolare, per l'addebito di responsabilità colposa, occorre che il risultato offensivo corrisponda proprio a quel pericolo che la regola cautelare violata era diretta a fronteggiare (criterio della copertura del rischio tipico); al pari, viene in considerazione il c.d. comportamento alternativo lecito, cioè l'ipotesi in cui, afferma la Corte, «l'osservanza della cautela avrebbe consentito di eliminare o ridurre il pericolo derivante da una data attività». Per valutare, poi, la idoneità del modello organizzativo il giudice dovrà idealmente collocarsi nel momento in cui il reato è stato commesso e verificarne la prevedibilità ed evitabilità, secondo il meccanismo epistemico della "prognosi postuma".

Ma ancora, nella valutazione della idoneità del MOG, è da escludersi, neanche a dirlo, la scorciatoia del *post hoc*: la commissione del reato, si legge in sentenza, non equivale a dimostrare che il modello sia idoneo. Il controllo sull'idoneità del modello, inoltre, non deve possedere una portata "totalizzante", ma limitarsi a valutare l'impatto della violazione delle cautele con il rischio di reiterazione del reato della stessa specie. Riguardo al "criterio di giudizio" sul quale calibrare la verifica di adeguatezza, le linee guida, di cui all'art. 6, comma 3, del Decreto, benché provviste di un'efficacia meramente orientativa, unitamente alle indicazioni provenienti dalle associazioni di categoria, ambedue espressive di autonormazione, risultano idonee a guidare la decisione del giudice, che dovrà dare conto delle ragioni per le quali il loro rispetto non precluda di attestare comunque l'esistenza di una colpa di organizzazione.

In ordine, infine, alla funzione dell'Organismo di vigilanza, la pronuncia evidenzia che eventuali lacune strutturali e funzionali possono condurre a riconoscere la colpa dell'ente solo quando presentano un'efficienza causale rispetto all'evento, ovvero il reato-presupposto. Si rileva, in più, che non grava sull'Organismo un obbligo di preventivo controllo sugli atti del presidente o dell'amministratore delegato di una società; altrimenti, si determinerebbe una ingerenza, di fatto, nella gestione di quest'ultima, ben oltre i poteri riconosciuti dall'art. 6, comma 1 lett. b), del Decreto. Spettano invece all'Organismo compiti di controllo sistemico continuativo sulle regole cautelari predisposte e sul rispetto di esse nell'ambito del modello organizzativo<sup>16</sup>.

Sulla base di siffatti parametri i Giudici, relativamente alla vicenda Impregilo, giungono a sancire la idoneità, nel momento in cui fu commesso il reato, del modello adottato dalla società con riguardo alla prevenzione dei cc.dd. illeciti di comunicazione, dovendosi tra l'altro tenere in debito conto la circostanza che la figura criminosa di aggio (art. 2637 c.c.) fosse stata inserita nel novero dei reati-presupposto della responsabilità collettiva soltanto alcuni mesi prima della commissione di detto

---

cit.

<sup>16</sup> Per una lettura approfondita di tali "nuove" coordinate applicative, PIERGALLINI, *Una sentenza "modello"*, cit., 3 ss.

reato da parte dei vertici societari. La società aveva comunque tempestivamente apprestato il modello di organizzazione e la pertinente procedura aziendale, avvalendosi delle linee-guida di categoria, che la legge stessa invita a considerare. La sentenza rinviene, inoltre, nella condotta degli imputati una elusione fraudolenta del modello, di tipo decettivo, avendo gli stessi falsificato i dati richiesti alle competenti funzioni aziendali e, come vedremo, accoglie un concetto di 'elusione' che implica inevitabilmente il requisito della fraudolenza, che si ritiene tutt'altro che sovrabbondante, posto che indicherebbe l'insufficienza di una mera, frontale violazione del modello, richiedendo anche una condotta ingannatoria. Rimediando al grave errore in cui sono incorse le precedenti decisioni, la Corte afferma, ancora, che anche il palese difetto strutturale dell'Organismo di vigilanza di Impregilo era privo di ogni relazione causale con il risultato offensivo: l'attività decettiva (che connota l'elusione fraudolenta) realizzata dagli imputati non si prestava ad essere impedita da un Organismo finanche adeguatamente formato. Neppure poteva pretendersi un sistema di flussi informativi, che ponesse l'organo nella condizione di manifestare una *dissenting opinion* rispetto al contenuto della comunicazione, e neppure, si conclude, ciò sarebbe stato utile, in quanto le scelte operative della società non competono all'Organismo medesimo, spettando ad altri organi la verifica dell'operato degli amministratori.

Tra gli aspetti sorprendentemente innovativi del *dictum* della Cassazione compare il ruolo dell'autonormazione, a cui la Corte, *sub specie* di linee guida e indicazioni delle associazioni di categoria, riconosce una valenza fondamentale nella verifica giudiziale del Modello. Questa esplicita presa di posizione lascia presagire un significativo mutamento di prospettiva quanto, in particolare, all'attivazione dei processi autoregolativi: strumenti di *soft law*, *best practices*, protocolli cautelari-pilota rientrano in un progetto tanto ambizioso, quanto difficile da realizzare, ma a cui il sistema deve necessariamente guardare, a meno di non voler riconsiderare *in toto* le coordinate del modello di responsabilità collettiva<sup>17</sup>.

L'auspicio è che il nuovo approdo giurisprudenziale apra realmente ad una nuova stagione interpretativa, il cui maggior pregio è certamente quello di avere proiettato la ricostruzione della vicenda punitiva sulla persona giuridica, mostrando una inedita propensione a "maneggiarne" lo statuto, così da introdurre un metodo di accertamento più approfondito delle dinamiche imputative dell'illecito colposo all'ente, con il necessario vaglio di tutte le sue sequenze costitutive, anche (e finalmente) sul piano soggettivo, *i.e.* della colpa di organizzazione, di cui la prassi potrà fare buon uso.

## 2. Il requisito della elusione fraudolenta e le pregresse indicazioni ermeneutiche.

La sintetica ricostruzione sin qui operata è servita a portare alla luce, utilizzando un angolo visuale di tipo sistematico, gli snodi fondamentali che compongono l'ac-

---

<sup>17</sup> Guarda con estremo favore a tali strumenti di *soft law* ed alle *best practices* PIERGALLINI, (da ultimo) in *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 4/2019, 535. Tra gli altri, sul tema, v. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., 81 ss.; PEZZI, *D.lgs. n. 231/2001: la vexata quaestio dell'idoneità ed efficacia dei mog fra prospettive di riforma e fonti delle regole cautelari*, in *La Leg. pen.*, 8.10.2021, 10 ss.

certamento dell'adeguatezza dei protocolli 231, quale necessario presupposto per la verifica ulteriore dei profili della elusione fraudolenta, in punto di esclusione della responsabilità della *societas*.

È facilmente intuibile, secondo la lettura più immediata del significato della opzione normativa di cui all'art. 6 del Decreto, che il giudizio di idoneità/effettività dell'assetto organizzativo, calibrato sul reato-presupposto, precede ed attiva l'accertamento dell'elusione fraudolenta, così come l'accertamento della condotta elusiva, che si lega causalmente al reato commesso, costituisce la riprova dell'avvenuto giudizio di adeguatezza preventiva della cautela violata<sup>18</sup>.

La questione concernente il gravoso onere dimostrativo che l'art. 6 pone a carico dell'ente, nel caso del reato presupposto degli apicali, ha animato un dibattito mai risolto, ma molto più stringente, in verità, quando l'inversione probatoria, prevista dall'*incipit* della disposizione, non era ancora passata sotto la lente critica della giurisprudenza<sup>19</sup>.

Nella odierna discussione scientifica, la riflessione dottrinarina è approdata ad un apprezzabile lavoro di analisi a cui si auspica possa aggiungersi un confronto utile con il diritto vivente, in attesa di verificarne gli indirizzi ultimi, che verosimilmente potranno condurre ad un consolidamento interpretativo (o magari, in prospettiva, ad un intervento del legislatore).

Proprio quell'attività di studio consente di tastare il polso, come tenteremo di fare in questo lavoro, delle varie problematiche e dei contrasti interni ad una materia che rimane incerta e controversa.

Risulta invero difficile – guardando più da vicino la questione – ipotizzare che la persona giuridica conosca sempre e comunque gli sviluppi dell'illecito penale e possa addirittura provarne eventuali connotati fraudolenti.

In dottrina, allora, per evitare la disapplicazione della norma, si è ricostruito il significato dell'avverbio «fraudolentemente» in termini soggettivi, secondo quanto già comunemente ritenuto dalla stessa Cassazione relativamente alla fattispecie di false comunicazioni sociali, sia sotto la vigenza del vecchio testo dell'art. 2621 (*ante* riforma del 2002), sia sotto la vigenza di quello attuale<sup>20</sup>. In questa prospettiva, l'avverbio denoterebbe la mera intenzionalità dell'elusione, sostenendosi, con minori difficoltà in termini di prova liberatoria dell'ente, la sufficienza di un dolo di elusione dei presidi impositivi (c.d. concezione soggettiva)<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Per questa lettura, anche TRIPODI, *L'elusione fraudolenta del modello: prove di gestione ermeneutica*, in AMATI-FOFFANI-GUERINI (a cura di), *Scritti in onore di Nicola Mazzacova*, Pisa, 2023, 628 s.

<sup>19</sup> V. *supra*, nt. 6.

<sup>20</sup> PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza*, cit., *passim* e ID., *L'imputazione della responsabilità dell'ente per il fatto-reato dei soggetti apicali: Il punto di vista della Cassazione*, in *Le Soc.*, 2014, 444, ove l'Autore osserva come nel caso dell'art. 2621 c.c. l'accezione soggettiva allargava le maglie del penalmente rilevante; nel d.lgs. 231 del 2001 le restringerebbe. Per la lettura del requisito della fraudolenza quale espressione di un dolo di elusione v. anche BARTOLI, *Alla ricerca di una coerenza perduta... o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul "sistema 231"*, in BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, 28.

<sup>21</sup> Peraltro, nella stessa vicenda Impregilo i giudici di merito avevano accolto la lettura 'soggettivistica' della condotta elusiva (ossia la prova della intenzionalità elusiva delle procedure aziendali da parte dei soggetti apicali): GUP Tribunale di Milano, 17.09.2009, cit.; Corte App. Milano, 21.03.2012, n. 1824, cit. In argomento, v. altresì MANES, *op. cit.*, 1632 s.; MANES-TRIPODI, *L'idoneità*

Altri Autori hanno individuato nel requisito della fraudolenza un rimando al collegamento tra elusione e reato, nel senso che la violazione si realizzerebbe consapevolmente in funzione del crimine. Da qui, si afferma la non necessarietà del carattere fraudolento dell'aggiramento dei presidi di controllo e vigilanza, però al tempo stesso si ritiene che la formula normativa non si limiti a richiedere la mera violazione frontale del modello, ma reclaims almeno dei comportamenti occulti o delle decisioni celate agli altri organi della persona giuridica<sup>22</sup>.

Vi è chi, diversamente, ha prospettato una ulteriore lettura della clausola elusiva, descrivendola quale «elusione non concordata» ovvero «non simulata»: si sostiene cioè che non debba emergere una inosservanza precostituita del modello, frutto di una programmazione maturata nel contesto di un accordo collusivo tra ente e vertice, bensì un reale atteggiamento di infedeltà verso la *societas*<sup>23</sup>.

La Cassazione, dal canto suo, aderisce sin da subito, con la prima pronuncia nel caso della società Impregilo s.p.A., ad una interpretazione rigorosa della prova della elusione fraudolenta da parte degli apicali, che impone il riscontro non di un mero dolo di elusione dei presidi impeditivi apprestati dal MOG, ma di una «condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola», destinata a trarre in inganno la vittima, intendendo perciò il parametro dell'elusione fraudolenta come la «condotta di 'aggiramento' di una norma imperativa, non di semplice e 'frontale' violazione della stessa»<sup>24</sup>.

L'avverbio «fraudolentemente» è letto, alla stregua di questo orientamento, in un'accezione puramente oggettiva<sup>25</sup>, nel senso di richiedere artifici materiali; il che costituisce una ipotesi difficile a verificarsi ed altresì da provare, benché la nozione di fraudolenza sembri ricomprendere non solo l'inganno in senso stretto, che è «matrice di errore», ma anche la dissimulazione, che è «matrice di ignoranza»<sup>26</sup>, e quantunque

*del modello organizzativo*, in CENTONZE-MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità penale degli enti*, Bologna, 2016, 142; DE NICOLA-MANCUSO, *Il rapporto tra il modello di organizzazione e gestione e il sistema di gestione della salute e sicurezza sul luogo di lavoro; lo "strano" caso dell'art. 30, D. Lgs. 81/2008*, in *Giur. pen.*, n. 1 bis/2021, 207.

<sup>22</sup> SERENI, *L'ente guardiano. L'autorganizzazione del controllo penale*, Torino, 2016, 91 ss.

<sup>23</sup> TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2013, 80 ss. V. da ultimo *Id.*, *L'elusione fraudolenta del modello: prove di gestione ermeneutica*, cit., 637.

<sup>24</sup> Cass. pen., Sez. V, 30.01.2014, n. 4677, cit.: sul punto approfonditamente si veda SERENI, *L'ente guardiano*, cit., 85 ss. A tale pronuncia fanno seguito altre decisioni analoghe, come Cass. pen., Sez. II, 9.12.2016, n. 52316, in materia di responsabilità collettiva nell'ambito dei gruppi di società.

<sup>25</sup> In dottrina condividono la concezione oggettivistica, tra gli altri, PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 415 ss.; ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in ALESSANDRI (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, 25 ss.

<sup>26</sup> Il richiamo, in ordine alla nota dicotomia, è a PEDRAZZI, *Errore e inganno nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, 271, come ripreso anche da TRIPODI, *L'elusione fraudolenta del modello: prove di gestione ermeneutica*, cit., 634.

Il rischio insito nella impostazione oggettivistica è, ad ogni modo, ravvisabile nella circostanza che l'idoneità dei controlli, in relazione alla quale occorre verificare la fraudolenza, sia oggetto di un giudizio operato con la logica del «senno di poi», essendo «sempre possibile individuare una carenza organizzativa che, qualora fosse stata correttamente presidiata *ex ante*, avrebbe impedito la violazione del modello o avrebbe, comunque, imposto un più complicato sforzo decettivo»: in questi termini FUSCO e PALIERO, *op. cit.*, 141. Parlano, in ordine alla dimostrazione

lo stesso concetto di frode non debba necessariamente coincidere con gli artifici e i raggiri di cui all'art. 640 c.p.

Ora, in questa prima occasione, l'alterazione dei presidi organizzativi ad opera dei vertici della società Impregilo veniva considerata dalla Corte una «violazione frontale» delle prescrizioni del modello, in cui non si erano delineati i caratteri ingannatori.

Nella seconda decisione, del 2022, sulla medesima vicenda i Giudici giungono tuttavia ad una conclusione diversa, ritenendo che da parte degli autori del reato presupposto l'aver «approfittato dello spazio di autonomia tollerabilmente lasciato loro dal modello organizzativo in ragione del loro ruolo e, sì d'intesa tra loro ma in completo spregio dei dati elaborati e loro offerti dalle competenti strutture tecniche della società, l'aver alterato questi ultimi e divulgato ai mercati informazioni non veritiere, non rappresenta una mera violazione delle prescrizioni del modello. Una siffatta condotta, invero, risulta munita di efficacia decettiva nei confronti degli altri organi dell'ente, non soltanto perché tenuta senza il rispetto del procedimento di comunicazione previsto dal modello, ma altresì in quanto frutto di un accordo estemporaneo e tale, perciò, da rendere impossibile ogni interlocuzione da parte di qualsiasi altro organo sociale (non soltanto, cioè, dell'organismo di vigilanza, ma anche, ad esempio, del consiglio di amministrazione)»<sup>27</sup>.

Ciò che muta nel percorso ricostruttivo della giurisprudenza è evidente: inizialmente si notava “semplicemente” che la natura fraudolenta della condotta del soggetto apicale (persona fisica) costituisse, «per così dire, un indice rivelatore della validità del modello, nel senso che solo una condotta fraudolenta appare atta a forzarne le “misure di sicurezza”». Il significato dell'avverbio «fraudolentemente» veniva indirizzato sulla condotta materiale dell'apicale, che era considerata decettiva per le sue oggettive modalità rispetto ai presidi organizzativi. Si riteneva che il requisito della fraudolenza, sebbene riferito ad un comportamento falsificatore, non fosse «necessariamente coincidente con gli artifici e raggiri» di cui all'art. 640 c.p., e lo stesso costituiva oggetto di accertamento indipendentemente dall'atteggiamento del soggetto agente<sup>28</sup>. Nel più recente indirizzo giurisprudenziale, invece, la cifra della condotta elusiva è colta nel carattere «ingannevole e subdolo» di tale pratica quale «[...] intesa occulta e repentina tra i suoi autori in violazione del patto di fiducia che lega i rappresentanti dell'ente agli organi societari che hanno conferito loro tale ruolo»<sup>29</sup>.

Così, il contenuto dell'agire “fraudolento” diviene il «profittamento di una occasionale situazione di inferiorità difensiva della vittima», mediante «un'astuta strategia» degli apicali della società, che si accordano, come nel caso di specie, «cogliendo l'at-

---

della fraudolenza, di «*probatio diabolica*», FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità d'impresa*, in *D&G*, 2001, 80 e GENNAI-TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Commento al D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2001, 48. Si tratta di un «onere probatorio ciclopico» in capo all'ente, con la conseguenza, tra l'altro, di appiattare su paradigmi oggettivistici la colpevolezza dell'ente, secondo PALIERO, *Soggettivo e oggettivo nella colpa dell'ente: verso la creazione di una “gabella delicti”?*, in *Le Società*, 2015, 1285. A considerare «autenticamente diabolico» l'avverbio «fraudolentemente» contenuto nella norma è anche PIERGALLINI, *Una sentenza “modello”* cit., 10 s.

<sup>27</sup> Cass. pen., Sez. VI, 15.06.2022, n. 23401, cit.

<sup>28</sup> Cass. pen., Sez. V, 30.01.2014, n. 4677, cit.

<sup>29</sup> Cass. pen., Sez. VI, 15.06.2022, n. 23401, cit.

timo' per un *blitz* che appunto profittasse del tempo e dell'occasione ideale per penetrare in una falla del sistema delle cautele in tale immediatezza non otturabile»<sup>30</sup>, cioè uno spazio inevitabilmente estraneo alla possibilità di controllo del modello stesso.

Da questa ultima lettura può trarsi una conseguenza interpretativa importante, ossia che l'inciso normativo non sia ricostruibile alla stregua di una nozione puramente oggettiva, utilizzabile sempre e comunque, in termini di definizione generale, ma al contrario esprima un concetto «di relazione», da verificare in considerazione dell'oggetto dell'elusione – ovvero in riferimento al modo in cui «sono strutturati i profili della *compliance* non rispettati nel caso di specie» – e dei soggetti destinatari del comportamento fraudolento – «ovvero le figure aziendali che, grazie al truffaldino atteggiamento dei responsabili, non si sono avvedute della imminente elusione della procedura»<sup>31</sup>.

## 2.1. Segue. Un rapido inciso: le dinamiche elusive nell'ipotesi del reato presupposto colposo.

Le difficoltà di ricostruzione della nozione di elusione fraudolenta si acquiscono notoriamente con riguardo agli illeciti colposi. Come è stato osservato, si registra pure l'irrazionalità e l'inverosimiglianza della previsione normativa, costruita sul soggetto che si muove artatamente per distorcere l'agire dell'ente<sup>32</sup>.

Il concetto di frode richiama, è ovvio, comportamenti subdoli, volontari, ovvero artifici o raggiri attraverso cui forzare le difese predisposte contro il rischio di reato dalla struttura organizzativa della persona giuridica. Detti comportamenti costituiscono solitamente atti dolosi; pertanto, si è posta la questione della conciliabilità da questo punto di vista della parte generale del Decreto 231 con il reato presupposto colposo: le problematiche di adattamento hanno portato parte della dottrina a negare l'applicabilità della disciplina ai reati colposi<sup>33</sup>.

C'è da rilevare, in effetti, come l'agire con frode sembri davvero poco compatibile con l'atteggiamento colposo e perciò non volontario.

Tuttavia, considerando che la struttura del reato colposo è quella del reato di evento, vi è chi ritiene che la possibile rilevanza della volontà con riferimento alla condotta inosservante dovrebbe consentire l'operatività su questo piano dell'elusio-

---

<sup>30</sup> Così, in dottrina, FUSCO e PALIERO, *op. cit.*, 136.

<sup>31</sup> V. SANTORIELLO, *Una ragionevole ricostruzione della nozione di "elusione fraudolenta" del modello da parte dei vertici aziendali*, in *Il Penalista*, 25 luglio 2022.

<sup>32</sup> PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in *Manuale di diritto penale*, XIII ed., a cura di GROSSO, Milano, 2007, 871; GARGANI, *Delitti colposi, commessi con violazione delle norme sulla tutela della sicurezza sul lavoro: responsabile per definizione la persona giuridica?*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Romano*, a cura di BERTOLINO-EUSEBI-FORTI, III, Napoli, 2013, 1961.

<sup>33</sup> V., tra gli altri, GUIDI, *La problematica compatibilità tra i criteri generali di ascrizione della responsabilità agli enti e l'art. 25 septies d.lgs. 231/2001*, in CASAROLI-GIUNTA-GUERRINI-MELCHIONDA (a cura di), *La tutela penale della sicurezza*, Pisa, 2015, 139 ss.; IELO, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2008, 66.

ne fraudolenta, dato che la condotta elusiva si pone «fisiologicamente sul segmento della dinamica del reato colposo relativo alla violazione della regola cautelare»<sup>34</sup>.

Viene in rilievo, così, un contesto caratterizzato dalla piena consapevolezza del comportamento inosservante elusivo, a cui risultano riferibili tutte le ricostruzioni della fraudolenza concepite per il reato presupposto doloso, come sopra prospettate. In tale ambito pertanto, in presenza degli altri requisiti ex art. 6 d. lgs. 231, pare che la *societas* possa beneficiare dell'esonero.

Per contro, potrebbe sembrare, a prima vista, che nelle altre manifestazioni colpose, ovvero quelle non caratterizzate da un agire inosservante consapevole, l'ente non vada esente da responsabilità.

Eppure, attraverso un'opera di adattamento della parte generale del Decreto al reato presupposto colposo in tema di fraudolenza, si è suggerito di riferire la stessa frode al «carattere occulto ed inaspettato dell'agire», compatibile con la forma di realizzazione colposa. La clausola di cui all'art. 6, comma 1 l. c), potrebbe consentire l'ingresso nella disciplina della responsabilità dell'ente del principio di affidamento (in ipotesi, rileverebbe l'affidamento che si poteva riporre nell'apparato organizzativo)<sup>35</sup>. Il che permetterebbe di considerare fraudolente tutte le elusioni del modello all'interno di un comparto organizzativo valutato in prima battuta come adeguato.

Nondimeno, non si manca di evidenziare la opportunità di declinare, diversamente, una nozione unitaria della clausola elusiva ed evitare di darne letture diversificate per ogni tipologia di reato presupposto, con ciò richiamando alcuni tratti della definizione dell'elusione fraudolenta quale violazione «non concordata», ossia quelli che per ragioni di «logica probatoria» la rendono compatibile anche con le violazioni della regola cautelare inconsapevoli. Imboccando tale percorso interpretativo si afferma la possibilità di dare dimostrazione dell'autenticità della elusione: «proprio perché l'agire inosservante è inconsapevole è impossibile che l'elusione sia concordata. Come a dire, la prova è *in re ipsa*»<sup>36</sup>.

Avremo modo più avanti di tornare sulle possibili letture alternative dell'inciso normativo (anche ma non solo per la difficile compatibilità con il reato presupposto colposo), ipotizzando, in prospettiva, degli interventi modificativi sul testo della disposizione. In ogni caso, è chiaro sin da ora che, se lo sganciamento della nozione di elusione da quella di fraudolenza è certamente augurabile *de iure condendo*, occorrerà valutare in che limiti la disciplina vigente lasci operare la prima anche in assenza della seconda, non prima però di avere provato, qui di seguito, a ricordare gli esiti attuali delle questioni interpretative emerse, al fine di verificare se e in quale misura essi compongano un quadro coerente.

<sup>34</sup> TRIPODI, *L'elusione fraudolenta del modello: prove di gestione ermeneutica*, cit., 638. Cfr. altresì CASTRONUOVO, *Art. 25 septies*, in CASTRONUOVO-DE SIMONE-GINEVRA-LIONZO-NEGRI-VARRASO (a cura di), *Compliance. Responsabilità penale degli enti collettivi*, Milano, 2019, 630.

<sup>35</sup> GARGANI, *Delitti colposi*, cit., 1962 ss.

<sup>36</sup> TRIPODI, *ult. op. cit.*, 640.

### 3. Il disposto “nuovo” del Tribunale di Milano. Un focus sulla elusione fraudolenta quale dissociazione tra *management* e politica d'impresa.

Le linee interpretative appena tracciate costituiscono l'approdo lento e non sempre lineare al quale sembra essere pervenuta la giurisprudenza di legittimità.

L'indirizzo ultimo, come visto, parrebbe *prima facie* accogliere la ricostruzione del requisito di cui trattiamo in chiave oggettivistica, alla stregua di due postulati espressi nella decisione stessa: - «l'elusione va valutata, infatti, in riferimento non al precetto penale, bensì alle prescrizioni del modello organizzativo», pertanto è azione che non coincide con la condotta del reato presupposto; - «il concetto di 'elusione' implica necessariamente una condotta munita di connotazione decettiva» e il carattere di fraudolenza «vuole evidenziare l'insufficienza della semplice e frontale violazione delle regole del modello, pretendendo una condotta ingannatoria». Eppure, all'esito di questa valutazione la Corte non procede allo scrutinio dei presupposti oggettivi della condotta medesima (*i.e.* dei profili che la qualificano in termini ingannatori) ma opta per lo sviluppo di due diversi requisiti dell'azione *cum fraude*: la violazione in tal modo dell'obbligo di fedeltà dell'apicale, ossia quel «patto di fiducia che lega i rappresentanti dell'ente agli organi societari che hanno conferito loro tale ruolo», e la conseguente «dissociazione dello stesso dalla politica d'impresa», di talché «il reato costituisce il prodotto di una scelta personale e autonoma della persona fisica»<sup>37</sup>.

Risulta chiaro, così, che l'accertamento giudiziale debba riguardare dapprima gli obblighi di prevenzione della *societas* di cui il modello deve essere espressione e in seguito involgere la condotta dei soggetti di vertice onde valutarne i tratti elusivi nei suddetti termini oppure verificarne la neutralità in punto di fraudolenza in relazione ad una *compliance* aziendale di per sé insufficiente e inadeguata alla prevenzione del reato. Si tratta di una valutazione da effettuare in concreto, sulla base delle precipue caratteristiche dell'ente, della sua struttura organica e del suo complessivo *background* imprenditoriale.

Si può facilmente notare come queste indicazioni di metodo siano idonee a costituire una linea ermeneutica valida, ma è altrettanto vero che alla stregua di detta impostazione la soluzione interpretativa risulta condizionata molto dalle specificità del contesto nel quale il singolo caso si inserisce.

Qual è, allora, dinanzi a tale precipuo “precedente”, la strada percorsa dal Tribunale di Milano nella vicenda del *management override* compiuto dai vertici della s.p.A. chiamata in giudizio?

Per verificare in che misura il giudice del merito possa utilizzare gli esiti interpretativi espressi in sede di legittimità nella distinzione tra ciò che è decettivo e ciò che non lo è, sembra utile inquadrare la tipologia di argomentazione offerta, nella sua decisione, dalla VI Sezione della Cassazione, in tema di fraudolenza, sotto il profilo propriamente linguistico-sintattico, oltre che dal punto di vista contenutistico-descrittivo.

---

<sup>37</sup> Cass. pen., Sez. VI, 15.06.2022, n. 23401, cit.

Tra i pregi dell'ultima decisione Impregilo vi è quello di avere lavorato sull'«intensione» del termine «fraudolentemente»<sup>38</sup>, ovvero non se ne è allargato il significato per ricomprendere altri segmenti di azione finora esclusi, ma si è operato sul concetto individuando i tratti necessari e sufficienti che lo caratterizzano, ossia le informazioni linguistiche che definiscono e accomunano le classi di oggetti cui l'enunciato stesso si riferisce. Per questa via, identificato l'apparato concettuale dell'espressione «fraudolentemente», diviene possibile ricavarne un significato utile per la nozione penalistica<sup>39</sup>, arrivando a considerarne come contenuto, lo abbiamo visto, il profittamento di una occasionale situazione di inferiorità difensiva della vittima (ovvero l'ente) mediante la violazione del dovere di fedeltà dell'apicale che si discosta dalla politica d'impresa.

È l'atteggiamento di infedeltà che qualifica il comportamento del vertice come elusivo e fraudolento, nel senso richiesto dalla norma, in quanto ingannevole, frutto di una scelta autonoma ed attuato in spregio a qualsivoglia regola dell'organizzazione etica.

Venendo così al caso scrutinato dal Tribunale di Milano, c'è da osservare che il Collegio ripropone fedelmente l'orientamento cristallizzato nell'ultima Impregilo, leggendo il significato della fraudolenza alla luce della *policy* aziendale.

I giudici milanesi, per parte loro, affermano che la condotta elusiva descritta dall'art. 6 comma 1 l. c) corrisponde ad un comportamento dell'agente diretto all'aggiramento del modello, chiarendo che la verifica in tal senso debba riguardare le caratteristiche del comportamento dell'apicale e ricercare quella decettività tale da neutralizzare i presidi del modello, in modo da potersi affermare che «anche adottando un modello idoneo, di cui sia stata accertata l'efficacia in concreto, il reato si sarebbe comunque verificato».

Dal dibattito, nel caso di specie, si è evinto «un quadro ambientale nel quale erano sorti e venivano perpetrati comportamenti fraudolenti sintetizzabili nel raggiungimento di obiettivi economici irraggiungibili, nella presenza di settori di attività [...] gestiti da pochi manager così intaccando l'integrità del principio della separazione delle funzioni, nell'alterazione di dati e di report che venivano inviati alla casa

<sup>38</sup> Così FUSCO e PALIERO, *op. cit.*, 137 ss., sottolineando che non siano ravvisabili problemi sotto il profilo della legittimità costituzionale in ordine a «una siffatta manipolazione del Tipo», la quale peraltro presenta una efficacia esimente, operando comunque *in favorem rei*. Altresì gli Autori evidenziano «che il concetto di cui discutiamo - sia esso indicato con i significanti frode e suoi derivati, truffa o altra espressione della stessa classe semantica - possa comprendere modelli comportamentali assai precisamente caratterizzati. Si tratta di comportamenti proattivi, causalmente orientati, indipendenti da rapporti speciali o da qualifiche personali che riguardino autore e vittima del reato; sono pure assenti note di disvalore intrinseco della condotta di sapore etico, che possano richiamare il concetto anglosassone, assai più vago e in parte anche extrapenalistico, di *cheating* ("fare il furbo", essere sleale, barare al gioco), ma è in ogni caso la diversità di contesto che spiega come lo stesso significante "frode/fraudolento" ad esempio assuma, nella interpretazione giurisprudenziale, significati così divergenti sotto il profilo contenutistico e anche sistematico a seconda che venga declinato all'interno delle fattispecie di cui all'art. 640 c.p., piuttosto che all'art. 2621 c.c. o, ancora all'art. 223 co. 2 l. f.». Ai predetti Autori si rinvia pure per gli opportuni approfondimenti bibliografici sul procedimento linguistico dell'«intensione».

<sup>39</sup> Per un approfondimento circa i possibili significati e le diverse declinazioni penalistiche dell'avverbio *de quo* si rimanda al lavoro di TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, cit., *passim*.

madre e ai revisori con conseguente violazione delle procedure aziendali» (c.d. *management override*).

Le testimonianze rese in giudizio hanno, in particolare, rappresentato «un clima aziendale caratterizzato da uno stile di *management* accentrato ed autocratico», che ha causato «la sistematica violazione e l'aggiramento del sistema di *governance* e delle *policy* aziendali poste a base del sistema di controllo interno implementato dalla società, di cui il Modello rappresenta un sottoinsieme».

Dinnanzi a tali comportamenti, sottolineano i Giudici, «l'individuazione delle irregolarità e delle manipolazioni contabili diviene particolarmente complessa, poiché le modalità con cui le stesse vengono commesse sono particolarmente ingannevoli, comportando l'aggiramento dei presidi di controllo e anche la collusione di più soggetti, la dissimulazione delle violazioni delle procedure e la realizzazione di operazioni formalmente ineccepibili e tali da occultare la effettiva realtà delle cose». Il Tribunale tratteggia così in capo ai vertici della società una linea di azione dal contenuto ingannatorio - risultato di uno schema decisionale autonomo, non evitabile né prevedibile dagli altri organi sociali - e quindi violativa del patto di fiducia che dovrebbe tra loro intercorrere in seno alla organizzazione.

La pronuncia ha modo di precisare che la frode è stata palesata tramite una segnalazione anonima pervenuta attraverso il sistema del *whistleblowing*, procedura contemplata nel codice di comportamento della s.p.A. e volta ad integrare il modello organizzativo.

Ebbene, ciò detto, ci sembra costituire un profilo di peculiare interesse quello che attiene alla *materiale verificabilità*, in tale contesto fattuale, del comportamento degli apicali in relazione alla *corporate strategy*, considerando che risulta di non semplice accertamento nel caso del reato dei soggetti apicali la violazione della politica di impresa attraverso un atteggiamento di infedeltà all'ente, dato che di regola sono gli stessi apicali i costruttori della *policy* aziendale, nel senso che le loro decisioni identificano le decisioni dell'ente. Occorre allora valutare - portando alla luce un tema più complesso oltre alla questione strettamente definitoria - se la condotta dell'organo apicale, nelle dinamiche operative della *societas*, rappresenti *realmente* una dissociazione dalla strategia del gruppo, così che il reato possa ritenersi frutto di una decisione della persona fisica, realizzato non come conseguenza di lacune dell'organizzazione, ma in presenza di un assetto organizzativo adeguato e quindi aggirabile solo mediante un comportamento ingannevole.

In altri termini, la questione riguarda la possibilità o meno nella vicenda di cui trattiamo di superare il dato della immedesimazione organica tra vertici ed ente e dunque di ipotizzare quella scissione (contemplata dalla norma) che dimostra l'agire secondo legalità della persona giuridica.

Nel caso di specie, c'è anzitutto da considerare il tipo di reato presupposto, ovvero un reato comunicativo rispetto a cui è in verità arduo immaginare una sicura prevenibilità nelle maglie della organizzazione<sup>40</sup>. Magari in sede applicativa avrebbe potuto valutarsi di negare in radice la possibilità per l'ente di prevedere quel rischio-reato di false comunicazioni sociali mediante una cautela specifica (da doversi aggirare *cum*

<sup>40</sup> Sul tema v. PIERGALLINI, *Una sentenza "modello" cit.*, 5; TRIPODI, *L'elusione fraudolenta del modello: prove di gestione ermeneutica*, cit., 642 s.

*fraude* per la realizzazione dell'illecito), in maniera tale da escludere a monte la rimproverabilità della società in punto di colpevolezza.

Ad ogni modo, assumendo - com'è emerso in giudizio - che la regola prevenzionistico-cautelare validamente approntata e idonea a fronteggiare il rischio-reato sia stata elusa fraudolentemente, va altresì considerata la tipologia di *management* in questione: la società assolta era una filiale controllata da una società britannica in Italia, in cui i vertici imputati si identificavano in un gruppo di pochi manager che non costituivano una diretta espressione della proprietà aziendale. Questi hanno realizzato operazioni di falsificazione dei bilanci tra il 2012 e il 2016 con ritocchi nell'ordine di 300 milioni di euro al fine di incidere sul margine operativo lordo e quindi occultare perdite di bilancio. A causa di tale vicenda, nell'autunno del 2016, gli apicali della s.p.A. italiana furono allontanati e il gruppo tagliò stime su ricavi e utili registrando per altro svalutazioni per oltre 600 milioni di euro. A seguito della segnalazione di un *whistleblower*, che informò la casa madre della non conformità alla realtà dei bilanci della controllata e delle condotte illecite realizzate dai manager italiani per gonfiare i bilanci del quadriennio 2013-2016, onde mascherare le perdite, la società estera presentava formale denuncia in Procura nel 2017 sostenendo che le presunte condotte illecite dei manager italiani fossero contro l'interesse della compagnia. A ciò si aggiunga che i dirigenti italiani non sono riusciti a provare, nel successivo giudizio, la circostanza che le principali transazioni finanziarie operate dall'ente imputato fossero condivise con i responsabili della casa madre. Le escussioni testimoniali hanno fatto emergere «un clima aziendale caratterizzato da uno stile di *management* accentrato ed autocratico», le cui pratiche contabili scorrette, di propria esclusiva iniziativa e d'intesa tra pochi apicali, all'oscuro degli altri organi sociali, in spregio a qualsivoglia principio riconducibile ad un modello di cultura organizzativa etica, hanno intaccato la stessa integrità della controllata italiana: cogliamo allora la figura dell'amministratore che disattende l'obbligo di fedeltà aggirando il MOG e contrapponendosi alla politica aziendale con una strategia di azione che non ne risulta diretta attuazione<sup>41</sup>.

Per rappresentare quale fosse la politica d'impresa propria della società, il Tribunale di Milano osserva, nella pronuncia in commento, come emerga dai verbali di causa che «il Collegio sindacale si sia attenuto agli obblighi sullo stesso gravanti secondo il dettato dell'art. 2403 c.c. in considerazione del fatto che: - durante le riunioni in sede di consiglio di amministrazione, il collegio non ha mai avuto notizia, né il sospetto del compimento di operazioni imprudenti, azzardate o in conflitto di interessi; - durante gli incontri di cui sono stati analizzati i relativi verbali, il collegio ha ricevuto informazioni periodiche sull'andamento della gestione, dalla quale non sono emersi segnali di particolare criticità ed, anche laddove sono state evidenziate delle aree nelle quali erano stati individuati degli indici di sofferenza, quale quella del recupero dei crediti nello *small e medium business*, il collegio sindacale si è comunque sempre attivato per avere costanti aggiornamenti sul punto, ricevendo, dal parte degli amministratori, conferme in senso migliorativo di dette situazioni».

---

<sup>41</sup> Per una ricostruzione dei risvolti fattuali ancor prima di quelli giudiziari della vicenda si rimanda all'approfondimento pubblicato su *la Repubblica*, *Bt Italia*, in primo grado otto condanne e tredici assoluzioni, 25 gennaio 2024.

Le *policies* di gruppo (*DoA; Reserved Powers; Group Trading Policy; The Way we work; Anticorruption&Bribery; Gift and Hospitality Policy; Charitable Donations and Sponsorship; Market Developments and Sales Incentives*) contenevano, evidenzia lo stesso consulente del PM nella sua perizia, «specifiche procedure di prevenzione del rischio-reato che confluiranno nella parte speciale del Modello del 2016. [...] Si tratta di politiche aventi carattere generale tese a dare delle linee guida comportamentali in settori di attività che sono sicuramente molto delicati nell'attività della società, vietando tassativamente la corruzione e la concussione e indicando, da un lato, le procedure da seguire, e, dall'altro, le modalità attraverso le quali i dipendenti potevano e dovevano denunciare eventuali situazioni dubbie. Trasversalmente strumentali alla corruzione e concussione sono da ritenersi anche le donazioni e le sponsorizzazioni, nonché le procedure volte a regolamentare le politiche di omaggi o ospitalità, oltre alle politiche di sviluppo del mercato, indicandosi modalità di comportamento auspicate, divieti ed eventuali canali di denuncia».

La riconosciuta validità preventiva del MOG della società chiamata in giudizio ha fatto leva, in definitiva, analizzandosi i verbali dell'Organismo di vigilanza, regolarmente nominato, e le *policies* di gruppo, sul dato secondo cui la c.d. attività di *risk assessment* sia stata effettivamente svolta e costantemente aggiornata (il MOG introdotto nel 2006 viene aggiornato nel 2008, 2011 e 2016: nel 2011 i protocolli di gestione del rischio-reato erano contenuti nei verbali dell'Organismo di vigilanza e nel 2013 in allegati della 'parte generale', mentre nel 2016 erano confluiti nella 'parte speciale' del modello di organizzazione e gestione). A monte, risultano completi e adeguati sia il Codice di condotta, sia l'apparato sanzionatorio e il sistema disciplinare, nonché rispettati il sistema delle deleghe e le procedure di comunicazione, formazione e informativa sul modello stesso.

Così composto il quadro fattuale della vicenda, come è emerso nel procedimento, la «immedesimazione» tra i soggetti di vertice e l'ente parrebbe allora effettivamente superata dalla condotta fraudolenta degli apicali ovvero, secondo l'insegnamento tradizionale, «una condotta (...) ingannevole e subdola perché prodotta da un'intesa occulta e repentina fra i suoi autori»<sup>42</sup>, che supera il descritto presidio di controllo e dunque appare non dominabile dall'ente, in quanto realizzata al di fuori del contesto sociale ed in totale autonomia da parte degli apicali condannati. Non pare quindi ravvisabile quel difetto di controllo che - nel costituire un fattore di agevolazione dell'elusione - avrebbe comportato la rimproverabilità della *societas* per il reato commesso da chi formalmente era deputato a rappresentarne la *policy* aziendale.

#### 4. Alcune considerazioni conclusive: uno sguardo oltre la norma.

Nel ricercare criteri meno equivoci e comunque compatibili con le esigenze di mantenimento in vita del requisito della elusione fraudolenta, diretto ad attivare il meccanismo liberatorio dell'ente, si è molto insistito in via interpretativa, come visto, sul *contesto* in cui matura la scelta dei soggetti apicali.

<sup>42</sup> Cass. pen., Sez. VI, 15.06.2022, n. 23401, cit.

La più recente giurisprudenza lavora per la salvaguardia di uno spazio applicativo dell'inciso normativo, ma le sue indicazioni, sebbene sembrino superarne la endemica vaghezza definitoria, attirano alcuni rilievi critici.

Può rilevarsi anzitutto che questa linea interpretativa, nel fotografare soltanto una peculiare manifestazione del fenomeno (l'aggiramento tramite approfittamento degli spazi lasciati aperti dalla *compliance*), si precluda la possibilità di operare come generale parametro di lettura della elusione richiesta dalla norma: una per tutte, essa appare del tutto inconciliabile con le dinamiche già di per sé controverse del reato presupposto colposo ovvero quelle che involgono l'azione inosservante inconsapevole. Non è qui possibile trattenersi su questi precipui aspetti<sup>43</sup> se non per evidenziare la difficile ipotizzabilità in tali casi di un involontario posizionamento della condotta all'esterno dell'area di prevedibilità dell'ente.

Ed ancora, si è fatto notare come l'ultima lettura ermeneutica, che in definitiva riconosce o nega la frode sulla base del suo collocarsi all'interno o al di fuori dello spazio di controllo dei protocolli preventivi, porti con sé il rischio di agevolare dinamiche elusive «non autentiche», cioè previamente progettate in seno alla organizzazione per far usufruire all'ente della prova liberatoria dalla responsabilità, con ciò svilendosi di fatto la *ratio* giustificativa della stessa normativa 231: «un punto di “minore resistenza” della disciplina, probabilmente di per sé inevitabile, che solo un'attenta analisi del giudice, magari “sollecitata” da una lettura *così orientata* della fraudolenza, potrebbe in concreto rimuovere»<sup>44</sup>.

Ad ogni modo, nonostante talune criticità, *de iure condito* l'orientamento adottato dall'ultima giurisprudenza sembra rappresentare una soluzione, per così dire, “di equilibrio” tra le diverse letture praticabili, nel senso che scongiura gli eccessi di una opzione rigorosa, ovvero quella di considerare in tema di elusione fraudolenta – con un gravoso compito di accertamento – sia l'esistenza di concreti comportamenti, diversi dalla condotta delittuosa tipica, specificamente orientati all'elusione del modello organizzativo, sia il nesso di causalità fra condotta elusiva e neutralizzazione del presidio cautelare (ciò che si dice costituire la riferibilità della fraudolenza alle «modalità» della condotta<sup>45</sup>). Ma si tratta di una lettura che evita altresì la reinterpretazione semantica data dalla suddetta concezione della fraudolenza intesa in termini di dolo intenzionale dell'apicale con riguardo tanto al reato presupposto quanto alla violazione delle cautele contenute nel modello organizzativo.

Eppure, nel riconoscere – in linea di principio – i meriti di un approccio interpretativo certamente garantista circa le questioni che involgono lo schema imputativo ex art. 6 del decreto 231, non possiamo esimerci dal considerare che, comunque si intenda la nozione di fraudolenza, (a valle) nella sede processuale, alla luce delle evidenti difficoltà ricostruttive, le iniziative probatorie delle parti continueranno verosimilmente ad incentrarsi sulla efficienza e sulla effettività degli strumenti organizzativi ed ispettivi, sulla loro idoneità a rendere difficilmente praticabili condotte elusive.

<sup>43</sup> V. TRIPODI, *ult. op. cit.*, 643.

<sup>44</sup> *Ibidem*. Diversamente FUSCO e PALIERO, *op. cit.*, 143, i quali escludono la tesi che si tratti di una decisione «lassista», quantunque si adotti una linea garantista nell'interpretazione della disciplina dello schema imputativo della responsabilità collettiva per il reato dell'apicale.

<sup>45</sup> PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza*, cit., 481.

Di più – nel senso della dimostrazione di un agire per frodare la sicurezza – è poco ipotizzabile<sup>46</sup>.

Peraltro, alla stregua delle più recenti letture, combinandosi la valutazione della elusione fraudolenta in termini di condotta oggettivamente ingannatoria con la verifica dell'atteggiamento soggettivo dell'apicale che si dissocia dalla politica aziendale e viola l'obbligo di fedeltà, occorrerà che il giudice utilizzi particolare cautela, all'esito della verifica sui presidi di sicurezza, nella valutazione della responsabilità dei vertici per il loro aggiramento. L'auspicio è che, cioè, si riesca a fronteggiare la tentazione di una soluzione interpretativa che richieda in capo agli apicali, per poterne affermare la punibilità, la commissione di condotte di spropositata valenza criminale ed ingannatoria tali da neutralizzare in radice ogni possibile idoneità preventiva dell'assetto organizzativo.

Difatti, la dimostrazione della elusione del modello risultato idoneo andrebbe operata rapportando le concrete caratteristiche dell'azione dei vertici ai doveri prevenzionistico-cautelari di cui la *societas* in forza del d.lgs. n. 231/2001 è titolare e dunque non andrebbe condotta in termini assoluti, evocando comportamenti di insuperabile connotazione criminale ovvero fortemente ingannatori e di progettata organizzazione<sup>47</sup>.

Ricordate allora le precipue difficoltà applicative, che si acquiscono con riguardo agli illeciti colposi (per la evidente difficoltà di conciliarvi la previsione di un'azione artatamente diretta a deviare le decisioni dell'ente), rimaniamo dell'idea che sarebbe auspicabile, *de lege ferenda*, che il riferimento nella norma alla «elusione fraudolenta» venisse riconsiderato, così da consentire al meccanismo liberatorio della persona giuridica di operare in una dimensione più compiuta.

In prospettiva, si potrebbe eliminare l'elemento della «fraudolenza», in modo da richiedere la sola 'elusione', con la principale conseguenza che il suo accertamento prescinderebbe dalla dimostrazione che l'aggiramento dei protocolli organizzativi si collochi al di fuori della possibilità di controllo dell'ente ovvero dalla dimostrazione della eccezionalità dell'accordo collusivo tra i vertici. Questo esito interpretativo sarebbe praticabile dal momento che la verifica della condotta elusiva rimanderebbe manifestamente alla valutazione dell'adeguatezza delle cautele preventive insite nel modello di organizzazione, dovendosi concludere necessariamente che se si è dovuto aggirare il MOG per commettere l'illecito vuol dire che l'organizzazione non è carente e dunque insufficiente alla prevenzione del rischio reato. Si tratta, ben vero, di una soluzione idonea a circoscrivere il rischio che la richiesta del connotato di fraudolenza, carico di incertezze, infici la matrice garantista del contesto normativo

<sup>46</sup> Cfr. sul punto BLAIOTTA, *Sicurezza del lavoro e responsabilità dell'ente. Alla ricerca di una dogmatica*, in *Sist. pen.*, n. 5/2020, 66 s.

<sup>47</sup> Approfonditamente sulle forzature che l'adozione di parametri di questo tipo può comportare sul giudizio di validazione del MOG, SANTORIELLO, *Una ragionevole ricostruzione*, cit., il quale peraltro rimarca come «l'onere organizzativo della persona giuridica (non consiste nel predisporre un assetto organizzativo idoneo ad escludere ogni possibilità di commissione dell'illecito, ma) si esaurisce nella predisposizione di procedure atte ad ostacolare, a rendere meno agevole e quindi meno probabile nel suo verificarsi la commissione di illeciti da parte degli apicali dell'impresa [...]». Ed «[...] è rispetto a tali procedure (che abbassano il rischio di violazione della legge penale senza però eliminarlo del tutto) che va valutata la presenza di un'elusione fraudolenta».

in cui si inserisce, creando una pericolosa spaccatura nelle dinamiche imputative della responsabilità della *societas*. Così come potrebbe valutarsi, in alternativa a questa opzione, di sostituire il requisito della «elusione fraudolenta» con un elemento neutro, quale la «violazione» del modello, che consentirebbe non solo di arginare i problemi di verificabilità connessi al concetto di fraudolenza in senso stretto, ma di superare, a monte, le stesse ambiguità che comunque sono insite nell'accezione letterale del termine 'eludere', che di per sé presuppone una valenza di artificio e perciò in questo senso ingannatoria<sup>48</sup>.

C'è da mettere in conto che ad interventi di questo tipo si accompagni un potenziale allentamento dei criteri su cui poggia la verifica di rimproverabilità dell'ente, legato inevitabilmente alla possibilità – nella sede applicativa – di escludere la responsabilità collettiva anche nelle ipotesi in cui la condotta di elusione/violazione dei presidi organizzativi non sia valutabile in termini di estemporaneità ed occasionalità rispetto alle decisioni del soggetto collettivo. Ma al tempo stesso neppure è revocabile in dubbio che tali opzioni alternative alla soluzione normativa odierna, quantunque con qualche effetto da controbilanciare, permetterebbero *effettivamente* al sistema di operare, rendendo praticabile la prova liberatoria della persona giuridica.

Sul piano concreto, non resterebbe che augurarsi un particolare rigore nell'accertamento da parte del giudice, nella cui attenta valutazione ci sembra ragionevole poter confidare.

---

<sup>48</sup> Per analoghe considerazioni in prospettiva di riforma si vedano PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 4/2019, 534 s.; *ib.*, *Una sentenza "modello" della Cassazione*, cit., 10 s.; TRIPODI, *ult. op. cit.*, 634 s.; CASTALDO, *L'idoneità dei modelli organizzativi. Prospettive de iure condendo*, in FIORELLA-GAITO-VALENZANO (a cura di), *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, Roma, 2018, 415; CIPOLLA, *L'elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione*, in *Arch. pen. web*, 2, 2013, 6. Nella stessa direzione, si richiama altresì, nella sede legislativa, l'elaborato della Commissione Greco, costituita con d. l. 23 maggio 2007, nel quale si proponeva proprio l'eliminazione del requisito della elusione fraudolenta (soprattutto perchè incompatibile con il reato-presupposto colposo).

# L'IMPUGNAZIONE PER I SOLI INTERESSI CIVILI ALLA LUCE DELL'INTERVENTO NORMATIVO ATTUATO DALLA C.D. RIFORMA CARTABIA

Giordana Filippelli\*

**Sommario:** **1.** Premessa. – **2.** L'impugnazione per i soli interessi civili ex art. 573 cod. proc. pen. – **3.** Il contrasto dottrinale e giurisprudenziale sui profili intertemporali concernenti l'applicabilità dell'art. 573 comma 1-*bis* cod. proc. pen. – **4.** La soluzione prospettata dalle S.S.U.U. della Corte di Cassazione.

## ABSTRACT

L'articolo, dopo una breve analisi dell'istituto delle impugnazioni per i soli interessi civili, disciplinato dall'art. 573 cod. proc. pen., analizza in chiave critica la questione intertemporale, particolarmente dibattuta in dottrina e in giurisprudenza, relativa ai confini di applicabilità del comma 1-*bis* dell'art. 573 cod. proc. pen., introdotto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, c.d. Riforma Cartabia; soffermandosi, quindi, prima sulle tesi dottrinali e sugli orientamenti giurisprudenziali sviluppatasi ante intervento risolutore delle Sezioni Unite, per analizzare, infine, la soluzione adottata sul punto dalla Suprema Corte.

*The article, after a brief analysis of the institution of appeals for civil interests only, governed by Article 573 of the Code of Criminal Procedure, critically analyses the intertemporal issue, particularly debated in doctrine and jurisprudence, concerning the boundaries of applicability of paragraph 1-bis of Article 573 of the Code of Criminal Procedure, introduced by legislative decree n. 150 of 10 October 2022, the so-called Cartabia Reform; it then dwells, first of all, on the doctrinal theses and the jurisprudential orientations developed before the resolving intervention of the United Sections, to analyse, finally, the solution adopted on this point by the Supreme Court.*

---

\* Dottoranda di ricerca in Diritti umani teoria, storia e prassi, Università degli Studi di Napoli Federico II.

## 1. Premessa.

Le Sezioni Unite<sup>1</sup> della Corte di Cassazione hanno preso posizione su una questione particolarmente dibattuta in dottrina ed in giurisprudenza, inerente ad un profilo di carattere intertemporale, ovvero i confini di applicabilità del comma 1-*bis* dell'art. 573 cod. proc. pen., introdotto dall'art. 33 del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, c.d. Riforma Cartabia, concernente l'impugnazione per i soli interessi civili.

La Suprema Corte ha individuato, al fine di dirimere il contrasto sul punto, nel deposito della costituzione di parte civile<sup>2</sup> ex art. 78 cod. proc. pen. l'*actus* a cui far riferimento per verificare se applicare o meno il comma 1-*bis* dell'art. 573 cod. proc. pen.

Giova precisare che l'art. 78 cod. proc. pen., disciplinante le formalità della costituzione di parte civile, è stato anch'esso novellato dalla Riforma Cartabia, che ne ha mutato i parametri di ammissibilità. Tale disposizione normativa, superando i precedenti orientamenti<sup>3</sup>, sviluppatasi antecedentemente all'intervento legislativo, in merito all'interpretazione del dettato normativo, oggi prevede che l'atto di costituzione di parte civile debba contenere, a pena d'inammissibilità, l'esposizione delle ragioni che giustificano la domanda agli effetti civili.

Il legislatore ha, quindi, voluto specificare che nell'atto di costituzione di parte civile vadano indicate non genericamente le ragioni che giustificano la domanda, ma quelle ragioni che la giustificano esclusivamente agli effetti civili.

---

<sup>1</sup> Cass. pen., Sez. un., sent. 21 settembre 2023, n. 38481, in *CED*.

<sup>2</sup> Con la locuzione "parte civile" si fa riferimento al soggetto titolare della pretesa risarcitoria cagionata dal reato. Invero, quest'ultimo, oltre a provocare la lesione del bene-interesse giuridicamente tutelato dalla fattispecie normativa, può provocare altresì un danno economico (c.d. danno patrimoniale) o anche non economico (c.d. danno non patrimoniale).

<sup>3</sup> Cass. pen., Sez. VI, sent. 17 aprile 2014, n. 32705; Coccia, Rv. 260325-01; Cass. pen., Sez. II, sent. 15 luglio 2020, n. 23940, secondo cui "*in tema di costituzione di parte civile, l'indicazione delle ragioni che giustificano la domanda risarcitoria è funzionale esclusivamente all'individuazione della pretesa fatta valere in giudizio, non essendo necessaria un'esposizione analitica della causa petendi, sicché per soddisfare i requisiti di cui all'art. 78, lett. d) cod. proc. pen., è sufficiente il mero richiamo al capo di imputazione descrittivo del fatto, allorquando il nesso tra reato contestato e la pretesa risarcitoria azionata risulti con immediatezza*".

Sul punto si è pronunciata anche Cass., Sez. V, sent. n. 22034/2013, la quale ha affermato che "*se detta condizione non si verifica, come nelle ipotesi di reato di pericolo o quando il danneggiato non si identifichi nella persona offesa, sarà necessaria una più approfondita analisi delle ragioni legittimanti la richiesta*". In questo senso, si veda anche A. Pennisi, *Art. 78 c.p.p.*, in AA.VV., *Commentario Breve al codice di procedura penale*, Wolters Kluvers, 2020, p. 275, il quale ha osservato che: "*la condizione d'ammissibilità della costituzione di parte civile e la correlata domanda di risarcimento del danno derivante da reato sono rispettate se l'esposizione della vicenda sia svolta con riferimento a quanto, in punto di fatto, risulti dal capo d'imputazione e se la legittimazione soggettiva si ricavi, oltre che da espressa indicazione, dalla coincidenza certa tra la persona offesa dal reato contestato all'imputato e il proponente dell'istanza di condanna di quest'ultimo per gli effetti civili*". In senso contrario, E.M. MANCUSO, *La parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in *Trattato di procedura penale*, Spangher, Dean, Torino, 2009, 554, secondo il quale "*è da criticare, in quest'ottica, l'indirizzo della giurisprudenza di legittimità che reputa sufficiente a integrare il requisito menzionato dalla lett. d) il mero richiamo al capo di imputazione descrittivo del fatto, poiché esso nulla consente in termini di valutazione prognostica circa il fumus della legittimazione*".

Al fine di comprendere la *ratio* della novella, occorre soffermarsi sul significato da attribuire agli “effetti civili”, così come previsti ad opera dell’art. 5, comma 1, lett. b), n. 1), del d.lgs. 10 ottobre 2022, n.150.

Agli albori della novella, la giurisprudenza, nel silenzio dottrinale, aveva precisato che tale locuzione non rappresentava altro che una mera precisazione terminologica<sup>4</sup> e che, quindi, non aveva fornito alcun apporto innovativo in merito alla previgente disciplina della costituzione di parte civile.

Le Sezioni Unite, invece, si sono discostate da tale interpretazione ed hanno ravvisato nella interpolazione un onere motivazionale a carico del danneggiato più stringente rispetto al passato<sup>5</sup>.

In particolare, la Suprema Corte ha parificato l’atto di costituzione di parte civile a quello di citazione nell’ambito del giudizio civile ex art. 163 cod. proc. civ. e, opinando in questi termini, ha precisato che le ragioni a fondamento della costituzione di parte civile devono essere illustrate sulla base degli stilemi della disposizione civilistica, ovvero alla stregua di quanto disposto dall’art. 163 cod. proc. civ. comma 3, n. 4), e quindi con “l’esposizione in modo chiaro e specifico dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni”.

È, pertanto, necessaria una precisa determinazione della *causa petendi*, similmente alle forme prescritte per la domanda proposta nel giudizio civile<sup>6</sup>.

Fatta questa precisazione, occorre evidenziare che le Sezioni Unite hanno valorizzato l’art. 78 cod. proc. pen. nella risoluzione della suddetta questione di ordine intertemporale, mettendo in rilievo che la modifica normativa di tale disposizione si coordina perfettamente con l’introduzione di un’ulteriore comma nell’art. 573 cod. proc. pen., ovvero il comma 1-*bis*.

In particolare, quest’ultimo prevede il trasferimento del giudizio dal giudice penale a quello civile, previa verifica dell’ammissibilità o meno del gravame, nell’ipotesi in cui sia proposta l’impugnazione per i soli interessi civili<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. III, ud. 11 gennaio 2023, n. 7625, la quale ha definito la locuzione “agli effetti civili” come “*un riferimento scontato dato che la parte civile non poteva interloquire sui profili strettamente penalistici*”.

<sup>5</sup> Sul punto, si veda la Relazione sulle modifiche alla costituzione di parte civile, come risultanti dalla Riforma Cartabia, proposta dall’Osservatorio della Giustizia penale del Tribunale di Teramo secondo cui a seguito della modifica normativa sussiste l’obbligo a carico del danneggiato “*di una maggiore puntualità e precisione nella formulazione delle domande restitutorie e risarcitorie e della chiara argomentazione in ordine al loro fondamento in termini civilistici. Di talché, è consequenziale ritenere che tale domanda debba essere posta come autosufficiente e completa anche al fine dell’eventuale spostamento in sede civile*”.

<sup>6</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. II, sent. 7 maggio 1966, n. 8723, Schiavo, Rv. 205872-01, la quale ha affermato che “*cosicché ai fini dell’ammissibilità della costituzione non sarà più sufficiente fare riferimento all’avvenuta commissione di un reato, bensì sarà necessario richiamare le ragioni in forza delle quali si pretende che dal reato siano scaturite conseguenze pregiudizievoli nonché il titolo che legittima a far valere la pretesa*”.

<sup>7</sup> Cfr. D. GIORGIADI, *Le Sezioni Unite sui requisiti per la costituzione di parte civile dopo la riforma Cartabia: non basta il richiamo al capo d’imputazione, ma è necessario uniformarsi alle forme per la domanda nel giudizio civile*, in *Giurisprudenza Penale*, il quale ha affermato che “*la modifica dell’art. 78 comma 1 lett. d) cod. proc. pen. ad opera della c.d. Riforma Cartabia non può restare indifferente ai fini della spiegazione del significato del nuovo comma 1-bis dell’art. 573 cod. proc.*”.

Le Sezioni Unite hanno, quindi, rilevato che alla stregua del combinato disposto delle norme suddette, l'eventuale trasferimento dal giudice penale al giudice civile deve essere preventivato dal danneggiato del reato nel momento in cui redige e deposita l'atto di costituzione di parte civile.

La Suprema Corte ha, inoltre, precisato che l'atto di costituzione di parte civile deve essere idoneo e sufficiente ad incardinare un giudizio dinanzi al giudice civile, laddove si dovesse verificare l'eventualità che il giudizio penale prosegua dinanzi a quest'ultimo.

Alla luce di queste considerazioni, appare ora indispensabile soffermarsi sulla fattispecie di cui all'art. 573 comma 1-*bis* cod. proc. pen., anche a seguito delle modifiche apportate dalla Riforma Cartabia, nonché richiamare i diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che si sono delineati in merito all'applicabilità dello stesso, per poi approfondire l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite.

## 2. L'impugnazione per i soli interessi civili ex art. 573 cod. proc. pen.

L'art. 573 cod. proc. pen., rubricato "impugnazione per i soli interessi civili", attiene ai rapporti tra impugnazioni penali e statuizioni civili e, in particolare, ad oggi, disciplina sia l'ipotesi in cui la parte decida di impugnare la sentenza emessa dal giudice per gli interessi civili sia quella in cui decida di impugnarla per i soli interessi civili.

Giova precisare che per "interessi civili" si deve far riferimento a quelli inerenti all'esercizio dell'azione civile nel processo penale. Pertanto, impugnare una sentenza di condanna o di assoluzione per gli interessi civili significa impugnare quei capi della sentenza che riguardano le restituzioni, il risarcimento del danno e la refusione delle spese processuali.

La *ratio* della modifica dell'art. 573 cod. proc. pen. si pone in linea con l'obiettivo perseguito dalla Riforma Cartabia, ovvero ridurre l'eccessiva durata del processo penale, intervenendo sul sistema delle impugnazioni. In particolare, la modifica da parte del legislatore delegato<sup>8</sup> di quest'ultimo articolo è stata orientata al risparmio di risorse nell'ottica di implementare l'efficienza giudiziaria nella fase delle impugnazioni penali. L'innovazione normativa ha avuto come scopo quello di cercare un compromesso tra la competenza del giudice penale a decidere sull'impugnazione, come in passato, e la competenza del giudice civile mediante la riproposizione della domanda risarcitoria. Scelta che può definirsi, così come si ricava dalla Relazione illustrativa al decreto attuativo della Riforma Cartabia, una c.d. terza via mediante la *traslatio* della domanda civile nella sua sede naturale. E, dunque, la scelta da un lato garantisce una riduzione del lavoro del giudice dell'impugnazione nonché una pronta definizione della controversia dinanzi al giudice civile, nella sua sede naturale, senza necessità di

---

*pen., al quale offre, invece, un necessario completamento, ed assume, anzi, un rilievo decisivo proprio agli effetti della risoluzione del contrasto giurisprudenziale su cui le Sezioni Unite sono chiamate ad intervenire".*

<sup>8</sup> Cfr. Relazione illustrativa al testo definitivo del d.lgs. n. 150/2022.

riproporre la domanda dinanzi a quest'ultimo; dall'altro lato assicura all'imputato che non vi saranno ulteriori accertamenti di natura penale sul reato contestatogli<sup>9</sup>.

Orbene, il primo comma della disposizione *de quo*, alla luce della modifica intervenuta, ad oggi prevede che "l'impugnazione per gli<sup>10</sup> interessi civili è proposta, trattata<sup>11</sup> e decisa con le forme ordinarie del processo penale".

Prima dell'innovazione legislativa, l'art. 573 cod. proc. pen. faceva riferimento all'impugnazione "per i soli interessi civili", ovvero al caso in cui l'impugnazione era proposta solo per fini civili, e quindi si discuteva soltanto in ordine alla responsabilità aquiliana. In tali ipotesi, il legislatore aveva previsto che si applicavano le forme ordinarie del processo penale, alla stregua del principio dell'accessorietà dell'azione civile rispetto all'azione penale<sup>12</sup>.

A seguito della Riforma, invece, il comma 1 dell'art. 573 cod. proc. pen. non fa più riferimento ai "soli interessi civili", ma agli "interessi civili" e, quindi, disciplina l'ipotesi generale in cui il gravame è proposto sia ai fini penali sia a quelli civili, lasciando invariato il dettato normativo nella parte in cui dispone che l'impugnazione segue le forme ordinarie del processo penale.

Al contrario, è il comma 1-bis a far riferimento ai "soli interessi civili", prevedendo, in tal caso, una disciplina *ad hoc* rispetto a quanto previsto dal comma 1. Il comma

<sup>9</sup> Cfr. Relazione dell'Ufficio del Massimario del 5/01/2023 n. 2; Relazione illustrativa al testo definitivo del d.lgs. n. 150/2022, in *Sist. Pen.*, 20 ottobre 2022, 163, secondo cui: "è necessario restringere l'oggetto di accertamento al solo diritto del danneggiato al risarcimento del danno, dopo lo spartiacque del giudicato. È pertanto ragionevole attribuire il compito di decidere al giudice civile, in una situazione in cui devono essere verificati gli estremi della responsabilità civile, senza poter accertare nemmeno incidentalmente gli estremi della responsabilità penale". Sul punto, anche M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia. Profili processuali*, in *Sist. Pen.*, 2 novembre 2022, 75; M. BONTEMPELLI, *Verso una trattazione efficiente delle impugnazioni penali per i soli interessi civili*, in *Sist. Pen.*, 23 Maggio 2023; G. GATTA, M. GIALUZ, *Riforma Cartabia, Le modifiche al sistema penale, Volume secondo, Nuove dinamiche del procedimento penale*, a cura di T. BENE, M. BONTEMPELLI, L. LUPARIA, 2024.

<sup>10</sup> Le parole "i soli" sono state sostituite dalle parole "gli" dall'art. 33, comma 1, lett. a), n. 1), del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, a decorrere dal 30 dicembre 2022 ex art. 99 bis del medesimo decreto, così come modificato dall'art. 6 del D.L. 31 ottobre 2022, n. 162, convertito, con modificazioni, nella L. 30 dicembre 2022, n. 199.

<sup>11</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. V, sent. 21 gennaio 1997, n. 3096, la quale ha osservato che "il riferimento all'art. 573 cod. proc. pen. alla "trattazione" dell'impugnazione per i soli interessi civili con le forme ordinarie del processo penale riguarda ogni rituale modalità di trattazione del procedimento penale di impugnazione che risulti inderogabilmente vincolata alla tipologia cui appartenga il provvedimento impugnato ed alle conseguenti modalità di trattazione del procedimento di primo grado".

<sup>12</sup> Cfr. R. BRICCHETTI, *L'impugnazione per i soli interessi civili: il nuovo comma 1-bis dell'art. 573 c.p.p.*, in *Sistema Penale*; Corte Cost. 12 luglio 2019, sent. n. 176, in *Dir. Pen. cont.*, 24 settembre 2019, con nota B. MONZILLO, *La Corte Costituzionale "salva" l'art. 576 c.p.p.: legittima la facoltà per la parte civile di impugnare il proscioglimento ai soli effetti civili*; Corte Cost. 29 gennaio 2016, sent. n. 12, con nota di L. MATTARESE, *La Corte Costituzionale sul divieto di decidere sulla responsabilità civile in caso di assoluzione per vizio di mente*, in *Dir. Pen. Cont.*, 8 febbraio 2016, secondo cui trattasi di "principio che trova la sua ratio nelle esigenze di interesse pubblico, connesse all'accertamento dei reati e alla rapida definizione dei processi e che ha quale naturale implicazione quella per cui l'azione civile, ove esercitata all'interno del processo penale, è destinata a subire tutte le conseguenze e gli adattamenti derivanti dalla funzione e struttura di questo processo".

1-bis, infatti, dispone che “quando la sentenza è impugnata per i soli interessi civili, il giudice d'Appello e la Corte di Cassazione, se l'impugnazione non è ammissibile, rinviando per la prosecuzione, rispettivamente, al giudice o alla sezione civile competente, che decide sulle questioni civili utilizzando le prove acquisite nel processo penale e quelle eventualmente acquisite nel giudizio civile”.

Ebbene, in quest'ultimo caso non si applicano le forme ordinarie del processo penale, ma si verifica, nel caso in cui il giudice d'Appello o la Corte di Cassazione accertino l'insussistenza di doglianze penali e l'ammissibilità dell'impugnazione, il trasferimento dell'azione civile, promossa in sede penale, in quella civile, il cui giudice o sezione competente decideranno sulle c.d. “questioni civili”<sup>13</sup>.

In particolare, la giurisprudenza si è soffermata sulla locuzione “rinvio per la prosecuzione del giudizio”. Sul punto, parte della giurisprudenza<sup>14</sup> ha sostenuto che con tale locuzione il legislatore ha voluto far riferimento al caso in cui il giudizio già instaurato prosegue in sede civile “senza cesure o soluzioni di continuità” e, quindi, al caso in cui non sia necessario un atto di impulso di parte attraverso l'istituto della riassunzione ex art. 392 cod. proc. civ.

Tale assunto trova conferma, peraltro, nel fatto che il comma 1-bis dell'art. 573 cod. proc. pen. prevede che nel giudizio civile siano utilizzate le prove già acquisite nel processo penale. Ciò a dimostrazione dell'asserita continuità tra i due giudizi, sebbene radicati in sedi differenti.

Peraltro, non si spiegherebbe l'introduzione del nuovo comma, dato che già l'art. 622 cod. proc. pen.<sup>15</sup> disciplina il rinvio al giudice civile a seguito di una pronuncia di annullamento da parte della Corte di Cassazione. Tale interpretazione giurisprudenziale è, quindi, giustificata proprio alla luce di un differente significato che viene attribuito alla medesima locuzione utilizzata dal legislatore negli artt. 573 comma 1-bis cod. proc. pen. e 622 cod. proc. pen.

Orbene, secondo parte della giurisprudenza<sup>16</sup> il legislatore con la previsione della locuzione “rinvio” nell'art. 622 cod. proc. pen. ha inteso far riferimento al caso in cui

---

<sup>13</sup> In conformità al disposto normativo di cui all'art. 573 comma 1-bis cod. proc. pen., il comma 1-bis dell'art. 578 cod. proc. pen., rubricato “Decisione sugli effetti civili nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione e nel caso di improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione”, dispone che “Quando nei confronti dell'imputato è stata pronunciata condanna, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato, a favore della parte civile, e in ogni caso di impugnazione della sentenza anche per gli interessi civili, il giudice d'Appello e la Corte di Cassazione, se l'impugnazione non è inammissibile, nel dichiarare improcedibile l'azione penale per il superamento dei termini di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 344 bis cod. proc. pen., rinviando per la prosecuzione al giudice o alla sezione civile competente nello stesso grado, che decidono sulle questioni civili utilizzando le prove acquisite nel processo penale e quelle eventualmente acquisite nel giudizio civile”.

<sup>14</sup> Cass. pen., Sez. un., ud. 25 maggio 2023, n. 38481, cit.

<sup>15</sup> L'art. 622 cod. proc. pen. rubricato “Annullamento della sentenza ai soli effetti civili” prevede che “Fermi gli effetti penali della sentenza, la Corte di Cassazione, se ne annulla solamente le disposizioni o i capi che riguardano l'azione civile ovvero se accoglie il ricorso della parte civile contro la sentenza di proscioglimento dell'imputato, rinvia quando occorre al giudice civile competente per valore in grado di appello, anche se l'annullamento ha per oggetto una sentenza inappellabile”.

<sup>16</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. III, sent. 18 ottobre 2022, n. 30496, Rv. 666267-01; Cass. civ., Sez. III, sent. 21

sia instaurato un giudizio autonomo<sup>17</sup>, che richiede un atto di impulso di parte ex artt. 392-394 cod. proc. civ., contrariamente a quanto dispone oggi il comma 1-bis dell'art. 573 cod. proc. pen.

Posto, quindi, che tale innovazione legislativa implica la prosecuzione del giudizio, va, comunque, rilevato che si verifica un mutamento rispetto alla disciplina previgente del giudice competente a prendere cognizione dell'impugnazione per i soli interessi civili, non intervenendo, invece, sull'individuazione del giudice al quale va presentata l'impugnazione.

Infatti, mentre in precedenza era riconosciuta la competenza esclusiva del giudice penale, oggi quest'ultimo sarà competente solo per verificare preliminarmente l'ammissibilità o meno dell'impugnazione e nel caso in cui l'impugnazione sia ammissibile, si produrrà quale effetto automatico la prosecuzione del processo dinanzi al giudice civile competente, al quale verranno rimessi gli atti processuali.

Del resto, occorre rilevare che il giudice dell'impugnazione per i soli interessi civili, nel decidere sulla domanda risarcitoria, non è chiamato a verificare se si sia integrata la fattispecie penale tipica contemplata dalla norma incriminatrice, compito che spetta al giudice penale. Altresì, secondo la giurisprudenza<sup>18</sup> tale giudice non può conoscere neanche dei casi in cui la parte civile impugnante lamenta l'errata applicazione di norme processual-penalistiche. Ciò in quanto in tali casi il giudizio ha ad oggetto accertamenti propri del giudizio penale e, dunque, verte su questioni del tutto estranee all'orizzonte conoscitivo del giudice civile, sicché il ricorso non potrà essere rinviato *tout court* alla sezione civile, ma dovrà essere trattato dalla sezione penale assegnataria dello stesso<sup>19</sup>. Tesi che rinviene il proprio fondamento nella vo-

marzo 2022, n. 8997, Rv. 664579-03; Cass. civ., Sez. III, sent. 15 gennaio 2020, n. 217, Rv. 656811-01; Cass. cv., Sez. III, sent. 25 giugno 2019, n. 16916, Rv. 654433-01.

<sup>17</sup> Cass. pen. Sez. un., sent. 28 gennaio 2022, n. 2265, Cremonini, Rv. 281228-01; Cass. civ., Sez. III, sent. 20 giugno 2017, n. 15182, Rv. 644747-01; Cass. civ., Sez. III, sent. 25 settembre 2018, n. 22570; nello stesso senso Cass. civ., Sez. III, ord. 16 febbraio 2023, n. 4968, la quale ha espressamente ribadito che il giudizio di rinvio non può che originare da un atto di riassunzione della parte interessata, in armonia con i principi che governano il processo civile, rilevando che *“costituisce principio pacifico nella giurisprudenza di legittimità che il giudizio di rinvio instauratosi a seguito di annullamento, da parte della Corte di Cassazione, della sentenza d'Appello non si pone in parallelo con alcun precedente grado del processo, ma ne costituisce, per converso, fase del tutto nuova ed autonoma, ulteriore e successivo momento del giudizio (c.d. iudicium rescissorium), funzionale all'emanazione di una sentenza che non si sostituisce ad alcuna precedente pronuncia (né di primo, né di secondo grado), riformandola o modificandola, ma statuisce, direttamente e per la prima volta, sulle domande proposte dalle parti (come implicitamente confermato dal disposto dell'art. 391 cod. proc. civ., a mente del quale all'ipotesi di omessa, tempestiva riassunzione del giudizio non consegue il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado, bensì la sua inefficacia). Anche la mancata riassunzione del giudizio di rinvio determina, ai sensi dell'art. 393 cod. proc. civ., l'estinzione non solo di quel giudizio, ma dell'intero processo, con la conseguente caducazione di tutte le sentenze emesse nel corso dello stesso, eccettuate quelle già coperte dal giudicato (in quanto non impugunate), restando inapplicabile al giudizio di rinvio l'art. 338 cod. proc. civ., che regola gli effetti dell'estinzione del procedimento di impugnazione”*.

<sup>18</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. IV, sent. 26 gennaio 2023, n. 11516.

<sup>19</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. IV, sent. 26 gennaio 2023, n. 11516, cit.; nello stesso senso, M. TORIELLO, *Riforma “Cartabia” ed impugnazioni per i soli interessi civili: le Sezioni Unite sulle non immediate applicabilità dell'art. 573, comma 1-bis, cod. proc. pen.*, in *Sistema Penale*.

lontà di preservare, oltre agli interessi della parte civile, la presunzione d'innocenza dell'imputato<sup>20</sup>.

Fatte tali precisazioni, al giudice dell'impugnazione per i soli interessi civili spetterà il compito di accertare se sia integrata la fattispecie civilistica dell'illecito aquiliano ex art. 2043 c.c.<sup>21</sup>.

Profilo di particolare interesse in dottrina e in giurisprudenza è la previsione del comma 1-*bis* nell'art. 573 cod. proc. pen. con riferimento alle c.d. questioni civili.

Si è discusso sul significato di tale nozione, chiedendosi se nella stessa vadano ricomprese solo le impugnazioni della parte civile o anche quelle dell'imputato. Sul punto la dottrina<sup>22</sup> ha ritenuto che l'espressione "questioni civili" vada intesa in senso ampio, estendendosi alle "questioni concernenti la responsabilità dell'imputato e del responsabile civile per le restituzioni, per il risarcimento del danno cagionato dal reato e per la refusione delle spese processuali in favore della parte civile (artt. 538 e 541, comma 1 cod. proc. pen.), nonché le questioni relative alla responsabilità della parte civile o del querelante, allorché l'imputato o il responsabile civile abbiano fatto domanda per la rifusione delle spese processuali sostenute e il risarcimento dei danni causati dall'azione civile (artt. 427, commi 2 e 3, 541, comma 2, 542 cod. proc. pen.) e, infine, i temi riguardanti la responsabilità della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria (art. 534 cod. proc. pen.)".

In linea con tali tesi, restano alcune perplessità sulla possibilità che le questioni riguardanti l'esecuzione della provvisionale e quelle relative alla responsabilità delle parti civili e del querelante per le spese processuali anticipate dallo Stato possano rientrare nella locuzione in esame.

Interessante il profilo relativo alla individuazione del criterio, a cui il giudice deve attenersi nella valutazione delle questioni civili. In particolare, parte della giurisprudenza<sup>23</sup> ha ritenuto che il giudice deve applicare la regola di giudizio della probabilità prevalente, ossia il criterio del "più probabile che non", in luogo di quella prevista nell'art. 533, comma 1, cod. proc. pen.<sup>24</sup>, ovvero il criterio dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio".

Quanto asserito dalla giurisprudenza innanzi richiamata appare del tutto condivisibile, in quanto, trattandosi di un giudizio trasmigrato innanzi al giudice civile, è assolutamente coerente che lo stesso si conformi alle norme e ai principi del diritto civile. Tra queste, quindi, è inevitabile che si applichi anche il criterio "del più probabile

---

<sup>20</sup> Secondo la Relazione illustrativa "è necessario restringere l'oggetto di accertamento al solo diritto del danneggiato al risarcimento del danno, dopo lo spartiacque del giudicato. È pertanto ragionevole attribuire il compito di decidere al giudice civile, in una situazione in cui devono essere verificati gli estremi della responsabilità civile, senza poter accertare nemmeno incidentalmente gli estremi della responsabilità penale".

<sup>21</sup> Sul punto cfr. Corte Cost., sent. n. 182 del 2021; Cass., Sez. IV, sent. n. 37193 del 15/09/2022, Ciccarelli, Rv. 28739-0; Cass., Sez. II, sent. n. 11808 del 14/01/2022, Restaino, Rv. 283377-01.

<sup>22</sup> Cfr. sul punto MARANDOLA, in SPANGHER, 93 ss.

<sup>23</sup> Cass. pen., Sez. II, sent. 14 gennaio 2022, n. 11808, Rv. 283377; in tal senso anche Cass. pen., Sez. II, ord. n. 11279/2023.

<sup>24</sup> L'art. 533 cod. proc. pen. rubricato "condanna dell'imputato", dispone che il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio.

che non”, alla stregua del quale il giudice deve adottare una decisione sulla base del criterio della probabilità prevalente piuttosto che della certezza assoluta. Ciò significa che, a fronte di due alternative, il giudice deve scegliere quella che è più probabile dell'altra. Applicando, quindi, questa come tutte le altre norme nonché i principi del processo civile a tale fase peculiare, a parere di chi scrive, può ritenersi che il sistema raggiunga una complessiva armonia.

Giova, infine, evidenziare le ulteriori perplessità manifestate in dottrina e in giurisprudenza riguardo ad un'altra tematica, ovvero il significato da ascrivere al verso “utilizzando”, previsto dall'ultima parte del comma 1-*bis* dell'art. 573 cod. proc. pen.. Secondo una tesi dottrinale<sup>25</sup> l'introduzione di tale locuzione implica il riconoscimento di un obbligo da parte del giudice di utilizzare come fonte del proprio convincimento le prove raccolte nel processo penale. E quindi, nonostante l'art. 116 cod. proc. civ.<sup>26</sup> conferisca al giudice un ampio potere discrezionale in merito alla valutazione delle prove, potere che richiede una motivazione in caso di utilizzo delle stesse<sup>27</sup>, si ritiene che andrebbe ripensato l'orientamento prevalente<sup>28</sup>, secondo cui il giudice ha la mera facoltà di utilizzare le prove provenienti dal processo penale.

Pertanto, alla luce di tale tesi il giudice civile, nel valutare le prove acquisite nel processo penale, ma non ammissibili in sede civile<sup>29</sup>, le qualificherà come meri argomenti di prova ex art. 116 cod. proc. civ.

A parere di chi scrive tale assunto non è condivisibile. Invero, si ritiene che sarebbe preferibile sostenere la piena utilizzabilità delle prove acquisite nel processo penale in quello civile; una siffatta soluzione sarebbe, peraltro, avvalorata dal tenore letterale della norma che dispone “utilizzando le prove acquisite nel processo penale e quelle eventualmente acquisite nel giudizio civile”. Orbene, il dettato normativo sembra essere chiaro nel prevedere che tutte le prove acquisite siano utilizzate come vere e proprie prove e non come meri argomenti di prova.

### 3. Il contrasto dottrinale e giurisprudenziale sui profili intertemporali concernenti l'applicabilità dell'art. 573 comma 1-*bis* cod. proc. pen.

Particolare interesse ha suscitato in dottrina ed in giurisprudenza la questione di diritto intertemporale concernente l'ambito di applicabilità del comma 1-*bis* dell'art. 573 cod. proc. pen. Ciò poiché il legislatore, nell'innovare la disposizione normativa, non ha al contempo previsto nella Relazione Illustrativa di accompagnamento al d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 alcuna disciplina transitoria.

<sup>25</sup> A. NAPPI, *Petizioni di principio sull'art. 573 comma 1-bis cod. proc. pen.*, in Giustizia Insieme.

<sup>26</sup> L'art. 116 cod. proc. civ. dispone che “il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti. Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo”.

<sup>27</sup> Cass. pen., Sez. II, sent. 24 febbraio 2004, n. 3642.

<sup>28</sup> Sul punto cfr. Cass. civ., Sez. III, sent. 7 maggio 2021, n. 12164; Cass. civ., Sez. III, sent. 25 giugno 2019, n. 16893.

<sup>29</sup> Cfr. A. NAPPI, *Nuova guida al codice di procedura penale*, www.guidanappi.it, §79.2.

Motivo per cui ci si è chiesti se, a fronte di tale lacuna, tale comma si potesse applicare a tutti i ricorsi pendenti al momento dell'entrata in vigore della Riforma Cartabia, e quindi a far data dal 30 dicembre 2022, ovvero solo a quelli proposti avverso le sentenze pronunciate successivamente a tale data.

Sul punto non si registra uniformità di vedute in dottrina.

Invero, secondo alcuni<sup>30</sup> il comma 1-bis dell'art. 573 cod. proc. pen. è immediatamente applicabile a tutti i giudizi di impugnazione pendenti alla data in vigore della Riforma.

L'idea non appare condivisibile, poiché la parte impugnante sarebbe in tal modo sottoposta ad un regime giuridico differente rispetto a quello vigente al momento della proposizione del gravame, ovvero il regime giuridico esistente *ante* Riforma Cartabia, alla stregua del quale competente a conoscere il gravame era il giudice penale.

A tal proposito, altra parte della dottrina<sup>31</sup>, al fine di tutelare la posizione dell'impugnante, il quale vede nel corso del giudizio mutato il quadro normativo, ha sostenuto che si dovrebbe concedere allo stesso un termine per poter integrare gli atti.

Anche questa soluzione non appare soddisfacente, in quanto l'integrazione degli atti non fa comunque venir meno il pregiudizio subito dall'impugnante; laddove, soprattutto si consideri che l'integrazione di un atto già esistente implica un intervento su un documento che è stato originariamente redatto secondo una disciplina differente, determinando così una sovrapposizione di normative difficilmente coordinabili tra loro.

Altra parte della dottrina<sup>32</sup>, in conformità a quanto statuito dalla giurisprudenza<sup>33</sup>, ritiene che, difettando una disciplina transitoria sul punto, debba trovare applicazione il principio del *tempus regit actum*, e quindi la disciplina esistente al momento non dell'instaurazione del giudizio, ma del compimento dell'*actus*. Quest'ultimo va identificato nella pronuncia della sentenza del grado precedente.

Anche questa ultima tesi non elimina tutti i dubbi, perché individuare come termine di riferimento, ai fini dell'applicazione della disciplina innovata, la sentenza del grado precedente comporterebbe un pregiudizio alla parte, al pari di quanto già messo in evidenza; quest'ultima, infatti, vedrebbe un mutato regime processuale in corso di causa. In particolare, il giudizio verrebbe instaurato sulla base della disciplina *ante*

---

<sup>30</sup> Cfr. BONTEMPELLI, *Verso una trattazione efficiente delle impugnazioni penali per i soli interessi civili*, in *Sistema Penale*, 23 maggio 2023; NAPPI, *Petizioni di principio sull'art. 573 co. 1 bis cod. proc. pen.*, in *Giustizia Insieme*, 25/09/2023.

<sup>31</sup> Cfr. DE MARZO, *Della Sorte Delle impugnazioni penali ai soli effetti civili: a proposito del nuovo art. 573 co.1-bis cod. proc. pen.*, in *Foro News*, 22/01/2023.

<sup>32</sup> CITTERIO, *Pensieri spazi sul nuovo giudizio penale di appello*, in *Giustizia Insieme*, 13/01/2022.

<sup>33</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. un., sent. 29 marzo 2007, n. 27614, Lista, la quale ha operato una rilevante distinzione tra modifiche legislative che attengono alla categoria del "regime delle impugnazioni" (nelle quali rientrano le modifiche legislative relative alla facoltà di impugnazione, alla sua estensione, ai modi ed ai termini per esercitarla) e modifiche legislative che, invece, si riferiscono al procedimento di impugnazione. Secondo tale orientamento "ai fini dell'individuazione del regime applicabile in materia di impugnazioni, allorché si succedono nel tempo diverse discipline e non sia espressamente regolato, con disposizioni transitorie, il passaggio dall'una all'altra, l'applicazione del principio *tempus regit actum* impone di fare riferimento al momento di emissione del provvedimento impugnato e non già a quello della proposizione dell'impugnazione".

modifica dell'art. 573 cod. proc. pen., per poi essere soggetto, al momento dell'impugnazione, al nuovo regime introdotto dalla Riforma. Quindi, il primo e il secondo grado di giudizio sarebbero disciplinati da normative differenti, di cui una non conosciuta dalla parte al momento dell'instaurazione del processo ma, solo, successivamente. In tal modo la parte non sarebbe in grado di prevedere le conseguenze del processo al momento dell'impugnazione per gli o per i soli interessi civili, verificandosi la violazione dei principi della c.d. *perpetuatio iurisdictionis* e di affidamento, maturato dalla parte in relazione alla fissità del quadro normativo<sup>34</sup>.

Infine, altra parte della dottrina<sup>35</sup>, in linea con la soluzione poi adottata dalle Sezioni Unite, ha ritenuto che il comma 1-bis dell'art. 573 cod. proc. pen. non possa essere applicato ai giudizi pendenti, ma unicamente a quei processi nei quali la costituzione di parte civile avverrà dopo il 30 dicembre 2022. Tale filone sostiene, quindi, che l'atto al quale occorre far riferimento per individuare la linea di confine circa l'applicabilità o meno del comma 1-bis è rappresentato dal deposito dell'atto di costituzione di parte civile; assunto che rinviene il proprio fondamento nell'art. 78 lett. comma 1. lett. d) cod. proc. pen., così come innovato, ai sensi del quale "la dichiarazione di parte civile deve contenere, a pena di inammissibilità, l'esposizione delle ragioni che giustificano la domanda agli effetti civili". Dunque, dal combinato disposto del comma 1-bis dell'art. 573 cod. proc. pen. e del novellato art. 78 comma 1 lett. d) cod. proc. pen. sembra che il legislatore abbia ancorato l'operatività della disposizione traslatoria alla prevedibilità della *transaltio iudici* da parte della costituita parte civile.

Non può che condividersi pienamente tale tesi poiché assicura alla parte di poter conoscere *ab origine* le regole, nonché le dinamiche processuali; e, quindi, il giudice innanzi al quale si svolgerà il processo e l'eventuale trasmigrazione del processo in sede civile laddove vi sia l'impugnazione per i soli interessi civili.

Opinando in questi termini, infatti, non vi è alcuna violazione dell'art. 25 comma 1 Cost., secondo il quale "nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge"<sup>36</sup>, in quanto la parte nel momento in cui propone un'impugnazione per i soli effetti civili è ben consapevole che si potrà verificare il mutamento del giudice in corso di causa, ovvero il trasferimento dinanzi al giudice o sezione civile competente.

Al contrario, tale principio non sarebbe rispettato laddove si ammettesse che la parte veda mutato in corso di causa il giudice competente a decidere sulla base di criteri sorti successivamente all'instaurazione del giudizio e di cui viene a conoscenza solo *ex post*.

Alla tesi della dottrina, si sono contrapposti sul punto due orientamenti giurisprudenziali, i quali si fondano su presupposti differenti, che appare opportuno esaminare.

In particolare, si registra un orientamento favorevole<sup>37</sup> all'immediata applicabilità di tale nuovo comma sia ai processi sorti dopo la sua entrata in vigore, sia ai proces-

<sup>34</sup> Cfr. Sezioni Unite Lista, cit.

<sup>35</sup> Cfr. BIONDI, *la Riforma Cartabia e le impugnazioni, le prime questioni di diritto intertemporale sull'applicabilità dell'art. 573 co. 1 bis cod. proc. pen., ai giudizi in corso*, in *Sistema Penale*, 10/01/2023.

<sup>36</sup> Giova precisare che il giudice naturale è colui che è competente secondo quanto previsto dalla legge sulla base di criteri previgenti alla questione insorta.

<sup>37</sup> Cfr. Cass.pen., Sez. IV, sent. 24 gennaio 2023, n. 2854, Colonna, Rv. 284012-01; Cass. pen.,

si già pendenti ed un orientamento di segno contrario<sup>38</sup>, che sostiene l'applicabilità differita.

Il primo orientamento giurisprudenziale, discostandosi da quanto affermato in precedenza dalle Sezioni Unite<sup>39</sup>, ritiene che il comma 1-bis dell'art. 573 cod. proc. pen. deve applicarsi anche ai processi già pendenti. Tale orientamento a fondamento richiama il principio del *tempus regit actum*, che si ricava dall'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile<sup>40</sup> e che regola il fenomeno della successione delle leggi penali, secondo cui l'atto processuale deve seguire le norme vigenti al momento in cui l'atto viene posto in essere e non quelle vigenti all'epoca dell'instaurazione del giudizio<sup>41</sup>. Tale principio presuppone che sia individuato l'*actus* al quale far riferimento; che non può coincidere sicuramente con l'intero processo, consistente in una concatenazione di atti, altrimenti ne deriverebbe la vanificazione del principio *de quo*.

E, dunque, occorre operare una distinzione tra l'atto già perfezionatosi, ovvero che ha già prodotto i suoi effetti, prima dell'entrata in vigore della Riforma Cartabia, e l'atto che si protrae nel tempo, in quanto si articola in una pluralità di atti, i cui effetti non si sono ancora esauriti al momento dell'entrata in vigore della disciplina novellata.

Orbene, mentre nel primo caso l'atto, essendosi già perfezionato, secondo il c.d. criterio del "fatto esaurito", mantiene inalterati gli effetti prodotti, risultando, quindi indifferente rispetto alla nuova normativa; invece, nel secondo caso l'atto, non essendosi perfezionato i suoi effetti, soggiacerà alla nuova disciplina normativa.

Ne consegue che secondo tale orientamento, posto che l'atto di impugnazione va considerato quale atto che con l'instaurazione del giudizio di impugnazione ha già esaurito i propri effetti, l'*actus* al quale far riferimento va individuato nell'esito del vaglio di ammissibilità del ricorso da parte del giudice penale.

Sez. II, sent. 16 marzo 2023, n. 11279; Cass. pen., Sez. II, sent. 16 febbraio 2023, n. 6690, Seno, Rv. 284216-01; Cass. pen., Sez. IV, sent. 11 gennaio 2023, n. 7625, Ambu, Rv. 28428-01.; Cass. pen., Sez. IV, ord. 25 gennaio 2023, n. 10392, Iacopino; Cass. pen., Sez. IV, sent. del 17 gennaio 2023, n. 8483; Cass. pen., Sez. III, sent. 11 gennaio 2023, n. 7625, Ambu, Rv. 28428-01.

<sup>38</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. V, sent. 20 gennaio 2023 n. 3990, Sangiorgi, Rv. 284019-01; Cass. pen., Sez. VI, sent. 27 gennaio 2023, n. 12072, Codognola; Cass. pen., Sez. V, sent. 16 gennaio 2023, n. 4902, Isgrò, Rv. 284121-01; Cass. pen., Sez. V, sent. 23 febbraio 2023, n. 20381, Tosoni; Cass. pen., Sez. V, sent. 20 gennaio 2023, n. 3990, Razzaboni, Rv. 284019-01; Cass. pen., Sez. V, sent. 16 gennaio 2023, n. 4902, Cucinotta, Rv. 284121-01.

<sup>39</sup> Cass. Pen., Sez. un., sent. 29 marzo 2007, n. 27614, cit., Lista, Rv. 236537, secondo cui "per l'individuazione del momento in cui il giudizio d'impugnazione deve essere governato dalla *lex superveniens* deve farsi riferimento alla pronuncia dell'atto impugnato e non alla presentazione dell'impugnazione, posto che solo rispetto al tempus del suo perfezionamento possono essere apprezzati la facoltà di impugnazione, la sua estensione, i modi e i termini per esercitarla. Tale principio incide sulle aspettative di tutela che il titolare del diritto di impugnazione aveva in tale momento e quindi ha ad oggetto il caso in cui si discute sulla sussistenza stessa del diritto a impugnare".

<sup>40</sup> L'art. 11 disp. prel. c.c. dispone che "la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo".

<sup>41</sup> In tal senso si veda Cass. pen., Sez. VI, sent. 14 febbraio 2019, n. 10260, Cesi, Rv. 275201; nello stesso senso Cass. pen., Sez. V, sent. del 15 novembre 2021, n. 380, Rv. 282528. In senso contrario, Cass. pen., Sez. V, sent. 16 aprile 2021, n. 15666, secondo cui "la validità degli atti è regolata dalla vigente al momento della loro formazione".

Pertanto, se prima dell'entrata in vigore del comma 1-*bis* è già intervenuto il vaglio di ammissibilità del giudice penale, si deve applicare l'art. 573 cod. proc. pen. *ante* Riforma, se, invece, dopo l'entrata in vigore del comma *de quo* non è ancora intervenuto, va applicato il comma 1-*bis*.

L'orientamento *de quo* ritiene che l'immediata operatività del comma 1-*bis* dell'art. 573 cod. proc. pen. nei termini anzidetti non sia in contrasto con il principio di affidamento maturato dalla parte civile in relazione alla c.d. "fissità del quadro normativo".

A sostegno di quanto detto, si adduce la circostanza secondo la quale la prosecuzione del giudizio in sede civile non comporta alcun pregiudizio per la parte. Ciò in quanto *in primis* la nuova previsione non incide sulle modalità di presentazione dell'atto di impugnazione, in quanto le stesse non mutano.

In secondo luogo, la posizione della parte civile, volta ad ottenere l'accertamento ed il riconoscimento della pretesa risarcitoria, risulta invariata, nonostante si verifichi il trasferimento del giudizio dalla sede penale alla sede civile. Invero, l'oggetto dell'accertamento non cambia, ma si restringe, in quanto, la domanda risarcitoria da illecito civile è implicita in quella risarcitoria da illecito penale.

Ad ulteriore conferma si evidenzia che il giudizio verrà comunque assoggettato ad un primo vaglio di ammissibilità del gravame da parte del giudice penale in base agli stessi parametri vigenti prima della Riforma Cartabia (desumibili per il giudizio di Cassazione dagli artt. 581, 591 e 606 cod. proc. pen.) e che, una volta accertata l'ammissibilità del gravame, alla successiva fase del giudizio saranno applicate le stesse regole, alle quali il giudice penale si sarebbe dovuto attenere *ante* Riforma. Con la precisazione, tuttavia, che, sebbene la pretesa civilistica sia decisa dal giudice o dalla sezione civile competente, si utilizzeranno le prove acquisite nel giudizio penale a cui si aggiungono quelle del giudizio civile.

Tale orientamento specifica, altresì, che la modifica dell'art. 78 del cod. proc. pen. ad opera della Riforma Cartabia, la quale ha inserito al comma 1 la lett. d) la locuzione "agli effetti civili", non può essere posta a sostegno di un orientamento contrario all'immediata applicabilità del comma 1-*bis* 573 cod. proc. pen. Ciò in quanto, secondo la giurisprudenza di legittimità, era già pacifico che la parte civile nella dichiarazione di costituzione dovesse indicare le ragioni che giustificavano le sue pretese di natura prettamente civilistica. L'introduzione di tale locuzione non ha altro significato che quello di specificare un assunto già noto e pacifico, sebbene implicito.

Infine a sostegno di tale orientamento la giurisprudenza richiama una serie di sentenze<sup>42</sup> che, in assenza di una disposizione transitoria, hanno affermato in relazione ad altre questioni di diritto intertemporale l'immediata applicabilità di nuove norme concernenti le impugnazioni.

La giurisprudenza non appare condivisibile, poiché essa, nell'ancorare il regime normativo da applicare a quello vigente al momento dello svolgimento dell'attività processuale, non tiene conto del fatto che, in tal modo la parte non è in grado di conoscere, sin dal momento in cui si incardina il giudizio, la disciplina che in esso verrà applicata. A ciò conseguirebbe un palese contrasto con il principio di prevedibilità, nonché di affidamento.

---

<sup>42</sup> Cass. pen., Sez. un., sent. 30 marzo 2022, n. 11586; Cass. pen., Sez. un., sent. 30 gennaio 2020, n. 13539; Cass. pen., Sez. un., sent. 24 gennaio 2018, n. 3464.

Inoltre, si paleserebbe la violazione di un diritto di fondamento costituzionale, ovvero il diritto di difesa ex art. 24 Cost.<sup>43</sup>, posto che la parte non avrebbe la possibilità di inserire nell'atto di costituzione di parte civile l'esposizione delle ragioni che giustificano la domanda agli effetti civili.

Occorre ora soffermarsi sull'orientamento giurisprudenziale di segno contrario all'immediata applicabilità all'art. 573 comma 1-*bis* cod. proc. pen., sviluppatosi prima dell'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite.

Anche tale orientamento, nel sostenere l'applicabilità differita della nuova norma, richiama il principio del *tempus regit actum*, ma, in continuità con il *dictum* delle S.S. U.U. Lista e in conformità con la dottrina suddetta, rinviene l'atto al quale far riferimento per individuare la disciplina da applicare in quello della pronuncia della sentenza.

Quindi, secondo tale parte della giurisprudenza l'art. 573 comma 1-*bis* cod. proc. pen. si applicherà solo a quei procedimenti di impugnazione aventi ad oggetto sentenze emesse dopo il 30 dicembre 2022. Non potrà, invece, essere applicato a vicende processuali relative a sentenze emesse prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2022.

La *ratio* di tale scelta si rinviene nell'obiettivo di rispettare da un lato il principio di affidamento maturato in capo alla parte civile, il cui interesse ad adeguare il contenuto degli atti a delle regole differenti va ritenuto meritevole di tutela; dall'altro il principio di certezza delle regole processuali da applicare, nonché dei diritti che *medio tempore* sono maturati, evitando in tal modo di dare la stura ad eventuali disparità di trattamento.

Invero, tale interesse risulterebbe lesa ogniqualvolta la parte civile si trovi a dover affrontare un giudizio basato su regole diverse<sup>44</sup>, e quindi con una fisionomia differente. Circostanza che si verificherebbe nel caso *de quo*, posto che mentre il vaglio di ammissibilità dell'impugnazione è di competenza del giudice penale ed è effettuato sulla base di regole penalistiche, invece il procedimento dinnanzi al giudice civile è svolto sulla base di regole civilistiche.

Analogamente a quanto sostenuto in chiave critica con riferimento a quanto asserito dalla dottrina che si è espressa nello stesso senso di questa giurisprudenza, va osservato che la parte vedrebbe comunque mutato il regime giuridico in corso di causa, in palese contraddizione con i principi di affidamento e di prevedibilità.

#### 4. Soluzione prospettata dalle S.S.U.U. della Corte di Cassazione.

La Quinta Sezione della Cassazione<sup>45</sup>, a fronte del contrasto delineatosi sul punto, ha rimesso alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 618, comma 1, cod. proc. pen. il seguente quesito "se l'art 573, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., si applichi a tutte le impugnazioni

<sup>43</sup> L'art. 24 Cost. al comma secondo dispone che "la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento".

<sup>44</sup> Il riferimento è, tra gli altri, al tema del nesso eziologico tra la condotta e l'evento di danno che il giudice civile ricostruisce non in base al criterio dell'alto grado di probabilità logica, ma il base al criterio causale del più probabile che non.

<sup>45</sup> Cass. pen., Sez. V, ord. 7 febbraio 2023, n. 8149.

per i soli interessi civili pendenti alla data del 30 dicembre 2022 o alle sole impugnazioni proposte avverso le sentenze pronunciate a decorrere dalla suddetta data". Le Sezioni Unite<sup>46</sup> hanno affermato di non condividere alcuno dei due orientamenti. Ciò in quanto nessuno dei due ha adeguatamente valorizzato il mutato quadro normativo alla luce del combinato disposto del comma 1-*bis* dell'art. 573 cod. proc. pen. e dell'art. 78 comma 1 lett. d) cod. proc. pen.

Invero, nel dirimere il contrasto concernente l'applicabilità della prima disposizione novellata, non si può sottacere l'importanza della modifica della seconda. Opinando diversamente non si comprenderebbe la specificazione in quest'ultima della necessaria indicazione delle ragioni della domanda "agli effetti civili".

Pertanto la modifica *de quo* va collegata all'art. 78 comma 1 lett. d), nel senso che la parte impugnante deve necessariamente essere a conoscenza del fatto che il giudizio di impugnazione per i soli interessi civili sarà trasferito dinanzi al giudice civile e, quindi, tale evenienza dovrà essere contemplata dalla parte impugnante sin dal momento della redazione dell'atto di costituzione di parte civile, così che la stessa potrà strutturare le ragioni della domanda in conformità con quanto statuito dal rito civile.

In particolare, la Suprema Corte si è discostata dal primo orientamento, favorevole all'immediata applicabilità del comma 1-*bis* dell'art. 573 cod. proc. pen., per aver trascurato due elementi rilevanti, che si desumono dal combinato disposto del comma 1-*bis* e dell'art. 78 cod. proc. pen. novellato, ovvero il cambiamento rappresentato dal trasferimento della competenza al giudice civile e l'affidamento riproposto dall'impugnante sul precedente quadro normativo. Né può dirsi che il sol fatto che tale orientamento sostenga che già prima della riforma si riteneva che l'accertamento dell'illecito, ai fini delle statuizioni sul risarcimento del danno, da parte del giudice penale avesse natura civilistica non giustifica la mancata valorizzazione da parte di tale orientamento di questi due dati. Ciò in quanto nel caso in cui l'impugnazione dei soli aspetti civili di una sentenza di condanna passata in giudicato la responsabilità penale dell'imputato può formare oggetto di accertamento.

A tale inconveniente, secondo le Sezioni Unite, si può porre rimedio individuando l'*actus* al quale far riferimento per vagliare l'applicabilità del comma 1-*bis* dell'art. 573 cod. proc. pen. nell'atto di costituzione di parte civile. È, quindi, questo atto che rappresenta la linea di *discrimen* tra l'applicazione della vecchia disciplina e quella nuova.

Né, secondo le Sezioni Unite, vale richiamare a sostegno dell'immediata applicabilità del nuovo comma quelle sentenze delle S.S.U.U che si sono espresse nel senso di ammettere, in mancanza di una disciplina transitoria, l'immediata applicabilità della nuova disciplina. Ciò in quanto si tratta di casi che non pregiudicano le aspettative dell'impugnante, a differenza di quanto si verifica nel caso *de quo*.

Quanto all'orientamento che sostiene l'applicabilità differita del nuovo comma dell'art. 573 cod. proc. pen. le Sezioni Unite evidenziano che, sebbene tale orientamento abbia valorizzato l'importanza del principio di affidamento dell'impugnante, lo ha limitato impropriamente. Invero, le Sezioni Unite sottolineano che tale orientamento non ha comunque tenuto in considerazione l'impatto che siffatta conclusione possa avere sui collegati requisiti di redazione dell'atto di costituzione di parte civile.

---

<sup>46</sup> Cass. pen., Sez. un., ud. 25 maggio 2023, n. 38481, in *CED*, cit.

Da ciò ne conseguirebbe una netta cesura tra il giudizio di impugnazione dinanzi al giudice penale e il giudizio che poi prosegue dinanzi a quello civile.

Le Sezioni Unite, come si è già detto, individuano nel deposito dell'atto di costituzione di parte civile l'*actus* al quale far riferimento per l'applicabilità del comma novellato.

Ebbene, le impugnazioni il cui atto di costituzione di parte civile è stato già depositato in epoca anteriore al 30 dicembre 2022 saranno soggette al regime normativo sussistente *ante* riforma, mentre quelle il cui deposito dell'atto di costituzione non è ancora avvenuto nella predetta data saranno assoggettate alla nuova normativa.

In nuce, le Sezioni Unite hanno enunciato il seguente principio di diritto: *“l'art. 573, comma 1-bis, cod. proc. pen. si applica alle impugnazioni per i soli interessi civili proposte relativamente ai giudizi nei quali la costituzione di parte civile sia intervenuta in epoca successiva al 30 dicembre 2022, quale data di entrata in vigore della citata disposizione”*.

La sentenza in oggetto rappresenta un vero e proprio punto di svolta, chiarendo in maniera definitiva una questione che ha generato numerose incertezze e divergenze tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, eliminando le ambiguità interpretative insorte.

La Corte di Cassazione, con una motivazione rigorosa e ben articolata, ha, infatti, delineato i confini dell'applicabilità della norma innovata, valorizzando a tal uopo il principio di affidamento della parte impugnante, nonché il principio di prevedibilità. Con ciò assicurando non solo una maggiore tutela dei diritti delle parti coinvolte, ma anche una desiderata chiarezza nell'interpretazione delle norme processuali.

Non può, quindi, che condividersi a pieno *l'iter* argomentativo sviluppato dalle Sezioni Unite, soprattutto in virtù della solidità argomentativa e della coerenza giuridica nell'individuare quale *actus* che segna la linea di confine in merito all'applicabilità o meno della nuova normativa il deposito dell'atto di costituzione di parte civile.

In tal modo, infatti, può dirsi valorizzata l'innovazione legislativa, che, alla luce del combinato disposto del comma 1-bis dell'art. 573 cod. proc. pen. e dell'art. 78 comma 1 lett. d) cod. proc. pen., pone chiaramente l'attenzione sugli effetti civili della domanda.

# LA NULLITÀ DEL DECRETO DI CITAZIONE PER OMESSO AVVISO DI CONCLUSIONE INDAGINI: SUGLI EFFETTI DELL'OMESSA ECCEZIONE DI PARTE

Cass. pen., sez. V, 21 maggio 2024 (ud. 11 gennaio 2024), n. 20082, Presidente Zaza, Estensore Catena, Imp. Saletta, P.M. Epidendio

Filippo Lombardi\*

**Sommario:** 1. Il caso di specie e la questione giuridica. – 2. Gli orientamenti intorno al regime della nullità. – 3. Brevi cenni sulle sanatorie nel processo penale. – 4. Riflessioni sull'effetto sanante dell'inerzia di parte.

## 1. Il caso di specie e la questione giuridica.

Con la sentenza che qui si annota, la Corte di cassazione offre spunti utili per ragionare sul tema della nullità del decreto di citazione diretta a giudizio nei casi patologici attinenti all'avviso di conclusione delle indagini preliminari (notifica omessa o invalida).

Nel caso di specie, l'atto conclusivo delle indagini ex art. 415 bis c.p.p. era stato notificato ad un prossimo congiunto non convivente con l'imputato. Ciononostante, nel processo di primo grado, il difensore aveva sollevato soltanto la questione della irregolare notifica del decreto di citazione a giudizio ex art. 7 della legge n. 245 del 1948, mentre nulla aveva eccepito in merito alla invalida notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini o alla (conseguente) nullità dell'atto introduttivo del giudizio.

---

\* Giudice del Tribunale di Lagonegro.

Ciò ha consentito alla suprema Corte di dichiarare inammissibile il ricorso dopo aver ribadito il principio di diritto secondo cui «la nullità del decreto di citazione diretta a giudizio per omessa notifica all'imputato dell'avviso di cui all'art. 415-bis cod. proc. pen. implica la lesione del diritto di difesa, ed è inquadrabile nelle nullità di ordine generale, che possono essere eccepite fino alla deliberazione della sentenza di primo grado»<sup>1</sup>.

## 2. Gli orientamenti intorno al regime della nullità.

Tenuto conto dell'assenza di eccezioni difensive per tutto il giudizio di primo grado sia sull'omesso avviso ex art. 415 bis c.p.p. sia in merito alla nullità del decreto di citazione, prevista dall'art. 552 co. 2 c.p.p., il giudice nomofilattico non ha approfondito il tema della suscettibilità della nullità in parola, espressamente ascritta alla categoria delle nullità a regime intermedio, di essere sanata.

Ha affrontato l'argomento, nel recente passato, la sentenza Cass. pen., sez. VI, 28 dicembre 2017, dep. 2018, n. 2382, con cui la quinta Sezione della Corte di legittimità ha precisamente ripercorso i due orientamenti sviluppatasi in ordine alla natura della nullità ex art. 552 co. 2 c.p.p., traendone le riflessioni conseguenti sulla possibilità che la stessa venga sanata.

Secondo un primo orientamento minoritario, si tratta di una nullità relativa da eccepire entro la fase ex art. 491 c.p.p. subito dopo aver completato la costituzione delle parti; nel caso di omessa eccezione, la nullità in esame risulterebbe senza dubbio sanata<sup>2</sup>.

Secondo altra opzione esegetica maggioritaria, sposata dalla sentenza n. 20082/2024 in commento, si sarebbe in presenza di una nullità a regime intermedio, da rilevare o eccepire entro la chiusura del dibattimento o al momento della deliberazione della sentenza, restando, altrimenti, sanata<sup>3</sup>.

Il fondamento della seconda tesi risiede nel fatto che la nullità del decreto introduttivo discende dalla lesione dei diritti sanciti dall'art. 415 bis c.p.p., che si inquadrano tra le disposizioni in tema di intervento, assistenza e rappresentanza dell'imputato ex artt. 178 lett. c) e 180 c.p.p., la cui violazione è presidiata dalla nullità a regime intermedio.

La giurisprudenza sul punto è pacifica: con un recente arresto, è stato chiarito che l'avviso di conclusione delle indagini è atto del pubblico ministero che pone l'indagato in condizione di interloquire entro un termine di legge sulla stessa deliberazione di chiusura delle indagini, mediante l'offerta di ragioni difensive di carattere sostanziale e tecnico, ostate all'esercizio dell'azione penale; a questo fine, non è possibile scindere la deliberazione dell'organo di accusa di chiudere le indagini dalla sua comunicazione ai soggetti legittimati<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Cass. pen., sez. VII, 27 giugno 2024, n. 27055; Cass. pen., sez. II, 20 dicembre 2023, dep. 2024, n. 10393; Cass. pen., sez. IV, 27 settembre 2018, n. 46763; Cass. pen., sez. VI, 20 dicembre 2012, dep. 2013, n. 1043.

<sup>2</sup> In tal senso, Cass. pen., sez. V, 4 luglio 2014, n. 34515.

<sup>3</sup> Conf. Cass. pen., sez. II, 20 dicembre 2023, dep. 2024, n. 10393; Cass. pen., sez. IV, 27 settembre 2018, n. 46763; Cass. pen., sez. VI, 20 dicembre 2012, dep. 2013, n. 1043; si veda anche la più risalente Cass. pen., sez. VI, 5 giugno 2003, n. 34955).

<sup>4</sup> In questi termini, Cass. pen., sez. II, 9 novembre 2023, dep. 2024, n. 5449; conf. Cass. pen., sez.

La sentenza n. 2382 del 2017, nel cui filone si colloca quella qui brevemente annotata, ha aderito alla tesi da ultimo cennata, accogliendo il ricorso del difensore in merito alla nullità derivata della sentenza di primo grado, rilevando come lo stesso difensore avesse eccepito la nullità del decreto di citazione per omessa notifica dell'avviso di conclusione indagini in sede di conclusioni nel processo di primo grado.

Più di recente, la Corte di cassazione ha analizzato un caso analogo esprimendo il medesimo principio di diritto. All'imputato veniva contestato il delitto di truffa; il difensore, in una delle udienze successive all'apertura del dibattimento, aveva eccepito l'omesso avviso di conclusione delle indagini preliminari, eccezione respinta in primo grado e in secondo grado in accoglimento della teoria, sopra già enunciata, della natura relativa della nullità in esame.

La Corte di cassazione ha annullato la sentenza della corte d'appello aderendo alla tesi della nullità intermedia e rilevando la tempestività della eccezione sollevata innanzi al giudice di prime cure<sup>5</sup>.

Pare allora delinearsi un solido orientamento di legittimità secondo cui la nullità intermedia dell'atto introduttivo originata dalle vicende patologiche attinenti alla comunicazione dell'avviso ex art. 415 bis c.p.p. è sanata soltanto quando la relativa eccezione non sia stata sollevata entro tutto il giudizio di primo grado e cioè fino alla deliberazione della relativa sentenza; sembrerebbero estranee al contesto le sanatorie previste dall'art. 183 del codice di rito.

### 3. Brevi cenni sulle sanatorie nel processo penale.

Com'è noto, l'istituto della sanatoria si giustifica alla luce del principio di conservazione degli atti di cui costituisce una delle declinazioni funzionali. Quando all'atto invalido accedano peculiari fatti previsti dall'ordinamento, si ritiene l'atto sanato, vale a dire privo del vizio che lo connotava, nella logica della prevalenza di un diverso interesse, pubblico o privato, rispetto a quello che l'ordinamento vanta alla perfetta aderenza dell'atto al suo modello legale<sup>6</sup>.

Nel sistema processuale esistono due cause generali di sanatoria di atti nulli, le quali si applicano alle nullità intermedie e a quelle relative, con esclusione delle nullità assolute le quali diventano intangibili solo col passaggio in giudicato della sentenza.

La prima causa è nota come acquiescenza e si configura quando la parte interessata ad eccepire la nullità abbia accettato l'atto, con due modalità comportamentali alternative: a) ha rinunciato all'eccezione, in questo caso richiedendosi che la rinuncia sia "espressa"; b) ha accettato gli effetti dell'atto nullo, in questo caso ritenendosi sufficiente che ciò sia avvenuto anche solo per fatti concludenti, ovvero mediante comportamenti incompatibili con la volontà di eccepire il vizio [cfr. art. 183, lett. a), c.p.p.]<sup>7</sup>.

IV, 3 febbraio 2021, n. 20377.

<sup>5</sup> Si veda Cass. pen., sez. II, 9 novembre 2023, n. 49729.

<sup>6</sup> P.P. PAULESU, sub art. 183, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2020, 718; N. TRIGGIANI, *Atti*, in A. Scafati e altri, *Manuale di diritto processuale penale*, v. 2023, 237.

<sup>7</sup> C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, p. 256 s.

Si ritiene che con l'acquiescenza la parte lasci intendere di non aver subito una lesione effettiva alle proprie prerogative, o comunque rinunci a far valere la lesione del proprio diritto<sup>8</sup>.

Tra i casi più discussi, vi era l'istanza di ammissione al rito abbreviato quando in precedenza un atto fosse stato interessato da una nullità intermedia o relativa. Ci si chiedeva infatti se la domanda di ammissione al rito alternativo potesse considerarsi sanante nella forma della acquiescenza tacita: proprio la diversità di opinioni ha mosso la mano del legislatore che ha disciplinato espressamente il caso all'art. 438 co. 6 bis c.p.p., prevedendo la sanatoria delle nullità non assolute e la non rilevanza delle inutilizzabilità, con eccezione delle c.d. inutilizzabilità patologiche, fondate sulla violazione di divieti probatori<sup>9</sup>.

La seconda causa consegue invece all'esercizio della facoltà cui l'atto nullo era preordinato. Anche in questo caso la parte manifesta disinteresse rispetto al vizio che caratterizza l'atto, per avere in concreto fruito dei suoi aspetti funzionali [cfr. art. 183, lett. b), c.p.p.]; tradizionalmente si ritiene che il fondamento di questa sanatoria sia il c.d. "raggiungimento dello scopo"<sup>10</sup>.

In dottrina, è stata fatta notare la scarsa precisione della tecnica legislativa nella perimetrazione dell'istituto della sanatoria. In effetti, il sistema processuale annovera espressamente tra i casi di sanatoria soltanto quelli della acquiescenza della parte e dell'esercizio, sempre ad opera della stessa, delle facoltà innescate dall'atto nullo (si veda la rubrica dell'art. 183 c.p.p.). Sarebbe non rientrare nell'alveo dogmatico in esame la scadenza dei termini per eccepire o rilevare la nullità (intermedia o relativa), che porrebbe piuttosto un problema di decadenza e di conseguente inammissibilità della eventuale eccezione<sup>11</sup>.

Altra dottrina riconnette invece l'efficacia sanante ai tre fenomeni giuridici diffusamente richiamati dagli artt. 178 e ss. c.p.p., vale a dire – oltre all'acquiescenza e all'esercizio della facoltà connaturata all'atto nullo – anche le ineducibilità e il decorso del tempo, nel quale caso si discorre in certa letteratura di «sanatoria per decadenza»<sup>12</sup>.

Questa seconda tesi, a parere di chi scrive, va incontro ad un'obiezione: sul piano della teoria generale, la sanatoria è tradizionalmente agganciata ad un fatto successivo all'emanazione di un atto invalido in grado di rimuoverne concretamente il vizio.

Se questa è la prospettiva, può giustificarsi il fatto che il legislatore abbia legato l'istituto della sanatoria ai comportamenti della parte che abbia espresso indifferenza alla invalidità palesata o adesione all'atto (seppur) imperfettamente compiuto; incidendo la nullità sugli interessi di parte, quest'ultima pare costituire l'unica fonte in grado, col proprio comportamento, di "giustificare" l'atto nullo e farlo apparire, nella vicenda processuale, come non viziato. Diversamente, il mero decorso del tempo e le ineducibilità non paiono incidere sulla lesività del vizio, bensì sulla legittimazione a

<sup>8</sup> P. CORVI, sub art. 183, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA-G. SPAN-  
GHER, Wolters Kluwer, 2023, p. 2548 ss.

<sup>9</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, 20 dicembre 2023, dep. 2024, n. 7406.

<sup>10</sup> G. DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, Padova, 2012, 134 ss.

<sup>11</sup> G. UBERTIS, *Atti*, in *Sistema di procedura penale*, a cura di G. UBERTIS, vol. II, Milano, 2023, p.186.

<sup>12</sup> H. BELLUTA-M. GIALUZ-L. LUPÀRIA, *Codice sistematico di procedura penale*, Torino, 2020, 272; M. SCAPARONE, *Procedura penale*, vol. I, c, 2010, 436.

dedurla o rilevarla, sortendo soltanto sul piano pratico il medesimo effetto della sanatoria, vale a dire l'impossibilità di discutere ulteriormente della patologia dell'atto.

#### 4. Riflessioni sull'effetto sanante dell'inerzia di parte.

Ci si chiede in questa sede se, accedendo alla tesi della nullità intermedia del decreto introduttivo del giudizio per omesso avviso ex art. 415 bis c.p.p., oltre alla decadenza quando non dedotta entro i limiti temporali di cui all'art. 180 c.p.p., siano applicabili alla stessa anche le sanatorie menzionate, in particolare nel caso della omessa eccezione di parte.

L'orientamento della Corte di legittimità analizzato in premessa parrebbe vertere nel senso della inapplicabilità delle sanatorie ex art. 183 cit.; difatti le sentenze del 2017 e del 2023 richiamate sono particolarmente chiare sul punto, avendo accolto il ricorso del difensore che aveva eccepito la nullità in esame in una fase avanzata del giudizio di primo grado; e la sentenza n. 20082 del 2024, qui oggetto di breve annotazione, pare implicitamente allinearsi alla precedente sedimentazione ermeneutica, avendo risolto la questione posta al suo vaglio col mero richiamo ai termini di decadenza di cui all'art. 180 c.p.p. senza affrontare il tema del silenzio del difensore per tutto il primo grado di giudizio.

L'orientamento in parola non prende in esame l'inerzia della parte e perciò non si confronta con la possibilità che tale omissione possa innescare una delle fattispecie sananti poc'anzi analizzate.

Non pare irragionevole ritenere che la parte interessata, la quale - a fronte del decreto di citazione nullo per omesso avviso di conclusione indagini - non eccepisca la nullità alla prima udienza utile a contraddittorio integro, incorra in uno degli eventi sananti.

Potrebbe infatti in primo luogo ritenersi che essa abbia "accettato" gli effetti dell'atto.

Chi scrive è consapevole della tesi dominante in letteratura secondo cui sarebbe esclusa dalla nozione di comportamento concludente la mera inerzia della parte in un momento in cui già potrebbe eccepire la nullità<sup>13</sup>. Tuttavia, va anche rilevata una possibile forzatura nella esegesi del concetto di "accettazione" dell'atto come comportamento necessariamente attivo e in conflitto con la volontà di far valere la nullità; così argomentando, sfumerebbero i confini tra la rinuncia espressa, che non pare lessicalmente limitata alle forme di manifestazione verbale, e l'accettazione.

Quest'ultima pare invece compatibile, già sul piano letterale, con l'inerzia della parte, ma - essendo imperniata su contenuti psichici difficilmente scandagliabili - necessita, per una affidabile lettura, di dati di contorno che possano rafforzarne il significato nell'ottica della carenza di interesse all'eccezione. Tali dati sono, secondo la dottrina più qualificata, da ricercarsi in ulteriori «*comportamenti di segno positivo da cui possa desumersi la volontà acquiescente*»<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> M. DANIELE, *Nullità ed efficacia sanante del consenso*, in *Cass. pen.*, 2024, 6, 1990 ss.

<sup>14</sup> G. DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatorie tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1, 246 ss.

A parere di chi scrive, deve essere attentamente valutato il comportamento di parte e il suo contributo all'incedere dell'attività processuale, in contesti di azione significativi, vale a dire forniti di connotazioni, strutturali o funzionali, tali da far emergere, secondo un canone di ragionevolezza, l'assenza di interesse ad eccepire la nullità e la pura adesione agli snodi procedurali.

Tornando al caso oggetto della presente annotazione, e calandovi i ragionamenti appena profusi, va tenuta in debito conto la peculiare *ratio* della nullità dell'atto introduttivo, che è quella di consentire alla parte di richiedere che il procedimento regredisca sino al momento in cui si è verificata l'omissione lesiva del diritto di difesa, cioè sino al momento del mancato recapito dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, la cui regolarità dà la stura all'esercizio delle facoltà di cui all'art. 415 *bis* cit.; in altri termini, eccepire la nullità di cui all'art. 552 co. 2 c.p.p. significa apertamente manifestare la volontà che il procedimento regredisca in modo da esercitare le prerogative difensive pregiudicate.

Si verifica allora un fatto concludente incompatibile con la volontà di eccepire la nullità e ripristinare le facoltà difensive compromesse, ove la parte, conosciuta la nullità dell'atto introduttivo che ha instaurato il giudizio, non formuli opposizione all'incedere procedimentale e si presti col proprio contributo attivo alla ordinaria celebrazione del processo, nell'ambito della quale essa potrà anche esprimere, sotto altre forme, le medesime prerogative menzionate dall'art. 415 *bis* c.p.: chiedere l'ammissione di prove, introdurre documenti, rendere dichiarazioni.

D'altra parte, ancora ai fini di delineare un contesto significativo nel quale possa formarsi l'accettazione tacita, vi sarebbe ulteriormente da considerare che la nullità dell'atto introduttivo del giudizio estende i suoi effetti alle attività processuali intanto compiute, cui la parte può assistere senza nulla eccepire, ricorrendo in questi casi l'indeducibilità delle nullità progressivamente perfezionate: assistere all'estensione della nullità iniziale agli atti processuali intanto venuti ad esistenza e nulla eccepire conforterebbe l'ipotesi dell'acquiescenza all'atto introduttivo invalido.

Pertanto, anche ove si volesse escludere il vizio dell'atto introduttivo dalla categoria delle nullità relative, riversandolo nell'alveo delle nullità intermedie, il risultato non cambierebbe: potrebbe ritenersi sanata la nullità ove la parte non la eccepisse una volta compiuto l'accertamento circa l'integrità del contraddittorio, vale a dire, ancora una volta, nell'ambito delle questioni preliminari; la fase non segnerebbe un termine decadenziale come accade per le nullità relative ma il momento processuale in cui verificare gli estremi del comportamento sanante. In alternativa, potrebbe ritenersi sanata la nullità in esame quando la parte l'abbia eccepita dopo aver interloquito in maniera positiva in fase di ammissione prove, specie ove l'attività istruttoria abbia avuto concreto inizio.

Possono svolgersi alcune rapide osservazioni anche sulla eventuale applicabilità del secondo tipo di sanatoria, dipendente dall'esercizio della facoltà cui l'atto omesso o nullo è subordinato.

Giova subito rilevare che la menzione da parte del legislatore non soltanto dell'atto nullo ma anche dell'atto "omesso" (che nullo non è ma può comportare nullità) è particolarmente significativa, siccome impone all'interprete di scandagliare l'intima ragione della nullità palesatasi, individuando precisamente quali siano le facoltà e le prerogative procedurali lese dall'invalidità che, quale fenomeno a maglie ampie, si sia innestata su un segmento procedimentale.

Il tessuto letterale adoperato dal legislatore con riguardo a questa seconda fattispecie sanante è, a parere di chi scrive, a primo acchito rispondente al caso oggetto della presente annotazione: infatti, la *ratio* della nullità dell'atto introduttivo del giudizio per omesso avviso di conclusione delle indagini è fortemente legata a questa omissione, che ha generato l'impossibilità per la parte di esercitare i diritti indicati dall'art. 415 bis c.p.p.; dunque, per verificare in astratto se operi la sanatoria, non dovrà tanto prendersi in considerazione se la parte si sia avvalsa dell'unico atto nullo costituito dal decreto di citazione, quanto verificarsi se la stessa abbia avuto modo di "recuperare" le facoltà processuali perdute.

È necessario allora chiedersi se, alla sanatoria per acquiescenza, possa aggiungersi nel caso di specie anche la sanatoria per esercizio delle facoltà collegate all'avviso di conclusione delle indagini, sebbene in una fase processuale più avanzata; il che potrebbe ad esempio avvenire quando la parte, senza nulla eccepire, abbia fruito nell'udienza dibattimentale delle prerogative menzionate dall'art. 415 bis cit., ad esempio indicando testimoni, producendo documenti e chiedendo l'esame dell'imputato (o avvalendosi del suo diritto a rendere dichiarazioni spontanee).

Plausibilmente, la risposta è negativa, siccome l'efficacia sanante dell'esercizio delle facoltà correlate all'atto omesso o nullo si regge sul principio del raggiungimento dello scopo, ma quest'ultimo va temporalmente ancorato alla specifica situazione procedimentale inficiata da nullità, non potendo essere adottati, quali parametri di comparazione, segmenti processuali più avanzati che consentano alla parte di servirsi di poteri analoghi a quelli pretermessi in altra fase. Resta allora il rilievo del recupero postumo delle facoltà difensive ai soli fini della sanatoria per acquiescenza, come si è tentato in precedenza di argomentare.

In conclusione, escludere l'ammissibilità della sanatoria tramite inerte accettazione (*rectius*: silenzio significativo della parte dinanzi alla prosecuzione del giudizio) per questa peculiare invalidità significa esporre il processo a comportamenti speculativi della parte, la quale sarebbe posta in condizione di verificare l'andamento della vicenda giudiziaria e solo alla fine eccepire la nullità della citazione a giudizio, in sprezzo ai principi di leale cooperazione tra le parti e di ragionevole durata del processo nel cui prisma dovrebbe essere riletto l'art. 183 del codice di rito.



# AMMISSIONE DELL'ISTITUTO DELLA MESSA ALLA PROVA PER L'ENTE: MECCANISMO VIRTUOSO CON EFFICACIA RIPARATORIA E SPECIAL-PREVENTIVA

Giulia De Lerma - Rossella Di Pietro\*

**Sommario:** 1. Introduzione. – 2. Il diverso *thema decidendum* rimesso alle Sezioni unite. – 3. Applicazione al sistema 231: problematiche interpretative. – 4. Conclusioni.

## ABSTRACT

Il Tribunale di Perugia, in una recente ordinanza, è tornato ad animare il dibattito sulla possibile estensione dell'istituto della messa alla prova alla disciplina della responsabilità da reato degli enti ex d.lgs. 231/2001. Ribaltando le argomentazioni espresse sul tema dalla Suprema Corte e muovendo dal disconoscimento della natura di "trattamento sanzionatorio" in senso stretto della messa alla prova, il Giudice per le Indagini Preliminari rimarca la centralità assunta dalla volontà dell'imputato, chiamato ad esprimere espressamente il suo consenso, e la non eseguibilità in via coattiva del trattamento programmato. In questo senso viene valorizzato il principio di legalità delle norme premiali che, contribuendo al superamento delle incertezze applicative idonee a determinare i presupposti di accesso e del contenuto del programma, ha trovato conferma nella più recente valorizzazione dei percorsi riparatori e ripristinatori alternativi all'esito punitivo operata dalla Riforma Cartabia. A ciò deve aggiungersi, inoltre, anche la circostanza derivante dall'effetto estintivo dell'illecito contestato al verificarsi dell'esito positivo della prova, finendo con l'ampliare così il novero dei procedimenti speciali a disposizione dell'ente. Proprio l'assenza di effetti sfavorevoli in capo all'ente ha indotto il giudice perugino verso l'ammissibilità dell'applicazione del procedimento speciale disciplinato dagli artt. 168bis, ter e quater c.p. e dagli artt. 464-bis e s.s. c.p.p., che si candida così quale sede elettiva per la sperimentazione dei moduli della giustizia riparativa volti a consentire una ricomposizione del conflitto generato dall'illecito penale improntata ad una logica di mediazione e dialogo riparativo, secondo il più autentico spirito del D.lgs. 231/2001 che, per primo, contemplava ipotesi specifiche di condotte riparatorie.

*In a recent order, the Court of Perugia has returned to animate the debate on the possible extension of the institution of probation to the regulation of the criminal liability of entities pursuant to Leg. 231/2001. The judge for preliminary investigations reverts the arguments expressed on the subject by the Supreme Court and moves from the disavowal of the nature of 'punitive treatment' in the strict sense of probation. It emphasizes the centrality assumed by the will of the defendant, called upon to express his consent, and the non-enforceability of the planned treatment. In this sense, the principle of legality of the reward rules is emphasised, which, contributing to the overcoming the applicative uncertainties that can determine the prerequisites for access and the content of the programme, has found confirmation in the more recent va-*

---

\* Avvocati penalisti e OdV.

lorisation of the reparative and restorative paths alternative to the punitive outcome operated by the Cartabia Reform. To this must also be added the circumstance deriving from the extinction effect of the contested offence upon the occurrence of the positive outcome of the trial, thus expanding the range of special procedures available to the available to the Entity. It was precisely the absence of adverse effects to the Entity that led the Perugian judge towards the admissibility of the application of the special procedure governed by Articles 168bis, ter and quater of the Criminal Code and by Articles 464-bis and s.s. c.p., which is thus a candidate as an elective seat for the experimentation of the modules of restorative justice modules aimed at enabling a recomposition of the conflict generated by the criminal offence marked by a logic of mediation and restorative dialogue, according to the most authentic spirit of Legislative Decree no. 231/2001, which first contemplated specific hypotheses of restorative conduct.

## 1. Introduzione.

Con l'ordinanza in commento, il Tribunale di Perugia si è espresso favorevolmente rispetto alla *vexata quaestio* dell'applicabilità agli enti dell'istituto della messa alla prova<sup>1</sup>, discostandosi in tal modo dalla posizione di recente espressa dalle Sezioni unite e dunque aderendo al minoritario indirizzo interpretativo già propugnato dalle corti territoriali di Modena<sup>2</sup> e Bari<sup>3</sup>.

Il caso sottoposto all'esame del Tribunale di Perugia origina dalla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova avanzata da una società imputata in relazione all'illecito amministrativo di cui all'art. 25-septies d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, richiesta rispetto alla quale il pubblico ministero aveva espresso il proprio consenso. La decisione fa leva sulla ritenuta compatibilità – seppur con gli adattamenti richiesti dalla peculiare natura del soggetto – tra messa alla prova e procedimento a carico degli enti.

Il giudice perugino, innanzitutto, chiarisce la possibilità di un discostamento dal *dictum* delle Sezioni unite, rilevando che il tema dell'applicabilità agli enti della disciplina della messa alla prova non è «in alcun modo collegato con l'oggetto del contrasto giurisprudenziale rimesso alla soluzione dell'organo di composizione dei contrasti, che atteneva a una questione prettamente processuale legata alla legittimazione da parte del Procuratore Generale della impugnazione dei provvedimenti emessi in materia di messa alla prova».

Acclarata l'efficacia non vincolante del principio espresso dalle Sezioni unite, l'ordinanza del Tribunale di Perugia ripercorre i passaggi argomentativi di quella sentenza, al fine di smentirne l'efficacia ostativa rispetto all'ammissione degli enti alla prova di cui all'art. 168-bis c.p.

---

<sup>1</sup> Sez. un., 27 ottobre 2022, n. 14840, Società La Sportiva, in *Giur. it.*, 2023, 2744, con nota di CASCINI, *La negata estensione della sospensione del procedimento con messa alla prova alle società*.

<sup>2</sup> G.I.P. Trib. Modena, ord. 19 ottobre 2020, in *Giur. pen. online*, 25 ottobre 2020, con nota di GARUTI – TRABACE, *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale ha ammesso la persona giuridica al probation*, .

<sup>3</sup> Trib. Bari, ord. 22 giugno 2022, *ivi*, 1 luglio 2022, con nota di MARTIN, *Sospensione del Procedimento con messa alla prova e D. lgs. 231/2001: quale futuro per l'ente?*

Le Sezioni unite, nella richiamata sentenza, muovono convintamente dall'assunto secondo il quale la qualificazione dell'istituto della messa alla prova costituisce «trattamento sanzionatorio penale». Trattasi di una qualificazione che la Suprema Corte ritiene evincibile da numerose pronunce del giudice delle leggi, tra le quali appare emblematica la sentenza n. 91 del 2018<sup>4</sup>, nella quale la Corte Costituzionale enuclea tutti gli indici rivelatori della natura sanzionatoria dell'istituto della messa alla prova. Ad avviso della Suprema Corte, l'indubbia connotazione sanzionatoria della messa alla prova risulta radicalmente incompatibile con la natura della responsabilità da reato degli enti, ormai pacificamente riconducibile non già al sistema penale, bensì ad un *tertium genus* che dal primo nutre solo i presidi di garanzia.

Le Sezioni unite, alla luce dell'inquadramento della responsabilità degli enti nell'ambito di un *tertium genus*, dell'affermata natura sanzionatoria della messa alla prova e della asserita incompatibilità tra le medesime, ha ritenuto inapplicabile l'istituto di cui agli artt. 168-bis ss. c.p. agli enti, in primo luogo in ossequio al principio della riserva di legge, quale corollario del fondamentale principio di legalità della pena di cui all'art. 25, comma 2, Cost. Siffatto principio, infatti, vieta l'applicazione, per il tramite di operazioni interpretative estensive o analogiche, di pene in senso sostanziale – quale, ad opinione delle Sezioni unite, la messa alla prova – a soggetti non espressamente contemplati dalla legge come destinatari delle medesime. Le Sezioni Unite affermano che, *a fortiori*, il principio di legalità della pena osta all'innesto di un trattamento sanzionatorio penale in un sistema affatto assimilabile a quello penale e riguardante gli enti, i quali rappresentano «*soggetti giammai indicati come destinatari di precetti penali*».

Nell'impostazione teorica adottata dalle Sezioni Unite, dunque, il risultato dell'estensione agli enti dell'istituto della messa alla prova, in assenza di norme di richiamo o coordinamento, non può essere raggiunto né attraverso una interpretazione estensiva, posto che difettano i presupposti di una simile opzione, né, tantomeno, attraverso una analogia *in bonam partem*, pur ammessa, a certe condizioni, in materia penale. L'operazione ermeneutica da ultimo citata risulterebbe preclusa tanto dalla natura disomogenea dei sistemi messi in relazione, quanto dal principio di tassatività – ulteriore corollario del principio di legalità della pena –, ostando tale principio alla possibilità che la perimetrazione dell'ambito applicativo di un trattamento sanzionatorio sia rimesso all'elaborazione giurisprudenziale.

Il Tribunale di Perugia ribalta le argomentazioni spese dalla Suprema Corte, muovendo, innanzitutto, da una diversa premessa teorica: ad essere revocata in dubbio è, infatti, già la natura di "trattamento sanzionatorio" in senso stretto della messa alla prova. Il Giudice per le Indagini Preliminari, a tal proposito, pone in evidenza la centralità assunta dalla volontà dell'imputato (il cui esplicito consenso è imprescindibile) e la non eseguibilità in via coattiva del trattamento programmato: l'ammissione al rito alternativo in argomento, in sostanza, «*dà luogo ad un'attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell'imputato, il quale liberamente può farla cessare con l'unica conseguenza che il processo sospeso riprende il suo corso*». A

---

<sup>4</sup> Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 91, in *Cass. pen.*, 2018, 3194, con nota di MAFFEO, *Novità sistematiche in tema di messa alla prova. Per una riconsiderazione, costituzionalmente compatibile, del rapporto tra pena e processo*.

tali considerazioni si aggiunge, poi, quella per cui l'esito positivo della prova ha effetto estintivo dell'illecito contestato, offrendo, così, all'ente un ulteriore procedimento speciale a sua disposizione, in alternativa al giudizio.

La ricostruzione nei termini suesposti della messa alla prova di cui all'art. 168-bis c.p. restituisce l'immagine di un istituto privo di effetti sfavorevoli nei confronti dell'ente: è proprio il dato dell'assenza di effetti sfavorevoli per l'imputato che consente al giudice perugino di ammettere una applicazione analogica dell'istituto anche nei confronti degli enti. Il Giudice per le Indagini Preliminari, infatti, accede ad una concezione del divieto di analogia in materia penale parzialmente divergente rispetto a quella propugnata dalle Sezioni Unite: aderendo all'impostazione ormai prevalente in giurisprudenza, il Giudice perugino valorizza la *ratio* garantistica alla base del divieto di analogia per affermare che lo stesso opera solo rispetto alle norme di sfavore per l'imputato, alle disposizioni *stricto sensu* punitive e non con riguardo a norme di favore. Il riconoscimento del carattere "relativo" del divieto di analogia consente di ammettere l'applicazione analogica *in bonam partem* della sospensione del procedimento con messa alla prova anche agli enti sottoposti ai procedimenti di cui al D.lgs. n. 231/2001.

Il Tribunale di Perugia, infine, supera anche l'ulteriore perplessità manifestata nella sentenza delle Sezioni Unite con riferimento alla sottoponibilità degli enti alla messa alla prova di cui all'art. 168-bis c.p.: tale preoccupazione riguarda la circostanza che, attraverso l'esperimento trattamentale della messa alla prova, ad espiare le colpe dell'ente siano nella sostanza i suoi organi, in quanto «*chiamati a rieducarsi per conto di un diverso soggetto*». Sul punto, l'ordinanza evidenzia che l'ente è responsabile per i reati commessi dalle persone fisiche che agiscono nel suo interesse o a suo vantaggio, per cui, nel caso in cui l'organizzazione del medesimo risulti inadeguata alla prevenzione del rischio di commissione di specifici illeciti penali, non vi è alcuna ragione per ritenere che una messa alla prova dell'ente, con il suo diretto coinvolgimento, possa determinare una immedesimazione rovesciata in cui le persone fisiche sono chiamate alla risocializzazione per conto della persona giuridica. Così come la responsabilità amministrativa da reato investe direttamente e "personalmente" l'ente, allo stesso modo il programma trattamentale idoneo alla sospensione con messa alla prova deve sostanziarsi in un impegno diretto della società in vista di un suo rientro sul mercato nel pieno rispetto della legalità.

Con specifico riferimento ai fatti oggetto del provvedimento giurisdizionale, l'ordinanza in commento, applicando la prospettiva teorica rassegnata, attribuisce rilievo determinate al fatto che l'ente ha intrapreso tutte le condotte esigibili in vista della riparazione dell'offesa arrecata dall'illecito, inserendosi in un effettivo e concreto percorso di appianamento del conflitto sociale conseguente alla condotta antiggiuridica. In primo luogo, la società imputata ha provveduto al risarcimento integrale del danno subito non solo in via diretta e immediata dalla persona offesa, ma anche quello subito dai prossimi congiunti della medesima. Oltre all'adempimento degli obblighi risarcitori, la società ha adottato un valido modello di organizzazione, gestione e controllo e ha istituito un organismo di vigilanza deputato alla costante verifica dell'adeguatezza dello stesso. Proprio l'adozione di un modello organizzativo volto alla prevenzione del rischio di reati delle persone fisiche viene, in seno all'ordinanza, valorizzato come elemento su cui fondare una favorevole prognosi di astensione dell'ente dalla commissione di ulteriori illeciti.

Il Tribunale di Perugia ha, inoltre, ritenuto idoneo il programma trattamentale elaborato dall'U.E.P.E. di Perugia, in quanto contenente l'impegno della società in relazione ad una serie di attività, comportamenti e prescrizioni attinenti anche al volontariato e al lavoro di pubblica utilità. Tra queste, figura il finanziamento di un corso di formazione in materia di sicurezza e salute sui luoghi di lavoro.

Tutte le considerazioni svolte consentono di ritenere soddisfatte le condizioni per l'accesso alla sospensione con messa alla prova, declinando la preminente finalità rieducativa connaturata all'istituto in esame nei peculiari termini della *compliance* richiesta ai soggetti collettivi.

## 2. Il diverso *thema decidendum* rimesso alle Sezioni unite.

La questione posta al vaglio delle Sezioni Unite era stata rimessa dalla Quarta Sezione Penale della Suprema Corte<sup>5</sup>: il contrasto interpretativo concerneva la questione se il procuratore generale fosse o no legittimato a proporre impugnazione *per saltum* avverso l'ordinanza che ammette l'imputato alla messa alla prova ai sensi dell'art. 464-*bis* c.p.p. nonché avverso la sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 464-*septies* c.p.p. e quali fossero i vizi deducibili con il ricorso<sup>6</sup>.

Il quesito rimesso alle Sezioni Unite riguarda un aspetto diverso e la motivazione, per quanto articolata, non approfondisce la tematica dell'ammissibilità o meno della messa alla prova, non potendo convincere infatti il ragionamento sull'incompatibilità dell'istituto semplicemente definendo la responsabilità amministrativa quale *tertium genus*, lasciando così ampio spazio a decisioni giurisprudenziali diverse.

D'altro canto, il comma 1 *bis* dell'art. 618 c.p.p. non vincola direttamente il giudice di merito, ma rimane confinato ai rapporti interni alla Cassazione, in quanto impedisce alla sezione semplice della Cassazione di decidere in senso difforme a "*un principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite*": se in disaccordo, la sezione semplice è piuttosto tenuta a rimettere il ricorso al massimo collegio, potendo offrire ed esplicitare a mezzo della relativa ordinanza le ragioni della propria divergenza interpretativa<sup>7</sup>. È escluso, quindi, che il meccanismo di rimessione obbligatoria si possa applicare anche ai giudici di primo e secondo grado, sia per la natura eccezionale della predetta disposizione che per il principio di legalità processuale ex art. 111, comma 1, Cost.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Sez. IV, ord. 23 marzo 2022 n. 15493 in Cass. pen., 2022, 3646.

<sup>6</sup> Si è concluso che il Procuratore generale presso la Corte d'Appello è legittimato - al pari del Procuratore della Repubblica - a ricorrere immediatamente avverso l'ordinanza di ammissione alla prova ex art. 464-*quater*, comma 7, c.p.p., qualora gli sia stata ritualmente comunicata. L'impugnazione dell'ordinanza, pur se tempestiva, non sortisce effetti in merito al periodo di prova già trascorso, creando così un *vulnus*. Cessato il termine perentorio per impugnare, l'ammissione dell'ente alla prova non dovrebbe più essere messa in discussione. Addirittura, nel caso in cui l'ordinanza non sia stata ritualmente comunicata all'organo di accusa, quest'ultimo potrebbe impugnarla unitamente alla sentenza di proscioglimento, creando anche in questo caso una distonia nel sistema in merito alle condotte riparatorie già poste in essere

<sup>7</sup> Cfr. DAMOSSO, *Quali vincoli argomentativi per il giudice di merito di fronte al precedente di Cassazione?* Cass. pen., 2023, 3833.

<sup>8</sup> FIDELBO, *Verso un sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in *Dir. pen. cont. online*, 28 gennaio 2018.

Su questa scia si colloca l'ordinanza del Tribunale di Perugia, che ritiene l'affermazione dell'inaccessibilità all'istituto della messa alla prova per l'ente non logicamente pregiudiziale o consequenziale rispetto al principio concernente la questione della legittimazione affrontata dalle Sezioni unite.

Resta fermo che tale ordinanza, laddove impugnata ex art. 606, comma 1, lett. b), c.p.p., sarebbe con ogni probabilità annullata dalla Cassazione, la quale si porrebbe in senso conforme alle Sezioni unite.

### 3. Applicazione al sistema 231: problematiche interpretative.

La possibilità di estendere al procedimento a carico dell'ente istituti che non sono disciplinati nel D.lgs. n. 231/2001 ha posto dei problemi in dottrina e giurisprudenza, in particolare in merito alla costituzione di parte civile e la messa alla prova.

Entrambe le questioni vengono affrontate partendo da un presupposto: la giurisprudenza di legittimità sostiene che ente e imputato non sono figure assimilabili e i rispettivi procedimenti possono viaggiare su binari paralleli; alle volte hanno profili di intersezione ma rimangono comunque diversi. Di talché, ove il legislatore non abbia previsto l'applicazione nel D.lgs. n. 231/2001 di determinati istituti, questi ultimi, di principio, non possono essere applicati facendo leva sul criterio di compatibilità espresso negli artt. 34 e 35 del suddetto decreto. Sempre seguendo il ragionamento della Cassazione, l'illecito è amministrativo perché in tale direzione volge il dato normativo: più volte nel testo di legge c'è il riferimento alla responsabilità amministrativa e quindi si tratterebbe di un illecito amministrativo connesso a quello penale; è giudicato dal giudice penale semplicemente in ragione di quel rapporto di connessione, perché immaginare la separazione dei giudizi avrebbe creato il rischio di possibili conflitti fra decisioni differenti.

Si tratta di un illecito amministrativo "particolare", complesso, che è correlato all'avvenuta commissione di un reato. Ed è su questa fattispecie complessa che è necessario ragionare: l'affermata natura di *tertium genus* della responsabilità *ex crimine* dell'ente – ribadita dalle Sezioni unite – non può valere di per sé a escludere la messa alla prova, perché è un'affermazione che implica si tratti di una responsabilità connotata in parte come penale e in parte come amministrativa<sup>9</sup>. Valorizzando il principio di legalità delle norme premiali, le eccessive incertezze applicative in sede di determinazione dei presupposti di accesso e del contenuto del programma di svolgimento della prova sono superabili, in quanto il giudice potrebbe rimodulare la disciplina pensata per la persona fisica in base alle caratteristiche della persona giuridica.

La questione interpretativa, in verità, appare limitata ai soli presupposti soggettivi, poiché nessun problema di adeguamento richiedono, invece, quelli oggettivi: l'applicazione dell'istituto della messa alla prova all'ente dovrebbe potersi affermare quan-

---

<sup>9</sup> Cfr. Trib. Bari, 15 giugno 2023; in questo senso, DAMOSSO, *op. cit.* 3833, secondo cui avrebbe dovuto piuttosto valorizzarsi l'esclusione dell'applicazione analogica dell'istituto per come è attualmente formulato, discendendone a livello processuale l'abnormità c.d. strutturale dell'ordinanza di ammissione dell'ente e la conseguente sentenza di non doversi procedere a causa dell'estinzione del reato, trattandosi di atti radicalmente avulsi dal sistema penale, sebbene in astratto manifestazione di legittimo potere"; v. anche FIDELBO – RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 4/2016, 9-25.

do il reato presupposto rientri nei limiti edittali che sono previsti per l'istituto rispetto alla persona fisica<sup>10</sup>. Quindi, sarebbe consentito per diverse fattispecie, tra cui le lesioni colpose gravi e gravissime<sup>11</sup>, le contravvenzioni ambientali ex art. 25-*undecies*<sup>12</sup> e i reati più vari quali ricettazione, frode in commercio, falsi informatici<sup>13</sup>.

Più difficile appare il superamento dei presupposti soggettivi: come anticipato, l'ammissione alla sospensione ex art. 168-*bis* c.p. risulta preclusa ai delinquenti abituali, professionali o per tendenza e presuppone un favorevole giudizio prognostico attenente alla personalità del reo. In ogni caso, così come motivato nell'ordinanza del Tribunale di Perugia, le eccessive incertezze applicative in sede di determinazione dei presupposti di accesso e del contenuto del programma di svolgimento della prova appaiono completamente superabili, in quanto il giudice può rimodulare la disciplina pensata per la persona fisica in base alle caratteristiche della persona giuridica. Posto che, specularmente a quanto previsto nel codice di procedura penale, bisognerebbe limitare la messa alla prova a quelle società che non ne abbiano già usufruito in precedenza, uno spunto interpretativo potrebbe essere l'assenza di una reiterazione ex art. 20 D.lgs. n. 231/2001; non è un limite interpretativo insuperabile. Infatti, per la prognosi di mancata recidiva e affidabilità del soggetto che viene ammesso alla prova, se si valuta la gravità del reato anche nella sua dinamica completa e la capacità a delinquere del colpevole ecco che, traslando tali requisiti, si possono ammettere alla prova enti dotati ex *ante* di un modello organizzativo e di una politica d'impresa con una struttura preventiva rispetto al reato presupposto. Ancora, si possono prendere a riferimento le condotte riparatorie già adottate, valutare l'atteggiamento tenuto dall'ente nel corso del processo: se ha già risarcito il danno, se ha collaborato con le indagini, se l'Organismo di Vigilanza ha compiuto un'attività proattiva, gli eventuali procedimenti pregressi, e se operi in condizioni socioeconomiche che possano portare o meno alla recidiva nel corso della prova o anche successivamente.

In merito alle condotte riparatorie e restitutorie, il programma "riabilitativo" potrebbe consistere, ad esempio, nella rimodulazione dei modelli di organizzazione e controllo, insieme a una condotta consistente nel mettere a disposizione le risorse dell'ente ai fini sociali. Ciò che appare convincente nell'ammissione dell'ente all'istituto della messa alla prova è che, nel caso in cui il modello adottato ex art. 6 D.lgs. n. 231/2001 sia stato valutato inadeguato dal giudice, l'ente potrebbe chiedere fin dalle indagini, in modo da evitare anche il rinvio a giudizio, una "messa alla prova" che abbia ad oggetto una riorganizzazione effettivamente virtuosa, ottenendo l'estinzione dell'illecito<sup>14</sup>. Superabile è anche il profilo dell'affidamento ai servizi sociali e il lavoro

<sup>10</sup> Reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, nonché i delitti indicati dall'art. 550, co 2, c.p.p.

<sup>11</sup> Dal punto di vista dell'imputato persona fisica i precedenti in materia di sicurezza sul lavoro la messa alla prova è un istituto cui si ricorre in maniera diffusa.

<sup>12</sup> Eccezione fatta per i delitti ambientali più gravi previsti dalla legge 22 maggio 2015, n. 68, incluso il delitto di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti.

<sup>13</sup> Indispensabile è il riferimento a un articolo anticipatore dell'applicazione della messa alla prova nei confronti delle persone giuridiche in una logica special-preventiva della normativa: Cfr. FIDELBO - RUGGIERO, *op. cit.*, che propongono un ampliamento dell'ambito oggettivo di applicazione.

<sup>14</sup> In argomento, cfr. BRONZO, *Altri procedimenti speciali e giudizio*, in *Responsabilità da reato*

di pubblica utilità: il giudice del Tribunale di Perugia, nell'ordinanza in commento, ha ritenuto idoneo il programma di trattamento elaborato dall'U.E.P.E. insieme al rappresentante legale: «*Da un'attenta analisi, poi, del programma di trattamento elaborato dall'U.E.P.E. di Perugia si ricava che lo stesso, in ossequio a quanto disposto dall'art. 464-bis c.p.p., contempla una serie di attività, prescrizioni e condotte, che rispondono alle caratteristiche proprie della messa alla prova che si sostanziano in prescrizioni e altri impegni specifici (tra cui il volontariato), nonché prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità*», lavoro di pubblica utilità che va inteso come percorso di risocializzazione e non come misura afflittiva<sup>15</sup>. In conclusione, l'ordinanza ritiene ampiamente superate le perplessità manifestate dalla Corte di cassazione.

#### 4. Conclusioni.

La decisa valorizzazione dei percorsi riparatori e ripristinatori alternativi all'esito punitivo operata dalla recente Riforma Cartabia ha attribuito un rilievo applicativo ancor più consistente all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato. Il procedimento speciale disciplinato dagli artt. 168-bis, ter e quater c.p. e dagli artt. 464-bis e ss. c.p.p. si propone, infatti, quale sede elettiva per la sperimentazione dei moduli della giustizia riparativa volti a consentire una ricomposizione del conflitto generato dall'illecito penale improntata ad una logica di mediazione e dialogo riparativo<sup>16</sup>. È senza dubbio anche in considerazione di un simile risvolto operativo che la Riforma Cartabia ha ampliato le possibilità di accesso all'istituto in argomento, prevedendo, innanzitutto, che anche il pubblico ministero possa attivarsi per la richiesta di definizione del procedimento penale attraverso la sospensione con messa alla prova ed estendendo, inoltre, il novero dei reati con lo stesso compatibili.

Il ruolo cruciale rivestito dall'accesso al procedimento alternativo della sospensione con messa alla prova rispetto all'effettività del sistema di giustizia riparativa si riesce a cogliere, senza difficoltà, guardando alla connotazione del primo come fase

---

*degli enti*, vol. II, Torino, 2020, 272, il quale ha osservato che «l'istituto offrirebbe anche un ulteriore vantaggio: oggi la circostanza che sia consentito all'ente, già nella fase investigativa, di mettere in atto condotte riparatorie ottenendo l'archiviazione da parte del pubblico ministero, fa temere un'autarchia dell'accusatore, che per un verso si trova a valutare, da solo, l'adeguatezza della riparazione e per altro verso potrebbe sollecitare – attraverso quest'allettamento – la delazione dell'ente nei confronti degli autori dei reati presupposto: questo rischio risulterebbe invece formalmente ridotto dalla formalizzazione processuale della riorganizzazione della società e dal coinvolgimento del giudice».

<sup>15</sup> In particolare la società, d'intesa con la Croce Rossa di Città di Castello, si è impegnata a finanziare un corso di formazione – svolto da esperti della Croce Rossa – della durata di venti ore in materia di primo soccorso e sicurezza e salute sui luoghi di lavoro, da svolgere presso l'Istituto Superiore Itis di Città di Castello, a seguito del quale verrà rilasciato un attestato di partecipazione del quale potranno beneficiare gli studenti per lo svolgimento dei programmi di alternanza scuola-lavoro. Oltre all'organizzazione del corso, la società si è impegnata a versare somme di denaro in favore della Croce Rossa.

<sup>16</sup> LUGLI, *Principali novità della riforma della giustizia penale "Cartabia" di particolare interesse per imprese e professionisti*, in *Riv. dei dottori comm.* 1 febbraio 2023.

incidentale, come vera e propria “parentesi” nel corso ordinario del processo, occupata da quello che viene definito nei termini di un “esperimento trattamentale”<sup>17</sup>.

Attraverso la sospensione di cui all'art. 168-bis c.p. è, infatti, garantito uno spazio per il dipanarsi di un percorso rieducativo e riparatorio capace di obliterare la necessità non solo di un processo penale, ma, in caso di esito positivo della prova espletata, anche dell'irrogazione di una pena. Il significato ultimo dell'istituto, infatti, resta ancorato alla necessità di potenziare al massimo l'imprescindibile fine rieducativo, anche e soprattutto attraverso la rinuncia ad una pena non necessaria in vista del raggiungimento di tale scopo.

Indubitabile è inoltre l'effetto deflattivo dell'istituto, che trova conferma nell'ampliamento delle ipotesi applicative ad opera della recente riforma: come si è sostenuto, infatti, considerati gli ottimi risultati statisticamente rilevati, la sospensione del processo con messa alla prova «contribuisce poi a ridurre la durata media del processo e riveste, pertanto, una importanza strategica rispetto agli obiettivi del PNRR e di efficienza complessiva»<sup>18</sup>. In ordine all'applicabilità dell'istituto all'ente si ritiene non rilevino particolari difficoltà nel valorizzare la componente processuale dello stesso e nel definire il lavoro di pubblica utilità come un percorso di risocializzazione con finalità anche riparatorie<sup>19</sup>. Superabile è il mancato richiamo espresso nel D.lgs n. 231/2001 essendo di precedente emanazione rispetto alla legge che ha introdotto questo nuovo istituto nel codice di procedura penale; del resto, la disciplina degli enti manca anche del riferimento ad altri procedimenti penali speciali come l'immediato e il direttissimo, che sono stati estesi in via analogica<sup>20</sup>. Un importante appiglio interpretativo è rinvenibile nell'art. 49 D.lgs. n. 231/2001, secondo il quale l'ente può ottenere la sospensione delle misure cautelari interdittive grazie agli adempimenti descritti nell'art. 17 D.lgs. n.231/2001 (condotte riparatorie, restitutorie, risarcitorie e disponibilità ad adottare un modello organizzativo adeguato). Lo scopo di tali misure è, quindi, proprio quello di far sì che l'ente adotti quell'organizzazione virtuosa che non aveva e che ha agevolato la commissione dell'illecito.

In linea con quanto affermato, si è parlato di una moderna “messa alla prova” aziendale per una tutela recuperatoria in occasione dell'introduzione dell'obbligo di “adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli artt. 6, 7 e 24-ter del D.lgs. 231” di cui all'art. 34-bis comma 3, lett. d) Codice Antimafia, rubricato come “Controllo giudiziario delle aziende”<sup>21</sup>. In una prossima riforma della 231, sul piano dell'opportunità politico-criminale sarebbe quindi auspicabile un intervento legislativo specificamente volto a prevedere l'accesso alla messa alla prova in favore

<sup>17</sup> Sez. un., 31 marzo 2016, n. 36272, Sorcinelli, in *Cass. pen.*, 2016, 12, 4334.

<sup>18</sup> Rel. ill. d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, 303.

<sup>19</sup> Cfr. MAFFEO, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, Napoli, 2017, 103-104.

<sup>20</sup> Cfr. BRONZO, *op. cit.*, 269-293.

<sup>21</sup> Cfr. Sez. VI, 4 aprile 2019, n. 22889, in C.E.D. Cass. n. 275531, secondo la quale «le aziende e imprese costituiscono sia per la compagine soggettiva che per il dinamismo che ne caratterizza l'operatività, soggetti giuridici che possono attivare sinergie per la rimozione di quelle condizioni di infiltrazioni e di agevolazione criminale e che, pertanto, possono avviarsi sulla via della bonifica adottando modelli di organizzazione e gestione risanati».

dell'ente: epilogo importante perché la funzione esimente del modello organizzativo ex art. 6 D.lgs. n.231/2001 è risultata e risulterà difficile da applicare<sup>22</sup>.

In questo senso si è espressa di recente la Quinta Sezione Penale della Corte di Cassazione, che ha esteso la nozione di controllo societario, allargando l'area delle possibili contestazioni alle imprese per violazioni del decreto 231 «*anche per i reati commessi dai componenti formali del collegio sindacale, i quali in concreto svolgano, come attestato dalla ricorrenza degli indici disvelatori delle qualifiche ex art. 2639 del Codice Civile, anche il ruolo di amministratori di fatto dell'ente*»<sup>23</sup>. Ovvio che le società saranno più portate a un patteggiamento che a difendersi in sede processuale, patteggiamento che nella piccola e media impresa diventa un costo e non porta alcun valore aggiunto. La messa alla prova consente invece di attivare un meccanismo virtuoso, molto più efficace non solo in un'ottica riparatoria ma anche in un'ottica social-preventiva. L'ente si spende in un percorso di miglioramento della propria organizzazione capitalizzando lo sforzo ed evitando le sanzioni interdittive<sup>24</sup>.

Nel frattempo, la dottrina suggerisce *de lege ferenda* una possibile disciplina adeguata alla realtà ontologica e operativa della società<sup>25</sup> spingendo per la configurazione di questo illecito come penale; e la giurisprudenza di merito non si acquieta alle decisioni della Cassazione.

Entrambe, dottrina e giurisprudenza, provano a superare la lacuna del mancato intervento del legislatore.

---

<sup>22</sup> Cfr. BRONZO, *op. cit.*, 272.

<sup>23</sup> Cfr. Sez. V, 26 gennaio 2024, n. 3211, *in C.E.D. Cass.* n. 285847-02, che estende l'art. 5, primo comma, lett. a) ultimo periodo del d.lgs. n. 231/2001 al collegio sindacale.

<sup>24</sup> La sospensione con messa alla prova nel procedimento a carico degli enti, Workshop, Tavoli 231, Milano, 8 marzo 2018, su [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it).

<sup>25</sup> Cfr. FIDELBO-RUGGIERO, *op. cit.*, 9-25.

# UN ORIENTAMENTO GIURISPRUDENZIALE PROBLEMATICO IN TEMA DI “MINORE GRAVITÀ” NEI REATI DI VIOLENZA SESSUALE

(Cass. pen., Sez. III, sent. n. 35303 del 22 agosto 2023)

Cristiano Rega\*

**Sommario:** 1. Introduzione. – 2. La riforma del 1996. – 3. La prospettiva europea. – 4. L'attenuante della minore gravità. – 4.1. La giurisprudenza in tema di minore gravità. – 4.2. Considerazioni critiche. – 5. Differenze con l'art. 131-bis c.p.

## ABSTRACT

Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza, si è riconosciuta l'operatività della circostanza attenuante della minore gravità del fatto nei reati di violenza sessuale solo quando lo stesso si presenti, in base a una valutazione complessiva, scarsamente lesivo. Si tratta di un'interpretazione contraria ai principi di offensività, proporzionalità ed esigenza rieducativa della pena, oltre che non conforme alla lettera della legge e al complessivo sistema di circostanze attenuanti.

*According to the consolidated orientation of jurisprudence, the application of the circumstance of the lesser seriousness of the fact in crimes of sexual violence has been recognized only when it appears, based on an overall assessment, to be of little harm. This is an interpretation opposite to the principles of offensiveness, proportionality and re-educational need of the sentence, as well as not compliant with the letter of the law and the overall system of mitigating circumstances.*

## 1. Introduzione.

La sentenza in commento si colloca nel solco di un indirizzo consolidato della Corte di Cassazione relativo ai presupposti necessari per il riconoscimento della circostanza attenuante della minore gravità di cui all'art. 609 bis co. 3. c.p.

---

\* Dottore in giurisprudenza.

Com'è noto, con l. 15 febbraio 1996 n. 66 si è provveduto a riformare la materia dei reati di violenza sessuale, ispirata a valori e logiche divenute inattuali a seguito della caduta del fascismo e con l'avvento della Costituzione repubblicana.

La tutela delle libertà, nell'ideologia del legislatore del 1930, si collegava alla salvaguardia dello *status* che il regime attribuiva ad ogni cittadino, che era tenuto a contribuire al progresso sociale: in questo modo si spiega come oggetto di tutela fossero la moralità pubblica e il buon costume di cui al titolo IX del codice Rocco.

La distinzione tra atti di violenza carnale, che si realizzava solo nel caso di congiunzione carnale, ed atti di libidine violenti conseguiva lo scopo di differenziare, da un punto di vista oggettivo, le modalità di aggressione dei beni giuridici tutelati, e di conseguenza prevedere sanzioni diverse.

## 2. La riforma del 1996.

Già prima dell'intervento riformatore del 1996, dottrina e giurisprudenza avevano provveduto a interpretare evolutivamente la disciplina anacronistica dei reati contro la violenza sessuale, adeguandola ai valori democratici della Costituzione, e rivalutando la libertà sessuale come bene personale fondamentale, non più visto come funzionale all'evoluzione della società.

In tale prospettiva la riforma appare codificare l'interpretazione giurisprudenziale recente, abrogando il capo I del titolo IX e assorbendo in un'unica fattispecie di reato - contenuta nel titolo XII, dedicato ai delitti contro la persona, all'art. 609 *bis*, rubricato “violenza sessuale” - i delitti di violenza carnale e di atti di libidine violenti.

Al di là di una corretta individuazione del bene giuridico, la riforma era sollecitata dall'esigenza di tutelare la vittima di atti sessuali nel procedimento penale<sup>1</sup>: la circostanza che si dovesse procedere tramite accertamenti anche molto invasivi dell'intimità delle vittime, volti a verificare se il fatto rientrasse nell'ambito dell'art. 519 c.p. (e vi fosse cioè congiunzione carnale) oppure si configurassero gli atti di libidine violenti di cui all'art. 521, significava sottoporle a ulteriori ingerenze nella sfera privata e umiliazioni, con il conseguente rischio di scoraggiare le denunce.

Alla predisposizione di un'unica fattispecie di violenza sessuale consegue che il disvalore criminoso si incentri maggiormente sull'offesa arrecata all'autodeterminazione della persona, risultando secondarie le modalità di estrinsecazione della violenza<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cass., Sez. III, sent. n. 5646 del 16 maggio 2000, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it): “Nell'unificazione delle due fattispecie criminose di cui agli artt. 519 e 521 c.p. è stata attuata per una pluralità di ragioni quali quella di evitare indagini odiose, invasive della intimità personale della vittima, l'altra rinvenibile in una diversa concezione della libertà sessuale personale e quella di poter punire con pena adeguata ipotesi di atti di libidine non dissimili dalla vera e propria violenza carnale per l'impatto psicologico sulla vittima”.

<sup>2</sup> Non mancano rilievi critici sul punto, si veda: S. MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (l. 15 febbraio 1996 n. 66): un esempio di sciatteria legislativa*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1997, 395 e ss. “la struttura della/e fattispecie incriminatrici è irrilevante rispetto al dovere giudiziale di accertare l'esatta dinamica del fatto aggressivo. L'ontologica differenza e la naturalistica gerarchia fra le condotte sussumibili sotto qualsiasi modello di violenza sessuale — unitario o articolato che sia —, impone comunque al giudice, vincolato al principio di personalità della responsabilità penale (art. 27 comma 1 Cost.)

### 3. La prospettiva europea.

La ritenuta necessità di imperniare la fattispecie tipica sulla base della mancanza del consenso, e non delle concrete modalità esecutive, e l'obiettivo di evitare forme di vittimizzazione secondaria sono stati da tempo avvertiti anche in seno al Consiglio d'Europa: nel 2011 gli Stati membri hanno firmato la "Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica", dove, all'art. 36, si stabilisce che le Parti adottano misure legislative o di altro tipo necessarie per perseguire penalmente i responsabili, tra gli altri, di atti sessuali compiuti su una persona "senza il suo consenso".

La menzionata disposizione è finalizzata ad eliminare l'onere della prova della violenza: il fatto che si parli di mancanza del consenso, e non di costrizione, fa sì che l'accusa debba solo fornire la prova di tale mancanza di consenso.

A quanto detto, si aggiunga che la Corte europea dei diritti dell'uomo, in ossequio all'art. 36 della Convenzione di Istanbul, da quasi venti anni (si pensi in tal senso al caso M.C. v. Bulgaria, 4 dicembre 2003) afferma che gli Stati membri hanno sia l'obbligo positivo "di perseguire e reprimere effettivamente ogni atto sessuale non consensuale, ivi compreso quello in cui la vittima non ha opposto resistenza fisica"<sup>3</sup>, sia quello di applicare la legislazione attraverso indagini e procedimenti giudiziari efficaci<sup>4</sup>.

### 4. L'attenuante della minore gravità.

Se il quadro normativo nazionale e sovranazionale spinge nel senso di escludere che l'accertamento della violenza sessuale possa risolversi in forme di vittimizzazione secondaria della persona offesa<sup>5</sup>, seri dubbi ha posto la previsione di cui all'art. 609 *bis* co. 3 c.p.<sup>6</sup>, che com'è noto dispone una circostanza attenuante speciale, ad effetto

ed orientato, nell'esercizio della sua discrezionalità, dai criteri di cui all'art. 133 c.p., di svolgere ogni accertamento possibile e consentito per la corretta ricostruzione dell'episodio. E ciò vale specialmente in relazione a tipologie tanto odiose di criminali, ma, forse proprio per questo, più bisognose di intransigente garanzia. E tutto questo appare tanto più necessitato dall'opzione normativa fissata nell'art. 609-*bis*, viste le oscillazioni amplissime che la reale cornice editale della nuova figura consente: 5-10 anni, con possibilità, poco determinata, di riduzione fino ai due terzi".

<sup>3</sup> Cedu, sent. M.C. vs Bulgaria del 4 dicembre 2003, par. 166., in europa.camera.it: "In the light of the above, the Court is persuaded that any rigid approach to the prosecution of sexual offences, such as requiring proof of physical resistance in all circumstances, risks leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardising the effective protection of the individual's sexual autonomy. In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member States' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim".

<sup>4</sup> Cfr. A. CONTINIELLO, *Dalla violenza carnale alla violenza sessuale. Luci e ombre della fattispecie e proposte di riforma*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2018, 7-8.

<sup>5</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, volume II, Tomo primo, I delitti contro la persona*, VI ed., Bologna, 2024, p. 342.

<sup>6</sup> Per una critica al sistema di circostanze della riforma del 1996 vd. ad es. S. MOCCIA, *op. cit.*, 395 ss. L'attenuante di cui all'art. 609-*bis* co. 3 contrasta una delle forti *rationes* di questa riforma: soddisfare l'esigenza di una maggior tutela della *privacy* della vittima.

speciale e generica, per cui nei casi di minore gravità la pena è ridotta in misura non eccedente i due terzi. Nella *mens legis*, alla previsione di un unico reato di violenza sessuale andava accompagnato uno strumento che consentisse al giudice di graduare le conseguenze sanzionatorie legate alle più o meno gravi condotte riconducibili alla fattispecie<sup>7</sup>, ma l'effetto rischiava di essere un ritorno al dualismo tra violenza carnale e atti di libidine violenti, in quanto solo questi ultimi sarebbero stati suscettivi di rientrare nell'ambito applicativo dell'attenuante, e di conseguenza si sarebbe eluso lo scopo di precludere indagini troppo minuziose sulla consistenza e svolgimento della vicenda e della violenza sessuale<sup>8</sup>.

#### 4.1. La giurisprudenza in tema di minore gravità.

La giurisprudenza, in maniera unanime, sembra essersi fatta carico delle perplessità riscontrate, e ha relegato il riconoscimento della circostanza attenuante alle ipotesi in cui vi sia particolare lievità del fatto. Vengono considerati quali indici di valutazione della minore gravità i parametri di cui all'art. 133 co. 1 c.p., incidenti sulla materialità del fatto e sulle modalità che hanno caratterizzato la condotta criminosa, nonché sulle conseguenze lesive arrecate alla persona offesa<sup>9</sup>. In più occasioni la Corte di Cassazione ha rinvenuto la violazione, da parte del giudice di merito, dei principi giuridici affermati in materia di criteri applicativi della circostanza in esame, quando il giudice aveva concesso l'applicazione della attenuante in base a singoli indici di lievità e non in base a una valutazione complessiva ex art. 133 co. 1 c.p. Si argomenta sostenendo che non è sufficiente, ai fini del riconoscimento della minore gravità, che non vi sia stata congiunzione carnale, in quanto, in caso contrario, tornerebbe a operare la distinzione tra violenza carnale e atti di libidine violenti, superata dal legislatore anche

---

<sup>7</sup> Corte cost., sent. n. 325 del 26 luglio 2005, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it): “Mediante una consistente diminuzione (in misura non eccedente i due terzi) della pena prevista per il delitto di violenza sessuale (fissata, nel minimo, in cinque anni di reclusione), risulta così possibile rendere la sanzione proporzionata nei casi in cui la sfera della libertà sessuale subisca una lesione di minima entità. L'attenuante si pone dunque quale temperamento degli effetti della concentrazione in un unico reato di comportamenti, tra loro assai differenziati, che comunque incidono sulla libertà sessuale della persona offesa, e della conseguente diversa intensità della lesione dell'oggettività giuridica del reato”. Così anche Corte Cost., sent. n. 325 del 18 aprile 2014, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it): “Peraltro, la concorde giurisprudenza della Corte di Cassazione considera l'attenuante in esame applicabile «in tutte quelle fattispecie in cui avuto riguardo ai mezzi, alle modalità esecutive ed alle circostanze dell'azione, sia possibile ritenere che la libertà sessuale, personale della vittima sia stata compressa in maniera non grave, ed implica la necessità di una valutazione globale del fatto, non limitata alle sole componenti oggettive del reato, bensì estesa anche a quelle soggettive ed a tutti gli elementi menzionati nell'art. 133 cod. pen.» (Cassazione, Sez. IV, n. 18662 del 12 aprile 2013, nonché Sez. III, n. 45604 del 13 novembre 2007 e n. 5002 del 7 novembre 2006).

<sup>8</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, Milano, 2022, 454.

<sup>9</sup> Si veda, ad esempio, Cass., Sez. III, sent. n. 215954 del 29 febbraio 2000, in *C.E.D., Cass.*: “Ai fini dell'accertamento della diminuzione del fatto di minore gravità prevista dall'art. 609 bis, comma 3, cod. pen. deve farsi riferimento, oltre che alla materialità del fatto, a tutte le modalità che hanno caratterizzato la condotta criminosa, nonché al danno arrecato alla parte lesa, anche e soprattutto in considerazione dell'età della stessa o di altre condizioni psichiche in cui versò”.

per dare maggiore peso alle conseguenze particolarmente lesive che atti sessuali, ancorché non integranti violenza carnale, possono comportare alle vittime<sup>10</sup>.

Dunque, la violenza sessuale di minore gravità, a dire della Cassazione, è tale solo quando, in base a tutti gli indici posti come parametro valutativo, sia ravvisata una complessiva scarsa entità del fatto. Anche la gravità di un singolo indice è idonea ad escludere la minore gravità, cosa invero piuttosto frequente, considerando le conseguenze particolarmente lesive, anche a lungo termine, che un atto sessuale, anche obiettivamente poco rilevante, può comportare a danno della vittima.

Questa è la posizione che la sentenza in esame eredita dalla rigorosa giurisprudenza precedente, secondo cui nell'accertamento della minore gravità "deve farsi riferimento ad una valutazione globale del fatto, nella quale assumono rilievo i mezzi, le modalità esecutive, il grado di coartazione esercitato sulla vittima, le condizioni fisiche e psicologiche di quest'ultima, anche in relazione all'età, mentre ai fini del diniego della stessa attenuante è sufficiente la presenza anche di un solo elemento di clamorosa gravità"<sup>11</sup>.

Il riconoscimento della minore gravità avrà dunque luogo solo quando il fatto si presenti, in base a una valutazione complessiva, scarsamente lesivo.

#### 4.2. Considerazioni critiche.

La soluzione giurisprudenziale pare poco convincente per una serie di ragioni. L'esigenza di graduare la pena alla gravità del fatto rappresenta espressione dei principi di offensività, di proporzionalità, nonché del principio della funzione rieducativa della pena.

L'offensività opera non solo in senso qualitativo, escludendo la tipicità di condotte apparentemente conformi alla fattispecie tipica, ma inoffensive per i beni giuridici tutelati<sup>12</sup>; ma anche in senso quantitativo, esprimendo l'esigenza di graduare la pena in rapporto alla concreta portata lesiva dei fatti<sup>13</sup>.

Il legislatore, oltre a stabilire i limiti edittali entro i quali il giudice può muoversi per stabilire la pena in concreto applicabile, servendosi degli indici stabiliti all'art. 133 c.p., prevede circostanze che aggravano o diminuiscono la pena attraverso la valutazione di elementi ulteriori, utili ad adeguare la sanzione all'entità del fatto.

<sup>10</sup> Cass., sez. III, sent. n. 5646 del 16 maggio 2000, cit.

<sup>11</sup> Tra le altre, in ordine cronologico: Cass., Sez. III, sent. n. 46184 del 5 novembre 2013; n. 6784 del 18 novembre 2015; n. 16122 del 12 novembre 2016; n. 50336 del 10 ottobre 2019, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>12</sup> Il dibattito dottrinale sulla portata operativa del principio di offensività è piuttosto risalente; tra i sostenitori della teoria secondo cui l'offensività costituisca componente della tipicità, in modo da escludere dalla stessa fatti apparentemente conformi al tipo ma concretamente inoffensivi per i beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice, vi è C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, 34 ss. Altri esponenti della teoria realistica del reato ritengono, invece, l'offensività estranea all'indagine sulla tipicità, ma idonea a escludere la punibilità di fatti tipici ma inidonei a offendere i beni tutelati, in base a una lettura dell'art. 49 co. 2 c.p. come espressivo del principio di offensività, e dunque sganciato dall'art. 56 c.p.: tra gli altri, L. SCARANO, *Il tentativo*, Napoli, 1960, 257 ss.

<sup>13</sup> Sul punto, vd. tra gli altri, G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?* in *Foro.it*, V, 2001, 7.

Tra le circostanze che attenuano la pena in base alla scarsa portata offensiva della condotta possono annoverarsi la lieve entità, prevista agli artt. 73 co. 5 (divenuta, a partire dal d.l. n. 146/2013 – convertito con modifiche dalla l. n. 10/2014 – una fattispecie autonoma di reato) e 74 co. 6 d.P.R. n. 309/1990; la particolare tenuità, di cui all'art. 648 co. 4 c.p.; la minore gravità di cui all'art. 609 *bis* co. 3 c.p.

Il fatto che la legge si serva di *nomina* diversi per individuare le varie tipologie di circostanze che attenuano la pena non sembra essere casuale: ad esse pare corrispondere una diversa valutazione che l'interprete deve effettuare per accertare la sussistenza dei presupposti. A favore di tale affermazione depongono le profonde differenze che intercorrono in punto di riduzione di pena da applicare. Nel caso di lieve entità, ai sensi dell'art. 73 co. 5 t.u. stupefacenti, viene operata una rideterminazione dei limiti edittali: dalla pena della reclusione dai 6 ai 20 anni prevista in base al co. 1 dell'art. 73, il ricorrere della lieve entità del fatto determina una netta decurtazione del *quantum* della stessa, che ora è compresa tra i 6 mesi e i 5 anni di reclusione; di conseguenza il giudice, nell'accertare la lieve entità, è tenuto a una considerazione della complessiva scarsa gravità del fatto, che deve presentare un disvalore nettamente inferiore rispetto alla fattispecie di cui al primo comma. Allo stesso modo, l'art. 74 co. 6 dispone una ridefinizione dei limiti edittali del reato di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope: al co. 1 è prevista la pena della reclusione non inferiore a vent'anni per l'associato che promuove, costituisce, dirige, organizza o finanzia l'associazione, e non inferiore a 10 anni se si tratta di mero partecipante; se l'associazione commette i reati di cui al co. 5 dell'art. 73 t.u. stupefacenti, cioè fatti connotati da lieve entità, la pena è nettamente diminuita, giacché si considerano i ben più modesti limiti edittali dell'art. 416 c.p., che prevede la reclusione da 3 a 7 anni per gli organizzatori, promotori, costitutori, e da 1 a 5 per i partecipi; quando vi è particolare tenuità in base all'art. 648 co. 4 c.p., invece, il fatto può essere anche piuttosto prossimo alla fattispecie ordinaria, prevedendosi solo un limite edittale massimo di 6 anni, a fronte del limite di 8 previsto per il reato base.

La particolare tenuità può dunque ravvisarsi tanto quando il fatto presenti indici di lesività nettamente ridotti rispetto al reato ordinario, quanto nei casi in cui anche un singolo indice di minore gravità consenta una sensibile riduzione della sanzione; d'altro canto, il legislatore si occupa di descrivere una violenza sessuale connotata da minore gravità, all'art. 609 *bis* co. 3 c.p., stabilisce che la riduzione di pena è fino ai due terzi, ciò significando che il giudice potrà ritenere opportuna, con l'applicazione della circostanza attenuante, la detrazione anche di un singolo giorno dalla pena stabilita, quando si configurano casi di violenza sessuale di minore gravità anche piuttosto prossimi alla fattispecie di reato ordinaria.

Si tratta di scelte legislative che rispondono all'esigenza di differenziare la risposta sanzionatoria in modo che risulti proporzionata al grado di offesa arrecato al bene giuridico tutelato: il principio di proporzionalità, infatti, postula che a fatti di differente disvalore corrispondano pene di diversa entità.

La Consulta ha tradizionalmente effettuato il controllo di legittimità sulla proporzionalità della pena sotto il profilo dell'uguaglianza, ex art. 3 Cost.<sup>14</sup>, e, a partire da-

<sup>14</sup> Tra le altre, Corte cost., sent. n. 409 del 13 giugno 1989; n. 68 del 23 marzo 2012, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

gli anni '90, alla luce dell'esigenza rieducativa cui deve tendere la sanzione penale (art. 27, co. 3 Cost.)<sup>15</sup>. Il sindacato costituzionale non presuppone necessariamente un confronto tra la pena prevista per un certo reato e quella stabilita per uno diverso: il principio di proporzionalità ben può risultare violato anche in base a un semplice raffronto tra la gravità delle condotte rientranti nell'ambito della fattispecie astratta e le conseguenze sanzionatorie<sup>16</sup>.

Nella determinazione astratta della pena, che deve atteggiarsi come risposta adeguata alla concreta gravità del reato, il legislatore deve rispettare il parametro della proporzionalità.

Quando la legge predispone circostanze attenuanti che consentono di adeguare la sanzione in base all'entità del singolo fatto, come avviene nei casi sopra riportati – sia pure con valutazioni differenti – il giudice è tenuto a riconoscere l'attenuazione di pena al ricorrere dei presupposti, nel rispetto del principio di proporzionalità.

Una ricostruzione teleologica e sistematica di questo tipo consente di segnalare una anomalia nella giurisprudenza di legittimità laddove, come in precedenza segnalato, consideri necessaria, al fine di riconoscere la minore gravità della violenza sessuale, una valutazione globale del fatto, nella quale assumono rilievo i mezzi, le modalità esecutive, il grado di coartazione esercitato sulla vittima, le condizioni fisiche e psicologiche di quest'ultima, anche in relazione all'età, mentre ai fini del diniego della stessa attenuante è sufficiente la presenza anche di un solo elemento di conclamata gravità.

Risulta evidente, infatti, che i singoli elementi oggetto della valutazione del giudice siano idonei a incidere anche minimamente sulla riduzione della pena, laddove la sussistenza di una complessiva minore gravità, risultante da una valutazione di tutti gli indici, come richiesta dalla Cassazione ai fini del riconoscimento della attenuante in esame, determinerebbe una netta riduzione della pena prevista dal co. 1.

Il dato letterale depone in senso contrario rispetto alla prassi giurisprudenziale, giacché l'art. 609 *bis* co. 3 c.p. dispone la riduzione di pena da un giorno ai due terzi, imponendo, di conseguenza, il riconoscimento dell'attenuante anche a fronte di una violenza sessuale complessivamente grave, ma connotata da singoli indici di lieve entità che, nell'ottica di un migliore adeguamento della pena alle esigenze rieducative del reo, possono incidere sulla quantificazione della sanzione, anche in ossequio al principio di proporzionalità tra reato e pena.

Con l'argomento letterale converge il rilievo sistematico che, come sopra riportato, esorta a differenziare le valutazioni che devono essere compiute in base alle diverse circostanze attenuanti che disciplinano ipotesi di lieve entità, minore gravità o particolare tenuità. Pare, infatti, evidente come la giurisprudenza, in sede di accertamento della minore gravità della violenza sessuale, compia un'indagine sul significativo minore disvalore del fatto, simile a quella relativa alle ipotesi di lieve entità descritte nel d.P.R. n. 309/1990 (tra l'altro affermandolo talvolta espressamente)<sup>17</sup>,

<sup>15</sup> Corte cost., sent. n. 222 del 5 dicembre 2018; n. 50 del 14 aprile 1980; n. 104 del 19 giugno 1968; n. 67 del 15 maggio 1963; in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>16</sup> R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, XX edizione, Milano, 2024, 542.

<sup>17</sup> Cass., Sez. III, sent. n. 5646 del 16 maggio 2000, cit. "L'espressione "casi di minore gravità" poi, va inquadrata in analoghe formule più consuete quali "lieve entità", mentre, ai fini dell'individuazione delle caratteristiche peculiari, assumono rilievo, oltre al carattere oggettivo della

che tuttavia sono profondamente diverse nella sostanza e nelle intenzioni del legislatore, che intende in questi casi descrivere fattispecie di reato che per scarsa lesività si collocano molto distanti dalle ipotesi base.

È estranea a quanto sinora detto la considerazione della Corte circa il fatto che non sia ostativo al riconoscimento della circostanza attenuante il rapporto gerarchico tra professore e alunno, proprio perché l'abuso di autorità rappresenta elemento costitutivo della fattispecie, e non indice rilevante ai fini della valutazione della minore gravità<sup>18</sup>. Viene quindi superato l'automatismo che impediva il riconoscimento della circostanza attenuante del fatto di minore gravità ove il reato di violenza sessuale fosse commesso da un docente all'interno di un istituto scolastico, fondato sull'idea che si tratta di un luogo nel quale l'alunno deve sentirsi protetto e che, però, rende particolarmente vulnerabile la vittima per il rischio di attenzioni sessuali illecite derivanti dall'approfittamento del rapporto fiduciario intercorrente con l'insegnante.

## 5. Differenze con l'art. 131-bis c.p.

Vale la pena, a scopo di completezza, rilevare la distinzione che intercorre tra le circostanze attenuanti richiamate e la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, l'art. 131 bis c.p.

Quest'ultima presuppone l'accertamento di un fatto tipico (quindi offensivo), anti-giuridico e colpevole. L'obiettivo del legislatore è duplice: da un lato, l'art. 131 bis consente di estromettere dall'area della punibilità tutti quei fatti non bisognosi di pena, contribuendo, così, a dare attuazione ai principi di proporzionalità e di *extrema ratio* della sanzione penale; dall'altro, l'istituto è stato indubbiamente pensato in un'ottica di deflazione processuale.

Se la lesione c'è, ma può essere considerata lieve, il legislatore può rinunciare alla pretesa punitiva, oppure è tenuto a garantire, nel caso di condanna, la possibilità di irrogare una sanzione proporzionata alla minima offensività del fatto, applicando le circostanze attenuanti speciali sopra richiamate.

La minore gravità nella violenza sessuale, così come la lieve entità di cui all'art. 73 co. 5 d.P.R. n. 309/1990 e la “particolare tenuità” ex art. 131-bis c.p. sono concetti normativi non coincidenti, ai quali sono connesse conseguenze profondamente di-

stessa correlato con i criteri indicati dall'art. 133 c.p., la dimensione del rapporto interpersonale e l'assenza di qualsiasi automaticità, qualora sia configurabile soltanto il progresso delitto di atti di libidine violenti, giacché la “*ratio*” della disciplina legislativa che ha abolito la distinzione esclude che possa assurgere per se stessa ad elemento tipico o indizio dell'attenuante, la circostanza che vi sia stata oppure no una penetrazione corporale come sembrerebbe dedurre la sentenza impugnata”.

<sup>18</sup> In una fattispecie che presenta analogie con quella qui in esame (oggetto della sentenza di Cass., Sez. III, n. 40559 del 24 settembre 2021), si è ricordato, in particolare, che quanto alla prospettazione della soggezione come “dovuta” in ragione del proprio ruolo di controllo gerarchico, la quale dovrebbe evocare l'abuso di autorità come modalità attraverso cui si è realizzata la violenza sessuale, essa non può costituire elemento ostativo alla concessione della circostanza attenuante speciale *de qua*, perché costituisce elemento costitutivo sia del reato di cui all'art. 609-bis c.p., comma 1, sia della circostanza aggravante di cui all'art. 61 c.p., n. 9). E la sua valutazione anche ai fini della esclusione della circostanza della minore gravità integra una violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

verse: l'attenuazione del trattamento sanzionatorio, nelle prime due ipotesi, e la non punibilità, nell'altro. Non è ipotizzabile una relazione di necessaria interdipendenza tra le due disposizioni, sicché il riconoscimento della lieve entità del fatto non necessariamente implica la rinuncia a punire quello stesso fatto per la sua particolare tenuità. D'altra parte, l'ultimo comma dell'art. 131-*bis* c.p. prevede in maniera espressa che esso sia applicabile "anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante".

La configurabilità della fattispecie attenuata prevista dall'art. 609-*bis* co. 3 c.p. si fonda su valutazioni che attengono essenzialmente al fatto, considerato nelle sue componenti oggettive. L'applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p. presuppone, invece, un giudizio più ampio e complesso, che investe anche la personalità dell'autore del reato, nonché la sua condotta di vita antecedente e successiva all'azione illecita. Come già detto, tale causa di non punibilità in senso stretto non può trovare applicazione nei confronti di chi sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza oppure abbia commesso più reati della stessa indole o che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

La riforma "Cartabia", modificando il comma 1 dell'art. 131-*bis* c.p., ha stabilito, inoltre, che la valutazione di particolare tenuità dell'offesa debba avvenire in considerazione non solo delle circostanze indicate nell'art. 133 comma 1 c.p., ma anche della "condotta susseguente al reato".

In definitiva, la non punibilità del fatto è subordinata ad un giudizio che non può essere circoscritto al disvalore della condotta criminosa *sub iudice*, ma va esteso, in funzione delle esigenze di prevenzione speciale, anche alla meritevolezza del reo, che può beneficiare dell'esimente solo se non è un soggetto abitualmente dedito alla commissione di reati e, eventualmente, dopo la commissione dell'illecito, si è prodigato per eliminarne o attutirne le conseguenze. Di conseguenza, l'assenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p. non osta al riconoscimento della circostanza attenuante di cui all'art. 609-*bis* co. 3 c.p.; viceversa, tenendo conto che i parametri valutativi della minore gravità sono parzialmente identici a quelli previsti dall'art. 131-*bis* c.p., il mancato riconoscimento della minore gravità si traduce nella implicita assenza anche dei presupposti per escludere la punibilità per particolare tenuità del fatto.



# Ricordo di Francesco Forzati

**Sergio Moccia\***

Alfonso Stile, un gentiluomo di cui pare si siano perse le tracce all'Università, me lo affidò oltre 30 anni fa.

Francesco lo ricordava molto, per signorilità, garbo, umanità, cultura

Lui si è subito inserito perfettamente nel gruppo di giovani studiosi, bravissimi ragazzi come lui, che si sono fatti onore nella ricerca, poi nella didattica. È la mia scuola, che mi ha dato sempre motivo di orgoglio e gratificazione.

Francesco era uno di loro. Il rapporto personale con lui era profondo e quasi paterno.

Mi metteva a parte di suoi affanni, sogni, gioie.

Mi resta il rammarico di non aver avuto il tempo di realizzare insieme a lui tutti i progetti di cui ci rendeva partecipi, progetti sempre di alto valore non solo giuridico, ma anche civile, sociale, che rispecchiavano la sua sensibilità, profonda, il suo senso di solidarietà, radicato.

Questi tratti li ritroviamo nella sua produzione scientifica, di cui voglio ricordare l'ultima fatica, la poderosa, ampia monografia su "La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo", destinata a rimanere uno dei fondamentali testi di riferimento nella letteratura penalistica.

Che la terra ti sia lieve, Francesco carissimo.

---

\* Professore Emerito di diritto penale.

