

Rivista trimestrale | Ottobre/Dicembre 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, **Per un processo penale: delineare profili identificativi per i protagonisti e comprimari**

### ARTICOLI

Giovanni Cocco, **Il ruolo dell'offesa nelle fattispecie incriminatrici e il diritto vivente**

Leonardo Suraci, **Sistema cautelare ed interrogatorio preventivo. Qualche riflessione**

### OPINIONI

Leonardo Filippi, **La Cassazione conferma l'utilizzabilità delle *chat Sky-ECC* ma legittima anche l'uso dell'*I.M.S.I. Catcher* da parte della polizia giudiziaria**

### DALLE CORTI

Wanda Nocerino, Ottavia Murro, **Più ombre che luci nella sentenza delle Sezioni Unite in tema di criptofonini**

Guido Colaiacovo, **Alla Corte costituzionale una questione sull'art. 30-ter dell'ordinamento penitenziario**

## **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, *Per un processo penale: delineare profili identificativi per i protagonisti e comprimari* » 509

## Articoli

UMBERTO NARDI, *La coalescenza argomentativa come possibile metodologia per la giustizia riparativa* » 511

GIOVANNI COCCO, *Il ruolo dell'offesa nelle fattispecie incriminatrici e il diritto vivente* » 525

LEONARDO SURACI, *Sistema cautelare ed interrogatorio preventivo. Qualche riflessione* » 559

SARAH GRIECO, *La riforma Cartabia ed i "nuovi" termini per la costituzione di parte civile. Tra osservazioni critiche ed esigenze di ripensamento* » 573

GIUSEPPE MARIA PALMIERI, *Le conseguenze di uno slogan che diventa legge: la difesa domiciliare* » 589

## Opinioni

MARCO CECCHI, *Interventi edilizi agevolati e violazioni della normativa: è sequestrabile il credito (indebitamente ottenuto e) ceduto alla banca?* » 601

MARIO MORRA, *Lesioni personali con malattia fino a 40 giorni di competenza del Giudice di pace; una scelta legislativa non condivisibile e che meriterebbe di essere riconsiderata* » 607

LEONARDO FILIPPI, *La Cassazione conferma l'utilizzabilità delle chat Sky-ECC ma legittima anche l'uso dell'I.M.S.I. Catcher da parte della polizia giudiziaria* » 615

## Dalle corti

OTTAVIA MURRO, *Osservatorio Corte Costituzionale* » 619

GUIDO COLAIACOVO, LUIGI LUDOVICI, *Osservatorio Sezioni Unite* » 627

WANDA NOCERINO, OTTAVIA MURRO, *Più ombre che luci nella sentenza delle Sezioni Unite in tema di criptofonini* » 635

REBECCA GIRANI, *La responsabilità dell'amministratore di diritto e di quello di fatto nel reato di bancarotta fraudolenta documentale* » 659

IOLANDA VITOLO, *La condanna a pene sostitutive ed il potere discrezionale del giudice tra diritto penale sostanziale e processuale* » 671

GUIDO COLAIACOVO, *Alla Corte costituzionale una questione sull'art. 30-ter dell'ordinamento penitenziario* » 683

### **Pagine senza tempo**

VITTORIO GREVI, *E adesso occorre cambiare mentalità. Dal 24 ottobre il nuovo codice di procedura penale* » 691

## PER UN PROCESSO PENALE: DELINEARE PROFILI IDENTIFICATIVI PER I PROTAGONISTI E COMPRIMARI

Giorgio Spangher\*

Il modello processuale è sicuramente fondamentale per capire il significato che una società, in un dato momento storico, vuole dare alla funzione del processo penale, pur nella indiscutibile finalità tesa all'accertamento dei fatti delittuosi. Alla base vi sono sicuramente una visione culturale (e quindi politica), nonché il contesto criminale in cui si deve calare e misurare, e la struttura ordinamentale chiamata a supportarla. Si tratta quindi della combinazione di molte variabili.

Tuttavia, al di là di questi tratti comuni, quali elementi di base, la finalità di accertamento della verità (intesa in una variabile di significati: storico, relativo, processuale) si articola secondo un approccio che pur nella sua dimensione ampia, prospetta comunque la necessità di selezionare il materiale da portare alla conoscenza dell'organo decidente, inteso sia come potere d'ufficio, sia come effetto dell'offerta anche di parte, sia in modo misto quale potere d'ufficio (compresa la polizia giudiziaria o meno che sia) e quale contributo delle parti (non senza collegamenti delle figure soggettive riconducibili in questo ambito: vittima o persona offesa, consulenti, periti).

Il processo, tuttavia, in tutte le configurazioni processuali non può essere considerato un luogo nel quale possono indifferentemente confluire tutte le "conoscenze" o le acquisizioni, sia nei contenuti ed oggetti sia nelle modalità di acquisizione e cioè nelle tecniche sia in quelle di conoscenza, nei mezzi e negli strumenti.

In questa "astratta" idea della funzione del processo penale e delle sue modalità di articolazione e di conseguente disciplina, si inseriscono le scelte culturali e partitiche tese a disciplinare "i cancelli" di accesso del materiale oggetto della conoscenza e quindi della decisione nonché i soggetti destinati a produrli e poi a valutarli.

La logica inquisitoria tende a dilatare i limiti oggettivi della trattazione e la configurazione soggettiva. Sotto quest'ultimo profilo, la visione è onnivora, con selezione ridotta del materiale, spesso utilizzabile anche se invalido, di

---

\* Professore emerito di Procedura penale - Sapienza Università di Roma.

cui i soggetti pubblici sono garanti, e la tutela dei privati se non essenziale certamente ridotta.

La logica accusatoria è tesa a restringere gli ambiti oggettivi ed a qualificare in termini precisi e distinti quelli soggettivi. Sotto quest'ultimo profilo, oltre al tema - diverso ma non estraneo - riconducibile alla separazione delle carriere, vanno ben delineate le diverse funzioni, le diverse garanzie di indipendenza ed autonomia, nello svolgimento delle attività processuali, che devono restare ben delineate e definite. A volte, come nel processo anglosassone con netta distinzione tra l'organo di garanzia (giuridica) e quello giudicante (giuria).

Tutti questi elementi entrano in tensione e torsione quando gli organi investigativi e quelli decisori si omologano ovvero si confondono in una sostanziale identità ordinatamente e quando organi di garanzia e funzioni decisorie si mischiano in una entità funzionale.

Ed è ciò che succede nel nostro sistema processuale, nella duplice tensione che subisce il giudice nelle indagini verso le richieste dell'accusa e nella fase del giudizio (intesa in senso non solo dibattimentale) tra la valutazione sulla validità del materiale probatorio e la sua utilizzazione nella decisione.

È quindi necessario delineare per i protagonisti e i comprimari adeguati profili identificativi con un adeguato corollario sanzionatorio. Mancando tutto ciò, tornano i richiami ancestrali.

# LA COALESCENZA ARGOMENTATIVA COME POSSIBILE METODOLOGIA PER LA GIUSTIZIA RIPARATIVA

Umberto Nardi\*

**Sommario:** 1. Introduzione. – 2. La coalescenza argomentativa. Un nuovo approccio. – 3. Modalità operative per giungere alla coalescenza. – 4. La dimensione dialogica nella giustizia riparativa. Il ruolo della vittima. – 5. Oltre la sanzione. L'esito riparativo. – 6. Conclusioni.

## ABSTRACT

La giustizia riparativa e la mediazione penale, soprattutto a seguito delle modifiche normative apportate dalla *Riforma Cartabia*, si incentrano su un effettivo processo dialogico. Il diritto può interfacciarsi efficacemente con la logica, se si pensa ad alcuni recenti sviluppi di questa disciplina. Tra le correnti di logica informale che hanno valorizzato questo proficuo rapporto vi è la coalescenza argomentativa di Michael Gilbert. La coalescenza argomentativa integra la dimensione dichiarativa degli argomenti sviluppati dai dialoganti con quella interiore ed emozionale. In tale analisi, bisogni e obiettivi delle parti vengono esplorati, cercando analiticamente ciò che è comune, in vista dell'accordo. Nell'articolo si intende mostrare come il mediatore possa trovare nella coalescenza argomentativa un modello per gli scopi principale della giustizia riparativa, contribuendo così alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, e alla riconciliazione tra il reo e la vittima e tra le parti e la comunità.

*Restorative justice and penal mediation, especially following the regulatory changes introduced by the Cartabia Reform, focus on an effective dialogic process. Law can effectively interface with logic, if we think about some recent developments in this discipline. Among the currents of informal logic that have enhanced this fruitful relationship is Michael Gilbert's argumentative coalescence. Argumentative coalescence integrates the declarative dimension of the arguments developed by the dialoguers with the interior and emotional one. In this analysis, the parties' needs and objectives are explored, analytically seeking what is common, in view of the agreement. The article intends to show how the mediator can find in argumentative coalescence a model for the main purposes of restorative justice, thus contributing to the resolution of issues arising from the crime, and to reconciliation between the offender and the victim and between the parties and the community.*

---

\* Dottore di ricerca in logica e teoria dell'argomentazione.

## 1. Introduzione.

Rispetto alla giustizia sanzionatoria, di stampo pubblicistico, la *restorative justice* è maggiormente imperniata su aspetti privatistici, nonché sociali e comunitari. Perché una giustizia possa autenticamente definirsi riparativa, le parti in essa coinvolte – innanzitutto la persona indicata come autore del reato e la vittima – devono fattivamente adoperarsi per ricomporre il dissidio tra di loro<sup>1</sup>, e anche per risanare il rapporto con la comunità, tenendo le redini del confronto e dell'argomentazione mediante l'ausilio (non la sostituzione) del mediatore<sup>2</sup>.

In tale senso, la mediazione penale, perno della giustizia riparativa, si snoda in alcuni assetti preminenti, tra i quali la libera espressione emozionale-interiore della vittima, l'assunzione di responsabilità di chi è indicato come autore del reato, il ruolo della comunità nella ricostruzione dei legami, la riparazione reale e simbolica. In questi ambiti il dialogo riveste un ruolo centrale, e la dialogicità si pone come la metodologia, tenue eppure decisiva, mediante la quale una giustizia potrà assumere realmente connotati riparativi.

Secondo quanto già delineato in un precedente articolo, cui si rimanda<sup>3</sup>, il presente contributo – avvalendosi di alcuni spunti tratti dalla logica informale, in particolare dalla tecnica di costruzione dell'argomentazione coalescente – intende approfondire le potenzialità risolutive e riparatrici di un'efficace tipologia argomentativo-dialogica, quale percorso che, partendo dalla ricerca di consapevolezza e dalla conseguente assunzione delle responsabilità, intenda ricomporre il conflitto.

La scelta di indicare un possibile strumento applicativo per il mediatore è conseguenza del fatto che l'attività di questi, a differenza di quella dell'operatore giuridico, non segue rigide metodologie, né trova garanzie dall'acquisizione di conoscenze pregresse, ma deve costantemente essere sostenuta da una vitale creatività che miri all'incontro tra le parti<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> «Restorative process means any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, any other individuals or community members, affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative process may include mediation, conciliation, conferencing, and sentencing circles».

<sup>2</sup> *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, I, 2, in [https://www.unodc.org/pdf/criminal\\_justice/Basic\\_Principles\\_on\\_the\\_use\\_of\\_Restorative\\_Justice\\_Programs\\_in\\_Criminal\\_Matters.pdf?ref=hir.harvard.edu](https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Basic_Principles_on_the_use_of_Restorative_Justice_Programs_in_Criminal_Matters.pdf?ref=hir.harvard.edu).

<sup>3</sup> R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in *Sistema Penale*, (2022), 2.

<sup>4</sup> Cfr. U. NARDI, *Giustizia Riparativa e Coalescenza Argomentativa*, in *Cassazione Penale*, (2024), LXIV, 1983-1988.

<sup>5</sup> Cfr. J. MORINEAU, *La mediazione umanistica*, Trento, 2018, 120.

## 2. La coalescenza argomentativa. Un nuovo approccio.

In alcuni orientamenti concettuali di logica informale<sup>5</sup> l'argomentazione è accostabile all'interazione: «*Argument is a form of interaction in which two or more people maintain what they construe to be incompatible positions*»<sup>6</sup>. A questo genere di approccio logico-informale appartiene anche la tecnica detta coalescenza argomentativa elaborata dal logico informale Michael Gilbert<sup>7</sup>, nella quale l'argomentazione è intesa come comunicazione tra due soggetti umani.

In tale senso, Gilbert ritiene che argomentare consista in uno scambio di informazioni originatosi da un disaccordo dichiarato<sup>8</sup>: nella misura in cui le parti si coinvolgono in questo reciproco scambio, ciascuna di esse riceve e offre qualcosa. Tale interazione è sia multidimensionale, coinvolgendo bisogni, obiettivi, desideri, sia multimodale, esprimendosi in modalità non solo logico-dichiarativa, ma anche emotiva, interiore, valoriale, attitudinale<sup>9</sup>.

La finalità è quella di massimizzare bisogni e obiettivi di ciascuna delle parti: per ottenere ciò, all'interno di un processo dialogico, la comunicazione necessita di una metodologia volta al raggiungimento dell'accordo, principalmente mediante un ampliamento della comunicazione, tale da ricomprendere elementi ulteriori rispetto a quelli meramente logico-razionali<sup>10</sup>.

«Coalescent argumentation in a normative ideal. It involves the joining together of two disparate claims through recognition and exploration of opposing positions. By uncovering the crucial connection between a claim and the attitudes, beliefs, feelings, values, and needs to which it is connected, dispute partners are able to identify points of agreement and disagreement. These points can then be utilized to effect coalescence: a joining or emerging of divergent positions by forming the basis for a mutual investigation of non-conflictual options that might otherwise

<sup>5</sup> Con logica informale deve intendersi non l'opposizione alla logica classica, quanto una branca della logica che sviluppa obiettivi e criteri non formali, e soprattutto processi per analizzare e interpretare - e quindi costruire - argomentazioni nei discorsi informali, quali sono quelli ordinari. (Cfr. R.H. JOHNSON-J.A. BLAIR, *Logic Self Defense*, Toronto, 1977, 148).

<sup>6</sup> C.A. WILLARD, *A theory of argumentation*, Tuscaloosa Alabama, 1990, 1.

<sup>7</sup> M.A. GILBERT, *Coalescent Argumentation*, New Jersey, 1997.

<sup>8</sup> «An argument is an exchange of information centred on an avowed disagreement». (M. A. GILBERT, *Coalescent Argumentation*, cit., 104).

<sup>9</sup> M.A. GILBERT, *How to win an argument*, John Wiley and Sons Inc., New Jersey, 1996, p. 5 ss. «The purpose of the dialogue is the exchange of information among the participants». (C. HAMBLEN, *Fallacies*, Methuen, London 1970, p. 137).

<sup>10</sup> Cfr. M.A. GILBERT, *Coalescent Argumentation*, cit., 102. «There is non meaning without context, and the context is multi-sourced» (M.A GILBERT, *Effing the Ineffable: the logocentric fallacy in Argumentation*, in *Argumentation*, (2002), 16, 26).

A tale proposito, anche secondo la *new dialectic* - altra importante corrente di logica informale - esaminare un argomento significa inserirlo in un contesto dialogico in cui lo stesso prende forma e si sviluppa. Un approccio di tipo dialettico alla teoria dell'argomentazione significa che lo svolgimento dialogico, all'interno di un ragionamento, è imprescindibile, e avviene mediante due (anche più) soggetti che "ragionano insieme". (Cfr. D. WALTON, *Informal Logic. A pragmatich approach*, Cambridge, 1989, 2008, 2, XI).

have remained unconsidered. This chapter proceeds by defining and discussing argument, position and understanding. These notions are then brought together to outline the concept of coalescent reasoning»<sup>11</sup>.

Nella visione di Gilbert, l'argomentazione coalescente necessita di due fasi preliminari: 1) identificazione degli obiettivi (*goals*); 2) esplorazione delle posizioni (*positions*) e degli obiettivi<sup>12</sup>.

La prima indagine ha la finalità di massimizzare i cosiddetti *goals*. Gli obiettivi delle parti possono essere distinti in<sup>13</sup>:

1. *task goals*, obiettivi strategici per gli scopi principali e immediati delle parti;
2. *face goals*, obiettivi che riguardano le relazioni tra i partecipanti: vi sono anche bisogni legati all'altro interlocutore, indispensabili per mantenere la relazione stessa<sup>14</sup>.

Questi *goals* a volte sono manifesti alle parti, altre volte restano nascosti, magari sotto motivi apparenti. È indispensabile che il processo dialogico-argomentativo porti alla luce e chiarisca questi obiettivi celati, potendo altrimenti l'interazione dei soggetti restare ambigua.

Gilbert definisce questi obiettivi nascosti, e che tuttavia devono essere portati alla luce, *strategic goals*, identificandoli sia con i *task goals*, sia con i *face goals*; alle volte li definisce come *apparent strategic goals (APG)*. Certamente entrambi sono obiettivi che rientrano nella strategia dell'interlocutore, ma la terminologia potrebbe ingenerare confusione. A motivo di ciò, in questo lavoro definiamo *apparent strategic goals* come gli obiettivi apparenti,

<sup>11</sup> M.A. GILBERT, *Coalescent Argumentation*, cit., 102-103.

<sup>12</sup> Cfr. U. NARDI, *Giustizia Riparativa e Coalescenza Argomentativa*, cit., 1984-1985. Gilbert nota come le argomentazioni vere e proprie siano proprio quelle che implicano un conflitto tra bisogni, obiettivi, concezioni, prospettive degli interlocutori. Nella maggior parte delle argomentazioni i *task goals* si combinano con il naturale impulso di attaccare e criticare la dichiarazione avversaria, con l'unico scopo di sconfiggerla, cosicché alla controparte che non vuole contrasti non resterebbe che accettare la posizione avversaria. Seguire semplicemente tale impulso significa ignorare le prime due fasi dell'argomentazione coalescente (identificazione degli obiettivi ed esplorazione delle posizioni) con il probabile risultato di aumentare il conflitto. Nella misura in cui il processo è focalizzato sulla vittoria, il risultato finale rischia di essere insoddisfacente per entrambe le parti, finendo con un disaccordo totale oppure, nella migliore delle ipotesi, con una riluttante conformità. (Cfr. M.A. GILBERT, *Coalescent Argumentation*, cit., 102-103).

<sup>13</sup> La differenza tra *task goals* e *instrumental goals* come obiettivi personali, e *face goals* come obiettivi relazionali, è presente già in K. TRACY-N. COUPLAND, *Multiple goals in discourse: an overview of issue*, in K. TRACY-N. COUPLAND, *Multiple goals in discourse*, Bristol (UK), 1990, 1-14. In questo contributo, gli autori evidenziano una differenza tra il mondo degli attori sociali, con le loro proposte, temi, obiettivi, da un lato, alla base delle motivazioni delle azioni, mentre, dall'altro lato, prenderebbe forma i discorsi nei quali tali obiettivi sono espressi. Se i nomi degli obiettivi sono variabili, gli obiettivi in sé stessi devono essere considerati come fondamentali. Il primo tipo di questi obiettivi degli interlocutori sono *task* oppure *instrumental goals* (*task goals* sono considerati come lo scopo degli obiettivi). I *non task goals* possono essere considerati insieme, come *face goals* della interazione, oppure essere divisi in *identify goals* e *relation goals*.

<sup>14</sup> Cfr. M.A. GILBERT, *Coalescent Argumentation*, cit., 68.

i quali in realtà nascondono altri scopi: una oppure entrambe le parti non intendono rivelarli chiaramente per convenienza, per timore, ma anche per semplice mancanza di consapevolezza<sup>15</sup>.

Per quanto riguarda il secondo punto – esplorazione delle posizioni e degli obiettivi – nella *coalescent argumentation* è fondamentale la posizione (*position*), definibile come matrice di credenze, atteggiamenti, emozioni, intuizioni e valori collegati a una dichiarazione<sup>16</sup>, il cui insieme può essere anche variare notevolmente rispetto alla consapevolezza che l'argomentatore ha di essa.

Pertanto, la comprensione di una posizione, connessa a una serie molteplice di fattori, implica un impegno ulteriore rispetto alla valutazione del semplice dato affermativo-dichiarativo: l'elemento logico-affermativo si trova infatti a un livello piuttosto superficiale e immediatamente riscontrabile. Un'indagine sulla posizione che voglia dirsi autentica dovrà scoprire la connessione che le affermazioni di un interlocutore hanno, oltre che con gli aspetti logici, anche con quelli emotivi, e persino con quelli viscerali e kiscerali (o intuitivi) di un interlocutore<sup>17</sup>.

Deve precisarsi che con modalità viscerale si intende la gamma di fattori fisici compresi quelli socio-fisici, nonché la collocazione culturale e socio-economica di un soggetto; la modalità kiscerale (originata dal termine *ki* giapponese che etimologicamente rimanda a "energia"<sup>18</sup>) implica energia, forza vitale, connessione, ed è quella modalità di comunicazione basata sull'intuizione, sulla fantasia, ma anche sul religioso e persino sul mistico, identificando una componente fondamentale a livello personale, tale da influire in modo consistente sull'attaccamento alla *position*<sup>19</sup>.

La seguente tabella identifica le informazioni che dovrebbero essere raccolte dai due interlocutori: è possibile vedere in essa la matrice della posizione nelle sue quattro componenti informative principali<sup>20</sup> (all'interno di ciascuna colonna si trovano gli elementi di queste quattro componenti informative).

<sup>15</sup> Cfr. M.A. GILBERT, *Coalescent Argumentation*, cit., 71-72.

<sup>16</sup> «A position is a matrix of beliefs, attitudes, emotions, insights, and values connected to a claim». (M.A. GILBERT, *Coalescent Argumentation*, cit., 105).

<sup>17</sup> Cfr. M.A. GILBERT, *Coalescent Argumentation*, cit., 102-103. È interessante notare anche come «Gilbert propone una cornice teorica incentrata su due distinzioni, che corrono lungo due assi: lineare (termine meno carico di teoria rispetto al tradizionale "logico" e indicante l'identificabilità delle premesse e il nesso premesse-conclusione) / caotico (scarso grado di linearità); clinico (scarso attaccamento dei partecipanti alle posizioni che difendono) / emozionale (alto grado di coinvolgimento emotivo da parte dei partecipanti)». (P. CANTÙ-I. TESTA, *Teorie dell'argomentazione. Un'introduzione alle logiche del dialogo*, Milano 2006, 39).

<sup>18</sup> Cfr. M.A. GILBERT, *Coalescent Argumentation*, in *Argumentation*, (1995), 9, 844.

<sup>19</sup> Cfr. M.A. GILBERT, *Multi-Modal Argomentation*, in *Philosophy of the social sciences*, (1994), 24, 10 ss.

<sup>20</sup> Cfr. M.A. GILBERT, *Coalescent Argumentation*, cit., 110.

LOGICO (Logical)	EMOZIONALE (Emotional)	VISCERALE (Visceral)	KISCERALE (Kisceral)
Convinzioni (Beliefs)	Atteggiamenti (Attitudes)	Situazione Personale (Situation)	Intuizioni (Intuition)
Ragioni-Dichiarazioni (Claim-Reasons Complex)	Sentimenti (Feelings)	Collocazione sociale (Socio-Eco Context)	Comprensione (Insights)
Ragioni (Reasons)	Emozioni (Emotions)	Corporeità (Physicality)	Impressioni (Hunches)

L'esplorazione delle posizioni dei partecipanti dovrebbe definirsi completa quando la *position* sia integralmente compresa, sebbene che una piena consapevolezza delle posizioni è un risultato difficilmente raggiungibile. Tuttavia, deve ribadirsi che definire – seppure per quanto possibile – le *positions* nella loro complessità è un passaggio essenziale per giungere alla fase finale del tentativo di coalescenza.

Gilbert è consapevole che l'accordo sia diverso da ciò è definito come *agreement*: interazione non significa coalescenza<sup>21</sup>. D'altra parte, argomentazione coalescente non si traduce nell'utopistico obiettivo di unire completamente le due posizioni, in una sorta di fusione ideale, piuttosto significa volgersi progressivamente verso l'interlocutore, cercando di individuare, dall'iniziale situazione conflittuale, i punti in comune: in altri termini, significa un vero e proprio movimento bilaterale di valori e credenze degli interlocutori<sup>22</sup>.

### 3. Modalità operative per giungere alla coalescenza.

Volendo dare un aspetto pratico alla questione in esame, ipotizzando che il punto di partenza sia un disaccordo degli interlocutori sulla questione principale A, si può proseguire concentrandosi sulle questioni secondarie B e C, facendo in modo che la divergenza della questione A-principale diminuisca progressivamente. In altri termini, l'accettazione del disaccordo sul

<sup>21</sup> Cfr. M.A. GILBERT, *Coalescent Argumentation*, cit., 136. «The idea of coalescence is an explicitly normative one: argue to so maximize the goal satisfaction of both participants to the dispute. Note the that the carrot and stick are simple inverse: in most contexts, one is arguing with an ongoing partner, the long-term consequences must also be taken into account. [...] Cooperation may not always beget cooperation, but antagonism always beget antagonism». (M.A. GILBERT, *Coalescent Argumentation*, cit., 144).

<sup>22</sup> «Within an actual argumentation coalescence will be a matter of degree. It is unrealistic to expect two diverse positions to completely meld into one, and that is neither the point nor the claim of coalescent argumentation. Rather, the goal is to locate those points of belief and/or attitude that are held in common by the conflictual positions. Beginning with these points of agreement, one can then work down toward areas where disagreement lies». (M.A. GILBERT, *Coalescent Argumentation*, cit., 111).

punto principale della questione, insieme al mutamento della direzione della discussione, potrebbe rendere possibile l'accordo su ulteriori punti importanti<sup>23</sup>.

La seguente tabella mostra diverse modalità in cui è possibile cercare di raggiungere un accordo secondo differenti modalità: verticale, orizzontale e diagonale.

Livelli (Level)	Tema (Item)	Logico (Logical)	Emozionale (Emotional)	Viscerale (Visceral)	Kiscerale (Kisceral)
L	Pretesa (Claim)	Credenza P (Belief P)	Atteggiamento P (Attitude P)	Atteggiamento $\Pi$ (Attitude $\Pi$ )	Situazione $\pi$ (Situation $\pi$ )
L1	Dati (Data)	Credenza Derivata $Q \rightarrow P$ (Belief $Q \rightarrow P$ )	Atteggiamento P&Q (Attitude P&Q)	Situazione $\Pi + \theta$ (Situation $\Pi + \theta$ )	Intuizione $\pi + \theta$ (Intuition $\pi + \theta$ )
L2	Sostegno, Garanzia (Backing)	Ipotesi (Assumptions)	Sentimenti (Feelings)	Predizioni (Predictions)	Intuizione profonda (Insights)
		$R_1, \dots, R_n$	$R_1, \dots, R_n$	$\Omega_1, \dots, \Omega_n$	$\omega_1, \dots, \omega_n$
...	...	...	...	...	...
Ln	Visioni di base (Basic Outlook)	Credenze Fondamentali (Foundational Beliefs)	Sentimenti Profondi (Deep Feelings)	Vita, Storia Personale, Aspettative (Life, History, Expectations)	Convinzioni Definitive (Ultimate Convictions)

L'approccio verticale consiste nell'andare maggiormente in profondità in ciascuna delle posizioni, cercando di reperire prospettive condivise, in modo che gli interlocutori concordino sul fatto che le conseguenze più importanti non derivino meccanicamente da elementi inferiori.

Nell'approccio orizzontale, invece l'argomentazione si muove da una modalità all'altra, in base a motivazioni differenti. Nel caso in cui un soggetto ritenga che le convinzioni sostenute dall'interlocutore non siano coerenti, oppure anche semplicemente non siano proficue, può optare per un diverso assetto discussivo: ciò accade soprattutto nel caso in cui le argomentazioni si incaglino sul livello affermativo-dichiarativo, laddove una diversa esplorazione a livello emotivo-interiore potrebbe apportare qualche novità.

Infine, l'approccio diagonale consente di svolgere la discussione in modo incrociato, e può utilizzarsi nel caso in cui si ritenga che il proprio interlocutore stia operando secondo modalità diverse. Infatti, le ragioni presentate inizialmente a sostegno delle posizioni sono spesso collegate a motivazioni

<sup>23</sup> Cfr. M.A. GILBERT, *Coalescent Argumentation*, cit., 71-72.

autentiche in modo generico: può accadere che si avanzino ragioni al semplice fine di iniziare un'argomentazione, e il processo dialogico, con una migliore esplorazione delle *positions*, potrebbe condurre anche lontano dalle iniziali affermazioni e prospettare soluzioni alternative.

Questo duplice assetto fondamentale in vista dell'accordo – la comprensione della posizione e la massimizzazione degli obiettivi non in conflitto tra le parti – può a sua volta essere diviso in tre fasi, tale da costituire un potenziale schema operativo<sup>24</sup>.

- 1) Prima dell'incontro. È la fase in cui devono essere chiarificati *goals* e *positions* di entrambe le parti, i più importanti, tralasciando quelli irrilevanti ed evitando il fraintendimento sui reali obiettivi delle parti. In questa fase possono anche essere valutate alternative e connessioni tra le varie posizioni<sup>25</sup>. Deve ricordarsi che, nell'ambito degli obiettivi, vanno chiariti *task goals* e *face goals* di entrambi, e anche l'eventuale presenza di *apparent strategic goal (ASG)*.
- 2) Identificazione di ciò che è comune. Chiariti i vari *goals* (*task*, *strategic* e *face*), il mediatore inizia a verificare quali elementi possano ritenersi comuni.
- 3) Esaminare le modalità operative. Le modalità operative devono essere attentamente analizzate, valutando se si stia operando secondo medesime ovvero differenti modalità, e soprattutto, ricercare eventuali altri modelli operativi in grado di aumentare le possibilità di accordo. Ciascuno dei soggetti coinvolti nella costruzione dialogica segue un proprio modo di procedere argomentativamente; analizzare queste modalità operative risulta assolutamente determinante. Gli interlocutori potrebbero anche agire secondo una medesima modalità argomentativa, ad esempio decidendo di svolgere il discorso interamente a livello logico; tuttavia, qualora ciò non si rivelasse utile, mediatore e parti potrebbero decidere una collocazione discorsiva diversa (magari a livello emotivo).

#### 4. La dimensione dialogica nella giustizia riparativa. Il ruolo della vittima.

Come ogni forma di mediazione, anche la mediazione penale non può che fondarsi su un efficace processo comunicativo<sup>26</sup>. Nella coalescenza, il ful-

<sup>24</sup> Cfr. M.A. GILBERT, *Coalescent Argumentation*, cit., 119. Le fasi descritte da Gilbert sono cinque, a sua volta divise in vari punti: 1) Prima dell'incontro; 2) Scoprire le posizioni dell'opponente; 3) Identificare ciò che è comune; 4) Esaminare le modalità; 5) Esplorare le profondità. Tuttavia, si è ritenuto che i punti n. 2 e n. 5 siano ricomprensibili negli altri punti, e per motivi di sintesi si è cercato di sintetizzarli nelle 3 posizioni elencate.

<sup>25</sup> Cfr. M.A. GILBERT, *Coalescent Argumentation*, cit., 120.

<sup>26</sup> Secondo G. MANNOZZI, *La Giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 347-348, la mediazione è un processo dialettico di attivazione della conoscenza, e tale conoscenza è fondata sulla comunicazione. Ciò, d'altra parte, rappresen-

cro della comunicazione è l'espressione empatica tra le parti, atto di volontà che richiede immedesimazione e comprensione della posizione altrui, privilegiando la ricomposizione del disaccordo alla volontà di prevaricazione<sup>27</sup>.

Sebbene la comunicazione sul piano emozionale sia costantemente a rischio di criticabilità sotto il punto di vista della incertezza e della incalcolabilità, rispetto a una formale esposizione logico-dichiarativa<sup>28</sup>, è una metodologia a livelli, come quella esposta, a garantire che l'espressione emozionale delle parti avvenga in modo libero ma adeguatamente regolato: proprio qui il ruolo del mediatore è essenziale.

«Il mediatore sta senza dubbio fuori dalla tensione, ma non è lì per giudicare o valutare, non si erge al di sopra delle parti, ma si colloca nel mezzo in posizione paritaria al fine di agevolare l'emersione dell'accaduto, il vissuto, favorendo un percorso che ha come mezzo il dialogo e come obiettivo un punto di incontro che dovrebbe determinare nella sostanza un reciproco riconoscimento. Il mediatore può anche prendere di volta in volta una posizione, ma solo al fine di stemperare tensioni, attenuare le ostilità, sciogliere nodi e aprire al confronto, con la conseguenza che se una delle parti si irrigidisce è del tutto normale che il mediatore si concentri su quella per distendere e dischiudere, creando una sorta di via di uscita: il mediatore sta dalla parte del confronto<sup>29</sup>».

A tale proposito, il primo e fondamentale compito del mediatore è il ripristino del processo comunicativo come scambio interazionale dei soggetti; l'accuratezza dell'operato sulla comunicazione, da parte del mediatore – specialmente nelle prime fasi – è di vitale importanza per il potenziale esito risolutivo finale e presuppone una preparazione non esclusivamente tecnica ma prioritariamente umana, tale da sapere scandagliare ed enucleare il complesso ma fertile mondo interiore delle parti coinvolte.

«La respiciscenza, la comprensione dell'altro, la condivisione sono latenti in ogni essere umano e può ben accadere che essi emergano dopo momenti di rottura, anche gravi, con la collettività, quali sono quelli generati dalla commissione di un comportamento penalmente illecito. La giustizia riparativa, tuttavia, attribuisce ai mediatori – e solo ad essi – il compito specifico di favorire l'avvicinamento di individui che si sono trovati in posizione contrapposta e lasciare emergere

---

ta una delle essenziali differenze con la giustizia penale: la giustizia riparativa si basa sul linguaggio. Scopo del presente contributo è proprio quello di ampliare la percezione dello strumento linguistico, facendo sì che esso non venga ridotto unicamente alla fase dichiarativa, ma coinvolga aspetti come quelli valoriali ed emozionali.

<sup>27</sup> «*Empathy* is an attitude and an act of will. It requires paying attention to the entire range of communicative and epistemic modes available in order to project oneself into another's position». (M.A. GILBERT, *Coalescent Argumentation*, cit., 111).

<sup>28</sup> F. REGGIO, *Giustizia Dialogica. Luci e Ombre della Restorative Justice*, Milano, 2010, 126-127. Secondo l'autore, all'interno della mediazione, l'empatia deve avere un suo ruolo, sebbene l'egemonia debba essere lasciata all'ambito dichiarativo per evitare un eccesso di aleatorietà. In questa considerazione si nota ancora la demarcazione tra dimostrazione, con il piano logico-dichiarativo, e persuasione, con il piano della retorica, implicante anche l'assetto emotivo, dicotomia che riteniamo invece superabile.

<sup>29</sup> R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in *Sistema Penale*, (2022), 3.

dalle intimità e sensibilità delle persone coinvolte spunti di condivisione e di pacificazione capaci di riattivare la consapevolezza della comune appartenenza al consorzio sociale e di superare la frattura determinata dal comportamento delittuoso. È un compito delicato, che necessita di un'appropriatezza e non semplice formazione professionale»<sup>30</sup>.

Invero, è lo spostamento discorsivo dalla centralità della pretesa giuridica al complesso insieme di valori e interessi sottostanti a consentire la comunanza di molti punti<sup>31</sup>: un risultato notevole di una mediazione è la scoperta inaspettata che l'insieme di posizioni condivise potrebbe persino essere maggiore di quelle in opposizione.

Ciò appare di notevole importanza in riferimento alla vittima, la cui posizione resta particolarmente delicata nella giustizia riparativa, in relazione all'innegabile senso di giustizia e di riscatto per l'offesa subita (oppure presuntamente subita).

«Se le vittime lasciano inopinatamente la conca della mediazione o ingiustificatamente rifiutano le offerte riparative, il riprendere daccapo un percorso, magari laborioso, potrebbe vanificare il tempo speso e gli sforzi profusi, sino a rendere in certi casi irraggiungibili gli sperati effetti vantaggiosi, come accadrebbe quando il fallimento incolpevole del tentativo giunga in prossimità della chiusura del dibattimento e manchi il tempo per immaginare nuove vie di riconciliazione con la comunità. Le capacità di alcuni mediatori potranno certo impedire, con soluzioni acconce, che questo accada»<sup>32</sup>.

In tale senso, qualora la vittima non riuscisse a esprimere compiutamente il proprio vissuto di sofferenza, ovvero la persona indicata come autore del reato mancasse di assumersi le proprie responsabilità, il dialogo riparativo non sembra neanche potersi instaurare<sup>33</sup>.

Nel processo penale, infatti, è costante il sottile rischio che la vittima sia relegata al ruolo marginale di funzione di accertamento dei fatti. È indubbio come il sistema processuale penale italiano valorizzi notevolmente la soffe-

<sup>30</sup> A. AGNESE – F.P. MARINARO, *La giustizia riparativa nel d. lgs. 150/2022. Riflessioni critiche a prima lettura*, Roma, 2023, 35.

<sup>31</sup> La giustizia riparativa è giustamente definita come «ermeneutica dei valori» da G. MANNOZZI – G. A. LODIGIANI, *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (2014), n. 1, 153.

<sup>32</sup> S. CARNEVALE, *Potenzialità e insidie della giustizia riparativa nella fase di cognizione*, in *Processo penale e Giustizia*, (2023), 1-23. In tale senso, nel caso in cui apparisse evidente che l'ostentato pentimento fosse un *apparent strategic goal* è del tutto presumibile che la vittima percepisca l'*escamotage* ponendo fine al processo dialogico.

<sup>33</sup> «b. Occorre portare gli autori di reato a comprendere che gli atti da loro commessi non sono accettabili e che hanno reali conseguenze per la vittima e per la società; gli autori di reato possono e devono assumersi le responsabilità;

c. le vittime devono avere la possibilità di esprimere i loro bisogni e di essere associate alle riflessioni che mirano a determinare come l'autore di reato deve riparare, al meglio, il danno che hanno causato». (Raccomandazione R (2010) del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulle «Regole del Consiglio d'Europa in materia di *probation*», adottata dal Comitato dei Ministri il 20 gennaio 2010, reperibile in URL <https://rm.coe.int/168091ebf7>).

renza patita dalla vittima di un reato nella determinazione della pena, oltre che nel risarcimento del danno; tuttavia, la questione della vittima nella giustizia riparativa rispetto a quella sanzionatoria non è la valutazione del danno e la sua quantificazione<sup>34</sup>, quanto la valorizzazione di quella sofferenza all'interno di una specifica sede dialogica, che necessariamente deve connettersi con la presa di responsabilità dell'autore del reato: è difficile concepire un ristoro a quanto patito senza che la vittima abbia la chiara percezione del rammarico del reo e della sua piena responsabilizzazione. Solo in questo caso potrà dirsi che la giustizia riparativa, negli obiettivi finali perseguiti, sia realmente alternativa a quella sanzionatoria<sup>35</sup>.

«Rileva, dunque, come uno degli elementi più innovativi della riparazione sia certamente legato ad una nuova visione della vittima, che assume un ruolo centrale. La riparazione, in altri termini, muove imprescindibilmente dall'incontro tra autore e vittima del reato»<sup>36</sup>.

## 5. Oltre la sanzione. L'esito riparativo.

Secondo la lettera e) dell'art. 42 del d. lgs. n. 150/2022 l'esito riparativo è: «qualunque accordo, risultante dal programma di giustizia riparativa, volto alla riparazione dell'offesa e idoneo a rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti». L'esito riparativo deve dunque intendersi come il risultato, complesso ma fecondo, della creatività della mediazione penale<sup>37</sup>. Rispetto alla sanzione penale, irrogata dal potere giudiziario, in base a criteri normativamente tassativi, l'accordo riparativo nasce in ambito privatistico e riguarda innanzitutto la ricostruzione della relazione interpersonale posta in crisi: come tale esso è difficilmente predeterminabile, anche considerando che il fatto penale impone la ricostruzione sociale del legame interrotto dal disvalore penale,

---

<sup>34</sup> S. CARNEVALE, *Potenzialità e insidie della giustizia riparativa nella fase di cognizione*, in *Processo penale e Giustizia*, (2023), 13-14, nota giustamente come, contrariamente ai paesi del *common law*, coloro che si costituiscono parte civile assurgono a livello, nel processo, dell'imputato e del pubblico ministero per la formazione delle prove e per l'impugnazione della decisione.

<sup>35</sup> «Il presupposto logico dell'acquisizione, da parte del reo, della consapevolezza dei contenuti lesivi della propria condotta è costituito dal "riconoscimento" della vittima e del suo vissuto di patimento, insicurezza e umiliazione. [...] Laddove il reo non giunga, durante la mediazione, a riconoscere la sofferenza della vittima e, di conseguenza, a sentirsi responsabile per averla cagionata, nessuna offerta di riparazione potrà avere anche una valenza di riconciliazione e di ricostituzione del legame sociale infranto dal reato». (G. MANNOZZI, *La Giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., 103-104).

<sup>36</sup> G. ZARELLA, *La mediazione penale*, 7, in <https://www.dirittogiustiziaecostituzione.it/la-mediazione-penale/>.

<sup>37</sup> P. MAGGIO, *Giustizia Riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II. «Disciplina organica» e aspetti di diritto processuale*, in *Sistema Penale*, 27 febbraio 2023, p. 23.

ovvero la pacificazione e la riconciliazione da parte del reo e della vittima nei confronti della comunità cui essi appartengono<sup>38</sup>.

Dato che l'argomentazione coalescente tende al superamento del disaccordo, la "risoluzione delle questioni derivanti dal reato" di cui parla l'art. 42, lett. a) d. lgs. 150/2022 è ciò che può essere maggiormente equiparato all'accordo della coalescenza. A tale proposito, il punto n. 2 dell'argomentazione coalescente – identificazione di ciò che è comune, a livello di *position* e di *goals* – è il tassello essenziale per la proposizione dell'esito riparativo (sia dalle parti stessi, sia dal mediatore): alla fase di esplicitazione di obiettivi e posizioni, successivamente a una matura consapevolezza del piano dichiarativo-valoriale-emozionale, dovrebbe seguire l'assunzione di responsabilità, con la volontà di riparazione da parte della persona indicata come autore del reato.

Le nuove e rivoluzionarie locuzioni della giustizia riparativa introdotte con la Riforma Cartabia ("riparazione dell'offesa", soprattutto "avvenuto riconoscimento reciproco" e "possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti") necessitano di concretarsi nell'interazione dialogica: sebbene coalescenza non equivalga a certezza dell'accordo, così come mediazione penale e ricostruzione della relazione non coincidono esattamente, la mèta ambita resta la piena consapevolezza da parte degli interlocutori del fatto penale e delle sue conseguenze, anche sociali-comunitarie; soprattutto, è imprescindibile che la vittima sia in grado di conoscere la propria sofferenza, esprimerla adeguatamente e possibilmente anche superarla<sup>39</sup>.

Ciò che emerge è una pena non più semplicemente subita, negativa, punitiva, limitativa, implicante la semplice passività dell'accettazione della sanzione penale, con l'autore del reato che esclusivamente interiorizza valori e precetti appartenenti all'ordinamento giuridico in questione<sup>40</sup>. Piuttosto la pena agita della giustizia riparativa significa operare fattivamente alla riparazione dell'ingiustizia causata (in modo reale oppure simbolico) e alla ricostruzione del legame, con la vittima e con la comunità.

---

<sup>38</sup> G. UBERTIS, *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2005, 1322.

<sup>39</sup> «Nelle consapevoli e ribadite diversità, specificità e complementarietà del modello riparativo anche rispetto alle già disciplinate forme di riparazione caratterizzate in senso economico o patrimoniale, si propone la ricucitura dei rapporti interpersonali nei loro contenuti emotivi, realizzabile attraverso un insieme articolato di programmi, non esauribili nella sola mediazione». (P. MAGGIO, *Giustizia Riparativa e sistema penale*, cit., 7). In tale senso, la categoria della "vittima aspecifica", oltre a permettere l'avvio del procedimento qualora la vittima rifiutasse, consente un'espressione meno condizionata e più oggettiva della interiorità.

<sup>40</sup> M. DONINI, *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. Un nuovo programma legislativo per la giustizia penale*, in AA.VV., *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Torino, 2022, 14-15.

## 6. Conclusioni.

Si possono infine delineare alcune linee guide applicative utili, a livello metodologico, al mediatore penale. Sono dunque identificabili tre fasi in cui una mediazione è articolabile: fase preparatoria, fase dialogica vera e propria, fase finale (per l'eventuale riparazione)<sup>41</sup>.

Nella fase preparatoria il mediatore:

- constata i fatti, le circostanze generali, le condizioni di possibilità per avviare la mediazione;
- compie la prima verifica degli obiettivi (*goals*), sia di quelli immediati, sia di quelli più profondi.
- verificare l'eventuale presenza di *apparent strategic goal* (ASG) del soggetto indicato come autore del reato;
- inizia l'esame delle posizioni (*positions*) delle parti.

Di particolare importanza, in questa fase preparatoria, risulta la valutazione delle convinzioni giuridiche delle parti sul fatto penale: in che misura (spesso con notevoli differenze) esse abbiano recepito il disvalore penale del reato, e anche quale opinione abbiano sul modo in cui l'ordinamento sanziona il fatto stesso: ciò risulta di fondamentale propedeuticità sia all'avvio del dialogo riparativo, sia al conseguente esito riparativo.

A tale punto, è possibile passare alla fase dialogica vera e propria con un'analisi più complessa e approfondita delle *positions*, soprattutto a livello di vissuto emozionale e di approfondimento del mondo interiore (anche a livello viscerale-kiscerale). Questa è la fase in cui il mediatore deve cercare uno svolgimento quanto più dinamico ed efficace del dialogo, intraprendendo possibili approcci:

- verticale, volto a investigare un determinato avviamento dialogico, sviscerandone tutte le varie potenzialità (dichiarativo, intenzionale ed emozionale);
- orizzontale, di particolare utilità qualora la mediazione rischi di incagliarsi su un determinato *item* oppure su una fase del procedimento coalescente, senza prospettare risultati (dall'affermazione, magari giuridica, è possibile muoversi sull'esplorazione valoriale e sulla manifestazione emotiva).
- diagonale, ai fini di uno svolgimento della discussione secondo modalità operative diverse, principalmente nel caso in cui un interlocutore non segua - ovvero non intende approfondire;
- una specifica modalità operativa.

La fase finale della mediazione concerne l'esito riparativo, come risultato di una fase dialogica adeguata. Componenti essenziali dell'accordo coalescente, il quale si completa con la fattiva riparazione (reale oppure simbolica), sono:

- l'esplorazione e la massimizzazione dei bisogni di ciascuna delle parti;

<sup>41</sup> Cfr. U. NARDI, *Giustizia Riparativa e Coalescenza Argomentativa*, cit., 1987-1988.

- la volontà di superare il disvalore personale e sociale derivante dalla commissione del reato stesso.

L'accordo finale potrà così scaturire da un effettivo quanto creativo incontro tra esseri umani con mondi di valori differenti, a volte persino antitetici: una giustizia che possa definirsi autenticamente riparativa presuppone interlocutori che abbiano deciso di cercare ciò che è a loro comune assumendo pienamente il risultato del percorso dialogico svolto.

# IL RUOLO DELL'OFFESA NELLE FATTISPECIE INCRIMINATRICI E IL DIRITTO VIVENTE

Giovanni Cocco\*

**Sommario:** **1.** Introduzione. La smentita sistematica della concezione realistica. – **2.** I reati di pericolo concreto. – **3.** I reati di pericolo astratto. – **4.** I reati di pericolo presunto. – **5.** Le fattispecie incriminatrici del mero comportamento. – **6.** Tra pericolo concreto e pericolo astratto. – **7.** Il limite alla punibilità dell'assenza di ogni (ragionevole) possibilità di produzione del danno. – **8.** Nuove tecniche di tutela e loro critica. – **9.** La legittimità dei beni giuridici funzionali. – **10.** Conclusioni.

## ABSTRACT

Il saggio propone un esame analitico dei modelli di costruzione delle previsioni incriminatrici per verificare il ruolo effettivamente svolto dal principio di offensività alla luce della giurisprudenza ordinaria e della giurisprudenza costituzionale.

*The essay proposes an analytical examination of the models of construction of incriminating provisions, in the light of ordinary jurisprudence and constitutional jurisprudence, to verify the role actually played by the principle of offensiveness.*

## 1. Introduzione. La smentita sistematica della tradizionale concezione realistica.

Quale contributo alla critica<sup>1</sup> della c.d. concezione realistica secondo cui l'offesa (o la concreta messa in pericolo) al bene giuridico protetto, anche detta evento giuridico, costituisce un elemento del fatto tipico, propongo l'a-

---

\* Ordinario di diritto penale nell'Università degli studi di Padova.

<sup>1</sup> V., per tutti, STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 14; M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, artt. 1- 84, Milano, 3a ed., 2004, 317. Per la concezione realistica, per tutti M. GALLO [a], voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 786.

nalisi di una ricca serie di fattispecie incriminatrici diffuse particolarmente negli ultimi decenni che la smentiscono nella pratica legislativa e giurisprudenziale, con il conforto della giurisprudenza costituzionale<sup>2</sup>.

D'altra parte, è necessaria una complessiva, sintetica e aggiornata ricostruzione dei modelli di incriminazione per fare emergere le varie modalità con cui il principio di offensività effettivamente si afferma, con l'obiettivo di porre le basi della collocazione dogmatica degli istituti che ne esprimono il rilievo quando non soddisfatto nel fatto tipico.

In effetti, per smentire la formulazione tradizionale della concezione realistica basterebbe il riferimento alle figure dei reati di pericolo astratto e presunto, la cui legittimità di per sé è pienamente riconosciuta, che per definizione non richiedono l'offesa e nemmeno la concreta messa in pericolo del bene giuridico<sup>3</sup>, privi come sono dell'evento naturalistico che le possa esprimere<sup>4</sup> e per la cui integrazione certo non può pretendersi la verificazione dell'evento offensivo, che li snaturerebbe.

Ma per la costruzione di una teoria che dia una adeguata collocazione dogmatica all'offesa e/o alla assenza di offesa nella teoria del reato, a cui è dedicato uno specifico saggio, concepito contestualmente al presente<sup>5</sup>, è necessario avere una visione d'insieme di siffatte e consimili figure da cui emerga il ruolo attualmente attribuito all'offesa o messa in pericolo del bene giuridico nelle fattispecie incriminatrici e nel riconoscimento della loro concreta integrazione.

## 2. I reati di pericolo concreto.

A smentire la tesi dell'offesa quale elemento autonomo di fattispecie in verità, in primo luogo, è la stessa categoria dei reati di c.d. pericolo concreto, in cui deve sussistere l'effettivo, reale pericolo dell'offesa, che il giudice deve accertare secondo il criterio della prognosi postuma<sup>6</sup>. Pericolo concreto

<sup>2</sup> Il tema è proposto di recente, pur nella peculiare prospettiva del principio di proporzionalità, anche da DEMURO, *Il pericolo e la sua pena. Tra proporzionalità e ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2023, 901 ss.; sul contemporaneo sviluppo dei reati di pericolo (spesso astratto) rispetto al modello (anche codicistico) dei reati di danno DONINI, *Perché il codice penale. La riforma del codice oltre i progetti di pura consolidazione*, in *Sist. pen.*, 21.9.2020.

<sup>3</sup> V., *infra*, §§ 3 e 4.

<sup>4</sup> La previsione nella fattispecie incriminatrice del verificarsi, quale effetto o conseguenza della condotta umana ovvero dalla stessa causato - dunque prodotto dall'azione o non impedito dall'omissione anti doverosa - di un risultato materiale costituente modificazione fenomenica del mondo esterno, di norma, ma non necessariamente, spazialmente e temporalmente separato dalla condotta, risponde perfettamente al modello del diritto penale del fatto, incentrato sulla offesa o sulla concreta messa in pericolo di un bene giuridico, con ciò corrispondendo al massimo livello anche al principio di offensività.

<sup>5</sup> Il riferimento è, specificamente, al reato impossibile e alla c.d. offensività in concreto elaborata dalla giurisprudenza costituzionale, la cui collocazione dogmatica verrà approfondita in un saggio dal titolo *Nessuna punibilità quando l'offesa è impossibile*.

<sup>6</sup> Si tratta del giudizio di previsione - con il ricorso a consolidate regole di esperienza e/o

che può costituire un elemento costitutivo<sup>7</sup> – normalmente evento, ma anche presupposto della condotta o elemento qualificante la condotta – o una condizione obiettiva di punibilità.

Detti reati se per un verso costituiscono la realizzazione del principio di offensività, in particolare nelle ipotesi in cui la necessità del pericolo concreto viene evinta in via interpretativa, per l'altro, sono la più evidente conferma che l'attuazione del principio non si sostanzia nella necessaria presenza dell'offesa, che riguarda solo alcune fattispecie incriminatrici.

Il dato più significativo dell'attuazione del principio di offensività in questo contesto è il rilievo che assume nella interpretazione della fattispecie incriminatrice, attività che però non va (e, a fronte del tenore letterale della previsione, non può andare) oltre la pretesa di un evento di pericolo concreto, e non dunque di danno, quale *elemento implicito* di fattispecie<sup>8</sup>.

---

leggi scientifiche sul probabile verificarsi di un accadimento dannoso futuro, che si effettua *ex ante*, cioè con riferimento al momento della condotta o dell'evento (di pericolo) e tenendo conto di tutte le circostanze in quel momento oggettivamente esistenti (cd. *giudizio a base totale*), quindi prescindendo da tutto ciò che si verifica dopo la realizzazione dell'ultimo dato oggettivo che la norma consente di valutare (per tutti v. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 2<sup>a</sup> ed., 1994, 97 s.; CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica, I, I delitti di comune pericolo mediante violenza*, Padova, 2003, 43; Cass. IV, 20.2.2007, n. 19342, in *Riv. pen.*, 2007, 10, 995; Cass. I, 6.5.2015, n. 45347, in tema manipolazione di mercato ex art. 185, d. lgs. n. 58/1998). La prognosi si effettua in termini di *probabilità di lesione o di danno* (per tutti v. ANGIONI [b], *Il pericolo concreto*, cit., 19; CANESTRARI, voce *Reati di pericolo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 2; CORBETTA, *I delitti di comune pericolo mediante violenza*, cit., 29; PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, 205; apprezzabile grado di possibilità per E. GALLO, *Reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 2) e si basa sulla presenza di una quantità *sufficiente* (preferibilmente *elevata*) di fattori favorevoli alla produzione dell'evento dannoso, mentre le sono estranee le percezioni meramente soggettive.

<sup>7</sup> Esempi codicistici si trovano in particolare nei reati contro l'incolumità pubblica, ad es.: l'art. 422 co. 2 c.p. (anche detto pericolo di strage), in genere l'incendio e i disastri (artt. 423, 426, 428 e 430 c.p.; Cass. I, 23.2.2017, n. 14263, ced. rv. 269842; Cass. IV, 14.12.2021, n. 46402), nonché l'art. 433 c.p. (attentato alla sicurezza degli impianti); anche l'art. 434 c.p. (crollo di costruzioni o altri disastri dolosi: MARINUCCI, voce *Crollo di costruzioni*, in *Enc. dir.* XI, Milano, 1962, 418; ARDIZZONE, voce *Crollo di costruzioni e altri disastri dolosi*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 275; CORBETTA, *I delitti di comune pericolo mediante violenza*, cit., 586; GARGANI, *Il rischio nella dinamica dei reati contro l'incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto*, in *Cass. pen.* 2017, 3879; Cass. I, 5.7.2018, n. 48027) e l'art. 423 co. 2 c.p. (incendio di cosa propria: Cass. IV, 29.10.2008, n. 43126, ced. rv. 242460), sebbene negli artt. 433 e 434 c.p. il pericolo concreto sia tradizionalmente considerato una condizione obiettiva di punibilità e, dunque, evento estraneo alla colpevolezza.

<sup>8</sup> Un approfondimento può effettuarsi in tema di disastri (Cass. IV, 29.10.2008, n. 43126, ced. rv. 242460; Cass. IV, 18.9.2008, n. 40799) quali il *disastro ferroviario* (art. 430 c.p.) e l'*incendio doloso di cosa altrui* (art. 423 c.p.), che indicano un accadimento caratterizzato da una complessità e gravità di effetti materiali tali da costituire un veicolo di effettivo pericolo per la vita e la integrità fisica di numerose persone; in altre parole, si tratta di eventi concretamente pericolosi per la vita e l'integrità fisica delle persone (cfr. Corte cost. 16.7.1979, n. 71, la quale pretende che l'incendio di cosa altrui sia di tale entità e la cosa sia collocata in modo tale da essere idonei a porre in pericolo la incolumità pubblica; Cass. I, 23.2.2017, n. 14263; Cass. I, 2.12.2005, n. 6393, in tema di art. 437; A. L'Aquila 3.10.1970, in *RG ENEL*, 1971, 78: caso del *Vajont*). Per contro si sostiene che tali fattispecie, pur caratterizzandosi quali eventi normalmente pericolosi non possano

Così è nel caso, di particolare rilievo, dell'istigazione a delinquere (art. 414 c.p.), riguardo a cui la Corte costituzionale n. 108/1974 richiede la attitudine della istigazione a causare un pericolo concreto per il bene giuridico<sup>9</sup>; deve essere, dunque, concretamente idonea, sulla base di un giudizio *ex ante*, a provocare un delitto agendo sulla psiche dei destinatari, ovvero un comportamento lesivo di beni di rilevanza costituzionale, in linea con l'ispirazione di fondo dell'ordinamento liberal-democratico<sup>10</sup>.

Un evento di pericolo concreto<sup>11</sup> è richiesto anche nella falsa testimonianza (art. 372 c.p.), che tutela la corretta formazione delle decisioni giudiziali, dunque non rilevano le dichiarazioni aventi ad oggetto circostanze ininfluenti a tal fine<sup>12</sup>; nonché, nel favoreggiamento personale (art. 378 c.p.) e reale (art. 379 c.p.), reati contro l'attività giudiziaria, in cui l'aiuto deve concretamente migliorare la posizione dell'aiutato ancorché non consegua l'obiettivo prefissato (evento di pericolo concreto)<sup>13</sup>.

Richiede un pericolo concreto anche la *somministrazione di medicinali in specie qualità o quantità non corrispondenti* alle ordinazioni mediche (art.

essere arricchite con l'ulteriore elemento del concreto pericolo (FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, v. I, Bologna, 6ª ed., 2021, 506 ss.; Cass. I, 24.9.2018, n. 2123, con rif. a Corte cost. n. 286/1974; *contra*, condivisibilmente, CORBETTA [a], *I delitti di comune pericolo mediante violenza*, cit., 34 s.), in quanto incompatibile con la previsione espressa di tale evento soltanto in alcune fattispecie, in cui il disastro è preceduto dal pericolo per l'incolumità pubblica (art. 434 co. 2 c.p.) (MARINUCCI, voce *Crollo di costruzioni*, cit., 417) o ne è seguito (artt. 423 co. 2 c.p., 428 co. 2 c.p.). Tuttavia, tale ragionamento non è affatto convincente perché, al contrario, proprio queste ultime previsioni sottolineano la natura di eventi di pericolo concreto di incendio e disastri, infatti nel caso di cui all'art. 434 co. 2 c.p. è proprio perché non si è ancora verificato il disastro (che lo implicherebbe) che richiede un pericolo per la pubblica incolumità. D'altra parte, nei casi in cui l'oggetto materiale sia la cosa propria le nozioni di incendio e disastro ne risultano modificate presupponendo eventi controllati dall'agente, cosicché pare corretta la espressa pretesa in fattispecie di un evento di pericolo per l'incolumità pubblica, al pari delle altre figure di disastro di cui tale evento è una componente. Conferma tale soluzione la nuova nozione di disastro ambientale, fissata nell'art. 452 *quater* c.p. (introdotta da l. n. 68/2015) che unitamente all'ipotesi di pericolo concreto per l'integrità fisica di numerose persone e alla lesione della stessa, propone una nozione di disastro limitata agli effetti sull'equilibrio dell'ecosistema, estensiva della nozione tradizionale di disastro ambientale accolta con riferimento al cd. *disastro innominato* ex art. 434 c.p., che richiedeva un pericolo concreto per la vita e l'incolumità fisica delle persone (Cass. III, 16.1.2008, n. 9418, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1332, ced. rv. 239160; Cass. III, 14.7.2011, n. 46189, ced. rv. 251592; COCCO, *Il disastro ambientale* (art. 434 c.p.), in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1332).

<sup>9</sup> Conf. Cass. I, 9.1.2024, n. 17567; Cass. V, 12.9.2019, n. 48247, ced. rv. 277428.

<sup>10</sup> Per tutti v. DE VERO, *Istigazione, libertà di espressione e tutela dell'ordine pubblico*, in *Arch. pen.*, 1976, 2, 3; VISCONTI, *Art. 414 Istigazione a delinquere*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale. I delitti contro l'ordine pubblico*, Torino, 2008, in part. 1029; cfr. anche VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Milano, 2008, 91 ss.

<sup>11</sup> Cass. VI, 29.1.2013, n. 4299, ced. rv. 254433; conf. Cass. VI, 9.4.2024, n. 21074.

<sup>12</sup> Cass. VI, 4.5.2018, n. 38529; Cass. VI, 6.7.2010, n. 29258, in *Cass. pen.*, 2011, 3459.

<sup>13</sup> Cass. VI, 1.3.2022, n. 13143; Cass. VI, 9.3.2015, n. 9989. PADOVANI, voce *Favoreggiamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, 1989, 6; PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Padova, 2005, 762; PULITANO, *Il favoreggiamento personale fra diritto e processo penale*, Milano, 1984, 99.

445 c.p.), reato contro la salute pubblica, riguardo a cui è irrilevante la diversa qualità del farmaco non incidente sull'efficacia terapeutica indicata<sup>14</sup>.

Di recente le Sezioni Unite 13.7.2023, n. 49686, considerano reato di pericolo concreto a tutela delle risorse destinate all'erogazione del c.d. reddito di cittadinanza e al perseguimento del fine pubblico ad esso sotteso, la fattispecie prevista nell'art. 7, co. 1, d.l. n. 4/2019, che punisce con la reclusione da due a sei anni chi, al fine di ottenere indebitamente il reddito di cittadinanza, rende o utilizza dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere ovvero omette informazioni dovute. L'argomento letterale utilizzato, in un contesto di valorizzazione del principio di offensività, è la previsione del dolo specifico costituito dal fine di ottenere indebitamente il reddito di cittadinanza, laddove l'avverbio qualifica la condotta come volta ad ottenere qualcosa di non dovuto e, quindi, richiede che dichiarazioni e documenti non veritieri possano concretamente conseguire il risultato, che, peraltro, non è necessario si verifichi<sup>15</sup>.

È pacificamente considerata un reato di pericolo concreto per renderla compatibile con il principio della libera manifestazione del pensiero dell'art. 21 Cost. – come confermano di recente le Sezioni Unite 18.1.2024, n. 16153<sup>16</sup> – la fattispecie prevista dall'art. 5 l. n. 645/1952, che sanziona chiunque, partecipando a pubbliche riunioni, compie manifestazioni usuali al disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste<sup>17</sup>. La legittimità costituzionale della previsione è collegata alla pretesa che le condotte concernano manifestazioni che per circostanze di tempo e di luogo, nonché per caratteristiche obiettive, siano «idonee a far sorgere il pericolo di ricostituzione del partito fascista»<sup>18</sup>, la cui presenza lede le stesse basi dell'ordinamento costituzionale<sup>19</sup>, trovando il bando del detto partito diretto fondamento nelle previsioni della Carta costituzionale e, specificamente, nella XII disp. trans. fin., che ne vieta la «riorganizzazione, sotto qualsiasi forma»<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> Già MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, v. VI, 5ª ed., agg. Nuvolone, Pisapia, Torino, 1983, 474.

<sup>15</sup> Si legge in sentenza: «il dolo specifico, nel caso di specie, non si limita a tipizzare il movente dell'azione ma assolve anche allo scopo di qualificare la condotta, costituendo, sul piano oggettivo, un elemento della fattispecie rivelatore dell'offesa che si intende prevenire (e punire)».

<sup>16</sup> Da ult. Cass. S.U. 18.1.2024, n. 16153, che esamina la previsione in parallelo a quella dell'art. 2, l. n. 654/1975 (su cui v., *infra*, § 6).

<sup>17</sup> Come modificata dall'art. 11, l. 152/1975.

<sup>18</sup> Così Corte cost. n. 15/1973. In precedenza, Corte cost. n. 74/1958 ricollega la legittimità costituzionale della previsione, che sanziona condotte prodromiche alla ricostituzione del disciolto partito fascista, alla sussistenza di elementi modali e spaziali, quale lo svolgimento in pubbliche riunioni, tali da renderle idonee «a provocare adesioni e consensi ed a concorrere alla diffusione di concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste».

<sup>19</sup> Cass. S.U. 18.1.2024, n. 16153, identifica il bene giuridico tutelato dalla previsione nell'ordine pubblico democratico o costituzionale.

<sup>20</sup> Afferma Corte cost. n. 254/1974 che la previsione «ha conferito in modo tassativo al legislatore non solo la potestà-dovere di fissare sanzioni penali in caso di violazione del divieto costituzionale di ricostituzione del disciolto partito fascista ma anche di ricercare il modo e le forme più

Infine, va evidenziata una peculiare ipotesi di pericolo concreto nella pubblica istigazione all'odio fra le classi sociali (art. 415 c.p.), in cui rileva esclusivamente la condotta concretamente pericolosa per la pubblica tranquillità<sup>21</sup>, altrimenti trattandosi di libera manifestazione del pensiero. Tuttavia, in questo e consimili casi, si tratta di c.d. pericolo indiretto poiché la pubblica tranquillità o sicurezza sono concetti che rappresentano a loro volta una situazione pericolosa per i beni dei cittadini, in altre parole, si sanziona la realizzazione del concreto pericolo si verifichi una situazione pericolosa<sup>22</sup>. Siffatta anticipazione della tutela può giustificarsi solo quando siano in gioco vita e incolumità fisica di numerose persone – in presenza di nozioni stringenti sia del pericolo per la sicurezza che del suo venir meno, potendosi così comunque affermare che degradano verso i reati di pericolo astratto, altrimenti entrando nel campo della sanzione penale del mero comportamento<sup>23</sup>.

### 3. I reati di pericolo astratto.

Ancor più significativa la smentita sistematica della considerazione dell'offesa quale elemento di fattispecie costituita dalla legittimazione costituzionale della presenza nel nostro ordinamento dei reati di pericolo astratto, con cui il legislatore – sulla base di comuni regole di esperienza<sup>24</sup> – incrimina condotte normalmente e tipicamente pericolose per beni giuridici di particolare rilievo, in particolare la vita o la integrità fisica, senza tuttavia richiedere per l'integrazione del fatto tipico la concreta realizzazione di siffatto pericolo,

---

idonei e incisivi per la realizzazione della pretesa punitiva pur nella salvaguardia dei diritti fondamentali che la Costituzione riconosce a tutti i cittadini al fine di combattere, più efficacemente e sollecitamente possibile, quel pericolo che la citata disposizione, in accordo con l'ispirazione antifascista della nostra Costituzione, ha inteso direttamente e imperativamente prevenire».

<sup>21</sup> Corte cost. n. 108/1974.

<sup>22</sup> Altre ipotesi di reati di pericolo indiretto sono la causazione di pericolo di disastri (427, 429 e 431 c.p.) e alla sicurezza dei trasporti (art. 432 co. 1 c.p.), in cui è elemento esplicito del fatto tipico il pericolo concreto della verifica di un evento come il disastro e il venir meno della sicurezza, i quali però non ledono di per sé beni giuridici ma si limitano a metterli in pericolo. In particolare, la sicurezza è la condizione oggettiva esente da pericoli (anche) per la integrità fisica delle persone, pertanto il suo venir meno si identifica con una situazione di pericolo per l'integrità fisica. In tali casi, dunque, la tutela è anticipata alla mera messa in pericolo della sicurezza - e, dunque, in ambedue i casi è sanzionata la causazione di un evento di pericolo rispetto una situazione pericolosa, ovvero il pericolo di pericolo. V. anche, *infra*, §§ 4 e 6.

<sup>23</sup> Sulla cui critica v., *infra*, § 5.

<sup>24</sup> Regole di esperienza basate anche sulla «concreta esperienza nella quale quei fatti si sono verificati e dei particolari inconvenienti provocati, in precedenza, dai fatti stessi, in relazione ai beni che intende tutelare», quindi, quando si tratti di singoli strumenti, in considerazione non solo della loro astratta capacità di offesa «ma anche dell'uso concreto che di essi viene fatto in base all'esperienza» (in tema di armi, di recente, v. Corte cost. n. 139/2023; in prec., tra le altre, Corte cost. n. 132/1986; in tema di stupefacenti v. Corte cost. n. 333/1991). Spesso, proprio per i fatti che l'esperienza insegna essere tra i più pericolosi, la fattispecie incriminatrice non prevede l'evento di pericolo concreto, cosicché il giudice deve limitarsi ad accertare se si sia verificato o meno il comportamento sanzionato.

che dunque non ne costituisce un elemento costitutivo e, tanto meno, può costituirlo l'offesa.

Alla fine degli anni Sessanta, con l'affermarsi del principio di offensività e alla luce dell'affermazione dei principi costituzionali in ambito penalistico, autorevoli studiosi affermarono il contrasto di siffatte fattispecie, in quanto recanti in sé la possibilità della punizione di un comportamento del tutto carente di attitudine a ledere il bene giuridico protetto, con il principio costituzionale di offensività, identificato con la formula nessun reato senza offesa a un bene giuridico, che indubbiamente preclude l'adozione di modelli di reato che sanzionano la mera violazione di un dovere o di una norma morale, le manifestazioni di pericolosità individuale, etc..

Ne è derivato l'approfondimento della struttura del reato di pericolo astratto e del rapporto con l'offensività sfociato nella esclusione di una generalizzata illegittimità costituzionale e contrarietà al diritto positivo di tali previsioni proposto dalla concezione realistica, con una sempre più consapevole individuazione delle ragioni giustificative della conformità al principio di offensività di tali previsioni, tra l'altro correlate all'esigenza «di salvaguardare l'umanità dagli enormi pericoli legati alla crisi della civilizzazione tecnica»<sup>25</sup>, con ciò favorendosene anche la puntuale definizione, l'opportuna collocazione sistematica e, soprattutto, la corretta applicazione.

La valenza attribuita al principio di offensività, in definitiva, non comporta l'espulsione *tout court* dall'ordinamento dei reati di pericolo astratto, bensì, di norma, una lettura costituzionalmente orientata della condotta illecita, essenzialmente basata sulla comune idoneità del comportamento incriminato a ledere il bene che si intende proteggere, sul riferimento a fenomeni empiricamente verificabili, sulla sussidiarietà della sanzione penale e sulla proporzionalità, vale a dire sulla combinazione tra rilevanza del bene tutelato e anticipazione della tutela, secondo la formula: maggiore l'importanza del bene, maggiore la legittimità della anticipazione della tutela<sup>26</sup>.

Si deve trattare di fatti di cui è criminologicamente nota la pericolosità tipica<sup>27</sup>, traducibile in chiari connotati legali, mentre non ne è rilevabile la

<sup>25</sup> Così, tra i più recenti studi in tema, D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano 2012. Si veda anche la dottrina citata, *infra*, nei §§ 8 e seg.

<sup>26</sup> Per tutti, cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 163 s.; DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in Marinucci, Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 386 s.; FIANDACA, *Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in Marinucci, Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, cit., 170 s.; GARGANI, *Delitti di pericolo personale e individuale. Osservazioni in prospettiva di riforma*, in *Leg. pen. online*, 9.9.2020; GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 718 s.; v. anche D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia*, cit., 149 ss.

<sup>27</sup> Si afferma che il giudizio di pericolo cristallizzato nella norma non dovrà apparire né irrazionale né arbitrario, ma frutto di apprezzamenti rigorosi basati sull'esperienza (FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, 143 ss.).

pericolosità concreta neppure *ex post* per l'ignoranza delle leggi scientifiche necessarie per affermare un collegamento causale anche solo potenziale<sup>28</sup>, oppure per la diffusività dei beni aggrediti e degli oggetti che ne incarnano il substrato materiale<sup>29</sup>. La legittimazione del reato di pericolo astratto ha, dunque, alla base una effettiva regola di esperienza, ovvero la esperienza di casi simili deve dimostrare che un determinato tipo di comportamento è normalmente idoneo, eventualmente quando cumulato ad altri, a ledere il bene, o le ricerche scientifiche debbono fare sorgere *il dubbio non fugato* che una determinata sostanza è fonte di pericolo per un bene giuridico.

La legittimità sul piano costituzionale delle previsioni di tale natura si basa sulla ragionevolezza ai sensi dell'art. 3 Cost. dei giudizi che ne sono il presupposto, poiché al legislatore è riservata l'individuazione delle condotte alle quali collegare una presunzione assoluta di pericolo «purché non sia irrazionale o arbitraria, ciò che si verifica allorquando non sia collegabile all'*id quod plerumque accidit*». Si tratta di un controllo sui presupposti empirici delle scelte legislative di cui la Corte costituzionale ha fatto un uso molto limitato: il caso forse più clamoroso è la sentenza sulla compatibilità con il regime carcerario dei malati di AIDS<sup>30</sup>.

Insomma, di fronte all'impossibilità di inserire (esplicitamente o implicitamente) nelle fattispecie incriminatrici l'evento di pericolo concreto a causa dello stato delle conoscenze scientifiche o della peculiare natura della materia da disciplinare, il ricorso allo schema dei reati di pericolo astratto può essere l'unica forma possibile della irrinunciabile protezione di beni giuridici di importante rilievo ed è conforme al principio costituzionale di offensività; anzi, potremmo financo dire che sia dallo stesso imposto, giacché soddisfa la essenziale funzione di protezione di beni giuridici riconosciuta al diritto penale, con ciò escludendosi che il soggetto agente venga punito per mera disobbedienza o per pericolosità soggettiva.

---

<sup>28</sup> In tale caso le conoscenze scientifiche fanno sospettare della generale pericolosità di una classe di condotte ma non consentono di affermare né di negare che la singola condotta sia concretamente pericolosa, ad esempio il commercio di medicinali o di alimenti sulla cui nocività vi siano sospetti avvalorati da esperimenti su cavie animali ma di cui la scienza non possa affermare la cancerogenicità o in quali concrete circostanze lo siano; tuttavia, di fronte a un bene giuridico di rilievo quale la salute collettiva, ovvero la vita e la integrità fisica di ciascuno di noi, il diritto penale può ben sanzionare un pericolo anche solo ipotetico.

<sup>29</sup> Si tratta di beni giuridici che per le loro peculiarità (si pensi all'ambiente e al territorio) non possono essere lesi o messi concretamente in pericolo da una singola condotta se non in casi eccezionali, ma la cui lesione è frutto del cumularsi di una molteplicità di condotte, ad esempio l'inquinamento dell'acqua di un grande fiume. Cosicché per evitare l'evento il legislatore può ricorrere allo schema dei reati di pericolo astratto e impedire le condotte la cui normale pericolosità derivi, in base a consolidate regole di esperienza, dal possibile cumularsi con altre condotte dello stesso tipo; oppure può ricorrere alla creazione di sistemi di controllo delle attività inquinanti e alla tutela di beni giuridici funzionali (v., *infra*, §§ 8 e seg.). (in tema, per tutti, MARINUCCI, *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in Marinucci, Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 365; GARGANI, *Delitti di pericolo personale e individuale*, loc. cit.).

<sup>30</sup> Corte cost. n. 438/1985.

Anche in tal caso gioca, comunque, un ruolo fondamentale l'interpretazione della fattispecie incriminatrice alla luce del bene giuridico tutelato, poiché l'interpretazione degli elementi di fattispecie deve essere coerente con siffatta valutazione legislativa, in modo che le sanzioni penali si applichino esclusivamente a condotte che, pur non necessariamente dannose o pericolose in concreto per il bene tutelato, lo siano usualmente. In altre parole, l'interpretazione del significato della portata delle espressioni utilizzate per descrivere la condotta incriminata deve essere coerente con la normale, comune causazione di un effettivo pericolo con la sua tenuta. Ad esempio, l'interpretazione della condotta di abbandono di persone minori o incapaci nell'art. 591 c.p. - riguardo alla cui integrazione la giurisprudenza non accoglie la tesi dottrinale della necessità del concreto pericolo per la vita o l'incolumità fisica dell'incapace - deve comunque avere come criterio guida il riferimento al bene giuridico tutelato, cosicché sussiste l'abbandono se il comportamento sia così significativo da porre normalmente in pericolo la vita o l'integrità delle persone. In altre parole, il concetto deve essere interpretato in termini pregnanti ed inteso come lasciare in balia degli eventi il minore o l'incapace, essendo del tutto irrilevante ogni altra situazione di difficoltà o disagio, ancorché non si reputi necessario un evento di pericolo concreto<sup>31</sup>.

Con riguardo ai reati di pericolo astratto si pone, peraltro, una questione di proporzionalità delle sanzioni, che debbono essere in linea di principio sensibilmente inferiori rispetto a quelle previste per i reati di danno e di pericolo concreto<sup>32</sup>.

#### 4. I reati di pericolo presunto.

Categoria, infine, in frontale contrasto con l'offesa come componente autonoma del reato è quella dei reati di c.d. pericolo presunto<sup>33</sup>, espressione che indica le previsioni che, diversamente dai casi già esaminati di pericolo astratto, in presenza di un tipo di pericolo che è possibile accertare con riferimento ad una singola condotta nel caso concreto, ovvero di un pericolo afferrabile-dimostrabile in base al collegamento causale tra condotta e sua possibile conseguenza, formulano la fattispecie incriminatrice, non solo senza pretendere l'evento di pericolo concreto, ma anche senza indicare adeguatamente gli indici di generale pericolosità, ovvero senza la specificazione

<sup>31</sup> Così Cass. V, 12.10.2023, n. 4557; Cass. V, 26.10.2021, n. 1780, ced. rv. 282471; Cass. V, 15.6.2018, n. 27705, ced. rv. 273479.

<sup>32</sup> V. DEMURO, *Il pericolo e la sua pena*, cit., 901 ss.; GARGANI, *Delitti di pericolo personale e individuale*, cit., 8. Il tema della proporzionalità è affrontato più diffusamente nello *Studio sul ruolo del principio di offensività nella teoria del reato*.

<sup>33</sup> Benché in dottrina (per tutti M. ROMANO, *Commentario*, cit., 338) e giurisprudenza, spesso si identifichino le espressioni reati di pericolo astratto e reati di pericolo presunto, conviene mantenere la distinzione, non solo per ragioni di chiarezza espositiva, ma anche per i caratteri peculiari che caratterizzano i reati definiti di pericolo presunto.

degli elementi che connotano in termini di pericolosità la condotta nella generalità dei casi, con lo scopo di ottenere un particolare effetto preventivo-repressivo o, semplicemente, per errore nell'uso della tecnica legislativa<sup>34</sup>.

Si tratta delle figure maggiormente indiziate di violazione del principio di offensività perché ammettono, in mancanza della necessità della tutela in quella forma del bene giuridico, la assenza di qualsiasi reale pericolo e, dunque, la punizione per la mera disubbidienza al precetto.

Ad esempio, sarebbe penalmente rilevante detenere un medicinale solo per essere scaduto il giorno precedente, laddove si consideri di pericolo presunto<sup>35</sup> il delitto previsto dall'art. 452 c.p. (delitti colposi contro la salute pubblica), in relazione all'art. 443 c.p. (commercio o somministrazione di medicinali guasti), essendo i medicinali scaduti di validità imperfetti<sup>36</sup> e non essendo necessaria la sussistenza di un concreto pericolo per la salute pubblica<sup>37</sup>, né rilevando l'effettiva durata della detenzione del farmaco scaduto<sup>38</sup> o l'allegazione della destinazione dei medicinali all'utilizzo solo come materiali di laboratorio<sup>39</sup>.

In particolare, tra i reati di pericolo presunto sono inquadrati i cd. reati di sospetto che incriminano un comportamento che, quando tenuto da determinati soggetti, prelude verosimilmente alla commissione di un delitto. Si

---

<sup>34</sup> Una ipotesi di reato di omissione propria di pericolo presunto è costituita dalla violazione dell'obbligo di nomina del medico competente da parte del datore di lavoro (art. 55 co. 1 lett. d) d. lgs. n. 89/2008) che non richiede un pericolo concreto (così in giur. Cass. III, 11.5.2018, n. 30918).

<sup>35</sup> Legge il delitto in termini di pericolo concreto o, meglio, di pericolo astratto-concreto, Cass. I, 13.6.2019, n. 30377, anche con riferimento alla differenza tra detenzione per il commercio, sanzionata dall'art. 443 c.p., e detenzione per la somministrazione (v. anche, *infra*, in questo § n. 51, nonché § 6, n. 71). D'altra parte, vi è stato in materia anche un intervento legislativo (art. 12 n. 4, l. n. 3/2018) che opportunamente trasforma in illecito amministrativo la detenzione di medicinali scaduti, guasti o imperfetti *nelle farmacie*: «se risulta che, per la modesta quantità di farmaci, le modalità di conservazione e l'ammontare complessivo delle riserve, si può concretamente escludere la loro destinazione al commercio».

<sup>36</sup> Recentemente in tal senso Cass. IV, 6.10.2020, n. 30271, secondo la quale «il reato di commercio o somministrazione di medicinali guasti o imperfetti integra una fattispecie di pericolo presunto, in quanto mira ad impedirne l'impiego a scopo terapeutico, sanzionando ogni condotta che renda probabile o anche solo possibile la loro concreta utilizzazione (v. anche Sez. F, n. 39187 del 29/08/2013 Ud. - dep. 23/09/2013 - Rv. 256910). A ciò deve aggiungersi che il delitto colposo di cui all'art. 452 cod. pen. in relazione all'art. 443 cod. pen. (commercio o somministrazione di medicinali guasti) si configura in caso di detenzione di medicinali scaduti, in quanto da un lato sussiste una presunzione assoluta di pericolosità del medicinale scaduto basata sulla previsione di perdita di efficacia dello stesso e dall'altro per la integrazione di tale reato è richiesta la semplice imperfezione del farmaco, sussistente dopo la sua scadenza (cfr. Sez. 3, n. 29661 del 13/05/2004 Ud. - dep. 08/07/2004 - Rv. 229357; nell'occasione la Corte ha pure precisato che la natura di reato di pericolo e non di danno attiene all'adozione di cautele per impedire il verificarsi anche della mera possibilità di somministrazione di un farmaco scaduto, attesa la rilevanza del bene salute)».

<sup>37</sup> Cass. IV, 6.10.2020, n. 30271; Cass. I, 30.11.1988, n. 1707, ced. rv. 180392.

<sup>38</sup> Cass. I, 15.5.1992, n. 6926, in *Giur. it.*, 1993, II, 188.

<sup>39</sup> Cass. 8.10.1999, in *Riv. pen.*, 2000, 152.

tratta di reati di mero comportamento anche detti ostativi, caratterizzati dal possesso di peculiari oggetti, che sanzionano comportamenti non perché lesivi di un bene giuridico, ma con finalità preventive e di regolamentazione, come ad esempio il possesso ingiustificato di armi.

Tra i reati indiziati di violazione del principio di offensività per sanzionare il mero inadempimento al dovere di obbedienza vi è l'art. 707 c.p., che sanziona il possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli da parte di pregiudicati<sup>40</sup> per delitti determinati da motivi di lucro o per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio<sup>41</sup>, con l'effetto che – secondo la giurisprudenza di legittimità<sup>42</sup> – incombe all'imputato l'obbligo di dare una seria giustificazione della destinazione attuale (ovvero nel momento in cui viene fermato<sup>43</sup>) e lecita degli strumenti posseduti. La fattispecie, però, non solo ha superato il giudizio di costituzionalità, sia in ragione della tipologia degli oggetti detenuti sia del presupposto soggettivo della commissione di fatti specifici<sup>44</sup>, ma l'espressione «strumenti atti ad aprire o forzare le serrature» viene interpretata in giurisprudenza nella sua accezione più ampia<sup>45</sup>.

Invece, la previsione dell'art. 708 c.p., che sanzionava il possesso ingiustificato di valori da parte degli stessi soggetti, è stata giudicata manifestamente irragionevole a causa della discriminazione nei confronti di una categoria di soggetti (*i pregiudicati*) ingiustificata, da un lato, per la nuova realtà criminologica in cui i danni alla economia ed alla convivenza civile provengono spesso da soggetti che, svolgendo professioni legate alla circolazione della ricchezza mobiliare, hanno modo di eludere i controlli legali; dall'altro, per essere il precetto privo di tassatività, in quanto tipizzato attraverso la rife-

<sup>40</sup> Non rientrano nella nozione il soggetto che abbia ottenuto la riabilitazione e il soggetto nei confronti del quale sia stata emessa una sentenza di patteggiamento nel caso di estinzione del reato ai sensi dell'art. 445 co. 2 c.p.p. (rec. Cass. II, 27.3.2024, n. 19544).

<sup>41</sup> Corte cost. n. 14/1971, peraltro, esclude dal novero dei soggetti attivi le persone condannate per mendicizia, ammonite o sottoposte a misure di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta.

<sup>42</sup> Cass. I, 16.4.2024, n. 25451; Cass. II, 3.11.2016, n. 52523, ced. rv. 268410-01.

<sup>43</sup> Si precisa che il semplice fatto di svolgere un'attività lavorativa che, in astratto, può giustificare l'uso di un determinato strumento non ne rende lecito il porto al di fuori dei casi di immediata utilizzazione dello stesso in detta attività (Cass. II, 30.11.2023, n. 3742/2024, ced. rv. 285802 - 01; Cass. II, 3.11.2016, n. 52523 ced. rv. 268410 - 01).

<sup>44</sup> Corte cost. nn. 225/2008 e 265/2005.

<sup>45</sup> V. Cass. I, 13.3.2024, n. 28372; e Cass. II, 28.9.2012, n. 48172, ced. rv. 253900, che vi fanno rientrare tutti gli arnesi idonei di per sé ad aprire le serrature e altri analoghi congegni dotati di attitudine potenziale ad operare sulle medesime. Pertanto, non solo gli strumenti atti a forzare serrature poste all'esterno delle abitazioni, ma anche quelli idonei a scardinare congegni di protezione che possono trovarsi all'interno, a tutela dei beni ivi contenuti o custoditi (Cass. II, 10.6.2022, n. 29344, ced. rv. 283662).

ribilità di un fatto, di per sé neutro<sup>46</sup>, a un pregiudicato per alcune classi di precedenti penali<sup>47</sup>.

In tale caso non è identificare la condotta con il possesso a porre problemi peculiari<sup>48</sup>, ma è l'oggetto su cui cade a non apparire di per sé significativo

---

<sup>46</sup> Parimenti, si afferma che a rendere punibile un comportamento altrimenti irrilevante quale lo stato di manifesta ubriachezza in luogo pubblico o aperto al pubblico non è sufficiente la qualità dell'agente di condannato per delitto non colposo contro la vita o l'incolumità individuale (Corte cost. n. 354/2002: illegittimità costituzionale dell'art. 688, co. 2 c.p.; cfr. Corte cost. n. 48/1994).

<sup>47</sup> Corte cost. n. 370/1996. Quale corollario, con riferimento all'illegittimità della confisca di somma di denaro sequestrata nell'occasione di rinvenimento di sostanza stupefacente riguardo a cui vi è assoluzione in quanto destinata a uso personale, pur in presenza di condanne per cessione di stupefacenti relative a diverse epoche, recente Cassazione afferma «che tali elementi sono certamente idonei a ingenerare il fondato sospetto che tale somma potesse essere provento di attività illecita ma che, in assenza di riconoscimento di responsabilità penale per una condotta correlata alla detenzione e cessione di sostanza stupefacente, la confisca verrebbe ricondotta ad una sorta di ipotesi di "possesso ingiustificato di denaro", la cui fattispecie, contemplata nell'art. 708 c.p. è stata, come è noto, dichiarata incostituzionale nel 1996» (Cass. VI, 18.10.2022, n. 47154). Peraltro, si precisa, con riferimento ad una ipotesi di ricettazione, che «alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 708 cod. pen. non può affatto ricondursi l'affermazione di un'ontologica indifferenza da parte dell'ordinamento nei confronti di colui che disponga di somme di denaro che, sulla scorta della concreta situazione di fatto, siano al contrario espressive di forme di arricchimento personale ottenuto mediante vie illecite e occulte eludendo i controlli legali ovvero si abbia motivo di ritenere che provengano da delitto. Anzi sono proprio le nuove forme con cui si atteggia il dinamismo criminale e la circolazione illecita del denaro che rendono irragionevole farvi fronte con una disposizione che si è rivelata del tutto marginale a contrastare le nuove dimensioni della criminalità, non più rapportabile, necessariamente, a uno "stato" o a una "condizione personale", certamente irragionevole nella sua riferibilità a coloro che sono pregiudicati "per delitti determinati da motivi di lucro e per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio"» (Cass. II, 23.4.2024, n. 23954). Sulla ammissibilità di una nuova fattispecie incriminatrice che sanzioni gli illeciti arricchimenti, ma non tanto il possesso di un patrimonio ingiustificato, quanto la omissione delle informazioni dovute al riguardo da determinate figure di agenti pubblici, in presenza di un sistema di specifici obblighi di informazione circa entità, origine e formazione del proprio patrimonio, giustificati in forza del principio di trasparenza, v. Cocco, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Resp. civ. prev.*, n. 2/2018, 374 ss., in part. 401.

<sup>48</sup> Si tratta di reati di mera condotta, in cui ha un ruolo essenziale l'oggetto materiale, che, per quanto utile oggetto di specifico studio, non richiedono una ulteriore categoria che li raccolga (diversamente MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 13<sup>a</sup> ed., 2024, 258; M. MANTOVANI, *La struttura dei reati di possesso*, in *Dir. pen. cont.*, 2012; SALVADORI, *I reati di possesso. Un'indagine dogmatica e politico-criminale in prospettiva storica e comparata*, Napoli, 2016). Infatti, anche in tal caso le condotte sono rilevanti per il mondo esterno e nient'affatto estranee al principio di materialità poiché il riferimento al possesso o alla detenzione (concetti di tipo naturalistico-normativo) descrive una situazione di fatto che richiama un complesso di attività che la sostanziano, ovvero l'azione di trattenere il controllo del bene nella propria sfera (SALVADORI, *I reati di possesso*, cit., 366), non dunque quelle che potrebbero seguire, né quelle che le precedono come acquistare, produrre, etc.. Attività (di possesso) che possono essere proibite e sanzionate penalmente con riguardo a determinati oggetti materiali, basti far riferimento alle monete false (in part. art. 455 c.p.) il cui possesso e produzione sono tradizionalmente sanzionati. I reati di mera condotta sono tutti, peraltro, meritevoli di una attenta valutazione di proporzionalità-ragionevolezza con specifico riferimento al principio di offensività, con risultati che possono essere differenti a seconda dei beni in gioco e non solo della prossimità alla verifica dell'offesa.

nemmeno se riferito a peculiari qualità soggettive dell'agente. Determinante per valutare la proporzionalità dell'incriminazione con riguardo al rispetto del principio di offensività è, essenzialmente, l'oggetto materiale del possesso ovvero il bene posseduto, la cui natura pericolosa per beni giuridici altrui di rilievo (*principio del danno agli altri*) può determinare la stessa pericolosità della condotta del possedere e renderne ammissibile la sanzione, esemplare il possesso di bombe chimiche, situazione (per quanto falsamente evocata) la cui pericolosità ha persino provocato una guerra<sup>49</sup>.

D'altra parte, anche la finalizzazione della detenzione può avere un ruolo significativo nell'anticipazione della tutela<sup>50</sup>, ad esempio nella nota materia di farmaci guasti o imperfetti si evidenzia la sanzione nell'art. 443 c.p. della detenzione per il commercio e non della detenzione per la somministrazione, ma esclusivamente della somministrazione<sup>51</sup>, peraltro riconoscendo che possa integrare «un'ipotesi di tentativo punibile, ai sensi dell'art. 56 cod. pen., quando costituisca atto idoneo diretto in modo non equivoco alla somministrazione e sia accompagnata dalla consapevolezza del guasto o della imperfezione del prodotto», il che lascia perplessi considerata l'anticipazione della tutela offerta dalla previsione.

Peraltro, quando l'oggetto materiale del possesso possa avere finalizzazioni anche non rilevanti penalmente, di cui è un importante esempio la detenzione di stupefacenti<sup>52</sup>, che possono essere destinati o meno all'uso personale<sup>53</sup>, occorre evitare presunzioni, poiché nella detenzione al fine di spaccio gli indici rivelatori della finalità illecita possono debordare «in pre-

<sup>49</sup> Nel codice penale, ad es., sono sanzionati dall'art. 435 c.p. fabbricazione, acquisto o detenzione di dinamite o altre materie esplodenti, asfissianti, accecanti, tossiche o infiammabili al fine di attentare alla pubblica incolumità, che può correttamente rientrare nell'ambito delle condotte penalmente rilevanti in uno stato liberal-democratico. In tale prospettiva si colloca la previsione dell'art. 452 *sexies* c.p. (introdotto da l. n. 68/2015), che sanziona la detenzione (oltre ad acquisto, cessione, etc.) abusiva di materiale ad alta radioattività.

<sup>50</sup> Nell'ordinamento italiano si arricchiscono le fattispecie di possesso di materiali pericolosi con la necessità di finalità specifiche (ad es. di terrorismo: nuovo art. 280 *ter* c.p., o di attentare all'incolumità pubblica: artt. 435 c.p. cit.), per giustificare l'entità della sanzione, ma anche il mero possesso non autorizzato di beni pericolosi può meritare la sanzione (si veda la disciplina sulle armi).

<sup>51</sup> Cass. I, 12.3.2024, n. 24756; conf. Cass. I, 22.2.2022, n. 18002; Cass. I, 26.2.2015, n. 24704, ced. rv. 263923-01; Cass. IV, 30.6.2000, n. 9359, ced. rv. 216931-01; *contra*, per l'equivalenza detenzione per il commercio e detenzione per la somministrazione, Cass. I, 21.12.2015, n. 7311/2016; Cass. F, 28.8.2008, n. 39051, ced. rv. 241154 - 01; Cass. I, 19.5.2004, n. 27923, ced. rv. 228803 - 01).

<sup>52</sup> È punita la detenzione al fine di spaccio dall'art. 73, d.P.R. n. 309/1990.

<sup>53</sup> In materia è discussa, in effetti, la stessa legittimità dell'intervento penale volto ad impedirne la circolazione in quanto sostanze certamente dannose per la salute di chi le consuma, ma la cui proibizione penale non rispetta il canone del danno agli altri (v. Cocco, *La voce e i contenuti della legge penale liberale. Elementi teorici e spunti applicativi*, in *Pen. dir. proc.*, 1/2023, § 10; SALVADORI, *I reati di possesso*, cit., 390 s.).

sunzione di reato che può colpire, indifferentemente ed erroneamente, lo spaccio e il consumo personale: lo stile di vita e non il fatto»<sup>54</sup>.

La detenzione dello stesso oggetto può avere, inoltre, un differente trattamento a seconda della sua origine, ad esempio il possesso di materiale pedo-pornografico (art. 600<sup>quater</sup> c.p.) autoprodotta raffigurante atti sessuali tra soggetti o di soggetti consenzienti (all'atto e alla detenzione) tra cui almeno un minore ultraquattordicenne (non utilizzato, ovvero piegato ai propri fini come fosse uno strumento), perciò oggettivamente costituente pornografia minorile, può essere espressione della libertà sessuale riconosciuta dall'ordinamento giuridico ai protagonisti ed è di per sé estraneo ad una prospettiva di pericolo per il bene giuridico ed anzi direttamente ricollegabile ad un comportamento lecito<sup>55</sup>. Opposte considerazioni vanno fatte, invece, nel caso di possesso di materiale frutto di "utilizzo" dei minori. Non pare, dunque, idonea a risolvere la questione di ciò che può essere punito la formula suggestiva proposta che si tratta di fatto indiziario di un diverso, futuro evento.

## 5. Le fattispecie incriminatrici del mero comportamento.

In questo contesto assumono rilievo alcune tematiche emerse negli ultimi decenni del Novecento relative alla costruzione di fattispecie incriminatrici capaci di fronteggiare i nuovi fenomeni criminali dell'età postindustriale o postmoderna che dir si voglia che mettono in pericolo beni fondamentali.

Una posizione estrema propone, nei fatti, un nuovo diritto penale che supera la stessa costruzione tradizionale dei reati di pericolo astratto-presunto, legati comunque a effettivi beni giuridici, con l'adozione di una ulteriore tipologia di fattispecie incriminatrici cc.dd. del mero comportamento<sup>56</sup>, caratterizzate da condotte che violano regole 'precauzionali' di cui non è evidente il legame con la offesa ai beni tutelati e, soprattutto, la cui efficacia causale in tal senso non pare significativamente superiore a quella di condotte non sanzionate.

In sostanza si tratta di previsioni penali fondate sul c.d. principio di precauzione e, dunque, che prescindono dalla evidenza scientifica della pericolosità della condotta<sup>57</sup>, ma vietano comportamenti sulla base della insufficienza

<sup>54</sup> SERENI, *L'azione*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale - Parte generale*, Vol. II: *Il reato*, Torino, 2013, 12 ss. in part. 20.

<sup>55</sup> COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 863; COCCO, *La lotta senza esclusione di colpi contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile. Le questioni dell'error aetatis e del concetto di pornografia minorile*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1802; Cass. S.U. n. 4616/2022; Cass. S.U. n. 51815/2018, che richiedono non vi siano condizionamenti del minore derivanti dalla posizione dell'autore; art. 8, § 3, Direttiva 2011/93/EU; art. 20, § 3, Convenzione di Lanzarote 25.10.2007.

<sup>56</sup> Critico, per tutti, STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 3ª ed., 2003, 523.

<sup>57</sup> *Contra* CGUE X, 28.3.2019, C-487/17 e C. 489/17.

della conoscenza scientifica dei loro effetti<sup>58</sup>. Si vuole assicurare una efficace tutela delle vittime del futuro attraverso norme penali che vietano comportamenti che, per una esclusiva valutazione legislativa, compromettono le generali condizioni di sicurezza e recano turbativa alla certezza dell'esistenza; comportamenti, sganciati dal danno o dal pericolo di danno e del genere del superamento dei *limiti soglia*<sup>59</sup>, che disciplinano settori sempre più specifici della vita in comune con la proposizione di regole di condotta, difficilmente interiorizzate dalla maggioranza dei consociati, la cui osservanza pare potersi ottenere con il solo strumento della sanzione criminale, a cui viene financo attribuita la capacità di contribuire alla formazione di una coscienza morale collettiva meno arretrata<sup>60</sup>.

Tale tipologia di fattispecie sembra violare il principio di offensività e, comunque, deve essere valutata con estremo rigore e avere un ruolo straordinario, poiché si sanziona la mera disobbedienza a regole di comportamento che dovrebbe costituire materia propria del diritto sanzionatorio amministrativo<sup>61</sup>. In particolare, occorre evitare che ai nuovi bisogni di tutela si affianchi l'affermazione di nuove morali che abbiano la pretesa di educare con il mezzo del diritto penale.

La legittimazione della criminalizzazione di condotte lontane dalla offesa, infatti, farebbe cadere del tutto la funzione principale del bene giuridico, cioè la limitazione dell'intervento penale, «dal momento che la criminalizzazione di qualsiasi condotta, anche la più innocua, sul piano della dannosità sociale, può essere ricollegata alla tutela di fondamentali, pur se remoti, beni

<sup>58</sup> FORZATI, *Dal pericolo concreto al rischio tecnologico. Fra asimmetrie ontologiche e nuovi modelli preventivi*, in *Scritti in onore di A.M. Stile*, Napoli, 2013, 635; CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, in *Dir. pen. cont.* 2011; D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia*, cit.; FORTI, *Accesso alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in *Crim.* 2006, 186; FORTI, *La luce chiara della verità e l'ignoranza del pericolo. Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per F. Stella*, Napoli, 2007, I, 573; GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Crim.*, 2006, 228; RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, II, 1743.

<sup>59</sup> Ovviamente non tutti contestabili, occorre valutare se effettivamente fondati su regole di esperienza che ne enuncino la normale pericolosità (in senso favorevole in materia di scarico di acque reflue industriali MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 288).

<sup>60</sup> STRATENWERTH, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?*, in *ZStW*, 1993, 679 s., 693 s.; sul c.d. *ruolo pedagogico* del diritto penale, PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 68 s., in part. n. 220; anche C. cost. 31.3.1988, n. 369.

<sup>61</sup> Per tutti, così HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre*, in Philipps, Scholler (a cura di), *Jenseits des Funktionalismus*, Heidelberg, 1989, 93; HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *ZRP*, 1992, 378, 383; HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, 2<sup>a</sup> ed., 1996, 22 s.; HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg, 1991, 141 s.; HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, Frankfurt a. M., 1991, 188 s.; HOHMANN, *Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht*, in *GA*, 1992, 76 s.; NAUCKE, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, Stuttgart, 1985, 38 s.

giuridici»<sup>62</sup>. Senza una attenta specificazione dei beni giuridici di riferimento e dei limiti di utilizzo siffatte previsioni costituiscono l'anticamera alla creazione di un diritto di polizia assolutistico<sup>63</sup>, conformemente al modello dei totalitarismi del Novecento che fondarono la loro affermazione sulla enfaticizzazione dei bisogni di sicurezza. Né rende accettabili tali figure il collegamento con ideologie o scopi ritenuti di grande rilievo per l'umanità perché, se, da un lato, storicamente sono sempre state in tal modo giustificate le politiche criminali dei regimi più oppressivi, dall'altro, non può esservi ragione superiore ai diritti di libertà tale da consentirne la compressione in modo intollerabile, principio che permea le comunità politiche liberali.

Alle ragioni di principio, si aggiunga che la condanna per fatti concretamente non pericolosi o, comunque, inidonei ad esserlo, finisce per incidere negativamente sulla credibilità dell'ordinamento penale.

## 6. Tra pericolo concreto e pericolo astratto.

Per avere un quadro della pur necessaria varietà delle fattispecie incriminatrici, cogliere la complessità dell'inquadramento nelle varie categorie delineate e comprendere la compatibilità delle varie costruzioni con il principio di offensività, nonché per avere contezza delle tecniche elusive dei limiti all'anticipazione della tutela, con l'individuazione dei casi problematici, è utile proporre qualche esemplificazione delle difficoltà di inquadramento delle differenti fattispecie tra i reati di pericolo concreto e quelli di pericolo astratto.

In tale opera la stessa distinzione tra reati di pericolo concreto e reati di pericolo astratto evidenzia tutti i suoi limiti, poiché non è sufficiente a rappresentare tutte le diverse forme che il pericolo dell'offesa può assumere nelle fattispecie incriminatrici e, oltre a rendere forse opportuna una maggiore articolazione categoriale, sottolinea soprattutto la necessità di una penetrante analisi di ciascuna fattispecie nella sua specificità e originalità.

Da un lato, vi sono fattispecie collocabili per sommi capi nell'ambito dei reati di pericolo concreto che, però, degradano verso quelle di pericolo astratto per la presenza di fattori di astrazione: emblematici i reati che abbiamo definito di pericolo indiretto, in cui ad esempio la condotta causa un pericolo di disastro, cioè di un evento a sua volta solo concretamente pericoloso (e non necessariamente lesivo) per l'integrità fisica delle persone, cosicché si ha una significativa anticipazione della tutela<sup>64</sup>.

Non necessariamente tutte assimilabili a queste ultime sono però le previsioni in cui si richiede la messa in pericolo dell'incolumità pubblica o della

<sup>62</sup> MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 s.; SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, 16 s.

<sup>63</sup> PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko, Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a.M., 1993, 349 s.

<sup>64</sup> V., *supra*, fine § 2.

salute pubblica, poiché l'uso del verbo mettere in pericolo invece che ledere pare spesso una imprecisione terminologica, dovuta alla scarsa consapevolezza del significato dell'espressione incolumità pubblica, causata dall'implicito riferimento ai beni vita e integrità fisica, i quali sono in effetti messi in pericolo dalla lesione della situazione di sicurezza descritta con le espressioni incolumità pubblica o salute pubblica<sup>65</sup>, cosicché in tali casi in via interpretativa può richiedersi una concreta messa in pericolo non della sicurezza o incolumità pubblica (in verità lesa) ma dei beni che le stesse garantiscono, cioè vita e integrità fisica, con l'effetto che non può dunque prescindersi per l'integrazione degli illeciti in questione dalla presenza delle vittime nel raggio di azione della fonte del pericolo e non reputarsi sufficiente la probabilità che una pluralità indeterminata di persone possa trovarsi nel luogo e nel tempo del fatto<sup>66</sup>, costituente il più significativo elemento di differenziazione tra le ipotesi di pericolo concreto e di pericolo astratto/presunto presenti nel titolo dei reati contro l'incolumità pubblica.

Dall'altro, come già detto, le fattispecie di pericolo astratto debbono essere applicate solo in presenza di comportamenti di norma pericolosi con l'ausilio di una interpretazione in cui l'offesa diviene un criterio guida per l'accertamento del significato e della portata delle fattispecie: in primo luogo nel caso di uso di termini di significato pregnante o, comunque, per la presenza di fattori di concretizzazione<sup>67</sup>.

Effetto di una siffatta interpretazione sono le figure che possono dirsi ascendenti dal pericolo astratto a quello concreto, dette reati di pericolo

<sup>65</sup> La incolumità pubblica e, più specificamente, la sicurezza del traffico o simili, sono definiti beni giuridici cc.dd. intermedi, ovvero privi del carattere proprio di bene giuridico, ma esprimenti la condizione di fatto che assicura la protezione dei beni personali, i quali sono i beni giuridici effettivamente tutelati dalle previsioni che si riferiscono alla sicurezza come oggetto di tutela. Tecnica che anticipa opportunamente la tutela dei beni sostanziali quando ad essere posti in pericolo sono i beni non di una o più persone individuate ma di una pluralità indeterminata (cioè, non individuata) o comunque ampia di persone (Cfr., per tutti, PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., 270).

<sup>66</sup> Cfr. CORBETTA, *I delitti di comune pericolo mediante violenza*, cit., 45 s.; contra ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., 219; PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., 264; GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale*, cit., 699; GARGANI, *Dal 'corpus delicti' al 'Tatbestand'. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997.

<sup>67</sup> Esempi sono costituiti dal già esaminato (v. § 3, in fine) abbandono di persone minori o incapaci (art. 591 c.p.); nonché dalla calunnia (art. 368 c.p.), reato contro l'attività giudiziaria, riconosciuto come reato di pericolo astratto, nel cui perimetro non rientrano tuttavia le incolpazioni inverosimili, ovvero palesemente assurde, grossolane o paradossali, per i modi e le circostanze in cui sono state effettuate, per l'assoluta inattendibilità del contenuto o perché in contrasto con i più elementari principi della logica e del buon senso, tali da impedire in radice la stessa astratta possibilità di inizio di un procedimento penale a carico del soggetto falsamente incolpato (Cass. VI, 3.4.2024, n. 20064; Cass. II, 19.12.2017, n. 14761, ced. rv. 272754; Cass. VI, 22.1.2014, n. 10282, ced. rv. 259268), sebbene la previsione non richieda (diversamente dall'art. 367 c.p.: *simulazione di reato*) l'idoneità della condotta a far iniziare un procedimento penale.

astratto-concreto<sup>68</sup> o reale<sup>69</sup>, di cui è un esempio l'avvelenamento di acque destinate all'alimentazione umana ex art. 439 c.p., il quale, pur tradizionalmente considerato reato di pericolo astratto/presunto, richiede comunque l'accertamento della effettiva idoneità delle sostanze avvelenate ad arrecare pregiudizio<sup>70</sup>, pur non essendo necessario un concreto pericolo per la salute pubblica. Altro esempio è il già citato caso dell'art. 443 c.p. (commercio o somministrazione di medicinali guasti), laddove si concluda – come è preferibile – che è necessario verificare la concreta condizione del medicinale e non è sufficiente il mero fatto che sia scaduto<sup>71</sup>.

Analoghe considerazioni possono effettuarsi per il reato omissivo di pericolo previsto dall'art. 189 co. 6, codice della strada, che sanziona, in caso di incidente con danno alle persone, chi non ottempera all'obbligo di fermarsi, riguardo a cui la giurisprudenza non richiede l'esistenza di un effettivo danno alle persone, peraltro non accertabile immediatamente nella sua sussistenza e consistenza, considerandolo un reato di pericolo astratto<sup>72</sup>, ma per la cui integrazione non si può prescindere dalla natura di incidente di rilievo tale da implicare siffatta possibilità. Al che segue, sul piano dell'accertamento del dolo, che le circostanze concretamente rappresentate e percepite dall'agente al momento della condotta debbono essere univocamente indicative della sua consapevolezza di aver causato un incidente idoneo ad arrecare danno alle persone, rilevando solo in un successivo momento il definitivo accertamento delle effettive conseguenze del sinistro<sup>73</sup>.

Un caso controverso è la bancarotta semplice documentale, che secondo una lettura è integrata quando l'irregolare tenuta delle scritture contabili ne impedisca la tipica funzione di accertamento<sup>74</sup>; altra la vede come reato di pericolo presunto<sup>75</sup>.

Una fattispecie particolarmente significativa e recentemente assoggettata alla interpretazione unformatrice delle Sezioni Unite 18.1.2024, n. 16153, è il delitto – comunemente inquadrato dei reati di pericolo astratto-presunto<sup>76</sup>

<sup>68</sup> V. SCHRÖDER, *Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, in *ZRtR*, 1969, 7 ss., che definisce così i reati in cui l'area di indagine sul pericolo concreto è limitata ad alcuni elementi.

<sup>69</sup> Per tutti, STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 3<sup>a</sup> ed., 2003, 523.

<sup>70</sup> Il che necessita dell'immissione di sostanze inquinanti di qualità e in quantità tali da determinare il pericolo, scientificamente accertato, di effetti tossico-nocivi per la salute (Cass. IV, 13.2.2007, n. 15216, ced. rv. 236168, in *FI*, 2007, II, 476; conf. Cass. IV, 10.5.2018, n. 25547, ced. rv. 272964; Cass. IV, 19.1.2021, n. 12323).

<sup>71</sup> In tal senso Cass. I, 13.6.2019, n. 30377; per la giurisprudenza contraria v., *supra*, § 4, nn. 35 ss.

<sup>72</sup> Cass. IV, 11.1.2024, n. 1974; Cass. IV, 10.10.2014, n. 3783, ced. rv. 261945; Cass. VI, 16.2.2010, n. 21414, ced. rv. 247369.

<sup>73</sup> Cass. IV, 4.10.2023, n. 49487; Cass. IV, 12.12.2012, ced. rv. 254667.

<sup>74</sup> Cass. V, 22.3.2023, n. 18482, ced. rv. 234514.

<sup>75</sup> Ex *plurimis*, Cass. V, 22.1.2019, n. 20514, ced. rv. 275261.

<sup>76</sup> Cass. S.U. 18.1.2024, n. 16153; Cass. I, 12.10.2021, n. 7904/2022, ced. rv. 282914-02; *contra* Cass. I, 19.11.2021, n. 3806/2022, ced. rv. 275894-02: reato di pericolo concreto di diffusione delle idee fasciste e perciò discriminatorie e razziste

– previsto nell'art. 2, co. 1, d.l. n. 122/1993, conv. con mod. in l. 205/1993 (c.d. legge Mancino), che sanziona chiunque in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni movimenti o gruppi di cui all'art. 3 l. 654/1975<sup>77</sup>, ovvero «aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi ...». Le Sezioni Unite, individuando la tutela di beni fondamentali, costituzionalmente protetti dagli artt. 2 e 3 Cost., della dignità ed eguaglianza delle persone, reputano la previsione un reato di pericolo presunto, diversamente da quella dell'art. 5, l. 645/1952<sup>78</sup>, per «il diverso contenuto evocativo di dette manifestazioni e per il collegamento dello stesso con le “organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi” di cui all'art. 3 legge n. 654 del 1975», ravvisando proprio nel collegamento con l'esistenza attuale di detti agglomerati, il fondamento della valutazione di pericolosità del comportamento, effettuata dallo stesso legislatore e che si esaurisce all'interno della fattispecie astratta, competendo al giudice esclusivamente di valutare la sussistenza di detto collegamento, eventualmente dando rilievo, secondo la giurisprudenza costituzionale<sup>79</sup>, esclusivamente alla assenza di ogni ragionevole possibilità di produzione del danno. In realtà, al di là del richiamo alla giurisprudenza costituzionale in tema di offensività in concreto, va valorizzata la presenza di un fattore di concretizzazione del pericolo costituito da collegamento della condotta con una organizzazione esistente, a cui consegue la «capacità di contagio o diffusione delle idee contrastanti con i valori sanciti dagli artt. 2 e 3 Cost.». Dunque, in definitiva, se l'art. 5 cit., è di pericolo concreto rispetto alla costituzione del partito fascista, nell'art. 2 in esame le organizzazioni proibite sono esistenti; pertanto, il pericolo di lesione dei beni finali di dignità e eguaglianza delle persone per mezzo dei comportamenti sanzionati ad esse ricollegabili è più prossimo e concreto<sup>80</sup>, per quanto non se ne richieda la prova, rispetto ai comportamenti sanzionati dall'art. 5 cit., pur giustificato dal divieto costituzionale di cui all'art. XII disp. trans. fin. Cost.<sup>81</sup>, che in realtà tutela un bene c.d. intermedio: l'ordine pubblico democratico o costituzionale<sup>82</sup>, al più accreditabile come bene istituzionale-funzionale, mentre i beni sostanziali restano sullo sfondo.

<sup>77</sup> Novellato dal d.lgs. n. 122/1993. Attualmente il richiamo è, ex art. 8, co. 1, d. lgs. n. 21/2018, all'art. 604-*bis*, co. 2, primo periodo c.p., che vieta «ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi» e sanziona coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, nonché chi partecipa ad esse.

<sup>78</sup> Su cui, *supra*, § 2, n. 16 e seg.

<sup>79</sup> È, in particolare richiamata Corte cost. n. 139/2023.

<sup>80</sup> Reputa il reato di pericolo concreto Cass. I, 19.11.2021, n. 3806/2022, che richiede «la idoneità della condotta a determinare il pericolo di diffusione delle idee fasciste e perciò discriminatorie e razziste».

<sup>81</sup> V. Corte cost. n. 254/1974.

<sup>82</sup> Così Cass. S.U. 18.1.2024, n. 16153.

## 7. Il limite dell'assenza di ogni (ragionevole) possibilità di produzione del danno.

L'ampia indagine evidenzia come l'anticipazione della tutela penale si sia ampiamente affermata, il rispetto del principio di offensività sollecita, dunque, che in tali casi sia consentita, quanto meno, la prova liberatoria dell'assenza di qualsivoglia possibilità di realizzazione del danno nel caso concreto.

In effetti, in tal senso si esprime la consolidata giurisprudenza costituzionale che richiede nei reati di pericolo astratto/presunto che il giudice, pur non dovendo accertare la pericolosità concreta della condotta, escluda «la punibilità di fatti pure corrispondenti alla formulazione della norma incriminatrice, quando alla luce delle circostanze concrete manchi ogni (ragionevole) possibilità di produzione del danno» (c.d. *offensività in concreto*)<sup>83</sup>.

In particolare, trattando di recente di porto di armi improprie, la cui disciplina è delineata dall'art. 4, co. 1, l. n. 110/1975<sup>84</sup>, la Corte costituzionale n. 139/2023 afferma che il giudice può «escludere la punibilità, in primo luogo, alla luce delle caratteristiche dell'oggetto, anche se di per sé rispondente alla definizione legislativa»<sup>85</sup>, ma anche con riferimento alle «condizioni spazio-temporali del porto, qualora esse dimostrino l'inesistenza di qualsiasi (apprezzabile) pericolo di tale utilizzazione».

Questa prospettiva interpretativa è stata seguita anche nella emblematica, travagliata evoluzione giurisprudenziale in materia di coltivazione di sostanze stupefacenti, di per sé penalmente sanzionata anche quando realizzata per la destinazione del prodotto ad uso personale, non essendo letteralmente applicabile l'art. 75 t.u. stupefacenti<sup>86</sup>. In un primo tempo, si è

---

<sup>83</sup> Rec. Corte cost. n. 139/2023; inoltre, Corte cost. n. 141/2019; Corte cost. n. 109/2016; Corte cost. n. 225/2008; Corte cost. n. 265/2005; Corte cost. n. 354/2002; Corte cost. n. 519/2000; Corte cost. n. 263/2000; in tema di *esiguità quantitativa* come indice di inoffensività del fatto, in materia di cessione di sostanze stupefacenti v. Corte cost. n. 360/1995.

<sup>84</sup> La cui prima parte vieta di portare fuori della propria abitazione e delle appartenenze di essa una serie di specifici oggetti (bastoni muniti di puntale acuminato, strumenti da punta o da taglio atti ad offendere, etc.), in assenza di un giustificato motivo.

<sup>85</sup> Così Corte cost. n. 139/2023, dopo averne attestato la ragionevolezza anche per quanto riguarda la differenza con la previsione residuale e di chiusura concernente qualsiasi altro strumento chiaramente utilizzabile, per le circostanze di tempo e di luogo, per l'offesa alla persona; conf. Corte cost. n. 62/1986.

<sup>86</sup> Corte cost. n. 360/1995 (conf. Corte cost. n. 296/1996; Corte cost. n. 109/2016) afferma la non assimilabilità delle condotte sanzionate dall'art. 73 t.u. stupefacenti (coltivazione) a quelle di acquisto, detenzione e importazione di sostanze stupefacenti ad uso personale; d'altra parte, reputa compatibile con il principio di offensività la configurazione della previsione come reato di pericolo presunto poiché nella specie non pare irragionevole la valutazione prognostica della potenziale aggressione al bene giuridico protetto della salute dei singoli causata dal solo fatto di arricchire la provvista esistente di materia prima e, quindi, di creare maggiori occasioni di spaccio. Peraltro, la decisione evidenzia che «[d]iverso profilo è quello dell'offensività specifica della singola condotta in concreto accertata; ove questa sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico tutelato (come nel caso prospettato dal giudice rimettente - della

riconosciuta in termini estremamente limitati il rilievo della inoffensività in concreto riferita alla idoneità della coltivazione a produrre la sostanza per il consumo<sup>87</sup>, non dunque alla quantità di principio attivo ricavabile al momento della eventuale scoperta, ma alla conformità della pianta al tipo botanico previsto e alla sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre la sostanza stupefacente<sup>88</sup>.

Assunto essenzialmente basato sullo scopo dell'incriminazione finalizzata a combattere il mercato della droga, ma si tratta di un ragionamento non condivisibile, perché a fronte dell'assenza di un qualsivoglia pericolo per il

coltivazione in atto, e senza previsione di ulteriori sviluppi, di un'unica pianta da cui possa estrarsi il principio attivo della sostanza stupefacente in misura talmente esigua da essere insufficiente, ove assunto, a determinare un apprezzabile stato stupefacente), viene meno la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta, proprio perché la indispensabile connotazione di offensività in generale di quest'ultima implica di riflesso la necessità che anche in concreto la offensività sia ravvisabile almeno in grado minimo, nella singola condotta dell'agente, in difetto di ciò venendo la fattispecie a rifluire nella figura del reato impossibile (art. 49 cod. pen.). La mancanza dell'offensività in concreto della condotta dell'agente non radica però alcuna questione di costituzionalità, ma implica soltanto un giudizio di merito devoluto al giudice ordinario». Anche Corte cost. n. 109/2016 respinge la questione di illegittimità costituzionale e ribadisce «la spettanza al giudice comune del compito di allineare la figura criminosa in questione al canone dell'offensività "in concreto", nel momento interpretativo ed applicativo. Si tratta, del resto, di una indicazione ampiamente recepita – nei suoi termini generali – dalla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale compete al giudice verificare se la singola condotta di coltivazione non autorizzata, contestata all'agente, risulti assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico protetto e, dunque, in concreto inoffensiva, escludendone in tal caso la punibilità (Corte di cassazione, sezioni unite, sentenze 24 aprile-10 luglio 2008, n. 28605 e n. 28606). Risultato, questo, conseguibile sia – secondo l'impostazione della sentenza n. 360 del 1995 – facendo leva sulla figura del reato impossibile (art. 49 del codice penale); sia – secondo altra prospettiva – tramite il riconoscimento del difetto di tipicità del comportamento oggetto di giudizio».

<sup>87</sup> Cass. VI, 15.3.2013, n. 22459, ced. rv. 255732; Cass. III, 31.1.2013, n. 21120, ced. rv. 255427; Cass. VI, 9.1.2014, n. 6573, ced. rv. 258998; più recentemente Cass. VI, 22.11.2016, n. 52547, ced. rv. 268938; Cass. VI, 28.4.2017, ced. rv. 270544; Cass. IV, 21.5.2019, n. 27213, ced. rv. 275877.

<sup>88</sup> Si evince dalla natura di reato di pericolo astratto-presunto che la condotta possa ritenersi inoffensiva solo quando sia assolutamente e radicalmente inidonea, anche solo potenzialmente, dunque già al momento della messa a dimora dei semi, a porre a repentaglio il bene giuridico protetto, in altre parole solo quando la sostanza ricavabile dalla piantagione (immediatamente, ovvero all'esito della maturazione) non sia idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile (Cass. S.U., 24.4.2008, n. 28605, ced. rv. 239921). In sostanziale continuità con il precedente indirizzo secondo cui in materia di coltivazione non autorizzata di piante da cui sono estraibili sostanze stupefacenti non rilevano le quantità di sostanza drogante da esse estraibile, anche in situazioni di comprovata non pericolosità o esiguità, finendo per configurare un *reato di mera disubbidienza* (Cass. S.U. 24.6.1998, n. 9973, ced. rv. 211073; conf. Cass. IV, 15.5.2003, ced. rv. 225127; Cass. IV, 13.6.2001, ced. rv. 219778), argomentando dallo scopo dell'incriminazione, individuato nel «combattere il mercato della droga espellendolo dal circuito nazionale», nonché dal fatto che «avendo, nel nostro ordinamento, la nozione di stupefacente natura legale – nel senso che sono soggette alla normativa che ne vieta la circolazione tutte e soltanto le sostanze stupefacenti indicate negli elenchi appositamente predisposti – la circostanza che il principio attivo contenuto nella singola sostanza oggetto di spaccio possa non superare la cosiddetta soglia drogante, in mancanza di ogni riferimento parametrico previsto per legge o per decreto, non ha rilevanza ai fini della punibilità del fatto».

bene della salute, non possono evocarsi *rationes* di tutela che beni giuridici non sono, quale la teoria della contrazione del mercato in questione, che in definitiva costituisce un *escamotage* retorico per costruire una fattispecie che sanziona il *mero comportamento* o la *mera disubbidienza*, del tutto estranea alla tutela di beni giuridici.

Per contro, altro indirizzo attribuisce rilievo alla capacità effettiva e attuale della sostanza ricavabile a determinare un effetto drogante, ovvero a produrre nell'assuntore alterazioni<sup>89</sup>, oppure alla assenza del pericolo di diffusione nel mercato nonostante il raggiungimento della soglia drogante<sup>90</sup>.

Le Sezioni Unite 19.12.2019, n. 12348/2020, decidendo sul contrasto, distinguono il piano della tipicità da quello della offensività del reato, e nell'ambito di quest'ultima, tra offensività in astratto e offensività in concreto. Alla tipicità ascrivono «il duplice requisito della conformità della pianta al tipo botanico vietato e della sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre sostanza stupefacente», in particolare evidenziando a tal fine la necessità dell'adozione di strumentazione e pratiche agricole tecnicamente adeguate. Reputano, inoltre, con una interpretazione restrittiva imposta dal trattarsi di fattispecie di pericolo presunto, che non sia conforme al concetto di coltivazione penalmente sanzionato la coltivazione che non presenti natura "tecnico-agraria", alla luce dei requisiti richiesti per l'autorizzazione, dunque con l'esclusione delle attività domestiche di minime dimensioni intraprese con l'intento di soddisfare esigenze di consumo personale e, dunque, con produttività prevedibile come modestissima<sup>91</sup>.

Reputando altrimenti giustificata la previsione di un reato di pericolo presunto con riferimento alla coltivazione per la sua spiccata pericolosità con riferimento al bene salute individuale o collettivo, essendo peraltro irrilevanti o di dubbia configurabilità gli ulteriori beni richiamati in tema: sicurezza, ordine pubblico, salvaguardia delle giovani generazioni.

Quanto alla offensività in concreto, estranea dunque alla tipicità, le Sezioni Unite non sono esattamente fedeli al precetto costituzionale secondo la lettura della Consulta, la escludono infatti quando ad una verifica *ex post* risulti che la coltivazione non abbia effettivamente prodotto una sostanza

---

<sup>89</sup> Così Cass. IV, 28.10.2008, n. 1222, ced. rv. 242371, in contrasto con Cass. S.U., 24.4.2008, n. 28605. La concreta offensività è ad esempio esclusa nella coltivazione di una pianta di canapa indiana da cui è ricavabile principio attivo pari a 16 mg. (Cass. 17.2.2011, in *Foro it.*, 2011, II, 613, che invoca il reato impossibile); e principio attivo pari a 18,44 mg. (Cass. III, 16.1.2013, n. 13017).

<sup>90</sup> Cass. VI, 10.11.2015, n. 5254, ced. rv. 265641, che distingue l'assenza di offensività dall'istituto dell'art. 131 *bis* c.p.; conf. Cass. VI, 17.2.2016, n. 8058, ced. rv. 266168.

<sup>91</sup> In presenza dei necessari presupposti oggettivi, di cui si richiede la necessaria compresenza: minima dimensione della coltivazione, svolgimento in forma domestica e non in forma industriale, rudimentalità delle tecniche utilizzate, scarso numero di piante, mancanza di indici di inserimento dell'attività nell'ambito del mercato degli stupefacenti, oggettiva destinazione di quanto prodotto all'uso personale esclusivo del coltivatore.

idonea a determinare un effetto stupefacente in concreto rilevabile<sup>92</sup>. Per l'effetto distinguendo il grado di sviluppo della coltivazione: laddove il ciclo delle piante sia completato si richiede l'accertamento della presenza di una quantità di principio attivo necessario a produrre effetto drogante, in sostanza richiedendo un evento di danno. Mentre, con riferimento agli stadi precedenti di coltivazione della pianta che corrisponda al tipo botanico è sufficiente che si svolga in condizioni tali da potersene prefigurare il positivo sviluppo. In conclusione, può escludere la punibilità un risultato finale della coltivazione non conforme al normale tipo botanico ovvero il cui principio attivo sia insufficiente per l'utile destinazione all'uso quale droga<sup>93</sup>, nonché una inadeguata modalità di coltivazione, o analoga condizione, da cui possa evincersi che la pianta non potrà realizzare il prodotto finale.

Indubbiamente, la riduzione della questione alla tipicità e al suo difetto, in qualche misura analogamente alla teoria realistica, non pare soddisfare, come hanno colto anche le Sezioni Unite 19.12.2019, n. 12348/2020, perché una simile operazione ermeneutica deve fermarsi, ancorché gli effetti siano *in bonam partem*, alla lettera della legge e alla sua interpretazione pur alla luce del principio di offensività<sup>94</sup>.

Tuttavia, occorre comprendere come correttamente inquadrare (e applicare)<sup>95</sup> gli interventi della Corte costituzionale che fanno valere il principio di oggettiva inoffensività con riguardo ai reati di pericolo astratto e presunto, che in realtà per la stessa storia e i richiami operati non sono identificabili con l'assenza di tipicità, ma nemmeno - come invece in definitiva affermato dalle Sezioni Unite 19.12.2019 - con l'assenza della punibilità quando *tout court* non sussista, secondo una valutazione *ex post*, l'offesa.

## 8. Nuove tecniche di tutela e loro critica.

Al centro della teoria del bene giuridico vi è la necessità ai fini della incriminazione della effettiva sussistenza di un bene giuridico meritevole di

<sup>92</sup> Secondo una lettura in tali casi a difettare è la tipicità, poiché nelle fattispecie di pericolosità astratta e presunta, in definitiva, si deve sempre riscontrare quel carattere di pericolosità generale, ricavato da alcune delle caratteristiche del fatto, cosicché non potrà considerarsi tipico un fatto completamente privo di ogni attitudine a determinare un danno (PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., passim).

<sup>93</sup> Cass. VI, 15.3.2013, n. 22459, ced. rv. 255732.

<sup>94</sup> Ho ampiamente sottolineato i rischi anche delle operazioni interpretative *in bonam partem*, quando confliggenti con la lettera e la volontà legislativa (Cocco, *Alcuni caposaldi dell'interpretazione liberale. Insegnamenti e differenze con l'esperienza statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/2023, 1339 ss.), in quanto in violazione del principio di legalità, non potendosi in uno stato di diritto ridurre arbitrariamente le tutele offerte dalla legge penale, in assunto a garanzia di beni fondamentali della comunità politica.

<sup>95</sup> Opera, come già detto, cui è destinato il mio saggio dal titolo *Nessuna punibilità quando l'offesa è impossibile*.

tutela<sup>96</sup>, che ne garantisce la essenziale finalità di limite al legislatore, poiché facile sarebbe eludere il principio di offensività individuando beni giuridici rappresentativi delle più o meno significative e fondate *rationes* di tutela individuate dal legislatore, come accade in diversi casi nel codice Rocco, per il quale il bene giuridico esprime essenzialmente un concetto di sintesi delle finalità perseguite.

L'ampia e complessa problematica trova un peculiare banco di prova nell'approfondimento delle fattispecie incriminatrici poste a tutela di beni giuridici cc.dd. funzionali<sup>97</sup>, il cui riconoscimento quali beni meritevoli di tutela produce l'effetto dell'inquadramento dei reati che ne sanzionano la lesione tra i reati di offesa invece che di pericolo astratto o, addirittura, di mero comportamento, che ne metterebbe in crisi l'inquadramento in ambito penalistico, per sollecitarne quello in ambito amministrativo.

Si tratta di un tema ormai classico della dogmatica penalistica, nell'ambito del dibattito su come fronteggiare i pericoli della contemporaneità, in particolare nei settori dell'incolumità pubblica, del lavoro, dell'economia e dell'ambiente, e che si ripropone, ad esempio, anche nel nuovo interrogativo su come fronteggiare i pericoli della c.d. intelligenza artificiale.

A fronte, infatti, della crisi<sup>98</sup> del diritto penale costruito su reati di danno a beni cd. sostanziali, quali i classici vita, libertà e proprietà, a fronteggiare i pericoli della contemporaneità, non si sono affermate solo le figure già esaminate di pericolo astratto o presunto. Ma sono emersi prepotentemente nella prassi legislativa degli ultimi decenni, pur non essendo sconosciuti a quelle più antiche, anche reati in cui il danno ai beni sostanziali personali rimane sullo sfondo, mentre la tutela si focalizza su beni cd. istituzionali e funzionali, vale a dire sulle funzioni di regolamentazione e controllo di settori della vita collettiva – attività produttiva e commerciale, mercati finanziari, urbanistica, etc. – in mano ad agenzie pubbliche<sup>99</sup> o a enti pubblici anche territoriali. Va

---

<sup>96</sup> A cui non si può qui nemmeno cennare, ma che ho ampiamente trattato in due recenti saggi: Cocco, *Introduzione a un concetto sostanziale di reato*, in *Studi economico-giuridici*, 1/2023, 31 ss.; Cocco, *La voce e i contenuti della legge penale liberale. Elementi teorici e spunti applicativi*, in *Pen. dir. proc.*, 1/2023, 7 ss.

<sup>97</sup> *Amplius* Cocco, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, I, Milano, 2006, 167 s.

<sup>98</sup> Espressione della domanda di sicurezza propria della cd. *società del rischio* (su cui i classici studi di STELLA, *Giustizia e modernità*, cit.; BARATTA, *Jenseits der Strafe. Rechtsguterschutz in der Risikogesellschaft*, in *FS-Kaufmann*, Heidelberg, 1993, 391 s., 400 s.; KUHLEN, *Zum Strafrecht der Risikogesellschaft*, in *GA*, 1994, 347; PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., 34 s.; PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko*, cit., passim; SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 2ª ed. 2001, trad. 1ª ed., a cura di Militello, *L'espansione del diritto penale*, Milano, 2004).

<sup>99</sup> In particolare, l'obiettivo di minimizzare *ex ante* gli spazi disponibili per la commissione utile di fatti illeciti segue il modello delle agenzie pubbliche, presenti anche nell'ordinamento italiano, come la Consob, la Banca d'Italia e le varie autorità (della concorrenza, del mercato, per la *privacy*, etc.) o gli enti anche territoriali, che dettano le linee-guida generali e impartiscono specifiche disposizioni in materia di sicurezza sul lavoro, di tutela della salute pubblica, dell'ambiente, del

infatti riconosciuto che i danni alla vita, all'integrità fisica e agli interessi economici di ampi settori della popolazione, evocati dalle nozioni di incolumità, salute e economia pubblica e consimili, che possono essere causati dai molteplici fenomeni propri della contemporaneità (dalla industrializzazione, alla società consumistica), si possono fronteggiare e prevenire, più efficacemente che con la minaccia penale tradizionalmente rivolta alla loro lesione, attraverso un sistema di puntuale regolamentazione e di controlli amministrativi preventivi la cui presenza può neutralizzare o, comunque, ridurre all'origine la commissione di fatti lesivi, relegando il diritto penale al ruolo di *extrema ratio* che gli è proprio<sup>100</sup>.

In sostanza, poiché i danni ai beni giuridici tradizionali citati, intesi come eventi singoli, non sembrano contrastabili in termini penalistici tradizionali, si richiede che la legge li controlli in termini globali con una specifica regolamentazione che condizioni e aiuti il comportamento individuale, con l'utilizzazione, tra l'altro, di provvedimenti autorizzatori, interdittivi o prescrittivi finalizzati alla prevenzione di detti danni, posti in un momento in cui il pericolo può essere ancora sufficientemente controllato. Al rispetto di tali regole e controlli può ricollegarsi un apparato sanzionatorio, di norma amministrativo e penale solo per le violazioni più gravi, collocato in un momento antecedente alla causazione di gravi eventi dannosi per l'integrità fisica della collettività o l'economia pubblica.

In tali casi il diritto penale tutela beni giuridici istituzionali-funzionali quali le pubbliche istituzioni e le funzioni di governo e controllo svolte dalle stesse (ad es. Consob e Banca d'Italia). Una tutela non rivolta, dunque, ai beni dei singoli o comunque a beni sostanziali, ma all'interesse collettivo a che determinate attività vengano assoggettate ad un controllo preventivo<sup>101</sup>, a che

territorio, del consumatore, societaria ed in particolare delle società quotate, finanziaria, etc., alle quali si ricollegano adeguati meccanismi informativi e di controllo. Le agenzie possono, ad esempio, individuare valori o limiti soglia il cui superamento non si ritiene tollerabile nelle emissioni dell'industria di sostanze inquinanti nell'aria, nell'acqua e nel suolo, o nella presenza di sostanze tossiche negli alimenti (per tutti v. STELLA, *Criminalità d'impresa: nuovi modelli di intervento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1266; STELLA, *Scienza e norma nella pratica dell'igiene industriale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 391; STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 555 s.).

<sup>100</sup> Per tutti v. ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 8; MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 176; VOLK, *Criminalità economica: problemi criminologia, politico-criminali e dommatici*, in *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli, 1998 35 s.; KRATSCHEK, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, Berlin, 1985, 269, 294 ss.

<sup>101</sup> Tali modelli normativi sono, in particolare, rappresentati dalla penalizzazione di attività realizzate in assenza di un provvedimento autorizzatorio o nonostante il diniego o la revoca dello stesso, tra le più diffuse nell'ambito del diritto penale accessorio, in cui il ricorso all'elemento normativo costruito negativamente (assenza di autorizzazione o simili) rimette alla disciplina extrapenale l'individuazione dell'area operativa del controllo penale (tutte le ipotesi per cui è richiesta la autorizzazione) (in tema v. Cocco, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari, 1996, 327; Cocco, *Dalla disapplicazione dell'atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, fasc. 2 e 3; M. MANTOVANI, *L'esercizio*

vengano osservate determinate prescrizioni<sup>102</sup>, a che non vengano ostacolati i controlli demandati agli enti di vigilanza, così garantendo quanto meno il principio di tassatività-determinatezza e colpevolezza se non quello di offensività inteso in senso tradizionale, essendo però evidentemente sullo sfondo beni significativi: ambiente, territorio, economia, etc..

Ampi settori della dottrina assoggettano a critica la tutela delle funzioni, accomunata ai reati che sanzionano il mero comportamento, a cui si imputa non solo di non sanzionare penalmente la lesione di beni materiali e, in particolare, di beni individuali, quanto meno chiaramente afferrabili<sup>103</sup>, ma anche di non avere la capacità di differenziare la risposta sanzionatoria, distinguendo la variegata tipologia di aggressioni (principio di *extrema ratio*), con l'effetto in particolare dello straripamento del diritto penale fuori dai suoi confini e la perdita di effettività<sup>104</sup>.

Inoltre, viene rilevata l'attribuzione spesso improduttiva al diritto penale di una funzione promozionale, in contrapposizione alla diffusa sfiducia nella potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, nonché il pericolo del ribaltamento dei rapporti tra l'intervento sanzionatorio extra-penale e quello penale, reso evidente dalla presenza di un sistema ripristinatorio e sanzio-

---

*di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003). Si tratta di una tecnica che porta ad orientare la legge penale secondo i contenuti della legge extra-penale e, dunque, risponde ad una esigenza di tutela di un determinato assetto di disciplina, senza che sia necessaria la concreta pericolosità per i beni tutelati di natura sostanziale.

<sup>102</sup> Nell'ambito delle tecniche di tutela in esame si colloca anche quella cd. ingiunzionale, in cui la sanzione penale colpisce chi non osserva l'ordine o la prescrizione dell'autorità amministrativa, di cui costituisce un modello nel nostro ordinamento l'art. 650 c.p.

<sup>103</sup> Per tutti v. HASSEMER, *Produktverantwortung*, cit., 11; ALBRECHT, *Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialem Interventionsstaat*, in *KritV* 1988, 182-194. Per superare tale crisi si propone un diritto penale essenziale (*Kernstrafrecht*), che riconosca come beni giuridici tutelabili penalmente esclusivamente gli interessi individuali, tra i quali il patrimonio e la libertà individuale (HASSEMER [d], *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt a.M., 1973, 233 s.), mentre i beni giuridici universali debbono ottenere tutela solo per mezzo dei primi (HASSEMER [m], *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, cit., 378 s.; HASSEMER [f], *Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre*, cit., 90 s.; PALAZZO [d], *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 457, 472; DE VITA, *I reati a soggetto passivo indeterminato. Oggetto dell'offesa e tutela processuale*, Napoli, 1999, 84 s.). Si reputa, infatti, che solo la concezione personalistica consenta al bene giuridico di svolgere appieno la sua funzione di limite per il legislatore e l'interprete, rispettivamente, nella costruzione e nella interpretazione dei fatti penalmente rilevanti (HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüter-schutz*, in *NStZ*, 1989, 553 s.; HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, cit., 59 s., 68 s., 74 s., 142 s.; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, cit., 257, 365).

<sup>104</sup> Anche NAUCKE, in Hassemer (a cura di), *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform*, Frankfurt a. M., 1987, 25 s.; NAUCKE, *Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht*, in *KritV*, 1993, 135, 154 s.; HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, cit., 205. Nella dottrina italiana classica: BRICCOLLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in De Acutis, Palombarini (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale (alternative di tutela)*, Padova, 1984, 63; C. FIORE, *Prospettive della riforma penale: il ruolo della legislazione speciale*, DD 1977, 686; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *IP*, 1994, 275, 280 s.; PULITANÒ, voce *Politica criminale*, in *Enc. dir.* XXXV, 1985, 36 s.

natorio amministrativo dotato di armi temibili, spesso ben più incisive della ammenda e della stessa sanzione detentiva breve<sup>105</sup>.

Si evidenzia, infine, opportunamente, il pericolo per le libertà individuali costituito da modelli statuali dirigistici e verticistici volti alla *iper-regolamentazione* di ogni momento della vita individuale, personale, lavorativa, etc., e collettiva, con la conseguente sanzione di ogni infrazione delle regole dettate. La reazione alle sfide della *società del rischio* può condurre, infatti, alla sostituzione dello stato di diritto con uno stato di prevenzione e di sicurezza prossimo allo stato di polizia, cioè all'attribuzione al diritto penale del compito preventivo di controllo di massa realizzato attraverso la sanzione penale di tutti i comportamenti *ex ante* pericolosi o idonei a provocare un danno<sup>106</sup>, con evidenti pericoli per le libertà individuali e con la trasformazione radicale delle democrazie occidentali. Modelli di cui un abbozzo di concretizzazione si è avuta con le modalità con cui è stata talvolta affrontata la pandemia da Covid-19.

Pertanto, si nega legittimazione alla tutela dei beni funzionali<sup>107</sup>, cui si imputa di non perseguire una prospettiva di tutela dei beni giuridici, per la distanza che li separa dall'effettivo pericolo per la vita e la persona.

## 9. La legittimità dei beni giuridici funzionali.

Le giustificate critiche all'indiscriminato uso della sanzione penale del mero comportamento inosservante non conducono, tuttavia, alla negazione della legittimità dei beni funzionali, i quali, inquadrati nell'ambito della categoria dei beni collettivi, costituiscono beni autonomi tutelabili penalmente in quanto strumenti e condizioni per la sopravvivenza di uno o più beni ulteriori, i cc.dd. beni finali, i quali, tuttavia, restano sullo sfondo, nel senso che la loro lesione o messa in pericolo è irrilevante. Occorre riconoscere, infatti, che, in particolare, gli interessi cd. universali, tra cui si annovera la conservazione degli ecosistemi, non solo mancano spesso della concretizzazione e definitezza

<sup>105</sup> Per tutti v. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., *passim*; STELLA, *Criminalità d'impresa*, cit., 1269.

<sup>106</sup> HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht*, cit., 553; P-A. ALBRECHT, *Exekutivische Recht*, in Albrecht (a cura di), *Informalisierung des Rechts. Empirische Untersuchungen zur Handhabung und zu den Grenzen der Opportunität im Jugendstrafrecht*, Berlin, 1990, 1 s.; P-A. ALBRECHT, *Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik*, in NJ, 1994, 193 s.; HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, cit., 40 ss. e *passim*; KINDHAUSER, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt a.M., 1989/344 s.; KINDHAUSER, in Schünemann, Suárez Gonzalez (a cura di), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, Köln, 1995, 113 s.; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, cit., *passim*; ZAZCYK, in Lüderssen, Nestler-Tremel, E. Weigend (a cura di), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Frankfurt a. M., 1990, 113 s.

<sup>107</sup> I quali vengono distinti dagli *interessi diffusi, collettivi, generali ed universali*, a cui si riconosce pieno diritto di cittadinanza tra i beni giuridici tutelabili penalmente (PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., 470 s.). Per quanto si riconosca la legittimità della incriminazione dell'esercizio di attività senza autorizzazione laddove il controllo pubblico sia finalizzato all'accertamento dell'esistenza di presupposti e requisiti fattuali di idoneità, in assenza dei quali l'attività controllata presenti un pericolo altissimo ovvero un pericolo largamente diffuso, in particolare quando gli interessi *finali* in gioco abbiano carattere personalistico.

necessaria per essere oggetto di diretta tutela penale, ma necessitano per la loro tutela della intermediazione delle cc.dd. funzioni di regolamentazione e controllo esercitate da enti pubblici, data la compresenza di molteplici altri contro interessi, come il diritto alla casa rispetto alla tutela del territorio, o la libertà individuale rispetto alla salute collettiva, il cui conflitto deve trovare una soluzione in una sede diversa da quella penale.

Può, in definitiva, affermarsi che sono proprio i principi penalistici a richiedere il filtro degli enti preposti ad esprimere le scelte della collettività al riguardo, specialmente affinché sia chiaro e accettato da tutti i consociati il precetto posto dalla norma, è infatti ben più concretamente percepibile ed anche interiorizzabile dai consociati la necessità di assoggettare al controllo della pubblica amministrazione (o, se si preferisce, delle agenzie regolamentatrici) le attività finanziarie, produttive e le più rilevanti opere edilizie<sup>108</sup>, rispetto ad una generica salvaguardia dell'economia e dell'ambiente o del territorio suscettibile delle più varie e financo arbitrarie letture soggettive che fattispecie incriminatrici poste a diretta tutela di tali beni inevitabilmente metterebbero in campo.

Non si tratta di reati senza vittima<sup>109</sup>, ma al contrario di reati caratterizzati da vittimizzazione di massa. Il bene giuridico tutelato si presenta come specifico ed è facilmente concretizzabile in distinti procedimenti di controllo delle attività da realizzarsi, costituenti il vero oggetto capace di tutela, perché solo nei loro confronti possono sensatamente dirigersi aggressioni tipiche, capaci di offenderli, sia realizzando l'attività senza sottoporla al controllo preventivo della autorità preposta sia impedendo, ostacolando o turbando l'esercizio delle funzioni di vigilanza. Si tratta, dunque, secondo la più classica definizione del bene giuridico, di situazioni di fatto permeate di valore, offendibili e perciò tutelabili<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> In particolare, la scelta legislativa in materia di tutela del territorio, manifestata sanzionando le condotte tenute senza il previo permesso di costruire e concedendo la non punibilità nel caso di rilascio in sanatoria del permesso, attesta la tutela penale sul piano del bene giuridico funzionale della riserva in mano pubblica del governo del territorio (Cocco, *Dalla disapplicazione dell'atto amministrativo*, loc. cit.).

<sup>109</sup> Come già rilevato da tempo nella dottrina italiana, per tutti v. MAZZACUVA, *La legislazione penale in materia economica: normativa vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 509; MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 348; PADOVANI, *Tutela dei beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, 670; PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., 468 s.; FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale*, Milano, 1994, 142; inoltre HASSEMER, *Spunti per una discussione sul tema 'Bene giuridico e riforma della parte speciale'*, in Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1983, 367 s.; HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 109 s.

<sup>110</sup> Secondo la classica definizione di Birnbaum ribadita da MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 3ª ed., 2001, 434.

Anche le concezioni liberal-democratiche, che basano la legittimazione delle norme penali sul mantenimento delle condizioni essenziali per lo sviluppo della libertà e del benessere del cittadino nella società, non riguardano solo i beni strettamente personali (vita, integrità fisica o proprietà) ma si estendono anche a beni di titolarità collettiva, come le istituzioni pubbliche, tra cui quelle preposte all'amministrazione della giustizia o della finanza pubblica<sup>111</sup>, fondate sul contratto sociale, le quali offrono al cittadino una cornice sociale di libertà e benessere così importante da meritare la tutela penale<sup>112</sup>.

La materia in esame riflette, d'altra parte, la svolta epocale – che, ancor prima della sfera penale, riguarda la società – costituita dal passaggio dalla rimessione alla sfera privatistica della costruzione di una abitazione, dell'esercizio dell'attività industriale e degli eventuali conflitti conseguenti con altri privati, non più consentita dalle stesse esigenze di sopravvivenza delle presenti e future generazioni e non solo della qualità della vita, all'assoggettamento di tali attività alle regole e ai controlli delle istituzioni collettive.

Le condivisibili censure, in particolare, a un diritto penale accessorio al diritto amministrativo che in prevalenza finisca per criminalizzare ipotesi bagatellari non possono insomma giustificare l'abbandono da parte del diritto penale di importanti settori della vita collettiva quali la finanza, l'ambiente e la salute<sup>113</sup>, ma impongono la elaborazione di adeguati e proporzionati strumenti che gli consentano di assolvere il compito fondamentale di prevenire i danni sociali più gravi<sup>114</sup>, fermi i valori di libertà alla base del diritto penale classico, tradizionalmente legati alla tutela penale di beni delle persone viventi<sup>115</sup>.

In conclusione, i beni istituzionali e, in particolare, quelli funzionali, sono effettivi beni essenziali per lo sviluppo sociale, espressione del contratto sociale e del patto di solidarietà che ne deriva, nelle sue linee essenziali ben presente nei valori acquisiti dalla generalità dei consociati. A poter porre

---

<sup>111</sup> Beni che non presentano, sotto il profilo della offendibilità e della specificità, significative differenze rispetto alle tradizionali attività proprie delle funzioni dello stato penalmente protette, né rispetto ai beni giuridici incarnati in entità fisico-materiali (MARINUCCI, DOLCINI, *Corso*, cit., 546; inoltre DOLCINI, *Principi costituzionali e Diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 10 s.; *contra* CATENACCI, 'Beni' e 'funzioni' oggetto di tutela nella legge 'Merli' sull'inquinamento delle acque, in *RTDPE*, 1996, 1225 ss.; CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, 1996, 92 s.; SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho penal*, cit., 141.

<sup>112</sup> Così lo stesso HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre*, cit., 92; ALCÁCER GUIRAO, *La protección del futuro y los daños cumulativos*, in *RECPC*, 04-08 (2002), 21, 25; DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *RTDPC*, 4/2013, 43; KINDHÄUSER, *Personalität, Schuld und Verletzung*, in *GA*, 1989, 496.

<sup>113</sup> Non sono i beni giuridici quali il governo o l'amministrazione del territorio o dell'ambiente da espellere dal novero dei beni penalmente tutelabili ma proprio i beni cc. dd. sostanziali quali l'ambiente, di difficile definizione e la cui lesione per ciò stesso non è riconoscibile, con problemi di determinatezza della previsione incriminatrice (cfr. per tutti MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 366).

<sup>114</sup> ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 5.

<sup>115</sup> STRATENWERTH, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?*, in *ZStW*, 1993, 689 s.

problemi è la eventuale ampiezza della loro tutela, cosicché al loro riconoscimento deve accompagnarsi uno sforzo definitorio dei settori regolamentati in cui vanno ricomprese esclusivamente materie correlate con evidenza alla tutela, seppure sullo sfondo, dell'integrità fisica, della libertà, del benessere economico-patrimoniale o della salvaguardia dell'ecosistema, insomma dei beni essenziali delle persone, come accade nei settori posti a tutela della salute collettiva, del territorio e dell'ambiente, nonché dell'economia pubblica, ambiti in cui è ben percepibile, pur con le peculiarità di ciascuno, la presenza di concreti interessi di ciascun individuo.

Così ricostruito il bene giuridico funzionale, le fattispecie concernenti il mancato assoggettamento o l'elusione di un controllo preventivo, l'inosservanza di determinate prescrizioni, l'ostacolo ai controlli demandati agli enti di vigilanza, si presentano come reati di danno e non di pericolo, e non richiedono affatto la verifica del concreto pericolo e del danno ai beni sostanziali che restano sullo sfondo (ambiente, territorio, finanza, etc.)<sup>116</sup>. Semmai, può essere valutata sotto il profilo della costituzionalità la irragionevolezza, sotto lo specifico profilo della criminalizzazione ed in particolare della sua ampiezza, del sistema pubblico di controllo preventivo.

## 10. Conclusioni.

La tutela penale dei beni giuridici individuali quali vita, integrità fisica e patrimonio deve oggi considerare l'enorme aumento della complessità dell'intreccio causale dovuto in particolare alla sostituzione delle relazioni individuali con le concatenazioni di azioni collettive<sup>117</sup>, cosicché la tecnica incriminatrice può legittimamente anticipare la tutela e, soprattutto, ricercare nuove forme di tutela.

Nella nuova situazione, la tutela dell'integrità fisica richiede il collocamento dell'intervento penale, tra l'altro, al livello della produzione e della com-

---

<sup>116</sup> Se, ad esempio, è tutelata la riserva in mano pubblica del controllo preventivo di una attività, la effettuazione di quest'ultima senza autorizzazione lede tale bene, senza dipendere dalla lesione di beni giuridici individuali (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, 301; PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., 313; SCHÜNEMANN, *Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht*, in Kühne, Miyazawa (cur.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderung in Japan und Deutschland*, Berlin, 2000, 25, nega in tal caso la stessa distinzione tra pericolo e danno).

<sup>117</sup> Esemplari due rapporti di distribuzione che caratterizzano l'epoca attuale: la vendita di generi alimentari e quella di prodotti finanziari. Nel primo si è passati da una relazione personale e di prossimità costante e riconosciuta tra autore e vittima, in cui la vendita di alimenti nocivi per la salute poteva essere combattuta senza problemi con le fattispecie di omicidio colposo e di lesioni personali, alla vendita - con l'avvento delle grandi catene di distribuzione e la globalizzazione dei mercati - da un anonimo produttore ad un altrettanto anonimo acquirente, cosicché le catene causali si perdono nell'anonimato della società di massa (cfr. SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, in GA, 1995, 211; Cocco, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, loc. cit.).

mercualizzazione dei beni atti alla lesione della salute<sup>118</sup>. Egualmente, con riguardo agli investimenti nel mercato dei capitali, l'intervento penale concerne la veridicità delle informazioni fornite sul prodotto finanziario all'investitore. Nella previsione del falso in prospetto ex art. 173bis, d. lgs. n. 58/1998 (testo unico finanza)<sup>119</sup>, il prospetto sostituisce la *fiducia personale* e da esso dipende in modo decisivo la volontà di rischio dell'investitore correttamente informato, il quale può avvalersi anche delle valutazioni di terzi competenti fornite sulla base delle informazioni ivi fornite, di conseguenza la leva penale è fissata nella diffusione di informazioni errate nei prospetti di emissione indirizzati al pubblico<sup>120</sup>. Analogamente, più in generale, di quel che avviene nei delitti di falso documentale, che costituiscono reati di pericolo astratto<sup>121</sup>

<sup>118</sup> Come accade da tempo in materia di sicurezza alimentare nelle figure contravvenzionali previste nella legge n. 283/1962, riformate dal d. lgs. 10.10.2022, n. 150, che introduce una nuova causa di non punibilità (in tema DONINI, *Reati di pericolo e salute pubblica. Gli illeciti di prevenzione alimentare al crocevia della riforma penale*, in *RTDPE*, 2013, 45; DONINI, *La riforma dei reati alimentari dalla precauzione ai disastri. Per una modellistica pentapartita degli illeciti in materia di salute e sicurezza alimentare*, in Biscotti, Lamarque (a cura di), *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, Torino, 2015, 25; DONINI, *Modelli di illecito minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in Donini, Castronuovo (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007, 258; inoltre GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica. Reati di comune pericolo mediante violenza*, Milano, 2008, 296 s.; specificamente sulla causa di non punibilità: AMARELLI, *La nuova procedura estintiva delle contravvenzioni in materia di sicurezza alimentare*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 70; BERNASCONI, *Deflazione processuale mediante istituti di diritto penale sostanziale*, in *DisCrimen* 16.2.2023; DIAMANTI, *Estinzione delle contravvenzioni per adempimento di prescrizioni*, in Castronuovo, Donini, Mancuso, Varraso (a cura di) *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Padova, 2023, 143; MARTUFI, *La definizione anticipata delle contravvenzioni alimentari all'indomani della riforma Cartabia: tra compliance e logiche punitive*, in *Sist. pen.*, 14.6.2023; RUGANI, *L'estinzione delle contravvenzioni 'alimentari' nella fase delle indagini preliminari: commento delle disposizioni introdotte dall'art. 70 d.lgs. 150/2022 («modifiche alla legge 30 aprile 1962 n. 283»)*, in *Leg. pen.* 6.2.2023). Inoltre, nella legge tedesca sugli alimenti (SCHÖNEMANN, *Kritische Anmerkungen*, cit., 212).

<sup>119</sup> Che sanziona con la reclusione da 1 a 5 anni chiunque, allo scopo di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei prospetti richiesti per la sollecitazione all'investimento o l'ammissione alla quotazione nei mercati regolamentati, ovvero nei documenti da pubblicare in occasione delle offerte pubbliche di acquisto o di scambio, con l'intenzione di ingannare i destinatari del prospetto, espone false informazioni od occulta dati o notizie in modo idoneo a indurre in errore i suddetti destinatari.

<sup>120</sup> Sulla omologa truffa nell'investimento di capitali ex § 264a StGB v. SCHÖNEMANN, *Bietet die Reform des deutschen Wirtschaftsstrafrechts ein Vorbild oder ein abschreckendes Beispiel?*, in *Jornadas sobre la 'Reforma del Derecho Penal en Alemania'*, Madrid, 1992, 31 s.; DREHER, TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 47ª ed., 1995, sub § 264a, nm 2 s.; OTTO, *Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand*, in Müller-Dietz (a cura di), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, 1; 290 s.; crit. KINDHÄUSER, in Schönemann, Suárez Gonzalez (a cura di), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, Köln, 1995, 113, 121; ZAZCYK, in Lüderssen, Nestler-Tremel, Weigend E. (a cura di), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Frankfurt a. M., 1990, 116 s.

<sup>121</sup> E non di lesione della fede pubblica che non è un bene giuridico: amplius Cocco, *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 68 ss.

posti a tutela di differenti concreti beni giuridici, quali il patrimonio, la pubblica amministrazione, etc., aggrediti per mezzo del falso.

L'esempio più significativo viene dalla pandemia da Covid-19, che ha sollecitato l'adozione di strumenti normativi idonei a prevenire e reprimere la diffusione del virus – capace di uccidere o comunque di produrre gravi malattie a decine di migliaia di persone nel solo territorio nazionale – contro cui la tradizionale figura della epidemia (artt. 438 e 452 c.p.) appariva destinata all'ineffettività per la difficoltà di prova del nesso causale<sup>122</sup> di condotte individuali rispetto ad un evento di tale portata.

In questa prospettiva, la questione è quella dell'uso corretto delle tecniche di incriminazione in esame, che richiede in primo luogo l'individuazione, con l'ausilio delle scienze e comunque di consolidate massime di esperienza, del punto nevralgico in cui far intervenire il diritto penale per garantire una efficace tutela dei beni giuridici, verificando peraltro che le modalità di condotta individuate non siano manifestazione dei diritti di libertà dell'individuo che le legittimino<sup>123</sup>. Va, inoltre, garantita la determinatezza della fattispecie, in particolare, va rifiutata la copertura onnicomprensiva con la sanzione penale della disciplina amministrativa di interi settori, ma vanno punite le violazioni delle regole più rilevanti puntualmente individuate dalla fattispecie incriminatrice, affinché non si attribuisca al diritto penale una funzione meramente sanzionatoria.

D'altra parte, in un siffatto contesto indubbiamente si impone l'adozione di istituti che escludano il rilievo penale di condotte prive di qualsivoglia potenzialità offensiva.

Insomma, i reati di danno restano il più significativo riscontro della offensività della condotta contro le tentazioni di un diritto penale che sanzioni la mera inosservanza di regole ed è giustificato porli al centro della dogmatica penalistica<sup>124</sup>. Ma, tali modelli non debbono impedire la modernizzazione del diritto penale quando necessaria per assolvere il compito di tutela dei beni giuridici anche in tema di distruzione delle risorse della terra e nei settori dell'incolumità e della salute pubblica, del lavoro e dell'economia, nei quali vi è la necessità di interventi anticipati rispetto alla lesione diffusa di beni fondamentali.

Sullo sfondo di tali previsioni appare, in ultima analisi, la sicurezza, affermata come diritto naturale ed imprescindibile dell'uomo da una risalente tradizione storico-intellettuale, che fonda le sue moderne radici nell'art. 2 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789*: «Il fine di ogni

---

<sup>122</sup> DE FRANCESCO GA, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: un'indagine nel segno del 'principio di realtà'*, in RIML, 2020; GARGANI, *Delitti di pericolo personale e individuale. Osservazioni in prospettiva di riforma*, in *Leg. pen. online*, 9.9.2020.

<sup>123</sup> SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen*, cit., 213.

<sup>124</sup> ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlin, 1973, 143; KAUFMANN Art., *Schuld und Strafe*, Köln, 1966, 393, 403; DORNSEIFER, *Unrechtsqualifizierung durch den Erfolg - ein Relikt der Verdachtsstrafe?*, in *GD Kaufmann*, Berlin, 1989, 434.

associazione politica è la conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione»<sup>125</sup>.

Tema particolarmente attuale in epoca di disastri e pandemie, di crisi finanziarie internazionali, nonché, tra gli altri, dei pericoli della c.d. intelligenza artificiale, per fronteggiare i quali il riferimento ai tradizionali reati di danno pare inadeguato e possono avere legittimazione i reati che vietano di compromettere le condizioni di sicurezza in settori specifici della vita in comune<sup>126</sup>.

Un aprioristico rifiuto delle nuove tipologie di fattispecie, oltretutto, impedirebbe il necessario contributo della scienza penalistica al loro studio, in termini tanto costruttivi quanto critici, onde evitare che si riducano a costituire un simbolico strumento di creazione di illusori sentimenti di sicurezza.

---

<sup>125</sup> Cfr., per tutti, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt a.M., 1989, 235, 276 s.

<sup>126</sup> Cfr. GARGANI, *Delitti di pericolo personale e individuale*, cit.



# SISTEMA CAUTELARE ED INTERROGATORIO PREVENTIVO. QUALCHE RIFLESSIONE

Leonardo Suraci\*

**Sommario:** **1.** La funzione di garanzia dell'interrogatorio preventivo. – **2.** I limiti operativi della nuova figura: le indagini preliminari, lo status dell'indagato e le condizioni della misura. – **3.** Le esigenze cautelari ostative. – **4.** Gli adempimenti procedurali e le invalidità. – **5.** Qualche nota conclusiva.

## ABSTRACT

L'interrogatorio preventivo costituisce una delle novità qualificanti della c.d. riforma Nordio. Configurato come strumento di garanzia della libertà dell'indagato, esso anticipa il contraddittorio sulle condizioni di applicabilità della misura personale alla fase antecedente l'adozione dell'ordinanza, rendendolo effettivo mediante la previsione di un ampio obbligo di *discovery*. I presupposti operativi ed i limiti procedurali, però, rendono l'istituto poco appetibile e, a tratti, eccezionale.

*The preventive interrogation is one of the qualifying innovations of the so-called Nordio reform. Configured as a tool to guarantee the freedom of the suspect, it anticipates the adversarial debate on the conditions of applicability of the personal measure to the phase prior to the adoption of the order, making it effective through the provision of a broad obligation of discovery. The operational prerequisites and procedural limitations, however, make the institution unattractive and, at times, exceptional.*

## 1. La funzione di garanzia dell'interrogatorio preventivo.

La l. 9 agosto 2024 n. 114, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 187 del 10 agosto 2024 ed entrata in vigore il successivo 25 agosto, ha modificato in

---

\* Professore associato di diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Firenze.

maniera abbastanza penetrante l'itinerario applicativo delle misure cautelari personali, introducendo la figura del c.d. interrogatorio anticipato<sup>1</sup>.

È noto che il ricorso allo strumento cautelare in ambito processuale penale – soprattutto personale, ma anche reale, dal momento che in tutti i casi si generano situazioni di frizione con valori di rango costituzionale – implicando da un lato la limitazione di un diritto inviolabile della persona (artt. 2 e 13 Cost.), dall'altro uno stato di tensione con la presunzione di innocenza della persona medesima (art. 27, co. 2 Cost.), costituisce una parentesi incidentale da gestire in ogni sua fase secondo un approccio che guardi ad essa con lo sguardo rivolto ad un orizzonte in cui la stretta necessità rispetto al conseguimento degli scopi del processo si staglia con estremo vigore.

L'art. 25, co. 2 Cost. – il quale assicura che nessuno possa essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso – contiene un'enunciazione perfettamente calibrata in funzione della salvaguardia delle libertà individuali costituzionalmente riconosciute<sup>2</sup> che è apparsa difficilmente adattabile ad una operazione ermeneutica di tipo evidentemente creativo come quella realizzata dalla Corte costituzionale allorché ha ritenuto di poter rinvenire nelle espressioni utilizzate dal Costituente lo spazio per estrarre un principio, tutt'altro che ovvio, di doverosa punizione delle condotte penalmente sanzionate<sup>3</sup>.

Al di là delle considerazioni svolte dalla dottrina circa l'effettiva capacità della disposizione costituzionale di declinare una simile direttiva<sup>4</sup>, una volta acquisita la volontà della Corte di utilizzare la norma costituzionale come parametro direttamente influente sulle scelte legislative di matrice processuale penale alla luce della configurazione di un fine ben preciso del processo, un'esigenza di coerenza consiglia di essere consequenziali nell'individuazio-

---

<sup>1</sup> Ritenuto da G. COLAIACOVO-DELLA MONICA, *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia. Apunti sul d.d.l. Nordio*, in *Penale DP*, 2024, 1, 61, uno dei tratti qualificanti della riforma Nordio.

<sup>2</sup> Volendo analizzare il principio contenuto nell'art. 25, comma 2 Cost., v., anche per reperire significativi riferimenti bibliografici, G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 279.

<sup>3</sup> Corte cost., 26 marzo 1993, n. 111, in *Giur. cost.*, 1993, 901. Il principio viene rievocato, inoltre, da Corte cost., 30 dicembre 1993, n. 478, in *Giur. it.*, 1995, I, 92.

<sup>4</sup> Come è noto, dubita che un siffatto principio possa essere enucleato dall'art. 25 Cost., M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 99, per il quale «come ognuno sa, si tratta di una storica affermazione di garanzie nell'ambito del diritto penale sostanziale. Ed ecco l'operazione che ha condotto ripetutamente a rivisitare il principio di legalità, non solo per spostarsi al piano della procedura penale [...] ma anche per farlo in termini opposti alle garanzie. Vengono sostanzialmente enucleate, dalla formulazione di quella regola, due parole: "punire", "forza" (di legge). Su di esse risulta poi teorizzata una sorta di immedesimazione del giudice penale con la cosiddetta potestà punitiva. Così il divieto ex art. 25. 2 è reinterpretato come "principio che rende doverosa la punizione delle condotte penalmente sanzionate [...] e quella storica garanzia per l'individuo – trasformata in forme di supremazia del giudice penale e della funzione del reprimere – risulta infine assunta quale nuovo parametro per denunciare la illegittimità di varie norme (procedurali) che limitino il suo potere di conoscere ed il suo operare».

ne delle ricadute sul modello complessivamente inteso e sui singoli istituti che lo definiscono.

In particolare, se è vero che le condotte suscettibili di imporre la risposta sanzionatoria consistente nell'applicazione della pena criminale sono quelle – e soltanto quelle – accertate mediante i meccanismi cognitivi e secondo le regole di giudizio del processo penale, la platea degli obblighi di garanzia propri di ogni segmento del processo dovrebbe risultare notevolmente ampliata poiché non può non ritenersi costituzionalmente imposta la predisposizione di situazioni normative che garantiscano la massima espansione delle facoltà difensive – considerate nei loro profili statici e dinamici – che vanno a comporre l'indefinito concetto racchiuso nella formula "diritto di difesa" di cui l'art. 24, co. 2 Cost. proclama l'inviolabilità al fine di assicurare il corretto adempimento del – chiamiamolo così – dovere punitivo dello Stato, ossia l'applicazione della sanzione penale esclusivamente – come insegna la Corte costituzionale – nei confronti di persone che, disponendo di possibilità difensive non simmetriche ma comunque assimilabili a quelle accusatorie del pubblico ministero nell'ambito di un sistema in cui «risulta bandito avvalersi di congetture e sospetti»<sup>5</sup>, hanno assistito al superamento della presunzione di cui all'art. 27, co. 2 Cost. senza quindi riuscire ad influire sul convincimento di un organo giudicante terzo ed imparziale<sup>6</sup>.

Posto allora che l'esigenza di accertare "necessariamente" i fatti penalmente rilevanti – anche la misura cautelare esige un accertamento complesso sulla base di elementi variamente ma specificamente qualificati – e di sottoporre altrettanto "necessariamente" i colpevoli – soltanto costoro, dunque, ed in sede cautelare soltanto i "probabili" colpevoli – alla pena criminale (*id est*: misura cautelare) assurge al rango di bene protetto dalla Costituzione insieme al carattere inviolabile della libertà personale, se per un verso si chiudono i conti con la temeraria ed irrealistica tesi secondo cui "fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità"<sup>7</sup>, per altro verso occorre riconoscere che aprire le porte ad un confronto preventivo rispetto alla valutazione di ricorrenza delle condizioni previste dalla legge per l'applicazione della misura cautelare – le fattispecie composte da fatti esigono, in fin dei conti, un'attività ricostruttiva sulla base di elementi in qualsiasi segmento processuale – non costituisce, in linea di

<sup>5</sup> M. DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale*, Torino, 2005, 20.

<sup>6</sup> G. BELLAVISTA, *Il processo come dubbio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 763, interrogandosi sullo scopo del processo, osserva: «Come per il processo civile si risponde: *ne cives ad arma veniant*. Ma a questa finalità di pace civica, se ne aggiunge un'altra per il processo penale, che ha un suo scopo specifico e particolare, alternativo, duplice: *impunitum non relinqui facinus; innocentem non condemnari*. Non solo il processo sorge perché tramonti la ragion fattasi, cessi la privata vendetta, ma perché sia fatta giustizia. Non basta il *ne cives ad arma veniant*, è pur necessario che solo il colpevole sia punito, e con la giusta pena, e che l'innocente venga protetto e tutelato».

<sup>7</sup> Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255, cit.

principio, una scelta che necessariamente contrasta con i fini del procedimento.

Ovviamente, una volta che la volontà politica di introdurre una forma di confronto siffatto è giunta maturazione, da essa non poteva che scaturire una coerente determinazione legislativa che traducesse in norma ciò che, altrimenti, sarebbe rimasto un mero proposito.

Altrettanto ovvio è che una determinazione di questa portata avrebbe stimolato la riflessione della comunità giuridica, ma una cosa è discutere della scelta in sé, altra cosa è soffermarsi sui profili tecnici di essa al fine di individuarne limiti e dissonanze e, possibilmente, intravedere percorsi di perfezionabilità.

Sul primo aspetto si è già anticipato ciò che, ora, viene ribadito: ossia, non sembra che la soluzione costituisca *ex sé* un elemento in grado di mettere in discussione il perseguimento dello scopo del processo attraverso una strutturale – *id est*: indefettibile – vanificazione, per il tramite di essa, della capacità del sistema cautelare personale di neutralizzare i fattori di rischio che emergono attraverso la configurazione delle esigenze cautelari.

Sempre sul piano generale ma cambiando lievemente prospettiva, come è stato già rimarcato in ambito dottrinario, «[i]n linea teorica, l'obiettivo perseguito dall'interpolazione normativa non può che essere condiviso [*dal momento che*] non vi è dubbio che assicurare un confronto preventivo permetterebbe alla difesa di veicolare al giudice, anteriormente all'applicazione della misura, argomenti a sostegno dell'innocenza o comunque dell'insussistenza dei presupposti per l'adozione della misura in modo effettivo, senza doversi affidare all'onere del pubblico ministero (*ex artt.* 358 e 291 c.p.p.) o all'(improbabile) iniziativa del deposito preventivo al buio contemplato dall'art. 391-*octies* c.p.p.; in secondo luogo, libererebbe lo stesso giudice dal pregiudizio psicologico rappresentato dall'aver già adottato una misura»<sup>8</sup>.

Insomma, non potrebbe negarsi che «un **reale contraddittorio anticipato** è una via ragionevole per rafforzare l'imparzialità e la terzietà del giudice per le indagini preliminari»<sup>9</sup>, così come per il tramite di esso si realizza il risultato di «innalzare lo *standard* di garanzia negli interventi restrittivi cautelari che sappiamo avere tassi di incidenza molto alti nel nostro sistema»<sup>10</sup>.

## 2. I limiti operativi della nuova figura: le indagini preliminari, lo status dell'indagato e le condizioni della misura.

Detto questo, va sottolineato che il legislatore ha realizzato una forma di bilanciamento tra interessi – non proprio e non sempre – contrapposti fa-

<sup>8</sup> M. GIALUZ, *Le novità della "manovra Nordio" in materia processuale: quando l'ideologia rischia di provocare un'eterogenesi dei fini*, in *Sistema penale* (Rivista on line), 22 luglio 2024.

<sup>9</sup> M. GIALUZ, *Le novità della "manovra Nordio" in materia processuale*, cit.

<sup>10</sup> P. BRONZO, *Brevi note sul "disegno di legge Nordio"*, in *Sistema penale*, 12 aprile 2024, 4.

cendo ricorso già a livello normativo ad un criterio selettivo<sup>11</sup> ed è su questo bilanciamento che occorre innanzitutto soffermarsi per concordare con chi, già in sede di primo commento, ha manifestato l'impressione di trovarsi di fronte ad «un **istituto bandiera** al quale non crede sino in fondo neanche il legislatore [il quale] lo inserisce nell'ordinamento, ma si premura di circoscriverne la portata solo ad alcune, limitate, ipotesi»<sup>12</sup>.

Rimarcato da subito, in questi termini, il carattere pressoché residuale della nuova disciplina, essa può ritenersi a ben ragione, anche nell'odierna occasione, abbastanza deludente.

Essa, innanzitutto, sembra trovare applicazione esclusivamente rispetto alle richieste formulate durante le indagini preliminari e non, come stabilisce l'art. 294, co. 1 c.p.p., fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, ragione per la quale l'operatività della disciplina di garanzia è esclusa a partire dal momento in cui è stata esercitata l'azione penale.

La conclusione si regge, in primo luogo, sulla individuazione del soggetto da interrogare nella persona sottoposta alle indagini. Inoltre, la previsione normativa è collegata a quella dell'art. 289, co. 2, secondo periodo c.p.p., la quale compendia un obbligo di interrogare preventivamente l'indagato esclusivamente nel corso delle indagini preliminari. Infine, v'è da considerare che l'art. 291, co. 1-*quinquies* c.p.p., attribuisce espressamente la competenza ad effettuare l'interrogatorio preventivo, nei casi di cui all'art. 328, co. 1-*quinquies* c.p.p., al presidente del giudice per le indagini preliminari in composizione collegiale ovvero ad un componente da esso delegato.

Se il sistema, essendo congegnato con riferimento a soggetti operanti nel corso delle indagini preliminari, sembra lasciare intravedere un limite cronologico ben preciso, la mancanza di riferimenti espressi alla fase d'indagine – a differenza di quanto previsto, come già visto, dall'art. 289, co. 2 c.p.p. – unitamente alla considerazione di una prospettabile disparità di trattamento che potrebbe ingenerarsi sulla base di una scelta del pubblico ministero, sono elementi che potrebbero aprire la porta ad una estensione degli spazi operativi oltre la fase investigativa preliminare, divenendo però, in questo caso, difficoltoso effettuare una nuova perimetrazione in assenza di un riferimento corrispondente a quello contenuto nell'art. 294, co. 1 c.p.p.

Prendendo le mosse dalla considerazione di quelle che potremmo definire condizioni generali di ordine soggettivo, occorre escludere – anche a prescindere da ogni altro rilievo circa la presumibile natura delle esigenze

---

<sup>11</sup> P. BRONZO, *Brevi note sul "disegno di legge Nordio"*, cit., 4.

<sup>12</sup> M. GIALUZ, *Le novità della "manovra Nordio" in materia processuale*, cit. Lo stesso P. BRONZO, *Brevi note sul "disegno di legge Nordio"*, cit., 4, ritiene che l'istituto possa trovare applicazione entro una cornice ristrettissima. Già prima della riforma, inoltre, G. COLAIACOVO, G. DELLA MONICA, *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia. Appunti sul d.d.l. Nordio*, cit., 64, avevano avuto modo di rimarcare come «la disciplina complessiva dell'istituto – e, soprattutto, il rapporto tra regola ed eccezioni, unitamente ad alcune imperfezioni tecniche – rischia[ssero] di confinare l'innovazione nel limbo della irrilevanza».

ipotizzabili – che debba procedersi all’interrogatorio preventivo nei confronti dell’arrestato in flagranza e, più in generale, della persona sottoposta a misure precautelari, dal momento che, nonostante l’assenza di una norma corrispondente a quella contenuta nell’art. 294, co. 1 c.p.p., ogni esigenza difensiva può trovare adeguati percorsi di sviluppo nell’interrogatorio previsto dall’art. 391, co. 3 c.p.p., comunque precedente rispetto alla decisione del giudice sulla richiesta cautelare – formulata o illustrata preventivamente – del pubblico ministero

Inoltre, sembra evidente che le tempistiche previste dall’art. 291, co. 1-*series* c.p.p., nonostante siano rese flessibili dalla previsione di un generale potere di abbreviazione dei termini, sono incompatibili sia con il carattere serratissimo della procedura di convalida, sia con le possibili forme di proposizione delle richieste in materia cautelare ex artt. 390, co. 3-*bis* e 391, co. 3 c.p.p.

Nel silenzio della legge, invece, deve ritenersi che, ricorrendo le altre condizioni previste dalla nuova disciplina, l’indagato deve essere sottoposto ad interrogatorio preventivo anche nel caso in cui sia già in *vinculis* per altra causa.

Occorre intendersi, poi, sul significato da attribuire all’elemento di fattispecie identificato con la formula “prima di disporre la misura”, nel senso che, fermo restando che è indubbio che l’interrogatorio deve essere effettuato dal giudice (per le indagini preliminari, sembra), ci si deve chiedere se la formula identifichi semplicemente il frangente della sequenza procedimentale interna alla fase delle indagini preliminari in cui deve collocarsi l’interrogatorio ovvero se, invece, delinea un elemento complesso che affianca all’indiscutibile profilo cronologico il dato psichico costituito dalla maturazione di un convincimento circa la ricorrenza delle condizioni necessarie per disporre la misura cautelare.

In altre parole, ci si sta chiedendo se l’obbligo di procedere ad interrogatorio sorga per effetto della mera proposizione della domanda cautelare oppure se, al contrario, esso non gravi sul giudice il quale, ritenendo non ricorrano le condizioni per applicare la misura, sia determinato a rigettare la domanda<sup>13</sup>.

La seconda soluzione, oltre che tendenzialmente imposta dalla norma, appare preferibile perché, tra l’altro, consente di neutralizzare le possibili conseguenze negative rispetto alle esigenze di prosecuzione delle indagini scaturenti dal venire meno del segreto ex art. 329 c.p.p. sugli atti d’indagine su cui la domanda si fonda.

Inoltre, la soluzione opposta costituirebbe la premessa per il possibile snaturamento della funzione dell’interrogatorio e del ruolo istituzionale del

---

<sup>13</sup> Evidenziava la scarsa chiarezza legislativa sul punto, già subito dopo l’approvazione del disegno di legge da parte del Consiglio dei Ministri, G. SPANGHER, *Pacchetto Nordio: timidi ma significativi segnali di cambio di prospettiva*, in *PenaleDP*, 2023, 2, 191.

giudice, dal momento che da strumento prevalentemente difensivo - richiamandosi le modalità indicate nell'art. 65 c.p.p., alla contestazione del fatto ed all'indicazione degli elementi a carico e (eventualmente) delle fonti segue l'invito ad esporre quanto utile per la difesa - esso rischierebbe di trasformarsi in arnese squisitamente investigativo nelle mani del giudice e finalizzato ad acquisire elementi di smentita rispetto ad un già maturato convincimento contrastante con la richiesta del pubblico ministero.

### 3. Le esigenze cautelari ostative.

L'obbligo di procedere ad interrogatorio preventivo - presidiato dalla previsione di nullità dell'ordinanza cautelare che non sia stata preceduta dal compimento di esso, contenuta nel nuovo art. 292, co. 3-*bis* c.p.p. - è circoscritto, inoltre, ai casi in cui non ricorra una esigenza cautelare di carattere ostativo, essendo state considerate tali innanzitutto quelle di cui all'art. 274, co. 1, lett. a) e b) c.p.p.

Pertanto, allorché "sussista" l'esigenza cautelare comunemente nota come "pericolo di inquinamento della prova" (art. 274, co. 1, lett. a) c.p.p.) oppure quella designata tradizionalmente con l'espressione "pericolo di fuga" (art. 274, co. 1, lett. b) c.p.p.), l'itinerario applicativo della misura cautelare, a prescindere da qualsiasi valutazione della effettiva necessità o meno alla luce delle emergenze investigative, scorre lungo il binario originariamente previsto, contrassegnato dalla sequenza che vede la richiesta del pubblico ministero e l'ordinanza del giudice legati da una relazione che non ammette alcuna forma di coinvolgimento della persona sottoposta alle indagini, invece posticipata alla fase successiva all'esecuzione ed attuata mediante l'interrogatorio di garanzia ex art. 294 c.p.p.

Evidentemente si è ritenuto che le esigenze predette costituiscano, in sé considerate, il momento di emersione di fattori di rischio che non soltanto non potrebbero essere neutralizzati, ma al contrario sarebbero accresciuti nella loro efficacia perturbativa da un meccanismo di coinvolgimento preventivo dell'indagato a sua volta caratterizzato da un'ampia *discovery*<sup>14</sup>.

Inoltre, il legislatore ha attribuito carattere ostativo alla "sussistenza" dell'esigenza cautelare di cui all'art. 274, co. 1, lett. c) c.p.p., soltanto, però, se essa emerge "in relazione" ad uno dei delitti indicati nell'art. 407, co. 2, lett. a)

<sup>14</sup> V., in senso critico rispetto alla scelta del legislatore, G. COLAIACOVO, G. DELLA MONICA, *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia. Appunti sul d.d.l. Nordio*, cit., 65, i quali proponevano di ancorare l'anticipazione dell'interrogatorio non già alle esigenze cautelari, ma alla tipologia di misura da applicare, antepoendo l'audizione alla decisione sulla cautela soltanto nel caso di applicazione di misure più blande, nelle quali le esigenze cautelari sono sicuramente più tenui. In alternativa, immaginavano di ancorare il divieto di anticipazione dell'interrogatorio non al "tipo" di esigenza ravvisabile in concreto, bensì alla sua effettiva rilevanza, vietando la *discovery* anticipata della richiesta cautelare solo nel caso in cui si dovessero profilare pericoli «imminenti» - e non solo «attuali» - di inquinamento delle prove, di fuga dell'indiziato o di protrazione dell'attività criminosa.

o all'art. 362, co. 1-ter c.p.p., ovvero a gravi delitti commessi con l'uso di armi o con altri mezzi di violenza personale.

Si tratta, come è noto, nel primo caso di ipotesi alle quali si correla la presunzione di complessità delle indagini preliminari che implica l'estensione del relativo termine di durata; nel secondo caso di ipotesi di reato la cui prospettazione impone, conformemente all'impostazione complessiva della l. 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. "Codice rosso") e sulla base delle integrazioni apportata dalla l. 27 luglio 2001, n. 134, un vincolo temporale all'assunzione di sommarie informazioni da persone determinate.

Sul piano formale, si segnalano sia l'ineleganza della duplicazione dei richiami scaturente dall'operare congiunto delle due discipline – quella dei termini di durata delle indagini e quella relativa all'accelerazione dell'atto acquisitivo di dichiarazioni – rispetto a determinate fattispecie (le quali, quindi, sono richiamate sia nell'art. 407 c.p.p., sia nell'art. 362 c.p.p.), sia la singolare inversione della sequenza da seguire nel richiamare articoli che, evidentemente, sono variamente ma ordinatamente dislocati all'interno del codice (l'art. 362, cioè, precede l'art. 407).

Ma a parte ciò, un primo motivo di riflessione si pone in relazione all'esatta conformazione dell'ultima ipotesi ostativa, non essendo chiaro se i delitti che la disposizione individua debbano costituire l'oggetto del procedimento in corso oppure l'oggetto della situazione di pericolo.

Se si scarta la prima ipotesi interpretativa<sup>15</sup>, dal momento che la disposizione non contiene alcun richiamo all'oggetto del procedimento nel cui ambito la misura è richiesta, e si pone attenzione sia all'ampiezza del catalogo di reati indicati nell'art. 407, co. 2, lett. a) e all'art. 362, co. 1-ter c.p.p., sia al carattere indefinito del connotato di gravità che deve qualificare i delitti commessi con l'uso di armi, sia infine all'estensione della nozione di "mezzi di violenza personale", non è difficile immaginare che l'ambito applicativo della figura di nuova introduzione sia, oltre che manipolabile, grandemente limitato.

Ulteriormente limitato, inoltre, se, dovendosi prescindere (come sembra) dall'oggetto del procedimento, si tiene conto del complesso sistema presuntivo disciplinato dall'art. 275, co. 3 c.p.p., il quale, estendendosi anche alle esigenze cautelari, appare intrinsecamente inconciliabile con l'istituto.

Ed allora, v'è davvero da ritenere che talvolta l'oggetto del procedimento da un lato, talvolta l'oggetto della situazione di pericolo dall'altro, finiranno col rendere praticamente eccezionale il ricorso all'istituto.

Problematica appare, poi, la esatta collocazione del requisito costituito dal giudizio di "sussistenza" di esigenze ostative lungo la dinamica procedurale, nel senso che occorre chiedersi se la valutazione rilevante ai fini dell'at-

---

<sup>15</sup> Patrocinata, invece, da P. BRONZO, *Brevi note sul "disegno di legge Nordio"*, cit., 4. Oltre che, in precedenza, da G. COLAIACOVO, G. DELLA MONICA, *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia. Appunti sul d.d.l. Nordio*, cit., 65.

tivazione o meno del contraddittorio preliminare sia quella del pubblico ministero che, nel formulare la richiesta, prospetta le esigenze cautelari secondo gli stringenti parametri indicati nell'art. 274 c.p.p. oppure quella, in ipotesi divergente, del giudice<sup>16</sup>.

Infatti, la Corte di cassazione, con un orientamento oramai consolidato ed abbastanza risalente, ha stabilito non soltanto che il giudice dispone della facoltà di ritenere la sussistenza di una esigenza cautelare diversa da quella prospettata dal pubblico ministero nella sua richiesta<sup>17</sup>, ma addirittura che la domanda cautelare da questi proposta possa anche non contenere indicazioni sul punto<sup>18</sup>.

Alla luce della formulazione normativa, la quale individua nella "sussistenza" - e, dunque, nel giudizio di sussistenza, ossia quello formulato da chi, ritenendo che sussista (quantomeno) una esigenza cautelare, dispone la misura - dell'esigenza ostativa il fattore preclusivo rispetto all'attivazione dell'interrogatorio preventivo, e tenuto conto della giurisprudenza della Corte di cassazione appena richiamata - per la quale, dunque, una prospettazione sul tema delle esigenze cautelari potrebbe finanche mancare nella domanda cautelare, ipotesi che bloccherebbe a priori ed in modo assoluto e generalizzato il ricorso allo strumento - appare corretto ritenere che l'effetto ostativo si connetta esclusivamente alla valutazione del giudice<sup>19</sup>.

Soluzione, questa, che appare altresì maggiormente garantista, posto che non può non riconoscersi che, volendo, nell'ambito di una prospettiva accusatoria quale è quella del pubblico ministero richiedente, lo spazio argomentativo per sostenere la ricorrenza di esigenze ostative potrebbe sempre ricavarsi dalla lettura degli elementi investigativi.

Soluzione, però, che schiude le porte a problemi di altra natura ma di primario rilievo, coinvolgendo anche su questo versante il tema dell'imparzialità del giudice.

Difatti, in fin dei conti il giudice che procede e, dunque, dispone l'interrogatorio interviene in una situazione in cui ha già non soltanto maturato un

<sup>16</sup> Si pone la stessa domanda M. GIALUZ, *Le novità della "manovra Nordio" in materia processuale*, cit.

<sup>17</sup> V., tra le altre, Cass. pen., Sez. I, 21 giugno 1997, Moissiadis, in *DeJure*.

<sup>18</sup> Cass. pen., Sez. II, 21 novembre 2006, Chaoui, in *DeJure*.

<sup>19</sup> V., in questi termini, A. MARANDOLA, *I vulnus del diritto di difesa anticipato in sede cautelare nella riforma Nordio*, in *PenaleDP*, 2024, 3, p. 426, la quale rileva anche come, 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. V., inoltre, P. BRONZO, *Brevi note sul "disegno di legge Nordio"*, cit., 5, il quale ravvisa «la necessità di un costante controllo giudiziale delle valutazioni del pubblico ministero, il quale per il timore di perdere un effetto-sorpresa sempre in una certa misura prezioso, potrebbe essere tentato di configurare, prudenzialmente, anche un pericolo di fuga o di inquinamento probatorio o a sovradimensionare l'imputazione in caso di pericolo di reiterazione delle condotte, così da rientrare nell'area sottratta al contraddittorio preventivo». Negli stessi termini v., sempre prima dell'approvazione della riforma, G. COLAIACOVO, G. DELLA MONICA, *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia. Appunti sul d.d.l. Nordio*, cit., 66.

convincimento circa la ricorrenza dei gravi indizi di colpevolezza e dell'esigenza non ostativa, ma addirittura ha implicitamente manifestato siffatto convincimento nel frangente in cui ha disposto l'interrogatorio.

Né può sostenersi che il meccanismo di recente introduzione costituisca una mera fattispecie estensiva del già sperimentato sistema di verifica preliminare previsto dall'art. 289, co. 2 c.p.p., dal momento che l'ipotesi di interrogatorio preventivo compendiato da quest'ultima disposizione è sganciato dalla natura delle esigenze cautelari, non è accompagnato dalla previsione di forme di *discovery* degli atti d'indagine<sup>20</sup> e, infine, deve essere disposto non già "prima di disporre la misura", bensì "prima di decidere sulla richiesta del pubblico ministero", ossia secondo una fattispecie in cui alla previsione di un frangente temporale specifico non si sovrappone un convincimento orientato in un senso oppure nell'altro.

#### 4. Gli adempimenti procedurali e le invalidità.

L'interrogatorio preventivo presuppone l'adempimento di un dovere informativo che, ai sensi dell'art. 291, co. 1-*sexies* c.p.p., viene configurato attraverso la previsione di un obbligo di comunicazione al pubblico ministero e di notificazione all'indagato ed al suo difensore di un atto - l'invito a presentarsi per rendere interrogatorio - che per grandi linee assimila le caratteristiche dell'atto previsto dall'art. 375 c.p.p., fatti salvi alcuni significativi elementi di diversificazione.

Sul versante soggettivo, esso è atto del giudice e non del pubblico ministero e, per quel che concerne i soggetti passivi, si dirige anche al pubblico ministero ed al difensore, soggetti che, nel caso di interrogatorio ex art. 294 c.p.p., sono semplicemente i destinatari di un "avviso del compimento dell'atto" che deve essere "dato".

Inoltre, a differenza sia di quanto previsto dall'art. 375, co. 4 c.p.p. in ordine al termine dilatorio associato alla notificazione dell'atto (tre giorni prima di quello fissato per la comparizione) all'indagato, sia di quanto previsto dall'art. 294, co. 1 c.p.p. con specifico riferimento all'interrogatorio di garanzia (al quale il giudice deve procedere immediatamente e comunque non oltre cinque o dieci giorni, a seconda che la misura eseguita sia la custodia cautelare in carcere ovvero una diversa misura, dando al pubblico ministero ed al difensore "tempestivo avviso"), sia infine di quanto statuito dall'art. 364, co. 3 c.p.p. per quel che concerne l'avviso al difensore del compimento di atti garantiti (da dare tre giorni prima di quello stabilito per il compimento dell'atto), l'art. 291, co. 1-*sexies* c.p.p. dispone che l'invito a presentarsi - anche il pubblico ministero ed il difensore, dunque, compaiono "per rendere l'interrogatorio" - deve essere notificato almeno cinque giorni prima di quel-

---

<sup>20</sup> G. TABASCO, *Art. 289 c.p.p.*, in *Cpp commentato*, a cura di A. GIARDA-G. SPANGHER, Ed VI, t. II, Milano, 2023, 284, il quale rileva l'assenza di una norma corrispondente all'art. 293 c.p.p.

lo fissato per la comparizione, a meno che ricorrano non meglio definite ragioni d'urgenza che consentono al giudice di abbreviare in modo altrettanto indefinito il termine, purché sia lasciato il tempo necessario per comparire.

Per comparire sì, verrebbe da dire, ma in modo consapevole ed in condizioni tali da assicurare l'effettiva (*id est*: effettivamente realizzabile) preparazione della propria difesa, posto che l'art. 291, co. 1-*octies* c.p.p. compendia una facoltà di accesso agli atti di cui al co. 1 del medesimo articolo di cui viene assicurata l'effettività mediante la previsione di uno specifico avviso.

Dunque, l'effettiva funzionalità dell'interrogatorio non può che imporre la disponibilità del tempo necessario a richiedere ed ottenere le copie degli atti depositati, oltre che dello spazio temporale indispensabile a studiarli in maniera approfondita, ragione per la quale vi è da concordare con quanti sottolineano l'inadeguatezza del termine stabilito dalla norma<sup>21</sup>, soprattutto se relazionato al termine notevolmente più lungo che l'art. 438, co. 4 c.p.p. accorda al pubblico ministero per lo svolgimento di indagini suppletive a seguito di richiesta di rito abbreviato con contestuale deposito di atti (eventualmente esigui) d'indagine difensiva.

Impone, inoltre, la conoscenza, assicurata dall'art. 291, co. 1-*sexies*, lett. c) c.p.p., del fatto contestato (enunciato sommariamente unitamente alla data ed al luogo di commissione del reato) e, deve ritenersi nonostante il silenzio della disposizione, della sua qualificazione giuridica.

Il pubblico ministero, dal canto suo e come può percepirsi dalla complessa disciplina di recentissima introduzione, subisce un notevole aggravamento delle responsabilità connesse all'esercizio del potere selettivo – garantito indiscutibilmente dall'art. 291, co. 1 c.p.p. – degli atti contenuti nel fascicolo delle indagini preliminari dal momento che l'iniziativa cautelare intrapresa mediante la proposizione della domanda si presta a determinare, nei casi presi in considerazione dall'art. 291, co. 1-*quater* c.p.p., il venire meno del segreto investigativo – gli atti, invero, con la notifica dell'invito a presentarsi per rendere l'interrogatorio preventivo divengono conoscibili dall'indagato agli effetti di quanto previsto dall'art. 329, co. 1 c.p.p. – senza la garanzia dell'effettiva applicazione della misura richiesta.

Alla facoltatività della sottoposizione all'interrogatorio preventivo<sup>22</sup> – l'indagato, infatti, ai sensi dell'art. 291, co. 1-*sexies* c.p.p., può scegliere di non comparire, evenienza ricorrendo la quale il giudice decide comunque sulla domanda cautelare<sup>23</sup> – si contrappone, per l'evenienza in cui esso abbia in-

---

<sup>21</sup> G. COLAIACOVO, G. DELLA MONICA, *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia*, cit., 67.

<sup>22</sup> Alla quale si correla la mancata previsione dell'avvertimento circa la possibilità di disporre l'accompagnamento coattivo.

<sup>23</sup> A meno che la mancata comparizione non sia determinata da un legittimo impedimento, il quale, se addotto, determina l'obbligo di differimento dell'interrogatorio. Il giudice provvede sulla richiesta del pubblico ministero senza procedere ad interrogatorio anche qualora l'indagato non sia stato rintracciato ed il giudice ritenga esaurienti le ricerche eseguite anche presso i luoghi di cui all'art. 159, co. 1 c.p.p.

vece luogo - in ipotesi senza l'assistenza del difensore, non essendone prescritta la partecipazione obbligatoria<sup>24</sup> né è prevista la designazione di un difensore d'ufficio e, conseguentemente, l'avviso di cui all'art. 364, co. 2 c.p.p., mentre è compendiato l'avviso circa la facoltà di nominare un difensore di fiducia - l'obbligo di documentazione integrale secondo le modalità previste dall'art. 141-*bis* c.p.p. per l'ipotesi di interrogatorio della persona in stato di detenzione, a sua volta presidiato dalla previsione di inutilizzabilità (art. 291, co. 1-*novies* c.p.p.).

Le dichiarazioni rese in sede di interrogatorio preventivo, il cui compimento fa venire meno l'obbligo di procedere all'interrogatorio di garanzia, costituiscono elementi che devono, a pena di nullità dell'ordinanza cautelare, essere oggetto di specifica valutazione da parte del giudice e la relativa documentazione deve essere, secondo quanto previsto dal nuovo art. 309, co. 5 c.p.p., necessariamente ("in ogni caso") trasmessa al tribunale del riesame, anche se non è chiaro quale sia l'oggetto della trasmissione e quale sia la conseguenza della mancata trasmissione.

Escluso che possa ricorrere un obbligo di trasmissione di un verbale di interrogatorio in cui l'indagato si sia avvalso della facoltà di non rispondere - difatti, in questo caso mancherebbe finanche l'oggetto dell'obbligo, individuato nelle "dichiarazioni rese" in occasione del suo compimento - non è chiaro se sussista un obbligo generalizzato di trascrizione della riproduzione fonografica o audiovisiva ovvero se, come prescritto dall'art. 141-*bis* c.p.p., si debba procedere ad essa soltanto su richiesta di una parte.

Per vero, l'art. 291, co. 1-*novies* c.p.p. richiama "le modalità" di cui alla norma appena citata, tra le quali non rientra certamente la trascrizione della (già attuata) modalità di documentazione prescelta.

Inoltre, le "dichiarazioni rese", che sicuramente non sono trasmissibili al tribunale del riesame se non per il tramite della relativa documentazione, sono fruibili esclusivamente nella misura in cui sono rese disponibili in modo integrale attraverso la trascrizione oppure il supporto che contiene le registrazioni.

Sul piano delle conseguenze, invece, la norma non specifica se l'omessa trasmissione delle dichiarazioni determini l'inefficacia della misura cautelare ovvero, al contrario ma anche a dispetto di un obbligo da adempiere "in ogni caso", sia priva di rilievo.

<sup>24</sup> Critica la soluzione legislativa, soprattutto rispetto al regime previsto per l'interrogatorio *ex art.* 294 c.p.p., BRONZO, *Brevi note sul "disegno di legge Nordio"*, cit., 5: «Non è molto diversa, nei due contesti, la pressione psicologica dell'interrogando che per l'incombente espletato nei confronti della persona già *in vinculis* ha fatto ritenere indispensabile la presenza del patrono: nel caso in discorso abbiamo pur sempre qualcuno al quale viene prospettata la possibilità (*rectius*, probabilità) di una restrizione cautelare». In chiave critica rispetto ad un "presidio irrinunciabile" v., altresì, COLAIACOVO, DELLA MONICA, *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia. Appunti sul d.d.l. Nordio*, cit., 67.

Come già detto, l'obbligo di procedere ad interrogatorio preventivo è presidiato dalla previsione di nullità dell'ordinanza cautelare che non sia stata preceduta dal compimento di esso, contenuta nel nuovo art. 292, co. 3-*bis* c.p.p.

L'ordinanza è inoltre nulla, prevede la medesima disposizione, nel caso in cui l'interrogatorio stesso sia nullo per violazione delle disposizioni concernenti il contenuto dell'invito a presentarsi<sup>25</sup>, così come sembra potersi configurare un caso di nullità di ordine generale per l'ipotesi di inosservanza dei termini a comparire, di irragionevole o immotivata abbreviazione di essi ovvero di omessa notificazione dell'invito al difensore o ad uno dei due difensori già nominati.

## 5. Qualche nota conclusiva.

Volendo concludere, deve ritenersi che la figura di recente introduzione costituisce un prodotto difficile da maneggiare, con ricadute significative su valori anche di livello costituzionale e, per certi aspetti, poco funzionale.

Probabilmente, la volontà politica di assicurare un confronto preventivo rispetto alle limitazioni della libertà personale in ambito processuale penale avrebbe richiesto, proprio in considerazione della sua carica profondamente innovativa, una maggiore sedimentazione ed una più ampia riflessione.

Il risultato dell'approccio prescelto è, invece, immediatamente percepibile e a tratti paradossale: una idea buona ma (resa) quasi impraticabile.

---

<sup>25</sup> Anche se la formulazione normativa, non facendo riferimento alla violazione degli obblighi informativi ma ai casi in cui le predette violazioni siano causa di nullità dell'interrogatorio, sembra consentire una selezione dei differenti contenuti dell'avvertimento.



# LA RIFORMA CARTABIA ED I “NUOVI” TERMINI PER LA COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE. TRA OSSERVAZIONI CRITICHE ED ESIGENZE DI RIPENSAMENTO

Sarah Grieco\*

**Sommario:** 1. L'azione civile nel processo penale: le principali innovazioni della Riforma Cartabia. – 2. L'anticipazione dei termini di costituzione di parte civile. – 3. Riflessioni critiche – 4. *Segue:* ...e prospettive *de iure condendo*.

## ABSTRACT

Il contributo focalizza l'attenzione sui rischi di una riforma, quella Cartabia, ancora troppo “timida” in termini di riconoscimento dei poteri attribuiti alla persona offesa nell'ambito del processo penale. L'esercizio dell'azione civile è stato fortemente innovato, con particolare riguardo al profilo temporale della costituzione in giudizio dell'offeso dal reato. La scelta del legislatore di anticipare la costituzione di parte civile ad un momento antecedente al vaglio (rafforzato) sulla tenuta dell'imputazione, da parte del giudice dell'udienza preliminare e della nuova udienza pre-dibattimentale, appare in distonia con l'ottica efficientista tanto cara alla riforma. Lunghi dal consegnare una valutazione definitiva dell'impianto riformatore, ancora prematura, l'obiettivo del presente contributo è, piuttosto, quello di riflettere sui suoi primi risultati applicativi rispetto alle finalità annunciate e di stimolare un auspicabile ripensamento di alcune delle sue disposizioni.

*The paper focuses on the risks of a reform Cartabia which is still too “shy” in terms of recognizing the powers given to the offended person in the criminal process. The exercise of civil action has been strongly innovated, with particular regard to the time profile of the appearance in court of the victim offended by the crime. The legislator's choice to bring forward the constitution of a civil party to a moment prior to the (strengthened) scrutiny of the validity of the accusation by the judge of the preliminary hearing and the new pre-trial hearing appears to be in discord with the efficiency-oriented perspective so dear to the reform. Far from delivering a definitive evaluation of the reform system, which is still premature, the objective of this contribution is, rather, to reflect on its first application results with respect to the announced purposes and to stimulate a desirable rethinking of some of its provisions.*

---

\* Assegnista di ricerca Scuola Superiore Meridionale, Napoli.

## 1. L'azione civile nel processo penale: le principali innovazioni della Riforma Cartabia.

Non vi è – o quasi – istituto della procedura penale che non sia stato, almeno marginalmente, lambito dalla cd. Riforma Cartabia, dal nome dell'allora Ministra della giustizia del governo presieduto da Mario Draghi, sotto il cui mandato la riforma è stata concepita ed attuata, in ultima battuta col decreto legislativo 150 del 2022<sup>1</sup>.

“Una riforma ampia, organica e di sistema”, come definita dalla sua stessa *Relazione illustrativa*<sup>2</sup>, il cui filo conduttore è rappresentato, per stessa ammissione del legislatore, dalla necessità di garantire [l'] “*efficienza del processo e della giustizia penale*”<sup>3</sup>.

Com'è noto, gli interventi attuativi della legge delega hanno attraversato l'intero processo penale, mirando a modificare, significativamente, la dinamica del processo penale nelle sue diverse fasi e variabili: dalle indagini preliminari, al dibattimento, ai riti alternativi, al processo *in absentia*, ai giudizi di impugnazione, fino all'esecuzione penale.

Le innovazioni apportate, fin dalle prime battute, hanno fatto emergere risvolti applicativi che non sempre corrispondono alle aspettative iniziali.

Con specifico riguardo alle modifiche intervenute sul tema dell'esercizio dell'azione civile “*per le restituzioni e il risarcimento del danno di cui all'art. 185 c.p.*”<sup>4</sup> nel processo penale può, senz'altro, dirsi che non si è assistito ad uno stravolgimento dell'azione civile.

Come è noto, il nostro sistema processuale non consente la costituzione di parte civile in forma orale: il danneggiato è chiamato ad esprimere la volontà di agire dinnanzi al giudice penale con atto scritto, rispettoso dei requisiti stabiliti, a pena di inammissibilità, dall'art. 78 c.p.p. La dichiarazione di costituzione di parte civile deve contenere le generalità del soggetto che

---

<sup>1</sup> D.lgs. 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 *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*. Si consideri, peraltro, che l'originario decreto delegato n. 150/2022 (pubblicato negli ultimi giorni del precedente governo Draghi) è stato oggetto dei correttivi promossi dal neo insediato governo Meloni e dal nuovo Ministro della giustizia Carlo Nordio, all'immediata vigilia della sua entrata in vigore, per effetto delle modifiche introdotte dal decreto legge 31 ottobre 2022, n. 162, convertito, con modificazioni, nella legge 30 dicembre 2022, n. 199.

<sup>2</sup> Cfr. Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del massimario - Servizio penale, *Relazione n.2/2023*, 5 gennaio 2023, [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>3</sup> La *Relazione Illustrativa*, a p. 182, specifica: “...in vista della piena attuazione dei principi costituzionali, convenzionali e dell'U.E. nonché del raggiungimento degli obiettivi del P.N.R.R., che prevedono entro il 2026 la riduzione del 25% della durata media del processo penale nei tre gradi di giudizio”. Per una visione d'insieme si consiglia: AA.Vv., *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Cedam, Milano, 2023; AA.Vv., “*Riforma Cartabia*” e *rito penale. La legge delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di A. Marandola, Milano, 2022.

<sup>4</sup> Art 74 c.p.p.

si costituisce e dell'imputato nei cui confronti l'azione viene esercitata, le ragioni che giustificano la domanda<sup>5</sup>, l'indicazione del difensore, munito di procura *ad litem*, che dovrà anche sottoscrivere l'atto.

Sotto il profilo delle formalità inerenti alla costituzione di parte civile, le due principali innovazioni apportate dalla riforma hanno condotto ad effetti che appaiono decisamente contrapposti<sup>6</sup>.

La prima. Il legislatore è intervenuto sull'art. 78 del codice di rito, conferendo al difensore, a mezzo della procura rilasciata ai sensi dell'art. 122 c.p.p., la legittimazione all'esercizio dell'azione civile, con facoltà di trasferire ad altri il potere di sottoscrivere e depositare l'atto di costituzione, salva contraria volontà espressa della parte rappresentata.

Con il piglio "*non già di uno studioso esegeta, ma di un operatore attivo del diritto, che ne comprende inefficienza e necessità*"<sup>7</sup>, la facilitazione<sup>8</sup> introdotta dal comma 1-bis<sup>9</sup> dell'art.78 c.p.p. – in un'ottica di semplificazione delle forme e degli adempimenti processuali – risolve, in radice, una problematica che, per le sue pratiche ripercussioni, incombeva in maniera, pressoché, giornaliera nelle aule di giustizia.

Affidare il compito concorrente della costituzione in udienza al proprio sostituto era un'opzione negata dalle Sezioni unite della Corte di cassazione<sup>10</sup>; la suddetta pronuncia, non a caso, è citata nella *Relazione illustrativa* e rappresenta proprio il presupposto dell'intervento riformatore<sup>11</sup>. L'interpreta-

<sup>5</sup> In tema di *causa petendi* la giurisprudenza aveva sottolineato la sufficienza del mero richiamo al capo di imputazione descrittivo del fatto, allorché il nesso tra il reato contestato e la pretesa risarcitoria azionata risulti con immediatezza cfr. Cass. pen., Sez. II, 15 luglio 2020, n. 23940; Cass. pen., Sez. VI, 22 giugno 2017, n. 41768, consultabili in *CED Cassazione*.

<sup>6</sup> In dottrina, tra i commenti alla riforma, con riferimento alle modifiche dell'art. 78 del codice di rito, cfr. S. BELLINO, *Nuove regole per la costituzione di parte civile durante l'udienza preliminare*, in AA.VV., *La riforma Cartabia*, a cura di G. SPANGHER, Pisa, 2022, 333 ss.; R. CREPALDI, *L'udienza preliminare*, in AA.VV., *Le indagini preliminari, l'udienza preliminare e la nuova udienza preliminare*, Torino, 2023, p.221 e ss.; F. D'ARCANGELO, *L'udienza preliminare*, in A. BASSI, C. PARODI, *La riforma del sistema penale*, Milano, 2022, 142 ss.; Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del massimario - Servizio penale, *Relazione su novità normativa "La riforma Cartabia"*, 2023.

<sup>7</sup> S. BELLINO, *Nuove regole per la costituzione di parte civile durante l'udienza preliminare*, cit., 333 ss.

<sup>8</sup> Così la *Relazione Illustrativa* che, a pag. 90 e 91, riconduce la *ratio* dell'intervento riformatore alla necessità di "agevolare" l'avvocato – normalmente penalista – e quindi "meno pratico" delle dinamiche civilistiche dell'azione.

<sup>9</sup> Art. 1, comma 9, lett. o, L. n. 134/2021: "... prevedere che, salva contraria volontà espressa della parte rappresentata e fuori dei casi di mancanza di procura alle liti ai sensi dell'articolo 100 del codice di procedura penale, la procura per l'esercizio dell'azione civile in sede penale, rilasciata ai sensi dell'articolo 122 del predetto codice, conferisca al difensore la legittimazione all'esercizio dell'azione civile con facoltà di trasferire ad altri il potere di sottoscrivere l'atto di costituzione per garantire il potere di costituirsi parte civile".

<sup>10</sup> Cass. Pen., Sez. U., 21 dicembre 2017, n. 12213 in *CED Cassazione*.

<sup>11</sup> La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite era relativa ad una dichiarazione di costituzione di parte civile non sottoscritta dal difensore titolare, in un caso di assenza di coincidenza delle facoltà di subdelega nelle due procure: la facoltà di subdelega era relativa solo alla procura

zione restrittiva del giudice di legittimità discendeva dalla necessità di tenere distinti i concetti civilistici della *legittimatio ad causam* (la titolarità del diritto) da quella *ad processum* (la capacità di stare in giudizio), mantenuti dal codice di rito penale nel caso di “innesto” dell’azione civile del danneggiato all’interno del processo penale. La giurisprudenza, recependo la prassi, aveva, peraltro, ammesso la legittimità del cumulo delle due procure in un unico atto, pur non escludendone l’autonomia sostanziale<sup>12</sup>.

L’intervento di riforma ha inteso ovviare alle frequenti ipotesi d’invalidità della costituzione di parte civile, dovute alla sottoscrizione e al deposito, ovvero alla presenza in udienza, del sostituto processuale, delegato ai sensi dell’art. 102 c.p.p., senza le richieste formalità. Anteriormente alla novella legislativa appariva indispensabile la manifestazione di volontà della parte, rappresentata attraverso l’inserimento della sua specifica volontà nella procura speciale, come detto cumulabile *uno actu* o con la presenza personale del soggetto titolare del diritto risarcitorio, al momento della costituzione in udienza.

Secondo alcuni commentatori, tale innovazione rappresenterebbe l’unica “modifica favorevole” introdotta dalla riforma, in un quadro di “*complessiva ostilità per la parte civile*”<sup>13</sup>.

L’altra innovazione che ha interessato le “formalità” connesse alla costituzione di parte civile, infatti, incide sul contenuto stesso della dichiarazione di costituzione, che ne esce sensibilmente ampliato. Entra a far parte dei requisiti previsti, a pena di inammissibilità, anche l’esposizione delle ragioni che giustificano la domanda “*agli effetti civili*”<sup>14</sup>.

alle liti e non alla procura all’esercizio dell’azione civile, con conseguente esclusione del potere del sostituto processuale di sottoscrivere la costituzione di parte civile. Sulla legittimità della sostituzione in sede di costituzione, si è, quindi, chiarito che perché “*tale potere sia legittimamente conferito appare necessario e sufficiente che il danneggiato preveda una tale possibilità in capo al difensore-procuratore speciale all’interno della procura di cui agli artt. 76 e 122 cod. proc. pen.*”. Peraltro, con una successiva pronuncia (Cass. pen., Sez. VI, 21 novembre 2019, n. 1228 in *CED Cassazione*) la Suprema Corte aveva, ulteriormente, puntualizzato come “*la presentazione in udienza della dichiarazione di costituzione di parte civile, ove ritualmente sottoscritta dal difensore, munito di procura speciale alle liti, possa essere delegata al sostituto processuale, non assumendo tale atto la natura di atto dispositivo del diritto conteso, ma costituendo mera esplicazione dello stesso mandato alle liti, ove conferito con l’espressa facoltà di avvalersi di sostituti processuali*”. Solo in capo al difensore, titolare della procura alle liti di cui all’art. 100 c.p.p. e anche della procura per l’esercizio della azione civile in sede penale, ai sensi dell’art. 122 c.p.p., era attribuito il potere di delegare ad altri la sottoscrizione dell’atto di costituzione; sempre che tale facoltà non si ponesse in contrasto con la volontà della parte rappresentata “*che abbia escluso la facoltà di nominare altro difensore diverso da quello incaricato*”.

<sup>12</sup> A partire dalla pronuncia delle Sez. U., 27 ottobre 2004, n. 44712 in *CED Cassazione*. A commento della stessa si rinvia A. GUALAZZI, *Il mandato ad litem in sede di appello per il difensore della parte civile*, in *Giurisprudenza. Italiana*, 2005, 11, 2153 ss.

<sup>13</sup> B. ROMANELLI, *La vittima del reato e l’azione civile nel processo penale*, in *Riforma Cartabia, La nuova giustizia penale*, a cura di D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO, cit., 555.

<sup>14</sup> Art. 78, comma 1, lett. d, c.p.p. L’aggiunta è stata operata dall’art. 5, comma 1, lett. b, del D.lgs. n. 150/2022.

Quella che era apparsa come una specificazione solo “pleonastica” della disposizione<sup>15</sup>, sembra aver causato, come definitivamente chiarito dalla Sezioni unite<sup>16</sup>, un clamoroso “ribaltamento” rispetto alla situazione precedente.

Di fronte alla posizione altalenante di dottrina e giurisprudenza sul grado di specificazione della domanda del danneggiato dal reato, il legislatore, in sintonia con le “*forme prescritte per la domanda proposta nel giudizio civile*”, pone come necessaria una precisa determinazione del titolo che legittimi la pretesa ma, soprattutto, della *causa petendi* che specifichi le conseguenze pregiudizievoli<sup>17</sup>.

Le ragioni della domanda dovranno essere illustrate secondo gli stilemi dell’atto di citazione nel processo civile ex art. 163, co. 3, n. 4, c.p.c., con “*l’esposizione in modo chiaro e specifico*” delle stesse<sup>18</sup>.

Non un mero “aggiustamento cosmetico”, dunque. La specificazione inserita nell’art. 78 c.p.p. si pone come la necessaria proiezione, sul piano della domanda di parte civile, della mutata regolamentazione della impugnazione della sentenza agli effetti civili<sup>19</sup>. La riforma ha, infatti, previsto la generalizzata devoluzione dell’impugnazione al giudice civile, ove la stessa afferisca alle sole questioni civili<sup>20</sup>.

In particolare, con l’introduzione del comma 1-bis all’art. 573 c.p.p.<sup>21</sup>, quando la sentenza è oggetto di impugnazione per i soli interessi civili – e l’impugnazione supera il vaglio dell’ammissibilità del giudice d’appello e/o della Corte di cassazione – questi ultimi trasferiscono il processo, rispettivamente, innanzi al giudice civile competente o alla sezione civile della Corte, i quali decidono sulle questioni civili, utilizzando le prove acquisite nel processo penale e quelle, eventualmente, introdotte in sede civile<sup>22</sup>.

<sup>15</sup> B. ROMANELLI, *La vittima del reato e l’azione civile nel processo penale*, in *Riforma Cartabia, La nuova giustizia penale*, a cura di D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO, 556.

<sup>16</sup> Cass. pen., Sez. U., 21 settembre 2023, n. 38481 in *CED Cassazione*.

<sup>17</sup> Per un approfondimento cfr. F. CAGNOLA, G. PAPA, *Requisiti dell’atto di costituzione di parte civile a seguito della riforma Cartabia: l’atto di citazione fa il suo ingresso nel processo penale*, in *Questa rivista*, 31 ottobre 2023.

<sup>18</sup> Testo risultante a seguito delle modifiche apportate dall’art. 3, comma 12, lett. a, n. 2, D.lgs. n. 10 ottobre 2022 n. 149, decorrenti dal 28 febbraio 2023 ed applicabili ai procedimenti instaurati successivamente alla data del 29 dicembre 2022, per effetto dell’art. 35, comma 1, di detto decreto, come modificato dall’art. 1, comma 380, lett. a), legge 29 dicembre 2022, n. 197, con le quali si è inserito appunto l’inciso “*in modo chiaro e specifico*”.

<sup>19</sup> Cass. pen., Sez. U., 21 settembre 2023, n. 38481 in *CED Cassazione*.

<sup>20</sup> In termini, la *Relazione del Massimario* parla evocativamente di “*fil rouge*” delle modifiche introdotte in tema di impugnazione agli effetti civili, 159.

<sup>21</sup> Art. 33, comma 1, lett. a) del D.lgs. n. 150/2022.

<sup>22</sup> M. TORIELLO, *Riforma “Cartabia” ed impugnazioni per i soli interessi civili: le Sezioni Unite sulla non immediata applicabilità dell’art.573, comma 1-bis, c.p.p.* in *Questa rivista*, 12 ottobre 2023.

## 2. L'anticipazione dei termini di costituzione di parte civile.

Un altro nucleo di novità che la riforma Cartabia ha introdotto, in merito all'esercizio dell'azione civile, ha ad oggetto, come noto, i limiti temporali per la sua introduzione del processo<sup>23</sup>.

*È su questo specifico aspetto che si intende dedicare una riflessione più approfondita.*

Con l'art. 5, comma 1, lett. c del D.lgs. n. 150/2022, il legislatore è intervenuto sull'art. 79 c.p.p., anticipando i termini della costituzione di parte civile.

La nuova azione civile deve esercitarsi *“per l'udienza preliminare prima che siano ultimati gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti, o, quando manca l'udienza preliminare, fino a che non siano compiuti gli adempimenti previsti dall'art. 484 cod. proc. pen. o dall'art. 554-bis, comma 2, c.p.p.”*, laddove la precedente formulazione stabiliva, invece, che la costituzione potesse avvenire *“per l'udienza preliminare prima che siano ultimati gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti e, successivamente, fino a che non siano compiuti gli adempimenti previsti dall'art. 484 cod. proc. pen.”*.

Il raffronto fra le due versioni permette di chiarire l'esatta portata dell'innovazione legislativa, che si pone in perfetta aderenza coi criteri direttivi espressi nella legge delega<sup>24</sup>, ripresi, a loro volta, dalle posizioni espresse dalla cd. Commissione di studio Lattanzi<sup>25</sup>.

In sostanza, nella versione pre-Cartabia, la costituzione scontava, in concreto, la possibilità di un doppio termine. Mentre nei procedimenti con udienza preliminare, la persona danneggiata dal reato poteva scegliere di costituirsi in udienza fino all'apertura della discussione<sup>26</sup>, il termine unico ultimativo per la costituzione di parte civile nei processi con citazione diretta a giudizio<sup>27</sup> era rappresentato dal completamento degli adempimenti circa la regolare costituzione della parti ex art. 484 c.p.p.

---

<sup>23</sup> Per una panoramica generale cfr. S. BELLINO, *Nuove regole per la costituzione di parte civile durante l'udienza preliminare*, in AA.VV., *La riforma Cartabia*, a cura di G. SPANGHER, cit., 333 ss.; R. CREPALDI, *L'udienza preliminare*, cit., 221 ss.; F. D'ARCANGELO, *L'udienza preliminare*, cit., 142.

<sup>24</sup> Cfr. art. 1, comma 9, lett. o) della legge n. 134/2021: *«prevedere che, nei processi con udienza preliminare, l'eventuale costituzione di parte civile debba avvenire, a pena di decadenza, per le imputazioni contestate, entro il compimento degli accertamenti relativi alla regolare costituzione delle parti, a norma dell'articolo 420 del codice di procedura penale»*.

<sup>25</sup> Infatti, già nella Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 235, 24 maggio 2021, a cura della Commissione di Studio, presieduta da Giorgio Lattanzi, per la riforma della giustizia penale si osservava, a p. 21, che *“nei procedimenti con udienza preliminare, questa rappresenterà il termine ultimo per la costituzione di parte civile dei legittimati, in modo da consentire a tutte le parti un più effettivo esercizio del diritto alla prova”*. Sul punto anche S. BELLINO, *Nuove regole per la costituzione di parte civile durante l'udienza preliminare*, cit.

<sup>26</sup> Cfr. sul punto Cass. Pen. Sez. III, 17 aprile 2002, n. 21408 in *CED Cassazione*.

<sup>27</sup> Ben rappresentativa della situazione ante Cartabia è la decisione Cass. Pen. Sez. III, 19 novembre 2021, n. 42436, in *CED Cassazione*, secondo cui la parte civile, ove non si sia costituita nell'udienza preliminare o sia stata esclusa dal giudice ai sensi dell'art. 81 c.p.p., può costituirsi, nel corso degli atti introduttivi al dibattimento, prima che si concludano gli accertamenti relativi

Le modifiche introdotte, invece, anticipano, nei procedimenti con udienza preliminare, il termine ultimo per la costituzione di parte civile dei legittimati “*prima che siano stati ultimati gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti*”; con espressa esclusione, quindi, della possibilità di perfezionare la richiesta in una fase successiva, purché antecedentemente alla discussione<sup>28</sup>.

Per i processi che, invece, seguono il rito di cui all’art. 550 c.p.p., il legislatore ha collocato il termine decadenziale nella nuova udienza predibattimentale, concentrando, così, tutte le attività precedenti l’acquisizione probatoria in un momento prodromico a quello della fase dibattimentale vera e propria. Anche per l’udienza predibattimentale, come per quella preliminare, la costituzione può avvenire “*fino a che non siano compiuti gli adempimenti di cui all’art. 554 bis, comma 2*”.

In entrambi i casi, dunque, si individua come barriera preclusiva un momento antecedente alla discussione sull’eventuale rinvio a dibattimento.

Nella diversificazione dei termini per la costituzione, ora introdotti, la norma, come in passato, stabilisce la sanzione della decadenza al mancato rispetto della tempistica.

Non appare neppure percorribile la strada di una possibile rimessione in termini: il danneggiato non è ancora parte del processo, ma, appunto, lo deve diventare, grazie alla tempestiva costituzione di parte civile.

Unica eccezione al rispetto necessario di tale termine è rappresentato dalle ipotesi di modifica dell’imputazione, di cui agli articoli 516, 517 e 518 c.p.p.

Resta, per vero, la possibilità, espressamente richiamata, di costituirsi “*fino a che non siano compiuti gli adempimenti previsti dall’art. 484 cod. proc. pen.*”.

Sul punto, tuttavia, si ritiene di aderire a quanto già evidenziato dalla citata Relazione n. 2/2023, laddove si osservava che “*a dispetto di una formulazione letterale non priva di ambiguità, stante l’uso di un’asettica disgiuntiva tra*

alla regolare costituzione delle parti prevista dall’art. 484 c.p.p. e non successivamente, quando sia iniziata la fase della discussione delle questioni preliminari di cui all’art. 491, comma 1, c.p.p., la quale, facendo riferimento anche a quelle concernenti la costituzione di parte civile, presuppone che, in tale momento processuale, detta costituzione sia già avvenuta.

<sup>28</sup> Come ricordato, la giurisprudenza di legittimità individuava il termine finale stabilito dalla legge, a pena di decadenza per la costituzione di parte civile in sede di udienza preliminare, nel momento in cui il giudice dichiarava aperta la discussione ai sensi dell’art. 421, comma 1, c.p.p. (ex pluris cfr. Cass. pen., Sez. III, 17 aprile 2002, n. 21408, cit.). La Suprema Corte aveva altresì rilevato come fosse “*manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3 e 111 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell’art. 441, comma 2, cod. proc. pen., nella parte in cui non esclude per la parte civile la possibilità di costituirsi nel giudizio abbreviato in un momento successivo alla ordinanza ammissiva del rito speciale, atteso che solo in tale fase la parte offesa può valutare se far valere le proprie pretese di natura civilistica in sede penale, e considerato che l’imputato con la formulazione della richiesta di rito speciale è consapevole della possibile presenza, nel giudizio penale, anche della parte civile.*” Cfr. Cass. pen., Sez. II, 29 gennaio 2020, n. 3819 in CED Cassazione (Fattispecie in cui la Corte ha nuovamente evidenziato che la costituzione di parte civile deve intervenire, a pena di decadenza, entro la “*dichiarazione di apertura della discussione*”).

le due ipotesi, tra le quali non vi è alcuna graduazione di priorità, deporrebbe in senso contrario alla tesi della loro sostanziale equivalenza la funzione ontologicamente riconosciuta dal legislatore alla udienza predibattimentale, quale sedes naturale per la risoluzione di tutte le questioni che abbiano carattere prodromico, diverse da quelle propriamente istruttorie e decisorie<sup>29</sup>.

Un argomento che suffraga tale ipotesi ricostruttiva si evince dal terzo comma dell'art. 554-bis c.p.p., lì dove prescrive che le questioni indicate dall'art. 491, commi 1 e 2 c.p.p. (tra le quali figurano, appunto, quelle inerenti alla costituzione di parte civile) sono precluse se non sono proposte subito dopo l'accertamento della regolare costituzione delle parti; vengono decise immediatamente e non possono essere riproposte nella successiva udienza dibattimentale.

Allo stato parrebbe, pertanto, che, nei procedimenti per reati per cui è prevista la citazione diretta, la sede utile per la costituzione della parte civile potrà continuare ad essere quella introduttiva del giudizio dibattimentale, solo in caso di giudizio immediato, dove l'udienza predibattimentale è espressamente esclusa ex art. 558-bis, ovvero di accesso con il rito direttissimo<sup>30</sup>.

### 3. Riflessioni critiche.

La *ratio* dell'intervento è quello di realizzare uno “sbarramento temporale”<sup>31</sup> che, di fatto, accelera, anticipandola, la cristallizzazione della costituzione delle parti<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del massimario - Servizio penale, *Relazione su novità normativa “La riforma Cartabia”*, 2023, p.144.

<sup>30</sup> Per il procedimento davanti al giudice di pace, stante l'inapplicabilità al rito *de quo* dell'udienza preliminare e della nuova udienza predibattimentale, la novella legislativa non ha prodotto effetti, per cui deve ritenersi ancora valido il riferimento all'art. 484 c.p.p. Sul punto cfr. Cass. pen., Sez. V, 19 aprile 2007, n. 15780: “*in tema di costituzione di parte civile nel procedimento dinanzi al giudice di pace, la norma di cui all'art. 23 d.lgs. n. 274 del 2000, secondo cui la costituzione deve avvenire, a pena di decadenza, con la presentazione del ricorso, opera nel solo caso in cui il processo sia stato introdotto con tale modalità. Negli altri casi, mancando una specifica disciplina, trova applicazione l'art. 79 cod. proc. pen. il quale consente la costituzione di parte civile fino alla fase introduttiva del dibattimento*”. Più di recente anche Cass. pen., Sez. IV, 3 dicembre 2018, n. 54015 in CED Cassazione.

<sup>31</sup> Parla espressamente di “sbarramento” anche la Relazione Illustrativa al 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 *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, n. 245 del 19 ottobre 2022, supplemento straordinario n. 5, 270.

In dottrina, anche B. ROMANELLI, *La vittima del reato e l'azione civile nel processo penale*, cit., 555, riconnette le modifiche all'art. 79 c.p.p. alla “*surrettizia contrarietà alla introduzione di pretese civilistiche nel processo penale*”.

<sup>32</sup> S. LONATI, *L'udienza preliminare, in Riforma Cartabia, La nuova giustizia penale*, a cura di D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO, cit., 698.

Già prima dell'approvazione della legge delega, non erano mancate voci fortemente critiche di tale "appesantimento" dell'udienza preliminare, per la sua natura di camera di compensazione e di snellimento rispetto al dibattimento. Sarebbe stata maggiormente gradita una posticipazione del termine per l'ingresso della pretesa risarcitoria *"allo stadio processuale in cui si tratta di statuire sul tema della responsabilità penale, anziché arretrarlo ad una sede ove ancora è possibile l'esito liberatorio anticipato con la sentenza di non luogo a procedere"*<sup>33</sup>.

La novella legislativa in esame è stata tacciata di irragionevolezza e di rappresentare *"un adempimento potenzialmente inutile"*<sup>34</sup>, giacché l'azione penale potrebbe non superare il vaglio del giudice dell'udienza preliminare; giudizio, peraltro, rafforzato dalla stessa riforma Cartabia.

La riforma, infatti, ha innalzato il livello preclusivo sia della sentenza di non luogo a procedere che di quella predibattimentale di nuovo conio, prediligendo l'idea d'un filtro allo stato degli atti. Come è noto, la nuova e più severa regola di giudizio della *"ragionevole previsione di condanna"*<sup>35</sup>, apre ad un giudizio prognostico di risultato, la condanna, appunto, con la finalità, non troppo celata, di ridurre l'alto numero di assoluzioni in primo grado. Un criterio decisorio che si fa ancora più stringente in caso di udienza predibattimentale, dove vi è una radicale (e irragionevole) assenza di qualsiasi potere integrativo del giudice, che impedisce un suo "soccorso" in caso di azione costruita su basi zoppicanti dal pubblico ministero<sup>36</sup>.

Il nuovo, più rigoroso, termine di costituzione, inoltre, sembra aggravare la posizione del danneggiato dal reato che non rivesta anche la posizione di persona offesa. Non essendo destinatario dell'avviso di udienza preliminare ex art. 419 comma 1 c.p.p. – di cui, pertanto, può avere notizia solo casualmente – il rischio è che il danneggiato possa essere, di fatto, privato della possibilità di agire per il risarcimento del danno nel processo penale<sup>37</sup>. Neppure potrebbe configurarsi, nei suoi riguardi, lo strumento della restituzione nel termine, a rigore riservato dalla legge (art. 175 c.p.p.), come sottolineato, alle sole parti processuali.

Allo stesso modo, l'introduzione della preclusione prima della fase dibattimentale, sembra non garantire adeguatamente il diritto della stessa persona offesa alla prova e la costringe ad una scelta di costituzione "prematura". A

<sup>33</sup> In questi termini D. NEGRI, *L'avvenire nel processo penale. Tre voci a confronto*, in *Legislazione Penale*, 10 aprile 2021, 17.

<sup>34</sup> B. ROMANELLI, *La vittima del reato e l'azione civile nel processo penale*, cit., 559. Sull'opportunità di posticipare l'esercizio dell'azione civile alla fase successiva al rinvio a giudizio si era espresso anche il Consiglio Superiore della Magistratura con parere del 21 settembre 2022.

<sup>35</sup> Per un approfondimento sulla nuova regola di giudizio cfr. G. DELLA MONICA, *Il filtro della ragionevole previsione di condanna*, in *Archivio Penale*, fasc. 2, 6 giugno 2023.

<sup>36</sup> E. Busetto, *Nuova regola di giudizio e integrazioni conoscitive del giudice dell'udienza preliminare: qualche spunto di riflessione*, in *Archivio penale*, 27 marzo 2023, 4.

<sup>37</sup> B. ROMANELLI, *La vittima del reato e l'azione civile nel processo penale*, cit., 559.

ben guardare, l'interesse all'introduzione dell'azione civile nel processo penale potrebbe sussistere solo dopo un primo vaglio dell'ipotesi accusatoria nella sede dell'udienza preliminare o predibattimentale che sia<sup>38</sup>.

Sgravare l'udienza preliminare dalla costituzione di parte civile, per rinviarla in sede dibattimentale, sarebbe stata una scelta più in linea con l'ottica efficientista tanto cara alla riforma.

È opportuno evidenziare, tuttavia, le ragioni delle voci che, invece, hanno sostenuto la bontà dell'anticipazione, sulla scorta del principio di auto-responsabilità del danneggiato. In particolare, l'Unione delle Camere penali: *“la scelta del danneggiato di far valere le sue pretese nel processo penale deve manifestarsi alle soglie del processo. Senza perdita di chance, la parte civile dovrà valutare la sostanza dell'accusa fin dal momento dell'udienza preliminare, e privilegiare l'esercizio dell'azione penale nella sede propria quando la fondatezza dell'accusa penale le appaia dubbia. Simile previsione andrebbe integrata con una preclusione di qualche tipo legata alla sentenza di non luogo a procedere”*<sup>39</sup>.

Non persuadono, invece, le ragioni che riconnettono tale intervento alla necessità di consentire a tutte le parti *“un più effettivo diritto alla prova”*<sup>40</sup>.

Al contrario. La modifica in parola produce, inevitabilmente, un precipitato molto rilevante soprattutto in tema di ammissione della prova orale.

Prima dell'intervento riformatore, la giurisprudenza di legittimità si era, infatti, attestata nel riconoscere alla persona offesa, che si costituiva parte civile fuori udienza, la facoltà di depositare la lista testimoniale prima della notificazione della dichiarazione di costituzione, col conseguente diritto, una volta promossa l'azione civile nel processo, all'ammissione delle prove testimoniali ivi indicate<sup>41</sup>.

Anche in caso di costituzione avvenuta in udienza, la Suprema Corte<sup>42</sup> aveva ritenuto che, nel rito a citazione a diretta, la persona offesa, non ancora costituitasi parte civile, poteva validamente assolvere l'onere di presentazione della lista testimoniale mediante il deposito, prima del termine di sette giorni antecedenti l'udienza, di una memoria ai sensi dell'art. 90 c.p.p. oppure, ancora, mediante il meccanismo dell'indicazione di testimoni ex art. 493, comma 2, c.p.p. laddove non indicabili tempestivamente<sup>43</sup>. Non più ora. Lo sbarramento operativo previsto per la costituzione di parte civile travol-

<sup>38</sup> In particolare, secondo S. LONATI, *L'udienza preliminare*, cit., 699 *“l'ingresso della pretesa risarcitoria andava differito allo stadio processuale in cui si tratta di statuire sul tema della responsabilità penale, anziché arretrarlo definitivamente ad una sede ove è ancora possibile l'esito liberatorio anticipato con la sentenza di non luogo a procedere”*. In proposito si era espresso in precedenza anche D. NEGRI, *L'avvenire del processo penale. Tre voci a confronto*, cit., 17.

<sup>39</sup> Cfr. *Unione delle Camere penali Italiane. Proposte di riforma del processo penale: la posizione dell'Unione*, 1-2 marzo 2019, All. 2, in [www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it), 3-4.

<sup>40</sup> In tal senso si era espressa la già citata *Relazione della Commissione di studio Lattanzi*, 21.

<sup>41</sup> Cass. pen., Sez. IV, 14 gennaio 2011, n. 4372 in *CED Cassazione*.

<sup>42</sup> Cfr. *ex multis* Cass. pen., Sez. VI, 26 novembre 2010, n. 43211 in *CED Cassazione*.

<sup>43</sup> Cass. pen., Sez. IV, 9 ottobre 2019, n.44672 in *CED Cassazione*.

ge anche quello concernente il deposito della lista testimoniale ex art. 468 c.p.p., dal momento che, in presenza di udienza preliminare o di udienza predibattimentale, la persona danneggiata è già necessariamente stata ammessa come parte civile prima della fissazione dell'udienza di dibattimento<sup>44</sup>, con conseguente necessità di indicare i propri testi nei termini di cui all'art. 468 c.p.p.

Per espressa previsione dell'art. 79, comma 3 c.p.p. – anch'esso oggetto di modifica dall'art. 5, comma 1, lett. c, d.lgs. n. 150/2022 – se la costituzione è successiva al termine ex art. 468 c.p.p., la parte civile non può avvalersi della facoltà di presentare le liste dei testimoni, periti e consulenti.

Residua solo l'eventualità che la persona danneggiata debba costituirsi parte civile in sede di giudizio, come nel caso, ad esempio, di rito immediato, entro gli adempimenti ex art. 484 c.p.p. o possa esercitare le facoltà riconosciute in sede di modifica dell'imputazione.

#### 4. Segue: ...e prospettive de iure condendo.

Nel ridefinire le scansioni cronologiche della costituzione, si cela la chiara volontà del legislatore di restringere, il più possibile, la moltiplicazione delle parti processuali; obiettivo comprovato già dai nuovi *parametri di ammissibilità della costituzione di parte civile*<sup>45</sup>, così come dalla innovativa regola del trasferimento della decisione impugnata, ai soli fini civili, innanzi al giudice civile, dopo la verifica imprescindibile sulla non inammissibilità dell'atto svolta dal giudice penale<sup>46</sup>. Ciò, certamente, anche nell'ottica della riduzione dei tempi processuali; ragione portante di tutto l'intervento riformatore<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Resta, per vero, l'eventualità che la persona che si ritiene danneggiata dal reato, a fronte di una prima esclusione disposta dal giudice in udienza preliminare, insista nel richiedere l'ammissione come parte civile ai sensi dell'art. 80, comma 5, c.p.p., entro il compimento degli adempimenti previsti dall'art. 484 c.p.p. Va evidenziato, peraltro, come l'art. 80, comma 5 c.p.p. non sia stato toccato dalla riforma, per cui la disposizione continua a fare riferimento al solo caso di esclusione come parte civile disposta in udienza preliminare, mentre sarebbe risultata utile la specifica di una possibile richiesta di "successiva costituzione", anche all'esito di diniego da parte del giudice dell'udienza predibattimentale. Pur nel silenzio della norma, parrebbe necessario pervenire a tale interpretazione ("estensiva") dell'articolo; in caso contrario si può legittimamente dubitare della tenuta costituzionale della previsione normativa, alla stregua del principio di parità di trattamento e di ragionevolezza (art. 3 Cost.).

<sup>45</sup> Come risultanti all'esito delle modifiche apportate all'articolo 78, comma 1, lett. d), c.p.p. dall'art. 5, comma 1, lett. b), n. 1) del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

<sup>46</sup> Comma 1 bis, art. 573 c.p.p. M. TORIELLO, *Riforma "Cartabia" ed impugnazioni per i soli interessi civili: le Sezioni Unite sulla non immediata applicabilità dell'art. 573, comma 1-bis, c.p.p.*, in *Sistema Penale*, 12 ottobre 2023; G. BIONDI, *La riforma Cartabia e le impugnazioni: le prime questioni di diritto intertemporale sull'applicabilità dell'art. 573, comma 1-bis, c.p.p. ai giudizi in corso*, in *Sistema Penale*, 10 febbraio 2023.

<sup>47</sup> Sul punto il legislatore sembra aver fatto proprio il suggerimento dell'Unione delle camere penali, le quali avevano richiamato la necessità di "*alleggerire i processi dal tema civile, di per sé estraneo in un processo penale di ispirazione accusatoria*"; cfr. *Unione delle Camere penali Italiane. Proposte di riforma del processo penale: la posizione dell'Unione*, 1-2 marzo 2019, All. 2, in

Ed è proprio in questa ottica che l'impostazione adottata sconta un evidente paradosso: la ricercata razionalizzazione dei tempi del processo, anche attraverso una riduzione delle parti, ha condotto ad un ingiustificato appesantimento del filtro dell'azione penale, costringendo la vittima del reato ad una costituzione prima ancora che il giudice abbia potuto saggiare la tenuta dell'imputazione formulata dalla pubblica accusa.

Come già evidenziato, tale scelta sembra disallinearsi con la nuova regola decisoria *post-riforma* Cartabia della “ragionevole previsione di condanna”, non più orientata ad un *favor actionis*, come previsto con la regola dell'utilità del dibattimento, quanto, piuttosto, ad una riduzione dei rinvii a giudizio<sup>48</sup>.

Di fronte alle modifiche apportate dalla riforma al “parametro-filtro”, sarebbe apparsa maggiormente ragionevole una costituzione già “consapevole” dell'esito della fase, successiva all'istaurazione di un giudizio in grado di statuire anche sull'azione civile di risarcimento contestualmente (e consapevolmente), dispiegata nel processo penale.

Al di là della scelta paventata da una certa dottrina<sup>49</sup>, e forse eccessivamente arditamente, di conferire alla persona offesa il ruolo di parte eventuale<sup>50</sup> del processo, sarebbe stato, comunque, auspicabile un ampliamento dei poteri che le competono, anziché una sua prematura e forzata costituzione.

In termini di diritto alla prova, ad esempio, la riforma avrebbe potuto rappresentare la giusta occasione per recepire, definitivamente, il già menzionato indirizzo giurisprudenziale che conferisce alla persona offesa, costituenda parte civile, il diritto di presentazione della lista testimoniale mediante il deposito, prima della notificazione della dichiarazione di costituzione, nel consueto termine di sette giorni liberi antecedenti l'udienza; col conseguente diritto, una volta promossa l'azione civile nel processo, dell'ammissione delle prove testimoniali ivi indicate<sup>51</sup>. Ciò, peraltro, legiferando definitivamente quella che è stata definitiva l'interpretazione estensiva dell'art 90 c.p.p.,

---

[www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it), 3-4.

<sup>48</sup> M. ARCARO, *Dalla sostenibilità dell'accusa in giudizio alla ragionevole previsione di condanna: cambia la regola di giudizio per l'archiviazione e il non luogo a procedere*, in *Questa rivista*, 21 luglio 2022, 21.

<sup>49</sup> S. RECCHIONE, *La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti “eventuali”, la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità*, cit., 90. Sul pericolo, invece, di una destabilizzazione del tradizionale “assetto triadico fondato sulla dialettica pubblico ministero-imputato-giudice” cfr. A. ZAMPAGLIONE, *Alcune rilevanti innovazioni del D.lgs. n. 150 del 2022 sull'imputato, sulla parte civile e sulla persona offesa*, in *Questa rivista*, 14 febbraio 2024.

<sup>50</sup> Per un approfondimento del concetto di parte processuale, come soggetto avanti al quale sia possibile formulare la richiesta di una decisione giurisdizionale cfr. G. TRANCHINA, G. DI CHIARA, *Le “persone” nella struttura del processo penale*, in *Diritto processuale penale*, a cura di F. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, V. ZAPPALÀ, Milano, 2023, 30.

<sup>51</sup> Del resto la Corte EDU ha ritenuto che, nell'ordinamento italiano, la posizione della persona offesa in attesa di costituirsi parte civile, proprio in ragione dei poteri che le sono riconosciuti, non differisca nella sostanza, ai fini dell'applicabilità dell'art. 6 CEDU, da quella della parte civile. Cfr. Corte EDU, *Arnoldi c. Italia*, sentenza 7 dicembre 2017 (ric. n. 35637/2004). Critico sul punto G. DE MARZO, *La tutela della parte offesa non costituita parte civile*, in *Questione Giustizia*, 2019.

comma 1, che riconosce alla persona offesa un potere di “*indicare elementi di prova*”, senza necessità di costituirsi parte civile, e in modo distinto dal deposito delle memorie scritte<sup>52</sup>.

Il riconoscimento di maggiori poteri, in capo alla persona offesa, si porrebbe in linea con il lungo e graduale processo di potenziamento del ruolo della vittima<sup>53</sup>, innescato in ambito sovranazionale<sup>54</sup>, che ha trovato la sua massima espressione, con l'introduzione della disciplina organica della giustizia riparativa<sup>55</sup>, sempre ad opera della riforma Cartabia.

Alla vittima del reato – volendo utilizzare un termine poco gradito e poco utilizzato nel nostro ordinamento<sup>56</sup>, ma che circola, da tempo, nella legislazione europea<sup>57</sup> – viene garantito, sin dal primo contatto con l'autorità pro-

<sup>52</sup> La struttura della norma, oggi, non permette di calarla, *sine glossa*, nella compagine del processo, riconoscendo un autonomo *ius ad loquendum* (oltre le memorie), sia perché il termine “procedimento” (e non processo) potrebbe essere inteso come limitato alla fase delle indagini preliminari, sia perché tale potere, in assenza di una sicura base codicistica, potrebbe non godere di una stabilità, variando da giudice a giudice, in corrispondenza della interpretazione adottata, caso per caso appunto. Così, fra molti, P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Milano, 2017, 83.

<sup>53</sup> Rispetto all'assetto originario del codice, la persona offesa, nella fase delle indagini preliminari, ha visto consolidare, in maniera sempre più incisiva, il proprio ruolo all'interno della dinamica procedimentale. Da un residuale potere di iniziativa e di contributo alle indagini, come era nella formulazione originaria del codice 1988, le sono stati via via attribuiti maggiori poteri partecipativi, oltre ad una più incisiva funzione di stimolo e controllo sull'attività del pubblico ministero e su quella del giudice delle indagini preliminari. Sia con l'intervento legislativo del 2015 (D.lgs. n. 212/2015) che con la L. n. 103/2017, l'offeso dal reato è diventato un interlocutore dell'accusa e del giudice cfr. L. SAPONARO, *L'offeso dal reato, con le rafforzate garanzie, verso una nuova identità*, in *Diritto Penale e Processo*, 2021, 11, 1542 e ss.

<sup>54</sup> Si pensi, per citare i tre atti più importanti, la Risoluzione ONU 12/2002, la Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2018 e la Direttiva vittime UE 29/2012 attuata nell'ordinamento interno con il D.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212; queste due ultime richiamate nella stessa legge delega. Per un approfondimento sul tema L. LUPARIA, *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Milano, 2015.

<sup>55</sup> D.lgs. n. 150/2022. Per un inquadramento della disciplina sulla riforma “riparativa”, fra gli altri, cfr. M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa*, in *Questione giustizia*, 7 febbraio 2023; E. VENAFFRO, *Giustizia riparativa e sistema penale alla luce della riforma Cartabia*, in *La legislazione penale*, 21 dicembre 2023, fasc. 4/2023, 205 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Uno sguardo d'insieme sulla giustizia riparativa*, in *La legislazione penale*, 2 febbraio 2023.

<sup>56</sup> Nel codice penale e in quello di rito il termine “vittima” è riportato solo nell'art. 498, 4-ter comma, c.p.p. e nell'art. 90-*bis* 1 c.p.p., quest'ultimo introdotto dalla legge Cartabia. Sui profili semantici della Riforma Cartabia cfr. A. LORENZETTI, *La riforma Cartabia, fra ottimismo della volontà e pessimismo della ragione*, in *Ambiente e Diritto*, 18-21. Sul nuovo linguaggio del paradigma riparativo, v. anche P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II. «Disciplina organica» e aspetti di diritto processuale*, in *Sistema penale*, 27 febbraio 2023, 7 ss.

<sup>57</sup> La nozione di vittima non coincide esattamente con le figure note al nostro ordinamento di persona offesa e di persona danneggiata o di parte civile. Sembra riferirsi soprattutto alla persona danneggiata ma poi, all'ultimo comma, si opera una estensione di campo, prevedendo che “*i diritti e le facoltà attribuite alla vittima del reato sono riconosciuti anche al soggetto giu-*

cedente, di essere informata, in una lingua a lei comprensibile, della facoltà di svolgere un programma di giustizia riparativa<sup>58</sup>; ciò nell’ottica di una composizione stragiudiziale del conflitto che ha dato origine al reato, nell’ambito della valorizzazione e del potenziamento dei percorsi di *restorative justice*<sup>59</sup>. Un riconoscimento che si arresta quando si scende nell’agone del processo, dove la persona offesa continua ad essere, nonostante i riconoscimenti ottenuti nel tempo, quello che veniva definito, nel vecchio sistema, un “*postulante senza diritti*”<sup>60</sup>. È di tutta evidenza come la tutela della persona offesa dal reato rappresenti un interesse ulteriore, e non contemplato, rispetto a quello della persona accusata e dello Stato ad esercitare la propria potestà punitiva<sup>61</sup>. Ad essere centrale nel progetto costituzionale, infatti, accanto alla finalità della pena (volta alla rieducazione ma anche alla difesa sociale e alla prevenzione), vi è la garanzia della persona indagata, imputata, reclusa, durante il rapporto con l’apparato giurisdizionale e, più in generale, con l’autorità; un rapporto che vede la persona privata della libertà in una situazione di “*minorata difesa*”<sup>62</sup> e, pertanto, di fragilità.

Eppure, la sempre accresciuta sensibilità mostrata nei confronti della vittima di reato, anche dalla giurisprudenza di legittimità, avrebbe potuto, e dovuto, sfociare – senza scardinare l’impianto costituzionale – in un potenziamento del suo ruolo in grado di andare oltre il percorso riparativo, intrapreso fuori dalle aule dei tribunali; strumento, peraltro, al quale l’imputato accede solo riconoscendo la propria responsabilità, senza alcuna attività cognitiva del fatto di reato<sup>63</sup>.

*ridico offeso dal reato*”. La riforma Cartabia in tema di *restorative justice*, col D.lgs. n. 150/2022, introduce, inoltre, i concetti di vittima indiretta e vittima “aspecifica”. Per una visione aggiornata del concetto di vittima, cfr. ex plurimis M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, Milano, 2024, p. 37 e ss; C. VALENTINI, *La vittima del reato sotto la lente della riforma Cartabia*, in *Giurisprudenza italiana*, 2022, p. 984; L. MAGLIARO, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Questione Giustizia*, 9 febbraio 2019. Sulla vittima aspecifica e sulle criticità rispetto alla sua introduzione, cfr. M. BOUCHARD, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa*, in *Questione giustizia*, 7 febbraio 2023, p. 16 ss; P. MAGGIO e F. PARISI, *Giustizia riparativa con vittima “surrogata” o “aspecifica”: il caso Maltesi-Fontana continua a far discutere*, in *Sistema penale*, 19 ottobre 2023.

<sup>58</sup> Art. 90-bis.1 c.p.p. rubricato “*Informazioni alla vittima di cui all’articolo 42, comma 1, lettera b), del decreto legislativo attuativo della legge 27 settembre 2021, n. 134*”.

<sup>59</sup> C. ARDIGÒ, *Verso un “liberalizzazione” dell’incidente probatorio, tra tutela della vittima vulnerabile e salvaguardia delle garanzie difensive*, nota a Cass. Pen., Sez. III, 10 ottobre 2019, n. 47572.

<sup>60</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 276.

<sup>61</sup> A tal proposito, è opportuno ricordare alcuni progetti di legge volti a riconoscere una “costituzionalizzazione” della vittima, con l’inserimento, all’interno dell’articolo 111 cost, di un nuovo comma così formulato: “*La legge garantisce i diritti e le facoltà delle vittime del reato*”. Si tratta dei D.d.L. cost. A.C. n. 1241, Boato e A.S. n. 742, Casson e altri della XV Legislatura, nonché del D.d.L. cost. A.C. n. 1312, Zanella e D.d.L. A.S. n. 888 – XIX, Parrini e altri della XIX Legislatura.

<sup>62</sup> A. LORENZETTI, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali. Alla ricerca di una soluzione costituzionalmente preferibile*, Milano, 2018, p. 132.

<sup>63</sup> Cfr. P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II. «Disciplina organica» e aspetti di diritto processuale*, in *Sistema penale*, 27 febbraio

Infine, preme sottolineare come, sebbene il legislatore sia libero di non riservare alcuno spazio in sede penale alle richieste di risarcimento del danno derivante da reato – non trovando la costituzione di parte civile una specifica garanzia costituzionale<sup>64</sup> – consentire l'esercizio dell'azione civile nel processo penale rimette al danneggiato, e solo a lui, l'opportunità di avvalersi degli strumenti di indagine e dei mezzi di acquisizione delle prove propri di questo processo, quali, ad esempio, la sua possibile escussione in qualità di teste, opzione esclusa in sede civile. Anche tale riflessione si innesta nell'alveo del più ampio discorso sulla tutela (oggi rafforzata) della vittima del reato, che trova una sua compiuta attuazione solo lasciando, in capo alla vittima-danneggiata, il diritto di scelta tra i due giudizi.

Ecco, allora, che un eventuale ripensamento – che consenta al danneggiato dal reato di esperire l'azione civile, in sede penale, in tempi maturi – lungi dal costituire un segno di “schizofrenia normativa”, rappresenterebbe la prova di un legislatore responsabile ed attento valutatore (e critico) delle proprie mosse, anche, e soprattutto, quando l'obiettivo sperato non appare concretamente raggiunto e le finalità ricercate non sono state adeguatamente implementate dalle soluzioni adottate.

---

2023, 17; V. BONINI, *Evoluzioni della giustizia riparativa nel sistema penale*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, 116; E. VENAFRO, *Giustizia riparativa e sistema penale alla luce della riforma Cartabia*, in *Legislazione Penale*, 4/2023, 219. Si consenta anche S. GRIECO, *Giustizia riparativa, vaglio giudiziale e vulnerabilità. Una convivenza difficile* in *Studium Juris*, fasc. 6/2024.

<sup>64</sup> Il diritto di “*agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*” (art. 24 Cost.) può senza dubbio essere esercitato nel “*giusto processo regolato dalla legge*” (art. 111 Cost.) civile o amministrativo; non necessariamente in quello penale. Così Corte cost., sentenza del 3 aprile 1996, n. 98, con nota di D. POTETTI, *Modifica dell'imputazione e costituzione di parte civile* in *Cassazione penale*, 1996, 2481. L'affermazione è ribadita in Corte cost., ordinanza del 16 aprile 1999, n. 124. Cfr. anche Corte cost., sentenza del 28 febbraio 1996, n. 60 con nota di P. RIVELLO, *Dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale l'art. 270 c.p.m.p.*, in *Cassazione penale*, 1996, 1742, che impediva la costituzione di parte civile nel processo penale militare.



# LE CONSEGUENZE DI UNO SLOGAN CHE DIVENTA LEGGE: LA DIFESA DOMICILIARE

Giuseppe Maria Palmieri\*

**Sommario:** 1. Un emblematico caso di vendetta successiva ad un'“aggressione domiciliare”. - **1.1.** La convinzione dell'imputato di aver agito “secondo diritto”. - **2.** La traduzione dello *slogan* politico in provvedimento legislativo. - **3.** Le distorsioni di natura criminogena che possono derivare da una prevenzione situazionale realizzata mediante diffusione di armi - **4.** Una legislazione disfunzionale rispetto al perseguimento del fine fondamentale.

## ABSTRACT

Il lavoro tratta di un recente caso giurisprudenziale in tema di “difesa domiciliare”, in cui l'agredito, ritenendo di farsi giustizia da sé, reagisce in maniera del tutto arbitraria. Il caso risulta emblematico in rapporto agli esiti che possono scaturire dalle riforme in tema di legittima difesa del 2006 e del 2019, in ordine al disorientamento culturale che esse comportano.

*The paper deals with a recent case of “domicile defense”. The man who was initially attacked, to get private justice, reacts in definitely arbitrary and illegitimate way. This case represents one of the possible consequences of 2006 and 2019 self-defense law reforms with regard, also, to cultural disorientation.*

## 1. Un emblematico caso di vendetta successiva ad un'“aggressione domiciliare”.

Nel video registrato dalle telecamere di sorveglianza si vede l'imputato uscire dalla porta della propria gioielleria, dopo aver subito la rapina, quando i tre rapinatori si trovavano già nei pressi dell'autovettura al fine di darsi alla fuga. L'imputato esplose numerosi colpi di pistola all'indirizzo dei tre, realizzando un duplice omicidio volontario e un tentato omicidio nei confronti del terzo rapinatore che, seppur ferito, riesce a scappare e mettersi in salvo.

---

\* Professore associato di diritto penale presso il dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II.

All'esito di un dibattimento la cui ricostruzione probatoria non ha presentato alcun profilo di incertezza, in quanto la dinamica è stata integralmente videoregistrata, l'imputato è stato condannato alla pena di diciassette anni di reclusione per i reati di duplice omicidio volontario e tentato omicidio, e per aver portato illegalmente armi in luogo pubblico.

Le risultanze dibattimentali rivelano una spietata aggressione da parte della iniziale vittima nei confronti dei tre rapinatori che, al momento della violenta reazione, non stavano tenendo alcuna condotta pericolosa per l'incolumità né del proprietario della gioielleria, né di alcun terzo; anzi, erano semplicemente disarmati ed intenti alla fuga.

Il gioielliere, successivamente alla consumazione della rapina, li rincorre ed esplose più colpi di pistola, sia all'interno della vettura, colpendo in maniera non letale il fuggitivo che era al posto di guida e che poi riuscirà a mettersi in salvo, sia, da distanza ravvicinata, alle spalle degli altri due, attingendone organi vitali. Uno di questi si accascia a terra e decede immediatamente; l'altro, che resta in vita qualche momento in più, risulta vittima di un significativo accanimento da parte del gioielliere, che probabilmente rappresenta il momento di maggiore spietatezza dell'intera vicenda.

Infatti, l'imputato, non soltanto, dopo aver colpito i fuggitivi in maniera evidentemente letale, l'imputato, non essendo resosi conto di aver già sparato tutti i colpi a sua disposizione, continua a premere il grilletto a vuoto ma, per di più, quando uno di essi, nel tentare la fuga dopo essere stato colpito, cade riverso a terra quasi esanime, si accanisce con violenza contro di lui, sferrandogli tre violenti calci al volto, mentre questi non risulta in grado di opporre alcuna seria resistenza, ma con un ultimo moto di energie, si alza in piedi, prova ad iniziare una colluttazione, ma subito si allontana verso il centro della strada e stramazza esanime sull'asfalto<sup>1</sup>.

### 1.1. La convinzione dell'imputato di aver agito "secondo diritto".

La pena per il gioielliere è stata determinata partendo dalla pena base minima per il primo omicidio, di anni ventuno di reclusione, diminuita per la concessione dell'attenuante dello stato d'ira determinato dal fatto ingiusto altrui, ulteriormente diminuita per il riconoscimento delle attenuanti generiche, poi aumentata per il vincolo della continuazione con i reati di cui agli altri capi d'imputazione.

Risultano degni di nota i motivi per cui sono state riconosciute le circostanze attenuanti generiche.

Infatti, in sentenza si legge che queste vengono ritenute sussistenti in quanto l'imputato ha partecipato alle udienze processuali ed ha risarcito parzialmente il danno già prima della sentenza di primo grado; tuttavia, e questo

---

<sup>1</sup> Corte di Assise di Asti, n. 2/2023, del 4.12.2023, dep. il 28.02.2024.

è l'aspetto rilevante, i giudici<sup>2</sup> affermano che «nel valutare la concessione del beneficio, deve considerarsi quanto, anche nel corso del processo, l'imputato abbia dichiarato agli organi di stampa, [ossia] interviste acquisite al fascicolo del dibattimento, nel corso delle quali egli ha manifestato la propria convinzione di aver agito correttamente».

Ed infatti, ancora, tra le motivazioni della sentenza viene riportato che, successivamente alla consumazione della rapina, l'imputato effettua una telefonata al numero di emergenza ed esclama: «Due morti, ne ho ammazzati due!»; e dalla ricostruzione dei fatti, i giudici ricavano che l'imputato ritiene di aver agito (piuttosto che in osservanza dei tradizionali parametri della legittima difesa) per assicurare alla giustizia i rapinatori che si stavano dando alla fuga ed al fine di farsi giustizia da sé<sup>3</sup>.

Dunque, il dato più allarmante che può ricavarsi è che sembra che l'imputato ritenga di aver agito in conformità con l'ordinamento giuridico<sup>4</sup>.

## 2. La traduzione dello *slogan* politico in provvedimento legislativo.

Le brutali modalità di realizzazione della fattispecie concreta del noto caso di cronaca risultano degne di riflessione, non tanto per le motivazioni della relativa sentenza della Corte di Assise di Asti, che in termini di diritto non aggiungono molto a quanto già diffusamente analizzato ed affermato in dottrina e giurisprudenza in tema di applicazione dell'art. 52 c.p., e che escludono la configurabilità della cosiddetta difesa domiciliare, in quanto l'arma da fuoco è stata utilizzata fuori dai luoghi previsti dalla relativa disciplina<sup>5</sup>; quanto, piuttosto, perché rappresentano con chiarezza il rischio che può derivare da una comunicazione mediatica superficiale relativa a una riforma legislativa che presenta profili di incostituzionalità<sup>6</sup> e che rischia di rappre-

<sup>2</sup> Corte di Assise di Asti, n. 2/2023, cit., p. 39.

<sup>3</sup> Corte di Assise di Asti, n. 2/2023, cit., pp. 31, 33.

<sup>4</sup> V., *infra*, par. 4.

<sup>5</sup> Corte di Assise di Asti, n. 2/2023, cit., 34.

<sup>6</sup> Sui profili di incostituzionalità caratterizzanti la riforma della "difesa domiciliare" del 2019, per tutti, R. BARTOLI, *Verso la "legittima offesa"?*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2019, 17 ss.; F. CONSULICH, *La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2019, 1 ss.; G. FLORA, *La difesa è sempre legittima?*, in *Discrimen*, 11.06.2019, 1 ss.; M. GALLO, *La difesa è legittima: sì, ma quando?*, in *Arch. pen.*, 2/2019, 341 ss.; A. GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l'art. 2 CEDU*, in *Legislaz. pen.*, 14.02.2019, 1 ss.; G.L. GATTA, *Legittima difesa nel domicilio: considerazioni sui profili di legittimità costituzionale, a margine della lettera con la quale il Presidente della Repubblica ha comunicato la promulgazione della legge n. 36 del 2019*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2019, 1 ss.; M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, in *AIC*, 5/2019, 106 ss.; D. PULITANO, *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2019, 205 ss.; L. RISICATO, *Le interferenze tra antiggiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, in *Legislaz. pen.*, 28.06.2019, 1 ss.; per posizioni dalla analoga natura, già espresse con riferimento alla riforma del 2006, si

sentare un sovvertimento dei valori fondamentali del nostro ordinamento, sui quali dovrebbe fondarsi proprio la legittimità della difesa<sup>7</sup>.

Se la difesa non viene realizzata nell'osservanza dei principi fondamentali affermati a livello costituzionale, già in termini definitivi non può dirsi legittima.

Eppure, non è questo il messaggio, poi tradotto in legge, dei sostenitori delle riforme del 2006 e del 2019<sup>8</sup>, mediante cui vengono strumentalizzati ed ingigantiti, in maniera artificiosa, alcuni, non numerosi, episodi di cronaca<sup>9</sup>.

«Se qualcuno viola la casa altrui, costui deve sapere di non avere scampo», in quanto «è chi intende aggredire a dover valutare attentamente i rischi che può correre»<sup>10</sup>; «è giunta l'ora di prendere finalmente posizione per le autentiche vittime del crimine, rappresentate dai cittadini onesti, i quali debbono avere la possibilità di difendere i propri beni patrimoniali anche quando ciò dovesse comportare (...) l'uccisione dell'aggressore»<sup>11</sup>.

vedano, fondamentali, A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (cd. "sproporzionata" o "allargata")*: molto fumo e poco arrosto, in *Dir. pen. proc.*, 4/2006, 434 ss.; G. FLORA, *Brevi riflessioni sulla recente modifica dell'art. 52 c.p.: il messaggio mass mediatico ed il "vero" significato della norma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 2006, 461 ss.; M. GALLO, *La legittima difesa continua a piacer poco agli italiani*, in *Crit. dir.*, 2-3-4/2005, 174 ss., 176; F. MANTOVANI, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2006, 432 ss.; V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 826 ss.; T. PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze*, in *Guida dir.*, 13/2006, 52 ss.; C.E. PALIERO, *La legittima difesa territoriale (ovvero un paradigma fondato sulla sproporzione)*, in *Leg. pen.*, 1/2006, 569 ss.; F. VIGANÒ, *Sulla 'nuova' legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 189 ss.

<sup>7</sup> Sugli effetti criminogeni delle riforme in tema di "difesa domiciliare", e delle modalità mediatiche mediante cui sono state promosse, per tutti, A. CAVALIERE, *Legittima difesa: verso una maldestra riforma populista?*, in *Studi quest. crim. online*, 10.05.2017, 1 ss.; F. SCHIAFFO, *La privatizzazione della sicurezza nella recente legislazione italiana*, in *Crit. dir.*, 1-2/2011, 67 ss.; A. VALLINI, *I nuovi spazi della legittima difesa nel panorama di un diritto penale mediatico*, in AA.Vv., *La riforma della legittima difesa e della recidiva tra teoria e prassi*, a cura di C. Piemontese, Pisa 2008, p. 11 ss.

<sup>8</sup> «Che io ricordi, non era mai accaduto che lo stile mediatico della comunicazione politica trovasse accoglimento, in modo letterale, in un testo normativo», afferma M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., 114.

<sup>9</sup> Sul governo tramite la creazione della paura della criminalità, v. J. SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Oxford 2007 (Milano 2008), pp. 26-27; F. PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2020, 701 ss., cit., 704; F. SCHIAFFO, *La privatizzazione della sicurezza nella recente legislazione italiana*, cit., 74 ss.

<sup>10</sup> Dichiarazioni raccolte in F. VIGANÒ, *Sulla 'nuova' legittima difesa*, cit., 195-196; critici, in ordine a tali posizioni di legittimazione dell'uso della forza anticipato da parte del privato, tra gli altri, R. BARTOLI, *Verso la "legittima offesa"?*, cit., 21; F. SCHIAFFO, *La privatizzazione della sicurezza nella recente legislazione italiana*, cit., 74; A. DE GIORGI, *Introduzione all'edizione italiana*, in J. SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, cit., p. XXIV; W. HASSEMER, *Stiamo andando verso un diritto penale del nemico?*, in AA.Vv., *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli 2011, pp. 83 ss.; per un differente angolo di visuale d'oltreoceano, per tutti, F. HALLOFF, *Self-defense without imminence*, in *Amer. crim. law rev.*, 56/4, 2019, 1527 ss.

<sup>11</sup> Intervento del 19 ottobre 2004 del all'ora senatore Valditara, riportato in F. VIGANÒ, *Sulla 'nuo-*

È questo il tenore di molti interventi parlamentari a sostegno della riforma del 2006, che si riscontra anche in quelli riferiti alla riforma di tredici anni dopo, e che rischia di rappresentare un'istigazione all'uso della violenza, con conseguenti effetti criminogeni<sup>12</sup>.

La narrazione politica e mediatica che viene portata avanti è quella di un'emergenza derivante dal dilagare di una criminalità predatoria realizzata da certe categorie di persone, di regola appartenenti alle sfere più emarginate della società, in cui la vittima (sovente appartenente a sfere sociali meno svantaggiate), isolata, non risulta in grado di difendersi<sup>13</sup>.

Dunque, viene affermato che «branchi di uomini feroci (...) non esitano a versare sangue innocente ed inerme, ad uccidere e torturare»; che è necessario fare «una riflessione sulle tante azioni violente perpetrate da irregolari e clandestini (...), tese innanzitutto all'impossessamento dei beni»; nonché, che bisogna «ricordare le tante vittime portate alla ribalta nazionale dalla recente cronaca criminale: persone uccise nell'esecuzione di azioni criminali portate a termine, nei più efferati modi, da clandestini che soprattutto nel nord Italia hanno invaso case serene, incustodite, violate nella serenità di una notte»<sup>14</sup>.

Ebbene, il caso in esame non soltanto inverte del tutto i termini di tale narrazione mediatica, laddove la condotta spietata è tenuta dal cittadino appartenente alla categoria sociale che i politici proponenti le riforme avevano in mente di proteggere; ma, probabilmente, rappresenta emblematicamente proprio i rischi che possono derivare da opzioni politico-legislative quali quelle caratterizzanti le riforme dell'art. 52 c.p.

Si tratta di opzioni che, nella inosservanza della natura personalistico-solidaristica della nostra Costituzione, affermano, piuttosto, una visione individualistica dell'ordinamento, fondata su una su una ipervalutazione, quasi su concezione sacra, del domicilio – compresi i luoghi ad esso equiparati ex art. 52 co. 3 c.p. –, e del patrimonio privato<sup>15</sup>.

---

va' *legittima difesa*, cit., 198; sulla strumentalizzazione simbolica del ruolo della vittima, per finalità di emotivizzazioni collettive, v., D.W. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo* (2001), Milano 2004, 70 ss.

<sup>12</sup> Per tutti, L. RISICATO, *Le interferenze tra antiggiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., 18.

<sup>13</sup> Sul forte allarme sociale che è in grado di destare la criminalità predatoria, e sulle relative connessioni con le sensazioni di ansia e paure dei consociati, v., C. LONGOBARDO, *I reati predatori contro il patrimonio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2020, 888 ss., 889.

<sup>14</sup> Per una efficace ricognizione critica di tali posizioni, v., F. VIGANÒ, *Sulla 'nuova' legittima difesa*, cit., 194-195.

<sup>15</sup> Sui riflessi in ambito penale dello sviluppo «di una cultura individualistica e consumistica, in parallelo con la progressiva disgregazione del sentire solidaristico», v., C. LONGOBARDO, *I reati predatori contro il patrimonio*, cit., 895; peraltro, c'è da osservare che la prima riforma della legittima difesa si pone in continuità, tra le altre, con l'introduzione, ad opera della l. n. 128/2001, del nuovo art. 624 bis c.p., disciplinante un'autonoma ipotesi di reato corrispondente al "furto in abitazione", caratterizzata da un regime sanzionatorio più severo della corrispondente ipotesi aggravante precedentemente prevista al n. 1 dell'art. 625 c.p., che fu contestualmente abrogata; sul tema, v., D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa. Tra modelli*

Dal momento che la possibile necessità di difesa all'interno del proprio domicilio non nasce con le riforme, ma ben poteva già realizzarsi secondo i parametri di legittimità contenuti nel primo comma dell'art. 52 c.p.<sup>16</sup>, deve dedursi che, con l'aggiunta dei successivi commi, il legislatore abbia inteso affermare il messaggio secondo cui «chi entra illegittimamente in casa mia può uscirne morto»<sup>17</sup>.

Si tratta di una rappresentazione allarmistica per fini propagandistici, mediante cui sono state prospettate una emergenza ed una retorica, ispirate alla *Castle doctrine*<sup>18</sup>, ed al principio dello *Stand your ground*<sup>19</sup>, di derivazione angloamericana che, alla luce dei dati giurisprudenziali, non corrisponde alla realtà, e dunque non si giustifica<sup>20</sup>.

### 3. Le distorsioni di natura criminogena che possono derivare da una prevenzione situazionale realizzata mediante diffusione di armi.

Anche volendo ammettere le reali intenzioni preventive manifestate dai sostenitori delle riforme, non può trascurarsi il dato secondo cui le tecniche legislative adoperate e le modalità caratterizzanti la relativa narrazione determinano il rischio di una distorsione riguardo agli effetti auspicati.

---

*presuntivi e tensioni soggettive*, Torino 2020, 11 ss.

<sup>16</sup> Per tutti, T. PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze*, cit., 52 ss.

<sup>17</sup> V. R. BARTOLI, *Verso la "legittima offesa"?*, cit., 21; l'A, peraltro, evidenzia anche come tale identificazione del domicilio con un luogo assolutamente inviolabile, favorisca una riflessione sul parallelo tra le riforme in tema di legittima difesa e la politica criminale predisposta negli ultimi anni per la gestione dei flussi migratori.

<sup>18</sup> Per uno sguardo sulla "*castle doctrine*" di derivazione statunitense, per tutti, E. GRANDE, *Justification and excuse. Le cause di non punibilità nel diritto angloamericano*, in *Dig. disc. pen.* VII, Torino, 1993, 331 ss.; C. CHENG-L.M. HOEKSTRA, *Does Strengthening Self-Defense Law Deter crime or escalate violence? Evidence from expansions to Castle doctrine*, in *Journal of Human Resources*, 48/2013, 821 ss.; sul tema, critico, D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa. Tra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, cit., pp. 144-145, che evidenzia come una normativa caratterizzata da una presunzione assoluta di legittimità della difesa nelle ipotesi di "aggressioni domiciliari" si ponga in contrasto «con le indicazioni fornite dall'art. 2 C.e.d.u. e con il rispetto dei diritti umani sanciti dalle fonti internazionali».

<sup>19</sup> Per tutti, v., F. HALLOFF, *Self-defence without imminence*, cit., 1527 ss.

<sup>20</sup> Per una utile analisi dei dati giurisprudenziali in materia, v., L. ROSSI, *La legittima difesa domiciliare all'esame di vent'anni di giurisprudenza di legittimità*, in *Sist. pen.*, 1 marzo 2022, 1 ss.; per una indagine critica sulla percentuale di notizie determinanti insicurezza, nei telegiornali di prima serata, v., L. MAGLIARO, *Una riforma semplicemente inutile o anche dannosa?*, in AA.Vv., *Quando la difesa è legittima? Il diritto della paura e la paura del diritto*, a cura di G. Insolera, Milano 2020, pp. 63 ss., 79 ss.; sulla valenza simbolica, strumentale e propagandistica delle riforme in esame, v., G. INSOLERA, *Introduzione*, in AA.Vv., *Quando la difesa è legittima? Il diritto della paura e la paura del diritto* cit., p. XII ss.; L. RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., 1 ss., 19; G. FIANDACA, *Aspetti problematici nel rapporto tra diritto penale e democrazia*, in AA.Vv., *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, cit., 135 ss.

Infatti, com'è noto, le tecniche di prevenzione situazionale – qual'è quella approntata mediante la predisposizione della disciplina in materia di “difesa domiciliare”<sup>21</sup> –, nel rinunciare ad indagare le cause della criminalità che si intende fronteggiare, ma risultando finalizzate soltanto alla rimozione delle occasioni contingenti della stessa, sovente divengono criminogene, talvolta con conseguenze anche più gravi di quelle che sarebbero destinate a prevenire, per via dell’“effetto spostamento” ad esse connesso<sup>22</sup>.

Nel tema che ci occupa, il tentativo di prevenzione viene perseguito mediante armando il ‘guardiano’<sup>23</sup>. E tale intervento si inserisce in un *trend* legislativo più ampio, di diffusione delle armi ed armamento della popolazione, che contribuisce a rafforzare la cultura della violenza e le relative conseguenze criminose<sup>24</sup>.

Di conseguenza, un semplice furto in appartamento può divenire qualcosa di molto più grave<sup>25</sup>. È stato infatti individuato, tra gli altri, anche il rischio di un effetto *boomerang* per la vittima di aggressione domiciliare che, verosimilmente meno esperta nell’uso delle armi, potrebbe avere la peggio nello scontro con l’aggressore; quest’ultimo, a sua volta, prevedendo una probabile difesa armata, potrebbe giungere sul luogo del crimine ancora meglio attrezzato<sup>26</sup>.

Ed ancora, è probabile che anche da furti o rapine in banche o in supermercati (luoghi equiparati al domicilio ai fini della disciplina in esame ai sensi del co. 3 dell’art. 52 c.p.), possano derivare effetti più significativi sul piano dell’offesa a beni personali<sup>27</sup>.

Ma gli effetti criminogeni delle nuove disposizioni vengono dimostrati anche da alcuni casi giurisprudenziali in cui si registra il tentativo di sussumere sotto la nuova disciplina domiciliare comportamenti che vanno ben al di là di una “difesa legittima”, e che dimostrano anche una diffusa, fallace comprensione della portata della norma.

L’incerta formulazione dei nuovi commi dell’art. 52 c.p. ed i numerosi messaggi superficiali trasmessi dal mondo della politica e della comunicazione, hanno indotto parte dei consociati a ritenere di avere il diritto di sparare colpi

---

<sup>21</sup> F. SCHIAFFO, *La privatizzazione della sicurezza nella recente legislazione italiana*, cit., 77 ss.

<sup>22</sup> R. CLARKE, *Situational crime prevention: its theoretical basis and practical scope*, in *Crime and justice: an annual review of research 1983*, 225 ss.

<sup>23</sup> Sulle recenti “politiche securitarie”, che vengono realizzate anche mediante la predisposizione di guardiani, v. A. CAVALIERE, *Neoliberalismo e politica criminale repressiva*, in *Costituzionalismo. it*, 1/2018, 125 ss., 132.

<sup>24</sup> Sul tema degli interventi legislativi improntati alla diffusione delle armi, per tutti, F. SCHIAFFO, *La privatizzazione della sicurezza nella recente legislazione italiana*, cit., 67 ss.

<sup>25</sup> F. SCHIAFFO, *La privatizzazione della sicurezza nella recente legislazione italiana*, cit., 80.

<sup>26</sup> In tal senso, in riferimento al sistema statunitense, A. LA SPINA, *Aux armes, citoyens! Lezioni dagli Stati Uniti e dall’Australia*, in AA.VV., *Quando la difesa è legittima? Il diritto della paura e la paura del diritto*, cit., 87 ss., 96 ss.

<sup>27</sup> Per tutti, F. VIGANÒ, *Sulla ‘nuova’ legittima difesa*, cit., 221 ss., 223-224; per un diverso ordine di idee, M. RONCO, *Legittima difesa*, in *Dig. disc. pen.*, IV Agg., Torino 2008, 640 ss., 652.

di pistola, purché legittimamente detenuta, contro una persona, in presenza di qualsivoglia forma di aggressione, anche molto remota, ed anche rivolta soltanto al patrimonio<sup>28</sup>.

E così, in più d'una circostanza, si è assistito a episodi in cui il soggetto legittimamente presente nel proprio domicilio esplose colpi di arma da fuoco contro persone che hanno oramai interrotto il tentativo di furto, che sono oramai in fuga, che non rappresentano più un pericolo neppure per i beni patrimoniali, o che addirittura debbano ancora intraprendere l'*iter criminis* penalmente rilevante<sup>29</sup>.

Nel 2013, è stato condannato per tentato omicidio un soggetto che sparò dal balcone di casa propria, con un fucile a pompa legalmente detenuto, alle spalle di una persona che oramai stava fuggendo dopo un tentato furto di automobile<sup>30</sup>. È stato condannato per omicidio volontario il soggetto che, sempre nel 2013, dopo una lunga caccia all'uomo per le strade, sparò con il proprio fucile legalmente detenuto ed uccise la persona che alcune ore prima si era introdotta nella casa del fratello.

Ancora, è del 2019 l'episodio del tabaccaio di Pavone Canavese (Torino) che dal balcone della propria abitazione, senza che vi fosse alcun rischio per la propria o altrui incolumità, ha sparato un intero caricatore dell'arma da lui regolarmente detenuta contro tre persone che stavano tentando di rubare dalla tabaccheria una macchinetta cambiasoldi, uccidendone una<sup>31</sup>.

Ancor più recente, risalente all'aprile del 2021, il tragico epilogo della rapina nella gioielleria di Grinzane che ha dato spunto alle presenti riflessioni.

Il panorama appena descritto risulta in linea con i dati statistici relativi alla diffusione delle armi, raccolti in Italia nel tempo successivo alla riforma del 2006<sup>32</sup>.

Dall'indagine Eurispes del 2008, infatti, emerge che 4,8 milioni di persone risultavano in possesso di un'arma da fuoco legittimamente detenuta, e da

---

<sup>28</sup> Per tutte, si veda l'ipotesi applicativa di cui a Corte di Appello di Bari, n. 14 del 27.05.2019, in *Cass. pen.*, 3/2020, 1270.

<sup>29</sup> Sulla definizione temporale del requisito della attualità del pericolo di cui all'art. 52 c.p., per tutti, C.F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano 1964, 75 ss., 78; C. ROXIN, *Da quale momento un'aggressione è attuale e dà origine al diritto di legittima difesa?*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, Napoli 1996, 283 ss., 289 ss.

<sup>30</sup> È il noto caso di Walter Onichini che, nell'estate del 2013, dalla propria abitazione, esplose più colpi di fucile a pompa, legalmente detenuto, in direzione di un ladro che stava tentando di rubargli l'automobile. Dopo aver colpito il proprio bersaglio, Onichini caricò la vittima sull'auto e la abbandonò in un luogo isolato lontano dalla propria abitazione, ove fu rinvenuta da alcuni passanti che la trassero in salvo. La Cassazione nel 2021, in conferma della decisione della Corte di Appello di Venezia, condannò Onichini, per tentato omicidio, a 4 anni e dieci mesi di reclusione, a riguardo, v., *Cass. pen. Sez. 1*, n. 46419 del 10/09/2021, dep. 20/12/2021.

<sup>31</sup> Per una sintetica ricostruzione della vicenda, v. [www.lastampa.it](http://www.lastampa.it), 30.05.2024.

<sup>32</sup> F. SCHIAFFO, *La privatizzazione della sicurezza nella recente legislazione italiana*, cit., 79, evidenzia come «due anni dopo la riforma [del 2006], nel Rapporto Italia 2008 dell'Eurispes, risulta un aumento significativo nella diffusione di armi che lo stesso organo di indagine statistica ha rappresentato in termini di "arsenale bellico parallelo"».

una più recente indagine svolta da Small Arms Survey nel 2017 emerge che tra i cittadini in Italia ci sarebbero circa 9 milioni di armi, dunque circa il 15% della popolazione ne deterrebbe una<sup>33</sup>.

Peraltro, si consideri che dal 2002 al 2021 il numero di licenze di porto d'armi "per tiro a volo", dunque, per uso sportivo – la cui concessione risulta più agevole rispetto a quelle per "guardia privata", "uso venatorio", e "difesa personale" – è quasi quadruplicato, crescendo da circa 127.000, a circa 543.000, toccando il picco di circa 586.000 nel 2017<sup>34</sup>. Naturalmente, ognuna di queste licenze risulta adeguata al riconoscimento della "legittima detenzione" ai sensi dell'art. 52 co. 2 c.p.

Tuttavia, mancano comunicazioni trasparenti ed ufficiali, da parte del Ministero degli Interni, in ordine al numero preciso ed alla tipologia di permessi per detenzione di armi da fuoco.

In tale panorama, si ritiene non trascurabile il valore economico di tale mercato, che dal 2010 al 2019 ha registrato un incremento di circa il 23,4%, passando dal valore di circa 50 milioni di euro a poco più di 67 milioni di euro<sup>35</sup>.

Nel 2018, un ampio schieramento politico italiani assunse un impegno nei confronti della "lobby delle armi", concretizzatosi mediante la sottoscrizione del documento di «Assunzione pubblica di impegno a tutela dei detentori legali di armi», a cui seguì la presentazione, in Commissione Giustizia del Senato, del disegno di legge da cui derivò l'ulteriore modifica della disciplina della legittima difesa del 2019<sup>36</sup>.

Tuttavia, in un intervento parlamentare del 2019 si è sentita la necessità di affermare che non si è trattato di una "mancia" a favore delle lobby delle armi, e che non può giustificarsi la posizione degli oppositori della riforma, i quali ritengono che i relativi sostenitori siano a favore di chi le produce, ed agiscono in tal senso «per far guadagnare di più le aziende e le imprese che le producono»<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> [www.smallsurveyarms.org](http://www.smallsurveyarms.org).

<sup>34</sup> Su tale analisi, e sulla semplificazione della disciplina relativa alla licenza di porto d'armi per uso sportivo, v., G. BERETTA, *Il paese delle armi. Falsi miti, zone grigie e lobby nell'Italia armata*, Milano 2022, 89 ss., 92 ss., 95; in riferimento al sistema statunitense, v., ancora, A. LA SPINA, *Aux armes, citoyens! Lezioni dagli Stati Uniti e dall'Australia*, cit., 90.

<sup>35</sup> V., G. BERETTA, *Il paese delle armi*, cit., 105-109.

<sup>36</sup> V., L. MAGLIARO, *Una riforma semplicemente inutile o anche dannosa?*, cit., 82 ss., 83-84.

<sup>37</sup> G. BARTOLOZZI, Verbale Seduta di Assemblea della Camera dei Deputati, n. 136 del 5 marzo 2019, in *camera.it*.

#### 4. Una legislazione disfunzionale rispetto al perseguimento del fine fondamentale.

Riguardo alla disciplina della “difesa domiciliare” di cui all’art. 52 c.p. sono molteplici i profili problematici segnalati in maniera pressoché unanime dalla dottrina<sup>38</sup>, nonché molteplici, e di differente natura, le cause<sup>39</sup>.

Riguardo al tipo di criminalità posta a fondamento delle riforme dai relativi sostenitori, senz’altro il tema è quello della disparità di accesso alle possibilità sociali ed economiche. Pertanto, la risposta dovrebbe essere ricercata in una politica da Stato sociale di diritto orientata alla riduzione delle disuguaglianze<sup>40</sup>; nonché, nella realizzazione del dettato dei principi fondamentali della Costituzione, in osservanza dei quali, andrebbero adempiuti i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale della Repubblica, ed andrebbero rimossi gli ostacoli di ordine sociale ed economico, e dunque anche di natura lavorativa<sup>41</sup>, che, limitando l’uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona.

Riguardo, invece, alle modalità mediante cui è stata data forma alle nuove disposizioni in tema di “difesa domiciliare”, sembra essersi trattato di un circolo vizioso che caratterizza non soltanto questo settore.

Gli slogan politici, adottati per fini propagandistici, vengono amplificati dai media, per fini economici; si crea, in tal modo, una narrazione dell’emergenza<sup>42</sup> e della paura, in presenza della quale risulta più facile aggregare le coscienze dei consociati, oramai intimoriti, intorno a leader apparentemente forti e autoritari, che sbandierano politiche di sicurezza di tipo muscolare<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> V., *supra*, nota n. 6.

<sup>39</sup> S. MOCCIA, *Contesto culturale e “teoria generale del reato” di Franco Bricola*, in *Crit. dir.*, 2/2023, 15, evidenzia come «dietro i meri fenomeni normativi vi è un mondo ben più vasto. La disposizione del diritto positivo va considerata come la punta di un iceberg; e, per comprendere a pieno il testo di legge, bisogna, dunque, considerare quel tanto che si cela sotto la superficie».

<sup>40</sup> Sul tema, per tutti, A. CAVALIERE, *Neoliberismo e politica criminale repressiva*, cit., 132; M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali, e discorsi pubblici sulla pena*, in *Jus17@unibo.it, Studi e materiali di diritto penale*, Bologna 2014, 11 ss.

<sup>41</sup> Per tutte, recenti, si vedano le raffinate e sensibili riflessioni di F. SCHIAFFO, *Postfazione*, in *Udepe: Progetto Ponte 2022*, Salerno 2022, 1 ss., 6, che ci ricorda che «“non è solo un lavoro” perché solo un lavoro permette di vivere con dignità e serenamente nel proprio contesto sociale: aiutare a cercarlo e magari offrirlo a chi ne ha bisogno e lo vuole è forse il primo dei “doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale” di cui, ai sensi dell’art. 2 della Costituzione, “richiede l’adempimento” la Repubblica italiana. Che, innanzitutto, è “fondata sul lavoro” (art. 1 Cost.)».

<sup>42</sup> Per tutti, S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1997, 1 ss.

<sup>43</sup> A. CERETTI – R. CORNELLI, *Il diritto a non avere paura. Sicurezza, populismo penale e questione democratica*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1486 ss., 1488; L. FERRAJOLI, *L’abuso del diritto penale nella società della paura*, in AA.VV., *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, a cura di S. Moccia-A. Cavaliere, Napoli 2016, 99 ss., 100, dimostra come negli ultimi decenni il numero dei delitti contro la persona, e anche dei furti, sia diminuito in maniera significativa (p. 101) «eppure in Italia, come in quasi tutti i paesi occidentali, è cresciuta la percezione della insicurezza enfatizzata e sollecitata da quella fabbrica della paura che è diventata la televisione».

Per fini elettorali, si assiste ad una strumentalizzazione del diritto penale, che viene utilizzato come strumento di lotta nei confronti del ‘nemico’, costituito dalle persone più deboli ed emarginate, descritte come gli autori dell’attività criminale predatoria che le riforme intenderebbero contrastare. Essi degraderebbero a soggetti privi dei diritti fondamentali, nei confronti dei quali potrebbe sacrificarsi anche il bene della vita, al fine di salvaguardare anche soltanto beni patrimoniali<sup>44</sup>.

La dimostrazione della sostanziale illegittimità delle riforme del 2006 e del 2019, e del loro fallimento, viene dalla incompatibilità con l’ordinamento da Stato sociale di diritto all’interno del quale queste risultano chiamate ad operare<sup>45</sup>.

Infatti, tali norme non risultano in grado di perseguire il fine fondamentale della funzione della pena, ovvero l’integrazione sociale<sup>46</sup>.

Per le incertezze definitorie che i co. 2 e 4 dell’art. 52 c.p. presentano, le riforme non sembra riescano ad essere efficaci sul piano dell’orientamento culturale e dell’aggregazione dei consensi intorno ai valori fondamentali dell’ordinamento; e neppure può ritenersi che risultino conformi ad esigenze di risocializzazione.

La legittima difesa rappresenta un’eccezione al monopolio statale nell’uso della forza. Non può conferirsi al privato un potere illimitato, una “licenza di uccidere”, che non è riconosciuta neppure allo Stato<sup>47</sup>.

---

Si tratta di una paura in gran parte costruita dalla politica e dai *media*. In contrasto con la diminuzione oggettiva della criminalità, le statistiche ci dicono infatti che la paura è andata crescendo progressivamente, tanto quanto è cresciuto il tempo dedicato dai telegiornali alla cronaca dei delitti»; per uno sguardo d’oltreoceano, v., sul tema si veda, J. SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, cit., 41 ss.

<sup>44</sup> F. PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, cit., 714, parla di «una squalificazione del delinquente come essere umano inferiore, al quale, non soltanto nulla è dovuto dalla comunità, ma che ben può, e deve, essere “scartato” dal consorzio civile moralmente integro».

<sup>45</sup> Sull’acquisizione secondo cui «l’omicidio non può essere scriminato se non per difendere interessi personali», v., A. GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l’art. 2 CEDU*, cit., 15.

<sup>46</sup> S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 83 ss.

<sup>47</sup> Sul tema, fondamentali, A. GARGANI, *Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l’art. 2 CEDU*, cit., 2; *Id.*, *Il diritto di autotutela in un privato domicilio (la riforma della legittima difesa ad opera della l. 59/2006)*, in *Studi Iur.* 2006, 960 ss.; L. RISCATO, *Le interferenze tra antigiusdicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., 4; E. DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi “sacrosante” e sacro valore della vita umana*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 431 ss., 432; A. VALLINI, *I nuovi spazi della legittima difesa nel panorama di un diritto penale mediatico*, cit., 15; M. PELISSERO, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., 110 ss., 118; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova 1979, p. 286; si consideri che per K. GROLMAN, *Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft* (1798), Glashütten im Taunus 1970, 5, sostenitore della teoria penale della prevenzione speciale negativa, la legittima difesa avrebbe da svolgere la funzione di prevenire la realizzazione di ulteriori reati mediante la neutralizzazione fisica dell’aggressore.

Piuttosto che tramite misure populistiche del tipo in esame, in cui, probabilmente, non possono considerarsi assenti neppure interessi economici di differenti settori imprenditoriali<sup>48</sup>, soltanto attraverso una diffusa cultura della legalità di derivazione costituzionale potrebbe perseguirsi una sicurezza inclusiva, e dei diritti di tutti<sup>49</sup>, ma probabilmente non è stato questo il vero fine del legislatore.

<sup>48</sup> Sul valore economico del mercato delle armi, v., V., G. BERETTA, *Il paese delle armi*, cit., pp. 105 ss.

<sup>49</sup> S. MOCCIA, *La sicurezza è accesso ai diritti*, in *Il Manifesto*, 08.02.2019, «Se questa strada non viene intrapresa, se sale il livello della disuguaglianza e della violenza strutturale nella società, non vi saranno le condizioni sufficienti per l'esistenza di un diritto delle garanzie. (...) Si tratta di un modello pseudo-efficientistico, che (...) invece di cercare soluzioni realmente efficaci, aumenta solo la risposta repressiva a detrimento della legalità costituzionale e della stessa sicurezza»; sul tema, si veda lo storico contributo di A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *La bilancia e la misura - giustizia, sicurezza e riforme*, a cura di S. Anastasia-M. Palma, Milano 2001, p. 19 ss.

# INTERVENTI EDILIZI AGEVOLATI E VIOLAZIONI DELLA NORMATIVA: È SEQUESTRABILE IL CREDITO (INDEBITAMENTE OTTENUTO E) CEDUTO ALLA BANCA?

Cass., Sez. VI, 13 novembre 2024, n. 41798 (Pres. – De Amicis; Rel. – Rosati)

Marco Cecchi\*

**Sommario:** 1. *Ritenuto in fatto*. – 2. Ricorso difensivo. – 3. *Considerato in diritto*. – 4. Postilla (minima) a margine.

## ABSTRACT

La Cassazione precisa la diversificata articolazione legislativa caratterizzante il sequestro e, dopo aver affermato qual è il profitto del reato nella condotta ex art. 8 d.lgs. 74/2000, stigmatizza il ragionamento decisorio-motivativo sviluppato *in parte qua* dal provvedimento impugnato... che viene pertanto annullato, con rinvio.

*The Court of Cassation clarifies the diversified legislative framework of seizure and, after stating what constitutes the profit of the crime in the conduct referred to in Art. 8 of Legislative Decree 74/2000, criticizes the reasoning and motivational approach developed in this part of the contested measure... which is therefore annulled, with referral.*

## 1. *Ritenuto in fatto*.

Il tribunale respinge l'istanza di riesame avanzata dall'istituto bancario, confermando il decreto di sequestro preventivo disposto dal g.i.p.

L'atto ablativo ha ad oggetto i crediti per interventi edilizi agevolati ex d.l. 34/2020 (conv. in l. 77/2020 – c.d. bonus facciate) che la banca ha ottenuto dalla cedente so-

---

\* Ricercatore di Diritto processuale penale, Docente a contratto di Procedura penale e Avvocato.

cietà X: la quale ultima, secondo l'accusa, "mediante la creazione di documentazione posticcia, relativa a interventi edilizi in realtà mai effettuati, ha creato l'apparenza dell'acquisizione di [siffatti] crediti d'imposta dai falsi committenti".

A livello procedurale, non risultano indagati né la banca né suoi rappresentanti, amministratori o altre persone fisiche a essa riferibili. Penalmente parlando, si procede - *recte* si sta procedendo, per ogni presunta operazione fittizia - solamente nei confronti dei rappresentanti di diritto e di fatto della società X, dei tecnici compiacenti e dei falsi committenti dei lavori: relativamente ai reati di emissione di fatture o documenti equivalenti per operazioni inesistenti, ai sensi dell'art. 8 d.lgs. 74/2000.

## 2. Ricorso difensivo.

La difesa ricorre in cassazione per due motivi.

Col primo motivo, si contesta la validità dell'originario decreto di sequestro. In particolare, si assume nullo il provvedimento emanato perché viziato "[dal]l'assenza di motivazione sul *periculum in mora* con riferimento alla specifica posizione della banca, soggetto non soltanto estraneo al reato ma altresì da esso danneggiato, che ha agito in buona fede e che risulta ampiamente solvibile rispetto all'importo dei crediti" in questione. Manca, si scrive, "qualsiasi giustificazione della necessità di un'ablazione anticipata rispetto alla statuizione definitiva di confisca, [che sarà] eventualmente adottata all'esito del processo".

Col secondo motivo, si lamenta la violazione dell'art. 321 c.p.p. "per difetto del requisito della pertinenza delle cose sequestrate rispetto alla fattispecie di reato per cui si procede". Per la precisione, si sostiene che "nei reati tributari il profitto confiscabile consiste nel risparmio di spesa realizzato per effetto dell'omesso versamento di quanto dovuto a titolo d'imposta [e che] il sequestro preventivo finalizzato alla confisca presuppone uno specifico, strutturale e non occasionale nesso strumentale tra la cosa e il reato [...] collegamento strumentale tra i crediti sequestrati e il reato di cui all'art. 8 d.lgs. 74/2000 [qua] non ravvisabile, poiché l'utilizzo delle fatture posticce da parte degli indagati, al fine di crearsi l'apparenza di crediti inesistenti, esulerebbe da tale fattispecie criminosa, costituendo una condotta successiva alla relativa consumazione e integrante, semmai, un reato ulteriore (*i.e.* truffa aggravata ex art. 640-*bis* c.p.), per il quale tuttavia non si procede [*recte* non si sta procedendo]". Da ciò, non essendo la banca la persona offesa del delitto tributario, bensì lo Stato, per l'istituto bancario "ne deriverebbe un duplice e ingiustificabile effetto deteriore: giacché non potrebbe difendersi nel procedimento principale, in quanto relativo a una fattispecie di reato che non la riguarda, né potrebbe esercitare i propri diritti risarcitori a norma dell'art. 104-*bis*, co. 1-*sexies* disp. att. c.p.p."

## 3. Considerato in diritto.

Infondato il primo motivo di doglianza; accolto viceversa il secondo, ancorché con sviluppi argomentativi differenti da quelli illustrati dalla difesa nel ricorso.

Avuto riguardo all'apparato motivazionale che deve sorreggere l'atto con cui si dispone il sequestro preventivo, altresì nelle ipotesi in cui lo stesso è finalizzato alla confisca, la Cassazione ribadisce l'insegnamento delle Sezioni unite Ellade (Cass., Sez.

un., 24.06.2021, n. 36959). È necessaria “la concisa motivazione anche del *periculum in mora*”, con la **spiegazione puntuale delle ragioni per cui “nelle more del giudizio il bene potrebbe essere modificato, disperso, deteriorato, utilizzato o alienato”**.

Ad ogni modo, siffatto pericolo – “in linea generale – prescinde dalla disponibilità della *res* da parte dell'autore del reato, **nulla impedendo – in linea di principio – che il sequestro possa essere disposto ed eseguito anche quando il relativo oggetto sia nella disponibilità di terzi o finanche, quantomeno formalmente, sia di loro proprietà**”. Ora, dato che, in assenza di un vincolo, la banca avrebbe potuto e potrebbe legittimamente (“e a prescindere dalla malafede dei suoi organi”) negoziare i crediti *de quibus* sul mercato, i giudici di legittimità ritengono corretto il ragionamento in proposito effettuato dal g.i.p. e successivamente, in conformità coi poteri attribuitigli dall'ordinamento, “solamente integrat[o]” dal tribunale in sede di riesame.

Proseguendo, della decisione esaminata, alla Cassazione “non persuade” l'argomentare che attiene ai presupposti applicativi della misura cautelare reale, dal punto di vista sia formale che sostanziale. Gli Ermellini stigmatizzano la ricostruzione di merito che, “nel suo nucleo essenziale”, può essere così sintetizzata:

i crediti d'imposta generati dalle false fatture costituiscono il profitto del reato

+

la banca cessionaria non può considerarsi soggetto estraneo al reato, poiché ha tratto un vantaggio economico dalla negoziazione di quei crediti (avendone scontato gli importi) e non ha agito incolpevolmente (avendo violato le linee guida dell'Unità informazione finanziaria della Banca d'Italia – U.i.f., che le imponevano una penetrante attività di controllo, invece non effettuata)

=

i crediti possono essere attinti dal sequestro anche se attualmente nella titolarità di soggetto diverso dall'autore del reato/dagli autori del reato.

Sono due, in sostanza, i rilievi critici sollevati dalla Suprema Corte.

1) Anzitutto, un appunto sulla **“natura del sequestro”**: giacché, leggendo l'ordinanza, “non si comprende bene se quest'ultimo sia stato disposto al fine d'impedire l'aggravamento o la protrazione delle conseguenze del reato o la commissione di altri illeciti (c.d. sequestro impeditivo: art. 321, co. 1 c.p.p.) oppure in funzione anticipatoria dell'eventuale confisca (art. 321, co. 2 c.p.p.), e in questo secondo caso di quale tipo di confisca” (diretta: art. 240 c.p.p.; per equivalente: art. 12-*bis* d.lgs. 74/2000?) si tratti, “oppure, ancora, se esso sia strumentale ad ambedue gli scopi”. E la **quaestio**, si badi bene, **“non è soltanto terminologica, o comunque formale”**, perché a seconda che si realizzi/s'intenda realizzare l'una o l'altra specie di sequestro **cambia il possibile oggetto**.

Col “sequestro impeditivo [si possono] attingere le «cose pertinenti al reato», categoria più ampia del «corpo del reato» ma anche del catalogo previsto dall'art. 240 c.p., poiché comprende non solo le cose sulle quali o a mezzo delle quali il reato fu commesso o che costituiscono il prezzo, il prodotto o il profitto, ma anche quelle legate solo indirettamente alla fattispecie criminosa, salvo che si tratti di collegamento puramente casuale”.

Col “sequestro a fini di confisca, è la natura di quest'ultima che delimita il novero delle cose suscettibili di apprensione anche in fase cautelare. Ne discende che, laddove si dia confisca diretta, esse saranno quelle indicate dall'art. 240 c.p., le quali presuppongono tutte un collegamento più o meno stretto con il reato; e, qualora si

tratti di prodotto o profitto di esso, incontrano il limite dell'appartenenza a persona estranea allo stesso. Detto collegamento con il reato, invece, non è necessario in caso di confisca per equivalente, la quale però può colpire solo cose che siano nella disponibilità del reo, quand'anche questi formalmente non ne sia proprietario né abbia sulle stesse un diritto più limitato – reale o personale – di godimento”.

2) A seguire, un ulteriore “profilo che merita di essere rivisto dal Tribunale è quello relativo all'individuazione dei crediti d'imposta oggetto delle false fatturazioni come **profitto del reato**” – ‘profitto’ da intendersi come “**vantaggio economico ricavato in via immediata e diretta dall'illecito**”. Sul punto, viene i) richiamata la giurisprudenza in materia (tra le massimate --> Cass., Sez. un., 27.03.2008, n. 26654; Cass., Sez. un., 25.10.2007, n. 10280; tra le non massimate su questo aspetto --> Cass., Sez. un., 30.01.2014, n. 10561; Cass., Sez. un., 25.06.2009, n. 38691; Cass., Sez. un., 24.05.2004, n. 29952; Cass., Sez. un., 24.05.2004, n. 29951; Cass., Sez. un., 17.12.2003, n. 920) e ii) confermato che “**il criterio selettivo di ciò che può essere confiscato a titolo di profitto è rappresentato dalla pertinenzialità della cosa rispetto al reato**”. Vale a dire che **c'è bisogno a) di una correlazione diretta del vantaggio col reato e b) di una stretta affinità con l'oggetto del fatto criminoso**: perché altrimenti si cade in una indebita “estensione indiscriminata o dilatazione a qualsiasi vantaggio patrimoniale che possa comunque scaturire dall'illecito”.

Ebbene, qual è il profitto del reato nella condotta di cui all'art. 8 d.lgs. 74/2000? **Per chi emette o rilascia fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, al fine di consentire a terzi l'evasione delle imposte o sul valore aggiunto, il vantaggio economico sta “nella remunerazione corrispostagli dal beneficiario della fattura medesima oppure – o anche – nel risparmio sull'imposta dovuta, laddove comunque ottenuto”. Se il credito tributario non viene portato in compensazione (parziale o totale) con l'imposta dovuta o non viene altrimenti monetizzato, allora non si ha alcun vantaggio economico inquadrabile nella nozione di “profitto agli effetti penali”.**

Guardando alla vicenda storica, il profitto lucrato dalla società X è individuabile “non nei crediti ceduti bensì nella remunerazione corrispostale dalla banca, in corrispettivo della relativa cessione”. E visto che la banca non ha colluso nella commissione dell'illecito criminale, ma tutt'al più ha tenuto un comportamento negligente (epperò penalmente irrilevante), non è possibile disporre il sequestro finalizzato alla confisca di tali crediti nei suoi confronti. Di più, sequestrare ex art. 321, co. 2 c.p.p. “sarebbe pure inutile: il vincolo cautelare sui crediti acquisiti dal cessionario, difatti, comunque non consentirebbe di **sottrarre al reo il profitto del reato**, avendolo egli già conseguito [allorché] ha ottenuto dal terzo acquirente il corrispettivo della cessione”. È il corrispettivo della cessione, insomma, il profitto del reato in questo caso: e lo stesso non può essere ricercato presso la banca, ché anzi ha corrisposto alla società X – e quindi ha perso – proprio quella somma che costituisce l'illegale vantaggio penalmente rilevante da sequestrare.

Cionondimeno, si chiosa in sentenza (suggestionati da quanto deciso in un precedente arresto, concernente un'accusa di truffa aggravata ai danni dello Stato – Cass., Sez. III, 21.09.2022, n. 40865), “**potrebbe residuare uno spazio – al più – per un sequestro impeditivo di quei crediti**: potendo questi essere **qualificati come prodotto del reato per cui si procede in quanto effetto della falsa fatturazione o, comunque, cose a esso pertinenti**; ed essendo possibile che la loro libera disponibilità aggravi

le conseguenze del reato, *sub specie* di riduzione delle entrate fiscali: trattandosi di diritti comunque destinati a essere fatti valere nei confronti dell'Erario dall'ultimo dei cessionari eventualmente successivi”.

A fronte di tutte le considerazioni esposte, poiché è inevitabile “che si pronunci il giudice del merito, all'esito di una compiuta ricostruzione del fatto”, la Suprema Corte dispone l'annullamento dell'ordinanza impugnata con rinvio, per nuovo giudizio, all'autorità competente ex art. 324, co. 5 c.p.p.

#### 4. Postilla (minima) a margine.

La pronuncia segnalata ricostruisce in maniera ordinata l'articolata normativa che disciplina il sequestro, fornendo una **lettura chiara di una tematica che non si presta affatto a interpretazioni agevolate** (v., da ultimo, M. Pisati, *Le misure ablativo patrimoniali e le tutele dei terzi nel procedimento penale*, Milano, 2024, 1-136). Peraltro, il contenuto della sentenza attiene a una problematica – quella della cessione dei crediti per bonus edilizi illegittimamente ottenuti – che, con ogni probabilità, occuperà le aule di giustizia almeno per qualche tempo, a partire dai prossimi mesi...

La disamina offerta, poi, si sviluppa secondo cadenze allineate al **principio di proporzionalità**: principio ad oggi sempre più valorizzato all'interno del nostro sistema giuridico (v., sui sequestri: Cass., Sez. un., Botticelli, 2018; Cass., Sez. un. Ellade, 2021; Cass., Sez. un., Cinaglia, 2022).

Infine, e per concludere, è interessante osservare che – nel quinto paragrafo motivativo – Cass., Sez. VI, 13.11.2024, n. 41798 affianca alla **pars destruens** (decostruttiva, per l'appunto, il provvedimento impugnato) una **pars co(n)struens** che, a ben vedere, fornisce al tribunale che si vedrà recapitati gli atti ben più di un suggerimento che tornerà utile a stendere esattamente quella “motivazione supplementare” pretesa dagli stessi giudici di legittimità.



## LESIONI PERSONALI CON MALATTIA FINO A 40 GIORNI DI COMPETENZA DEL GIUDICE DI PACE; UNA SCELTA LEGISLATIVA NON CONDIVISIBILE E CHE MERITEREBBE DI ESSERE RICONSIDERATA

Mario Morra\*

### La sent. n. 12759/2023 delle Sezioni unite.

Con la sentenza n. 12759 del 14/12/2023 (depositata in data 28/3/2024) le Sezioni Unite della Cassazione hanno risolto un contrasto interpretativo che si era posto tra le Sezioni semplici in ordine all'effetto prodotto dall'art. 2, comma 1, lett. b) del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, sull'art. 582 cod. pen. (lesioni personali).

Con la c.d. "riforma Cartabia", come noto, una serie di reati prima procedibili di ufficio sono divenuti procedibili a querela di parte, al dichiarato fine di "decongestionare" il carico degli Uffici giudiziari, evidentemente confidando nella mancata proposizione della querela da parte della persona offesa, nella successiva remissione della stessa nel corso del procedimento o comunque nella possibilità di giungere ad una definizione extragiudiziale del conflitto<sup>1</sup>.

Tra le varie fattispecie su cui ha inciso il d. lgs. n. 150/2022 vi è anche quella di lesioni personali (art. 582 cod. pen.), in relazione alla quale la procedibilità a querela, originariamente limitata a quelle condotte che avessero prodotto una malattia fino a 20 giorni, è stata estesa, in linea generale, alle lesioni sino a 40 giorni, salvo alcune specifiche eccezioni previste.

Il secondo comma dell'art 582 cod. pen., è stato così integralmente riscritto e, mentre prima prevedeva i casi in cui vi era procedibilità a querela di parte, attualmente prevede le ipotesi in cui eccezionalmente il reato è procedibile di ufficio.

---

\* Giudice presso il Tribunale di Milano.

<sup>1</sup> Si veda in proposito la Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149; pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, parte prima, 19 ottobre 2022, nella quale, proprio in relazione al reato di lesioni personali, si osserva: "*L'intervento mira ad ampliare il regime di procedibilità a querela del delitto di lesioni personali senza più condizionare tale regime alla durata della malattia non superiore ai venti giorni (c.d. lesioni lievissime) ... L'intervento, limitato a ipotesi che presentano un disvalore ridotto, incentiva condotte riparatorie o risarcitorie, che favoriscono la remissione della querela o l'estinzione del reato per condotte riparatorie, ai sensi dell'art. 162 ter c.p. Trattandosi di una fattispecie di frequente contestazione, l'effetto deflattivo sul carico giudiziario si annuncia significativo, ancor più in considerazione del fatto che l'intervento di riforma comporta indirettamente un ampliamento della competenza del giudice di pace in virtù della disciplina di cui all'art. 4, co. 1, lett. a) d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, che attribuisce al giudice di pace la competenza per le lesioni personali perseguibili a querela di parte.*"

Senonché, il mancato coordinamento della disposizione così modificata rispetto alla previsione di cui all'art. 4 del d. lgs. n. 274/2000, che attribuisce al Giudice di pace la competenza per i delitti di cui all'art. 582 cod. pen. "*limitatamente alle fattispecie di cui al secondo comma perseguibili a querela di parte*", aveva fatto sorgere un problema interpretativo in ordine all'individuazione di quali reati, dopo la riforma, fossero attribuiti alla competenza del Giudice di pace, dal momento che il "nuovo" comma II dell'art. 582 cod. pen., non prevedeva più alcuna ipotesi di reato "procedibile a querela"<sup>2</sup>.

Le soluzioni astrattamente prospettabili erano essenzialmente tre: a) la prima era quella di ritenere che il Giudice di pace continuasse ad avere competenza per le lesioni fino a 20 giorni, sul presupposto che il contenuto dell'art. 4 d. lgs. n. 274/2000, come cristallizzato al momento della sua introduzione, restasse inalterato anche a seguito delle successive modifiche dell'art. 582 cod. pen., stante il carattere "fisso" (o recettizio) del richiamo a tale norma; b) altra lettura, fatta propria da una pronuncia della V Sezione della Corte di Cassazione<sup>3</sup>, era invece quella di ritenere che la modifica introdotta dal d. lgs. n. 150/2022 avesse comportato la totale eliminazione della competenza del Giudice di pace in materia di lesioni personali e ciò perché, a prescindere da quale potesse essere stata l'intenzione del legislatore, da un punto di vista testuale la modifica dell'art. 582 II co. cod. pen., senza la contestuale riforma dell'art. 4 del d. lgs. n. 274/2000, di fatto comportava che tale ultima disposizione facesse riferimento ad una categoria di reati ormai inesistente (ovvero i reati previsti dal II comma dell'art. 582 cod. pen., procedibili a querela di parte); c) la terza soluzione, seguita dalla giurisprudenza prevalente<sup>4</sup>, era invece quella di ritenere "estesa" la competenza del Giudice di pace a tutte le ipotesi di lesioni procedibili a querela e, dunque, a tutte quelle comportanti una malattia fino a 40 giorni salvo le eccezioni previste.

La Cassazione, nella sua composizione più autorevole, ha posto in evidenza che un'interpretazione letterale e sistematica delle disposizioni sopra richiamate deve indurre a ritenere che il legislatore del 2000 abbia inteso il riferimento all'art. "582 secondo comma" del codice come mero sinonimo del sintagma "lesioni procedibili a querela" e non come connotato di un'autonoma ed ulteriore valenza precettiva, di talché, dovendosi altresì escludere il carattere "ricettizio" del richiamo all'art. 582 comma II cod. pen. previgente in mancanza di qualsiasi elemento indicativo di tale volontà legislativa, deve necessariamente giungersi alla conclusione che attualmente il Giudice di pace sia competente in relazione a tutte le lesioni personali con malattia fino a 40 giorni, salve le deroghe espressamente previste<sup>5</sup>.

### **L'abuso del ricorso alla procedibilità "condizionata"**

Il ragionamento seguito dalle Sezioni unite appare difficilmente contestabile su un piano tecnico, mentre qualche perplessità può essere avanzata in relazione ad un passaggio della motivazione, in cui si tende ad escludere che l'assetto venutosi a

<sup>2</sup> O, per meglio dire, prevedeva come perseguibili a querela le lesioni commesse ai danni dei familiari indicati dall'art. 577 co. I n. 1) e co. II c.p., per le quali, tuttavia, la procedibilità a querela era stata già eliminata per effetto della sentenza della Corte Costituzionale, n. 236 del 2018.

<sup>3</sup> Così, Cass, sez. V, n. 40719 del 20/9/2023.

<sup>4</sup> Cass., Sez. 5, Sentenza n. 12517 del 10/01/2023; Cass., Sez. 5, Sentenza n. 41372 del 05/07/2023.

<sup>5</sup> Cass., S.U., n. 12759 del 14/12/2023.

creare per effetto della riforma “Cartabia” non ponga particolari problemi in termini di adeguatezza di tutela.

La massiccia trasformazione della procedibilità dei reati attuata con la riforma “Cartabia” risponde, come si è osservato, eminentemente ad esigenze deflattive e di efficientismo del processo penale, nel solco di una tendenza già in passato manifestatasi in termini assai ampi ma evidentemente ritenuti non ancora sufficienti<sup>6</sup>.

Tali obiettivi, per quanto assolutamente apprezzabili, rischiano però di far perdere di vista quale sia il reale vantaggio nell’avere un sistema penale non congestionato ed efficace (al di là delle ragioni prettamente “economiche” legate al raggiungimento degli obiettivi fissati con il Piano nazionale di ripresa e resilienza), ovvero quello di garantire una risposta in termini di “giustizia” più rapida ed efficiente, a vantaggio sia di chi è stato leso da una determinata condotta (ed invero lo scopo primario del diritto penale resta pur sempre quello di tutelare i beni giuridici sottesi alle previsioni incriminatrici) sia dello stesso imputato chiamato a difendersi in un procedimento penale.

Abrogare reati, tanto più se presenti invece in tutte le legislazioni occidentali<sup>7</sup>, come pure renderne più difficoltoso il perseguimento o scoraggiarne la perseguibilità, può certamente ridurre i carichi degli uffici giudiziari ma rischia di condurre ad una risposta di giustizia limitata, insoddisfacente e parziale. Magra consolazione, invero, sarebbe quella di avere un processo penale rapidissimo che tuttavia assicuri tutela solo di pochissimi diritti e solo rispetto alle violazioni più macroscopiche degli interessi che una collettività ha ritenuto meritevoli di protezione.

Numerosi sono stati gli interventi critici in relazione a tale parte della riforma “Cartabia” (soprattutto prima che ad alcune delle incongruenze più evidenti si ponesse rimedio con i decreti correttivi)<sup>8</sup>, sottolineandosi in particolare l’eccessivo carico di oneri e responsabilità addossato alla vittima del reato, che il moderno legislatore vorrebbe pervicacemente “combattiva”<sup>9</sup>, non solo nel promuovere l’azione penale, anche per fatti per nulla bagatellari (vincendo le normali resistenze che possono essere legate alla sfiducia verso il sistema giudiziario, ad un personale disinteresse o più spesso al timore di subire ritorsioni in futuro), ma anche di restare salda in tale sua volontà punitiva durante tutto l’arco del procedimento penale (rendendo così ancora più fondato il timore di subire pressioni), senza per di più mai incorrere in condotte

<sup>6</sup> Sul punto possono essere ricordati ad esempio i vari decreti attuativi della c.d. “riforma Orlando”, tra cui il d. lgs. n. 36 del 10 aprile 2018.

<sup>7</sup> Si pensi ad es. al reato di danneggiamento non aggravato, abrogato dal d. lgs. n. 7 del d. lgs. 15 gennaio 2016, ispirato dalla medesima logica della riforma Cartabia, ma da sempre e ovunque contemplato nelle codificazioni penali: cfr. es. art. 303 codice penale tedesco; art. 322.1 codice penale francese; art. 263 codice penale spagnolo, ecc.

<sup>8</sup> Ci si riferisce, ad esempio, alla previsione dell’originaria procedibilità a querela anche per alcuni reati aggravati dal metodo mafioso o realizzati a vantaggio di organizzazioni criminali, oppure all’assenza di una norma che consentisse l’arresto in flagranza anche prima di contattare la persona offesa titolare del potere di querela, ecc.

<sup>9</sup> Sul punto si rimanda alle interessanti considerazioni di L. PARLATO, *Estensione della procedibilità a querela e tutela delle vittime: un binomio complicato*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2023, 7, 861 ss. In tema anche G. DODARO, *Le modifiche alla disciplina della querela*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2023, 1, 63; P. CIPOLLA, *Legge 22/22 e riforma Cartabia a confronto. Ossia, “autoritarismo penale” vs “fuga dalla sanzione*, in *Cass. pen.*, 2024, 6, 2037; D. BRUNELLI, *Giustizia deflattiva e procedibilità a querela nella legge Cartabia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 525.

valutabili come remissione tacita della querela (come ad es. la mancata partecipazione all'udienza nonostante la sua citazione).

È stato altresì correttamente posto in evidenza che una serie di obblighi assunti dal nostro paese con la ratifica di diverse convenzioni internazionali avrebbe dovuto indurre ad una maggiore riflessione in ordine ad una così generale estensione della procedibilità a querela<sup>10</sup>: la Direttiva 2012/29 del Parlamento europeo e del consiglio (che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato), ad esempio, invita tra l'altro gli Stati membri ad *“incoraggiare e agevolare la segnalazione di reati e di permettere alle vittime di rompere il ciclo della vittimizzazione ripetuta”* al fine di *“accrescere la fiducia delle vittime nei sistemi di giustizia penale degli Stati membri e ridurre il numero dei reati non denunciati”*.

Ancor più pregnanti sembrano poi gli obblighi derivanti dalla Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa che, pur essendo precipuamente rivolta alla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, contiene alcune norme di portata più generale, tra cui l'art. 35 (Violenza fisica) che obbliga gli Stati contraenti ad adottare *“le misure legislative o di altro tipo necessarie per penalizzare il comportamento intenzionale di chi commette atti di violenza fisica nei confronti di un'altra persona”*, richiamato poi dal successivo articolo 55 della medesima Convenzione, il quale raccomanda le Parti contraenti di far sì che *“le indagini e i procedimenti penali per i reati stabiliti ai sensi degli articoli 35, 36, 37, 38 e 39 della presente Convenzione non dipendano interamente da una segnalazione o da una denuncia da parte della vittima”*.

La procedibilità a querela peraltro, da un lato, determina palesi disparità di trattamento tra condotte delittuose del tutto analoghe ma che ricevono una risposta sanzionatoria di tipo penale (talvolta anche significativa) o non ne ricevono alcuna esclusivamente in base alla presenza o meno di una manifestazione della volontà punitiva da parte del querelante e, dall'altro, sembra negare in radice la dimensione anche collettiva della sanzione penale, rimettendo all'insindacabile volontà della persona offesa la possibilità di vanificare l'effetto di deterrenza della sanzione e l'esigenza di rieducazione del reo.

Lungi dall'attribuirsi realmente maggiore protezione o rilievo alla posizione della vittima, l'eccessivo ricorso alla procedibilità a querela asseconda in realtà una visione iperindividualista della società, ritagliando in capo alla persona offesa la competenza esclusiva di stabilire, sulla base di valutazioni di pura convenienza, se un determinato comportamento vada o meno perseguito, senza attribuire alcuna considerazione alle esigenze e alle aspettative di protezione da parte della collettività in relazione a future condotte analoghe. In tal modo, tuttavia, viene vanificato l'effetto di prevenzione generale connesso alla minaccia di una sanzione penale, che costituisce invero la più efficace forma di protezione di determinati beni giuridici, quella di prevenirne la lesione.

Appare innegabile, infatti, che una contropinta al delitto molto flebile possa accompagnarsi alla consapevolezza, da parte del reo, che nell'ipotetico caso in cui dovesse essere individuato come responsabile di un fatto di reato (eventualità che, in relazione a determinati delitti, costituisce una percentuale che si aggira intorno al

---

<sup>10</sup> L. PARLATO, *op. cit.*, 4.

5%)<sup>11</sup>, potrebbe sottrarsi al processo penale trovando una forma di accordo con la singola persona offesa o addirittura, anche in mancanza di esso, limitandosi ad offrire il risarcimento del danno cagionato, ottenendo così una declaratoria di estinzione del reato ai sensi dell'art. 162-ter cod. pen.

Si tratta di effetti che, se giustificabili in relazione a condotte marginali e connotate da minima offensività, destano però serie perplessità dinanzi a reati che aggrediscono beni primari della persona e che prevedono l'applicazione di sanzioni penali più elevate.

### **L'inadeguatezza della competenza del Giudice di pace in rapporto al rilievo del bene tutelato dal reato di lesioni**

Se la scelta di estendere la procedibilità a querela per una vasta categoria di reati, anche sanzionati gravemente, si appalesa piuttosto criticabile per le ragioni sopra sinteticamente richiamate, ancor più discutibile, con specifico riferimento al reato di lesioni personali, è la contestuale sottrazione di tale reato alla competenza del Tribunale in favore di quella del Giudice di pace, con tutto ciò che ne consegue in termini di trattamento sanzionatorio applicabile e preclusione del ricorso ad una serie di istituti processuali, tra cui spicca in particolare la possibilità di arresto e l'applicazione di qualsiasi misura cautelare (come noto non contemplati nel processo dinanzi al Giudice di pace).

Onde evitare che la questione venga affrontata su un piano di pura astrazione o con la fredda indifferenza di chi, nello scorrere i dati delle statistiche ministeriali, individui la voce di reato con il più alto numero di pendenze e lo cancelli con un tratto di penna per ottenere il maggiore effetto deflattivo, occorre soffermarsi, almeno minimamente, su quale sia il rilievo attribuibile in una qualsiasi società ed in qualsiasi epoca al bene giuridico della "incolumità individuale" e quale tipo di aggressioni a tale bene si stia facendo riferimento.

Sebbene lo stesso non sia espressamente previsto dalla Costituzione (al pari del bene della "vita"), può ritenersi pacifico che l'incolumità individuale sia tra i beni assolutamente "primari" tutelati dalla nostra Carta, in quanto intimamente connesso alla persona umana, all'integrità della sua sfera non solo fisica ma anche morale, alle possibilità di sviluppo della sua personalità; interessi che costituiscono il centro intorno al quale ruotano tutti gli altri valori costituzionali<sup>12</sup>. Il reato di lesioni personali, del resto, rientra nel novero di quelli che già la penalistica ottocentesca considerava "delitti naturali"<sup>13</sup>, da sempre e ovunque previsti dai sistemi penali.

Il reato di lesioni personali di cui all'art. 582 cod. pen., sanziona appunto un'aggressione a tale bene primario, di tale intensità da tradursi nella causazione di una "mattia", ovvero, secondo la definizione generalmente seguita in medicina legale "un processo morboso, inteso come sequenza di fenomeni che realizza quel complesso

<sup>11</sup> Secondo l'Istat nel 2023 sono stati denunciati 1.021.116 furti, di cui 52.951 con autore noto, cfr. [www.dat.istat.it](http://www.dat.istat.it).

<sup>12</sup> Si veda MANTOVANI, *Diritto penale, delitti contro la persona*, Padova, 1995, 144; PREZIOSI, *I delitti di percosse e lesioni*, a cura di Ramacci, Torino, 1997; MARINI, *I delitti contro la persona*, Torino, 1996.

<sup>13</sup> F. DE COLA PROTO, *Il reato di lesioni personali*, Messina, 1883, 3; CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, VII, 902 e ss.

di azioni e reazioni che costituiscono l'organismo in uno stato anormale, essenzialmente caratterizzato da perturbazioni funzionali, associate oppure no a modificazioni anatomiche e a sofferenze subiettive"<sup>14</sup>, ovvero, secondo la definizione corrente in giurisprudenza, una "limitazione funzionale o un significativo processo patologico o l'aggravamento di esso ovvero una compromissione delle funzioni dell'organismo, anche non definitiva, ma comunque significativa"<sup>15</sup>.

Questo stato di disfunzionalità è ovviamente destinato a protrarsi per un tempo apprezzabile; l'articolo 582 cod. pen., prima della riforma Cartabia, distingueva tra lesioni fino a 20 giorni (procedibili a querela di parte e rientranti nella competenza del Giudice di pace) e lesioni da 21 a 40 giorni (procedibili di ufficio e attribuite alla competenza del Tribunale monocratico).

La distinzione tra le due forme di lesioni, nell'esperienza pratica, è piuttosto significativa perché se le lesioni del primo tipo (c.d. "lievissime") generalmente si traducono in tumefazioni, ematomi, escoriazioni, distorsioni, piccole infrazioni, ecc. quelle comprese tra i 21 ed i 40 giorni possono comprendere vere e proprie fratture, lacerazioni di legamenti, lesioni muscolari, ecc.

La vicenda sottesa al procedimento poi sfociato nella sentenza delle Sezioni unite, del resto, era stata originata da un banale diverbio tra utenti della strada, all'esito del quale la persona offesa (indicata nello stesso ricorso della difesa dell'imputato come "persona anziana") era stata violentemente malmenata, riportando "un trauma cranico facciale con ferita del cuoio capelluto, frattura parete laterale del seno mascellare sinistro e frattura del quinto dito della mano sinistra", lesioni giudicate guaribili in 30 giorni.

Episodi simili, in una società caratterizzata dalla progressiva erosione dei rapporti interpersonali e del senso di empatia verso il prossimo, dalla banalizzazione e spettacolarizzazione della violenza sono purtroppo frequenti.

Sia consentito citare solo due casi, ricavati da fonti di cronaca, ma particolarmente efficaci per testare l'adeguatezza dell'attuale sistema di tutela penale: il 27 luglio 2024 il quotidiano milanese "Il Giorno", titolava "Terrore per due ragazze: scelte a caso alla fermata del tram e pestate da un picchiatore seriale". La vicenda riguardava due donne selvaggiamente picchiate a due distinte fermate del tram da parte di uno sconosciuto, già segnalato in passato per vicende analoghe e in quell'occasione finalmente tratto in arresto in flagranza da parte degli agenti della Questura di Milano. Nonostante le lesioni significative prodotte alle donne (lussazione dell'anca, escoriazioni, fratture), il mancato superamento dei 40 giorni della malattia, comportava la mancata convalida dell'arresto e l'immediato rilascio dell'indagato.

Nei primi mesi dell'anno scorso, invece, diversi quotidiani riportavano un'impressionante sequenza di aggressioni personali immotivate da parte di sconosciuti, che lasciavano immaginare una diffusione, anche nel nostro paese, di un fenomeno tristemente sviluppatosi negli Stati Uniti quello di filmare un'aggressione ad uno sconosciuto e diffondere il video per ottenere like sui social: "Il pugno al volto e la fuga: cos'è il "knock out game", la sfida dei balordi" (Il Giornale, 21 febbraio 2023); "Roma, donna aggredita da estraneo con un pugno: torna ipotesi knockout game" (SkyTG24,

<sup>14</sup> CAZZANIGA, CATTABENI, LUVONI, ZOJA, *Medicina legale e delle assicurazioni*, Torino, 2006, 285.

<sup>15</sup> Cass., Sez. 5, Sentenza n. 33492 del 14/05/2019.

26 gennaio 2023); *“Knockout game”, il folle gioco per le strade di Torino: un pugno manda ko l'autista Gtt* (La Stampa, 21 gennaio 2023).

Orbene, in tutti i casi del genere (in assenza di circostanze aggravanti e salvo i casi eccezionali di lesioni poste in essere ai danni di determinati soggetti<sup>16</sup>), anche dinanzi a lesioni con malattia fino a 40 giorni, l'unica forma di tutela possibile diviene una denuncia a piede libero del reo, senza possibilità di trarlo in arresto (neanche se autore “seriale” di condotte violente) e senza possibilità di applicare nei suoi confronti alcuna misura cautelare.

All'esito della celebrazione del giudizio, poi, alcuna sanzione detentiva può essere applicata ma solo le blande sanzioni del Giudice di pace (pena pecuniaria, lavoro di pubblica utilità o permanenza domiciliare nel finesettimana per un periodo massimo di 45 giorni)<sup>17</sup>.

Che una risposta di tale tipo possa ritenersi adeguata e soddisfacente, soprattutto in relazione alla funzione di prevenzione generale e speciale del diritto penale, appare francamente difficilmente sostenibile.

E ancor più marcate sono le perplessità se si riflette sulla intrinseca irragionevolezza di un sistema che prevede una risposta sanzionatoria ben più grave, non solo in relazione a beni giuridici dotati di una minore pregnanza, ma perfino dinanzi ad aggressioni minori del medesimo bene giuridico: si pensi ad es. al reato di minaccia grave, ex art. 612 II co. cod. pen., in ipotesi configurabile anche quando il reo prospetti alla persona offesa di produrre una lesione personale, che continua ad essere reato di competenza del Tribunale monocratico e ad essere sanzionabile con la pena della reclusione fino ad un anno, laddove tale sanzione non è invece applicabile nel caso di effettiva causazione di una lesione fino a 40 giorni.

### **Obblighi di tutela “adeguata” come criterio di politica criminale; una possibile strada per il legislatore**

Una parte della dottrina si interroga da tempo sulla possibilità di ravvisare un generale obbligo di criminalizzazione di condotte lesive dei diritti fondamentali della persona, discendente dalla Costituzione o da fonti convenzionali (in particolare la Carta europea dei diritti dell'uomo), ravvisando, in capo allo Stato, un vero e proprio dovere di garantire *“il pacifico godimento di quei diritti alla cui protezione lo Stato è funzionale, i quali costituiscono anzi la sua stessa ragion d'essere”*; diritti tutelabili *“tanto contro le aggressioni provenienti dalle stesse istituzioni statali, così come quelle provenienti da altri soggetti privati”*; e che dovrebbero essere necessariamente protetti sul piano penale sia per consentire un intervento pubblico volto all'individuazione dei responsabili (attività che altrimenti il privato non sarebbe ragionevolmente in grado di effettuare) sia perché il processo penale è la sede per eccellenza per *“ricomporre il vulnus provocato dal reato alla vittima, e assieme a assicurare la col-*

<sup>16</sup> In particolare, contro i familiari previsti dall'art. 577 co. I n. 1 e co. II o ai danni di soggetti incapaci per età o infermità ex art. 582 II co. ultima parte.

<sup>17</sup> Non ci si sofferma in questa sede su quella che è stata definita la “totale ineffettività” delle pene applicate dal Giudice di pace; sul punto DOLCINI, *Il paradosso della giustizia penale del giudice di pace, non punire come scelta razionale, non punire per ineffettività della pena*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 3, 2020, 1221 ss.

*lettività dell'impegno dell'ordinamento a tutelare efficacemente i diritti fondamentali di tutti i consociati*<sup>18</sup>.

Obblighi di criminalizzazione specifici, discendenti dall'adesione a convenzioni internazionali, sono certamente ravvisabili in diverse settori (si pensi solo a titolo esemplificativo alla protezione del diritto alla vita ex art. 2 Cedu e alla proibizione della tortura, ex art. 3 Cedu, ecc.) ed un riferimento alla necessaria criminalizzazione delle condotte violente, come osservato in precedenza, è certamente rinvenibile nella Convenzione di Istanbul anche in una prospettiva generale e non limitata solo a vittime vulnerabili.

Naturalmente, anche dinanzi al Giudice di pace viene celebrato un giudizio penale e, pur denunciando la complessiva irrazionalità del sistema come sopra delineato, deve riconoscersi che rientra nella discrezionalità del legislatore stabilire il grado di tutela penale da accordare nei confronti di determinate condotte.

Sarebbe però dovere del legislatore anche apprestare forme di tutela effettivamente "adeguate" rispetto al rango dei beni da tutelare; connotazione che appare invero estremamente carente in materia di lesioni personale sin dall'attribuzione delle c.d. lesioni "lievissime" (ovvero con durata fino a 20 giorni) alla competenza del Giudice di pace ma che, a seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2022 (con l'estensione della competenza del Giudice onorario per lesioni fino a 40 giorni), ha assunto contorni difficilmente giustificabili.

Ragioni di coerenza, di sistematicità e la necessità di apprestare una tutela effettivamente commisurata al rilievo da attribuire al bene della incolumità individuale, dovrebbe forse spingere il legislatore a riconsiderare la propria scelta.

Un rimedio, tra l'altro, potrebbe essere quello di non intervenire nuovamente sulla procedibilità del reato (facendo dunque venir meno gli effetti deflattivi e di ricomposizione delle liti tra privati perseguiti dalla riforma) ma almeno sottrarre la competenza per tali reati al Giudice di pace, al fine di consentire, quanto meno nei casi più gravi, una sanzione adeguata alla violazione commessa e l'applicazione di misure precautelari e cautelari finalizzate ad arginare i casi in cui vi sia un concreto pericolo di recidiva.

---

<sup>18</sup> VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, 9 s. in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it). Si veda anche M. MONTAGNA, *Obblighi convenzionali, tutela della vittima e completezza delle indagini*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 3,

# LA CASSAZIONE CONFERMA L'UTILIZZABILITÀ DELLE CHAT SKY-ECC MA LEGITTIMA ANCHE L'USO DELL'I.M.S.I. CATCHER DA PARTE DELLA POLIZIA GIUDIZIARIA

Cass., Sez. III, 26.9.2024 (dep. 3.12.2024),  
n. 44047, Morabito

Leonardo Filippi\*

## ABSTRACT

Dopo le sentenze “gemelle” delle S.U. (la n. 23755/2024, in C.E.D. Cass., n. 286573 e la n. 23756/2024, non massimata, entrambe pronunciate il 29 febbraio e depositate il 14 giugno 2024), che hanno risolto il contrasto giurisprudenziale dichiarando utilizzabili in Italia, mediante Ordine Europeo di Indagine (O.E.I.), le intercettazioni e chat già acquisite e deciptate nei procedimenti penali francesi con metodi coperti dal segreto di Stato, la Corte di cassazione conferma la linea della loro utilizzabilità. Ma la sentenza ribadisce anche altri discutibili principi di diritto, tra i quali quello del legittimo impiego da parte della p.g. del “cacciatore di identità”.

*After the “twin” judgments of the U.S.A. (no. 23755/2024, in C.E.D. Cass., no. 286573 and no. 23756/2024, both delivered on 29 February and filed on 14 June 2024), which resolved the case law conflict by declaring them usable in Italy, by means of the European Order of Inquiry (EOI), the wiretaps and chats already acquired and decrypted in French criminal proceedings with methods covered by state secrets, the Court of Cassation confirms the line of their usability. But the judgment also reaffirms other questionable principles of law, including that of the legitimate use by the p.g. of the “identity hunter”.*

### La messaggistica criptata sulla piattaforma Sky ECC.

La sentenza annotata, esaminando un complesso ricorso in cassazione, risolve diverse questioni. La più rilevante è sicuramente quella che, in linea con le recenti Sezioni unite (n. 23755/2024 e n. 23756/2024), conferma l'utilizzabilità in Italia delle chat e delle comunicazioni transitate sulla piattaforma Sky ECC, già acquisite e deciptate in Francia con metodi coperti dal segreto di Stato.

Ma la pronuncia si caratterizza anche per l'affermazione di altri interessanti principi di diritto.

Tra questi spicca la questione dell' *IMSI Catcher* (*International Mobile Subscriber Identity*), che è un dispositivo portatile, di ridotte dimensioni, che può essere facilmente sistemato ovunque, capace di infiltrarsi nelle reti di comunicazione, simulando

---

\* Già professore ordinario di diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Cagliari.

un ponte radio, con l'effetto di individuare i cellulari che si trovano nei dintorni e ne ricava il codice numerico identificativo che contrassegna la SIM Card.

Negli U.S.A. è impiegato dalla polizia, previo *order* del giudice, da diversi decenni per registrare le informazioni provenienti da tutti i cellulari che si trovano in una certa area e anche in Italia, pur in assenza di qualsiasi disciplina legislativa, è usato da molto tempo.

### **La Corte europea dei diritti dell'uomo.**

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che la richiesta della polizia, senza autorizzazione del giudice, al gestore delle telecomunicazioni e l'utilizzo da parte sua delle informazioni sull'utenza dell'abbonato che hanno portato alla sua identificazione costituiscono un'ingerenza nei suoi diritti ai sensi dell'art. 8 Conv. e.d.u., che tutela il rispetto della vita privata (Corte e.d.u., Sez. IV, 24.4.2018, Benedik c. Slovenia).

Nonostante la pronuncia della Corte e.d.u. la Corte di cassazione da anni elude il problema perché afferma che il provvedimento del G.I.P. che autorizza le intercettazioni delle conversazioni legittimerebbe la polizia giudiziaria anche al compimento delle operazioni tecniche necessarie alla individuazione delle utenze da intercettare. Pertanto, trattandosi di una operazione tecnica strumentale alla individuazione delle "utenze bersaglio", non sarebbe necessario un autonomo provvedimento autorizzativo, trovando la sua legittimazione nel precedente decreto di autorizzazione delle intercettazioni (Cass., Sez. VI, 18.6.2024 (dep. 5.8.2024), Della Monica, n. 31938/2024; Cass., Sez. IV, 12.6.2018, n. 41385, Chirico e altro, CED 273929).

### **La pronuncia in esame.**

La sentenza in commento ribadisce tale orientamento, precisando che l'acquisizione del *IMSI Catcher* non attiene a conversazioni o comunicazioni, ma solamente al soggetto utente. Esso infatti rappresenta uno strumento di identificazione e geolocalizzazione, mediante un'attività di individuazione dell'utenza da sottoporre a intercettazione telefonica con monitoraggio delle utenze presenti in una determinata area, che non è, dunque, di per sé esecutiva di un'intercettazione di conversazioni, ma è ad essa necessariamente prodromica. Si tratterebbe pertanto di un'attività di individuazione che si rivolge esclusivamente all'identità del singolo apparecchio telefonico e che neppure è finalizzata ad acquisire elementi sugli eventuali contatti telefonici che tale apparecchio intrattiene in un determinato arco temporale, cosicché non potrebbe parlarsi di attività assimilabile all'acquisizione di tabulati telefonici, potendo essere ricondotta tra gli atti che la polizia giudiziaria compie di propria iniziativa ai fini di cui all'art. 55 c.p.p., in vista di successive attività investigative e non potrebbe quindi essere assimilato ad un mezzo di ricerca della prova. Ne deriverebbe che per l'effettuazione del monitoraggio teso ad individuare le utenze da sottoporre a intercettazione non è necessario un decreto autorizzativo, che è invece indispensabile - e condizione di utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni - per poter captare le conversazioni che transitano sull'utenza da monitorare dopo che quest'ultima è stata individuata.

### **Osservazioni.**

In realtà, le potenzialità operative dell'*IMSI Catcher* sono assai più invasive di quelle rappresentate dalla Corte di cassazione, in quanto tale strumento si sostituisce

alla cella telefonica (perciò è chiamato anche *cell-site simulator*) e quindi non solo individua e localizza l'utilizzatore del dispositivo ma capta le comunicazioni in corso che vengono fatte transitare in una cella *fake* e, se i messaggi non sono criptati *end to end*, possono anche essere intercettati.

Si tratta perciò di un mezzo di ricerca della prova non disciplinato dalla legge ma che incide sui dati personali, sulla riservatezza e potrebbe anche intaccare la segretezza delle comunicazioni, in contrasto con gli artt. 15 Cost e 8 Conv. europea dei diritti dell'uomo.

Il Parlamento, quindi, dovrebbe quanto prima disciplinare la materia, nel rispetto della riserva di legge e di giurisdizione, prevedendo con legge i "casi" e i "modi" di impiego di questo invasivo strumento e riservandone al giudice l'autorizzazione.



## Osservatorio Corte Costituzionale

a cura di **Ottavia Murro**

### MISURE DI PREVENZIONE

C. Cost., 17 ottobre 2024 (ud. 24 settembre 2024), n. 162, A.A. Barbera, Presidente; F. Viganò, Redattore.

#### La questione.

Il Tribunale ordinario di Oristano, in riferimento agli artt. 3, primo comma, 13, primo comma, e 27, terzo comma, Cost., ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2-ter, cod. antimafia, nella parte in cui prevede che, in caso di sospensione dell'esecuzione della sorveglianza speciale, durante il tempo in cui l'interessato è sottoposto a detenzione per esecuzione di pena, il Tribunale verifica la persistenza della sua pericolosità sociale soltanto ove lo stato di detenzione si sia protratto per almeno due anni. Il giudice *a quo* dubita della compatibilità con la Costituzione della disposizione censurata, nella parte in cui, *a contrario sensu*, esclude l'obbligo di rivalutazione della pericolosità dell'interessato, da parte del tribunale che ha adottato la misura di prevenzione, nell'ipotesi in cui l'efficacia del provvedimento sia stata sospesa durante il tempo in cui l'interessato è stato sottoposto a detenzione per esecuzione di pena per una durata inferiore a due anni.

#### Le argomentazioni.

Nella materia attigua delle misure di sicurezza, la Consulta ha precisato, nella sentenza n. 291 del 2013, che «salvi i casi in cui la misura di sicurezza sia applicata direttamente dal magistrato di sorveglianza, la valutazione di pericolosità sociale dovrà essere effettuata due volte: prima dal giudice della cognizione, al fine di verificarne la sussistenza al momento della pronuncia della sentenza; poi dal magistrato di sorveglianza, quando la misura già disposta deve avere concretamente inizio, in modo tale da garantire l'attualità della pericolosità del soggetto colpito dalle restrizioni della libertà personale connesse alla misura stessa». Infatti, si legge nella sentenza n. 291 del 2013, «il decorso di un lungo lasso di tempo incrementa la possibilità che intervengano modifiche nell'atteggiamento del soggetto nei confronti dei valori della convivenza civile». Più precisamente, la pericolosità sociale deve risultare attuale nel momento in cui la misura viene eseguita, giacché, in caso contrario, le limitazioni della libertà personale rimarrebbero carenti di ogni giustificazione.

Medesimi principi sono stati applicati dalla Corte Costituzionale anche alla materia delle misure di prevenzione, accomunate alle misure di sicurezza dalla finalità di prevenire la commissione di reati da parte di soggetti socialmente pericolosi e [di]

---

\* Avvocato, Assegnista di ricerca Università di Foggia.

favorirne il recupero all'ordinato vivere civile (sentenza n. 69 del 1975, ordinanza n. 124 del 2004), al punto da poter essere considerate come "due *species* di un unico *genus*" (sentenze n. 419 del 1994 e n. 177 del 1980).

Nella sentenza qui in esame, la Corte ha dato atto del diritto vivente allora esistente, cristallizzato in particolare da Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 25 marzo 1993, n. 6, secondo cui il giudice della prevenzione era tenuto ad accertare la pericolosità sociale soltanto nel momento dell'adozione della misura; mentre, nell'ipotesi in cui l'esecuzione della misura dovesse essere sospesa in conseguenza dello stato di detenzione dell'interessato, non sarebbe stato indispensabile un nuovo accertamento della pericolosità al cessare della detenzione, anche al fine di evitare il rischio, paventato dalle Sezioni unite, di «pericolose dilazioni» nell'esecuzione della misura, una volta che l'interessato riacquistasse la libertà. Tale diritto vivente è stato ritenuto dalla Consulta incompatibile con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

Conseguentemente, l'art. 15 cod. antimafia è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo «nella parte in cui non prevede che, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta, l'organo che ha adottato il provvedimento di applicazione debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura».

In tal modo, anche rispetto alle misure di prevenzione questa Corte ha imposto una doppia verifica di pericolosità: nel momento dell'adozione del provvedimento, e nel momento dell'effettiva esecuzione di esso, nella specifica ipotesi in cui tra essi si sia verificato uno iato temporale per effetto di una sospensione dovuta alla detenzione per espiazione di pena dell'interessato.

La disposizione censurata reintroduce, di fatto, una presunzione di persistente pericolosità laddove la sospensione connessa allo stato di detenzione dell'interessato sia inferiore a due anni.

La presunzione in parola viola, pertanto, l'art. 3 Cost., risultando per un verso intrinsecamente irragionevole e per altro verso foriera di un'irragionevole disparità di trattamento rispetto alla parallela disciplina oggi applicabile alle misure di sicurezza in forza dell'art. 679, comma 1, cod. proc. pen.

Esattamente come le misure di sicurezza, inoltre, anche «[l]e misure di prevenzione personale, sia se applicate dall'autorità amministrativa, sia se adottate dall'autorità giudiziaria, presuppongono [...] l'attualità della pericolosità sociale del destinatario della misura» (sentenza n. 211 del 2022), ed anzi sono impiegate su di «un giudizio di persistente pericolosità del soggetto» (sentenza n. 24 del 2019). Persistente pericolosità che deve essere puntualmente accertata, anche d'ufficio, nel tempo in cui la misura inizia (o riprende) ad avere esecuzione, dopo essere rimasta sospesa per effetto dello stato detentivo cui era sottoposto l'interessato.

Inoltre, la subordinazione della rivalutazione della pericolosità alla richiesta dell'interessato fa ricadere su quest'ultimo gli eventuali ritardi nella decisione del tribunale, restando nel frattempo eseguibile la misura nei suoi confronti, con conseguente indebita limitazione della sua libertà personale al metro dell'art. 13 Cost.

Infine, la disciplina impugnata contrasta anche con il principio della necessaria finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, terzo comma, Cost. Invero, secondo la Corte, è necessario prevedere una verifica caso per caso al fine di accertare se

persista o sia venuta meno la pericolosità sociale dell'interessato che deve essere contrastata con l'applicazione della misura precedentemente disposta. La *reductio ad legitimitatem* della disposizione censurata esige soltanto la rimozione dell'inciso «se esso si è protratto per almeno due anni» atteso che il Tribunale sarà tenuto dopo la cessazione dello stato di detenzione a verificare anche d'ufficio, la sussistenza della pericolosità sociale dell'interessato.

### **Soluzione.**

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2-ter, del decreto legislativo 6 settembre 2011, ter n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136), limitatamente alle parole «se esso si è protratto per almeno due anni».

### **INCOMPATIBILITÀ DEL GIUDICE**

C. Cost., 14 novembre 2024 (ud. 15 ottobre 2024), n. 179, A.A. Barbera, Presidente; G. Amoroso, Redattore.

### **La questione.**

Il Tribunale di Siena, in composizione monocratica, ha sollevato, in riferimento agli artt. 111, secondo comma, 3, 24, secondo comma, 101 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6, paragrafo 1, CEDU e all'art. 14, paragrafo 1, PIDCP, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al successivo giudizio dibattimentale il giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale che ha fissato la data dell'udienza dibattimentale per la prosecuzione del giudizio davanti ad un giudice diverso. Nel caso di specie, il rimettente aveva celebrato l'udienza predibattimentale ed aveva disposto la prosecuzione del giudizio davanti a un giudice diverso, tuttavia veniva designato anche per lo svolgimento di tale udienza, sia pure in supplenza del diverso giudice, in ragione della sopravvenuta applicazione dello stesso presso altro ufficio giudiziario. A sostegno della censura, il rimettente rileva che, in punto di vaglio della fondatezza dell'accusa, i compiti decisori del giudice dell'udienza preliminare e del giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale sono identici, essendo entrambi soggetti alla medesima regola di giudizio condensata nella formula secondo cui «il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere» quando «gli elementi acquisiti non consentono» di formulare «una ragionevole previsione di condanna», secondo le disposizioni di cui agli artt. 425, comma 3, e 554-ter, comma 1, c.p.p.

### **Le argomentazioni.**

L'udienza predibattimentale, quale udienza camerale a partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore dell'imputato (art. 554 bis, comma 1, c.p.p.), è delineata come snodo obbligato tra le indagini preliminari e il dibattimento, con l'attribuzione al giudice dei poteri decisionali di cui agli artt. 554 bis e 554 ter c.p.p.

Il giudice, infatti espletate le verifiche di cui all'art. 554 bis, comma 5, c.p.p., deve accertare se, sulla base degli atti trasmessi, sussiste uno dei presupposti che consen-

ta di adottare una sentenza di non luogo a procedere. Vi è, poi, il rinvio a molteplici disposizioni che governano l'udienza preliminare, quale modello di udienza "filtro", ora estesa anche al rito monocratico. In quanto compatibili, sono infatti applicabili le disposizioni di cui agli artt. 424, commi 2, 3 e 4, 425, comma 2, 426 e 427 c.p.p.

In particolare, ai fini delle questioni in esame rileva soprattutto l'art. 554 *ter*, comma 1, c.p.p., che stabilisce che «[i]l giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna», prevedendo così la stessa regola, introdotta nell'art. 425, comma 3, c.p.p. dal medesimo legislatore riformatore con l'art. 23, comma 1, lettera l), del d.lgs. n. 150 del 2022, in sostituzione della regola che consentiva la pronuncia di proscioglimento «quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio». Quindi il giudice dell'udienza dibattimentale, se ritiene che gli elementi acquisiti consentono «una ragionevole previsione di condanna» e non sussistono i presupposti per il proscioglimento, fissa per la prosecuzione del giudizio la data dell'udienza dibattimentale davanti ad un «giudice diverso» e dispone la restituzione del fascicolo del pubblico ministero (art. 554 *ter*, comma 3, c.p.p.).

La Corte Costituzionale ha, quindi, sottolineato come la disciplina sull'incompatibilità del giudice trova la sua *ratio* nella salvaguardia dei valori della terzietà e imparzialità del giudice, presidiati dall'art. 111, secondo comma, Cost., mirando a escludere che questi possa pronunciarsi sull'accusa quando è condizionato dalla "forza della prevenzione", cioè «dalla tendenza a confermare una decisione o a mantenere un atteggiamento già assunto, derivante da valutazioni che sia stato precedentemente chiamato a svolgere in ordine alla medesima *res iudicanda*» e ad assicurare «che le funzioni del giudicare siano assegnate a un soggetto "terzo", scevro di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto e anche sgombro da convinzioni precostituite in ordine alla materia su cui pronunciarsi» (sentenza n. 172 del 2023; nello stesso senso, sentenze n. 64, n. 16 e n. 7 del 2022).

Pertanto, per ritenersi sussistente l'incompatibilità endoprocessuale del giudice, devono concorrere le seguenti condizioni: a) le preesistenti valutazioni cadano sulla medesima *res iudicanda*; b) il giudice sia stato chiamato a compiere una valutazione (e non abbia avuto semplice conoscenza) di atti anteriormente compiuti, strumentale all'assunzione di una decisione; c) quest'ultima abbia natura non "formale", ma "di contenuto", ovvero comporti valutazioni sul merito dell'ipotesi di accusa; d) la precedente valutazione si collochi in una diversa fase del procedimento (sentenze n. 172 e n. 91 del 2023 e n. 64 del 2022).

A ben vedere, già con la sentenza n. 91 del 2023, la Corte Costituzionale ha riconosciuto l'esistenza di un sistema integrato mirato a realizzare la necessaria tutela del principio del giusto processo, di cui all'art. 111 Cost., in tutti i casi in cui sussista il rischio che possa risultare compromessa l'imparzialità del giudice. Si è quindi precisato che il processo in tanto può dirsi "giusto" in quanto sia garantita l'imparzialità del giudice e pertanto il codice di rito prevede (negli artt. 34 e 35 cod. proc. pen.) un catalogo di situazioni pregiudicanti in astratto che comportano, in radice, la sua incompatibilità e che, prima ancora, lo obbligano ad astenersi (art. 36, comma 1, lettera g, cod. proc. pen.) con facoltà delle parti di ricusare il giudice che, avendone l'obbligo, non si astenga (art. 37, comma 1, lettera a, cod. proc. pen.).

In tal modo, risulta un sistema integrato mirato a realizzare la necessaria tutela del principio del giusto processo in tutti i casi in cui sussista il rischio che possa risultare compromessa l'imparzialità del giudice. La tutela dell'imparzialità è appunto garantita «mediante una razionale ed esaustiva utilizzazione degli istituti volti ad assicurare il principio del “giusto processo”» (sentenza n. 308 del 1997).

In tale scenario, la mancata previsione in tale disposizione di un'ulteriore fattispecie, generale e astratta, di incompatibilità – quella del giudice dell'udienza predibattimentale chiamato poi ad essere anche il giudice del dibattimento – confligge con i principi affermati dalla giurisprudenza di questa Corte. L'attività decisionale che il giudice è chiamato a svolgere nell'udienza predibattimentale, compendiata nelle valutazioni oggetto dei provvedimenti di cui agli artt. 554-*bis* e 554-*ter* c.p.p., connota tale udienza quale sede pregiudicante della successiva fase decisoria, in quanto il giudice predibattimentale esercita un vaglio penetrante del merito dell'accusa.

Consegue da ciò che la previsione della mera diversità del giudice dibattimentale rispetto a quello predibattimentale non è sufficiente ad assicurare la garanzia del giusto processo, versandosi in una fattispecie in cui il pregiudizio all'imparzialità e terzietà del giudice del dibattimento è di gravità tale da dover essere necessariamente prevista in via generale e predeterminata, anche a prescindere dalla valutazione in concreto che il giudice è chiamato a compiere e, quindi, «indipendentemente dal contenuto che tali attività possono aver assunto» (sentenza n. 306 del 1997).

La mancata previsione della incompatibilità del giudice dell'udienza predibattimentale alla trattazione del giudizio dibattimentale del giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale si pone, pertanto, in contrasto con l'art. 111, secondo comma, Cost. e, di riflesso, anche con gli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost.

### **Soluzione.**

La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non prevede che non può partecipare al giudizio il giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale nel caso previsto dall'art. 554-*ter*, comma 3, c.p.p. e, in via consequenziale, ha dichiarato ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non prevede che non può partecipare al giudizio il giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale nel caso previsto dall'art. 554-*quater*, comma 3, c.p.p.

### **GIUDIZIO ABBREVIATO E RINUNCIA ALL'IMPUGNAZIONE**

C. Cost., 19 dicembre 2024 (ud. 25 novembre 2024), n. 208, G. Amoroso, Presidente; F. Gianò, Redattore

### **La questione.**

Il GIP del Tribunale di Nola ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 442, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., «nella parte in cui non prevede che il Giudice dell'esecuzione possa concedere la sospensione condizionale della pena e la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, ove la diminuzione automatica di pena per la mancata impugnazione della sentenza di condanna emessa in sede di giudizio abbreviato comporti l'applicazione di una pena contenuta nei limiti

di legge di cui all'art. 163 c.p. e ricorrendone gli ulteriori presupposti», in riferimento agli artt. 3, 27, commi primo e terzo, 111, 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU.

La disposizione censurata, introdotta dall'art. 24, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 150 del 2022 nel testo dell'art. 442 c.p.p. (disciplinante nel suo complesso la decisione del giudizio abbreviato), prevede che «[q]uando né l'imputato, né il suo difensore hanno proposto impugnazione contro la sentenza di condanna, la pena inflitta è ulteriormente ridotta di un sesto dal giudice dell'esecuzione». Il rimettente – investito, in qualità di giudice dell'esecuzione, di una richiesta di riduzione della pena ai sensi della disposizione censurata, con contestuale istanza di sospensione condizionale della pena medesima e di non menzione della condanna – ritiene che il testo della disposizione gli precluda di provvedere sui benefici richiesti. E ciò anche quando, come nel caso oggetto del procedimento a *quo*, solo in seguito a tale riduzione la pena risulti contenuta entro i limiti di legge che consentono, in astratto, di applicare entrambi i benefici.

### **Le argomentazioni.**

L'art. 442, comma 2 *bis* c.p.p. stabilisce un meccanismo premiale, per effetto del quale la pena viene «ridotta di un sesto» nell'ipotesi in cui il condannato in esito a un giudizio abbreviato non proponga impugnazione contro la sentenza. Tale riduzione è espressamente indicata quale “ulteriore” rispetto a quella della metà o di un terzo prevista dal comma 2.

In entrambi i meccanismi normativi, la pena originariamente determinata dal giudice sulla base degli ordinari criteri di cui agli artt. 133 e 133 *bis* c.p. subisce una modificazione *ex lege*, in omaggio a logiche deflative del contenzioso penale: rispetto all'ipotesi del comma 2, al fine di incentivare il ricorso al rito abbreviato, caratterizzato dalla rinuncia alle garanzie del contraddittorio nella formazione della prova; rispetto a quella, ora all'esame, del comma 2 *bis*, allo scopo di indurre il condannato a rinunciare ad impugnazioni miranti unicamente a una riduzione della pena inflittagli.

Nell'una e nell'altra ipotesi, il legislatore si ripromette dunque di ottenere un risparmio di tempi e di energie per il già sovraccarico sistema penale italiano, riducendo per quanto possibile – rispettivamente – il numero di giudizi dibattimentali e di impugnazioni.

La peculiarità della riduzione “ulteriore” di pena di cui al comma 2 *bis* risiede, però, nella circostanza che alla rideterminazione della pena è chiamato il giudice dell'esecuzione, anziché il giudice della cognizione. Ciò, da un lato, è conseguenza necessaria del meccanismo normativo, che presuppone la rinuncia all'impugnazione nei termini di legge da parte del condannato e, dunque, il passaggio in giudicato della sentenza di condanna. Dall'altro lato, questa peculiarità pone, sul piano esegetico, il quesito se, nel silenzio del legislatore, anche il giudice dell'esecuzione abbia il potere (o il dovere) di valutare se applicare la sospensione condizionale della pena e la non menzione della condanna, quando soltanto per effetto della nuova riduzione la pena risulti in concreto rientrare nei limiti di legge che rendono possibile l'applicazione di uno o entrambi i benefici.

La Corte ha chiarito, anzitutto, che i principi costituzionali evocati dal giudice impongono effettivamente di riconoscere al giudice dell'esecuzione il potere di valutare se sussistano i presupposti per la concessione dei due benefici, ogniqualvolta la pena

da eseguire sia ridotta entro il limite dei due anni per effetto della riduzione prevista dalla riforma. La Corte ha sottolineato la funzionalità alla finalità rieducativa della pena dei benefici in esame. In particolare, la sospensione condizionale mira ad evitare gli effetti criminogeni e desocializzanti della pena detentiva breve e, nel contempo, previene la commissione di nuovi reati da parte del condannato attraverso la minaccia di revoca del beneficio.

Ciò deve valere, ha ritenuto la Corte, anche quando la determinazione finale della pena costituisca il risultato degli sconti di pena stabiliti dal legislatore in cambio di scelte processuali, con cui l'imputato volontariamente rinuncia a garanzie che formano parte integrante dei suoi diritti costituzionali di difesa in giudizio (come il diritto di proporre appello contro la sentenza di condanna che lo riguarda), fornendo così un contributo al più rapido ed efficiente funzionamento del sistema penale nel suo complesso.

### **La soluzione.**

La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 442, comma 2 *bis* c.p.p., nella parte in cui non prevede che il giudice dell'esecuzione può concedere la sospensione della pena e la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, quando il giudice della cognizione non abbia potuto provvedervi perché la pena allora determinata era superiore ai limiti di legge che consentono la concessione di tali benefici e, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 676, comma 3 *bis*, c.p.p., nella parte in cui non prevede che il giudice dell'esecuzione può concedere altresì la sospensione della pena e la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, quando il giudice della cognizione non abbia potuto provvedervi perché la pena allora determinata era superiore ai limiti di legge che consentono la concessione di tali benefici.



## Osservatorio Sezioni Unite

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

### Stupefacenti

Sez. un., 14 dicembre 2023 (dep. 11 luglio 2024), n. 27727, Cassano, Presidente, Pezzella, Relatore, Gaeta, P.m. (concl. conf.)

*In tema di concorso di persone nel reato di cessione di sostanze stupefacenti, il medesimo fatto storico può configurare, in presenza dei diversi presupposti, nei confronti di un concorrente il reato di cui all'art. 73, comma 1 ovvero comma 4, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, e nei confronti di altro concorrente il reato di cui all'art. 73, comma 5, del medesimo d.P.R.*

### La questione.

Le Sezioni Unite si sono pronunciate favorevolmente circa la possibilità di qualificare, nell'ambito del concorso di persone nel reato di cui all'art. 73, d.P.R. 10 ottobre 1990, n. 309, il medesimo fatto storico, per taluni dei correi ai sensi del primo comma di tale disposizione e, parallelamente, per altri secondo il relativo quinto comma.

Tale approdo è stato raggiunto analizzando i due contrapposti indirizzi interpretativi formati nella giurisprudenza di legittimità e nella dottrina e altresì approfondendo i contenuti dell'ipotesi più lieve di c.d. piccolo spaccio.

### I due orientamenti in contrasto.

Come viene dato conto in sentenza, si erano nel tempo delineate due letture fra loro contrarie.

Per il primo indirizzo (*ex plurimis*, Sez. IV, 5 maggio 2022, n. 37732, non massimata; Sez. IV, 27 gennaio 2022, n. 7098, non massimata; Sez. IV, 7 luglio 2021, n. 30233, ivi, n. 281836; Sez. IV, 18 giugno 2019, n. 34413, ivi, n. 276676), c.d. concezione monistica del reato concorsuale, non sarebbe stato possibile configurare uno stesso fatto storico in termini diversi nei confronti di coimputati poiché il reato nel quale essi concorrono è unico. A conforto di questa preclusione sono portati più argomenti. Tra di essi, si trovano i seguenti: la volontà del legislatore, l'interpretazione letterale dell'art.

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

\*\* Professore associato di diritto processuale penale - Università degli Studi "Guglielmo Marconi".

110 c.p. e quella sistematica, concernente la disciplina sulla compartecipazione agli artt. 116 e 117 c.p. Inoltre, le caratteristiche proprie dell'art. 75, comma, 5 del Testo unico sugli stupefacenti, richiedono un esame oggettivo e globale della lieve entità, considerato come ciascun concorrente contribuisce alla realizzazione del fatto con la propria condotta.

Rispetto al secondo indirizzo (v. Sez. III, 4 febbraio 2022, n. 20234, in C.E.D. Cass., n. 283203; Sez. III, 20 febbraio 2020, n. 16598, ivi, n. 278945; Sez. VI, 9 novembre 2018, n. 2157, ivi, n. 274971), c.d. concezione pluralistica del reato concorsuale, si può ravvisare una fattispecie plurisoggettiva differenziata per ciascun concorrente in quanto l'accadimento naturale, pur rimanendo uno soltanto, si distingue in relazione all'atteggiamento psichico dell'autore e a taluni dati esteriori. L'attenzione, in questo frangente, si sposta dal fatto tipico di concorso alla persona dell'autore. L'art. 110 c.p. assume così la funzione di rendere applicabile il regime delle circostanze del concorso e l'estensione delle cause di giustificazione. A suffragio di tale concezione aperturista si offrono molteplici considerazioni, ivi compresi, oltre all'art. 112, ultimo comma, c.p., gli artt. 116 e 117 c.p. Supporta questa conclusione l'attribuzione della responsabilità per il riciclaggio, ad essa assimilabile.

### **La soluzione proposta.**

Le Sezioni Unite hanno sposato il secondo dei due indirizzi sopradescritti.

Pur ammettendo che il legislatore del '30 aveva aderito a una concezione monistica del concorso di persone nel reato, hanno ritenuto che l'art. 110 c.p. richieda di essere rivisto alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha progressivamente accentuato il principio di personalità.

Con riguardo all'art. 73, comma 5, del Testo unico sugli stupefacenti, i supremi giudici hanno tracciato l'evoluzione normativa secolare che ha interessato tale disposizione, ricostruendo le riforme di settore dalla l. n. 396 del 1923 sino alla l. n. 159 del 2023. Hanno prestato attenzione all'esegesi dei requisiti integrativi della lieve entità (quali l'offesa attenuata agli interessi protetti, le quantità e qualità della sostanza, nonché i mezzi, le modalità e le altre circostanze dell'azione) e alla qualificazione come fattispecie autonoma, definita ormai "irreversibile".

Per ciò che concerne i rapporti tra, rispettivamente, l'art. 73, commi 1 e 4, da una parte, e il comma 5, dall'altra parte, poi, le Sezioni Unite hanno ribadito che il secondo è da ritenersi norma speciale rispetto ai primi due. Pertanto, qualora il medesimo fatto contenga elementi fra loro diversi, riferibili per taluni concorrenti all'ipotesi del primo comma e per taluni altri a quella del quinto comma non si è innanzi a un concorso nello stesso reato poiché trattasi di due delitti differenti legati da un rapporto di specialità. Secondo i supremi giudici, gli elementi da valutare non possono essere quelli riferiti alla sostanza quanto piuttosto quelli afferenti all'azione. Andranno, quindi, presi in esame la finalità dell'attività delittuosa e lo stato di tossicodipendenza del reo, rimanendo invece esclusi il comportamento collaborativo *post delictum* e i precedenti penali. Infine, si dovrà verificare se quanto posto in essere si inserisca in un contesto organizzato.

Gianmarco Bondi (Assegnista di ricerca - Università di Ferrara)

## Millantato credito e traffico di influenze illecite

Sez. un., 29 febbraio 2024 (dep. 15 maggio 2024), n. 19357, Cassano, Presidente, Aprile, Relatore, Viola, P.m. (concl. diff.)

*Non sussiste continuità normativa tra il reato di millantato credito di cui all'art. 346, secondo comma, c.p. - abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. s), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 - e il reato di traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-bis c.p., come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. t) della citata legge.*

*Le condotte, già integranti gli estremi dell'abolito reato di cui all'art. 346, secondo comma, c.p., potevano, e tuttora possono, configurare gli estremi del reato di truffa (in passato astrattamente concorrente con quello di millantato credito corruttivo), purché siano formalmente contestati e accertati in fatto tutti gli elementi costitutivi della relativa diversa fattispecie incriminatrice.*

### La questione.

Le Sezioni unite si sono pronunciate sulla continuità normativa tra la fattispecie di cui all'art. 346, comma 2, c.p., abrogata dall'art. 1, comma 1, lett. s) della legge 9 gennaio 2019, n. 3 e quella prevista dall'art. 346-bis c.p., novellato dal medesimo atto normativo.

La questione ha avuto origine dalla condanna in primo grado di un agente di polizia penitenziaria per millantato credito, avendo questi - in concorso con un collega rimasto ignoto - indotto un detenuto a farsi corrispondere una somma di denaro per scongiurare un (presunto) imminente trasferimento in un distante istituto penitenziario.

Dopo la conferma in sede d'appello, la VI sezione della Corte di cassazione ha annullato con rinvio le decisioni (coincidenti) dei giudici di prima e seconda istanza, censurando l'applicazione erronea della legge penale. A seguito del giudizio di rinvio, il fatto è stato riqualificato dalla Corte d'appello ai sensi dell'art. 346-bis c.p., in virtù della ritenuta continuità con l'abrogato art. 346 c.p. (vigente al *tempus commissi delicti*).

Il contrasto è venuto alla luce con la proposizione del ricorso, nel quale l'imputato ha dedotto l'assenza del rapporto di continuità tra le fattispecie di traffico di influenze illecite e millantato credito.

La sentenza, dopo aver ricostruito il fatto e la vicenda processuale, insieme alla risposta al quesito della Sezione rimettente, ha fornito numerosi chiarimenti.

### I contrapposti orientamenti.

Con riferimento al quesito posto alle Sezioni unite, nella giurisprudenza di legittimità si contrapponevano due orientamenti.

Il primo sanciva la continuità tra le due fattispecie sulla base della relazione introduttiva al d.d.l. che ha portato alla novella del 2019, il quale ha riscritto l'art. 346-bis c.p. (traffico di influenze illecite), inglobando la condotta di cui all'art. 346 c.p. (millantato credito), contestualmente abrogato (per approfondimenti, Orlandi - Seminara, (a cura di), Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3, Torino, 2019). Sarebbero così equiparate la mera vanteria e l'adduzione di

un'effettiva relazione con soggetti qualificati, qualora portino all'indebita dazione o promessa (direttamente o tramite interposta persona) di denaro o altre utilità, col pretesto di remunerare il soggetto attivo (per l'illecita mediazione) o il soggetto qualificato (per l'esercizio di funzioni o poteri). Ciò a condizione che il soggetto attivo non eserciti un'influenza illecita e non ci sia mercimonio della pubblica funzione, dandosi altrimenti luogo a una delle ipotesi di corruzione di cui agli artt. 318, 319, 319-ter e 322-bis c.p. (ex plurimis, Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 17980, in C.E.D. Cass., n. 275730; Sez. VI, 19 giugno 2019, n. 51124, ivi, n. 277569; Sez. VI, 7 ottobre 2020, n. 1869, ivi, n. 280348; Sez. I, 5 maggio 2021, n. 23877, ivi, n. 281614).

Il secondo propendeva per la discontinuità tra l'abrogato art. 346, comma 2, c.p. e il novellato art. 346-bis c.p., non ricomprendendo quest'ultimo la condotta di colui che, mediante artifici o raggiri, riceve o si fa dare o promettere danaro o altre utilità, col pretesto di dover remunerare il soggetto qualificato. Una simile condotta integrerebbe invero il delitto di cui all'art. 640, comma 1, c.p. (in tal senso, Sez. VI, 19 settembre 2019, n. 5221, in Dir. pen. proc., 2020, p. 1237, con nota di Prandi, Questioni di diritto intertemporale e continuità normativa tra millantato credito e "nuovo" traffico di influenze illecite; Sez. VI, 2 febbraio 2021, n. 28657, in C.E.D. Cass., n. 281980; Sez. VI, 10 marzo 2022, n. 23407, ivi, n. 283348).

### La soluzione.

Le Sezioni unite riepilogano dapprima i termini del contrasto interpretativo, per poi sancire l'impossibilità di risolverlo rifacendosi alla volontà del legislatore esplicitata negli atti parlamentari preparatori della l. 9 gennaio 2019, n. 3.

Posta tale premessa, l'unico criterio attendibile resta quello del formale confronto dei modelli astratti di reato in avvicendamento cronologico, da compiere con una esegesi letterale e logico-sistematica. In altre parole, se l'intervento legislativo sopprime un elemento strutturale di una fattispecie (e, quindi, il reato ivi descritto) si verifica un'*abolitio criminis* e il fatto diventa penalmente irrilevante.

Quest'ultimo sembra essere il caso verificatosi a seguito dell'abrogazione dell'art. 346 c.p. con contestuale modifica dell'art. 346-bis c.p. per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, il raffronto generale tra i modelli tipici delle due fattispecie restituisce un risultato più coerente con l'idea di una discontinuità normativa: l'abrogato art. 346, secondo comma, c.p. era un reato monosoggettivo e la "vittima" era raffigurata come soggetto danneggiato (perché tratto in inganno); l'art. 346-bis c.p. si atteggia invece come reato-contratto. In secondo luogo, le due fattispecie recano una differente formulazione letterale che fa da *pendant a rationes* divergenti: il "pretesto" di cui all'abrogato art. 346, secondo comma, c.p. (espressione di una frode o di una marcata falsa rappresentazione della realtà) è assente nel "nuovo" art. 346-bis c.p.

Dopo aver chiarito le ragioni a sostegno del secondo tra gli orientamenti contrapposti, le Sezioni unite sottolineano come la discontinuità tra le due norme comporti una riespansione del reato di truffa di cui all'art. 640 c.p. (Sez. VI, 19 settembre 2019, n. 5221, ivi, n. 278451; Sez. VI, 2 febbraio 2021, n. 28657, cit.; Sez. VI, 10 marzo 2022, n. 23407, cit.; Sez. VI, 12 dicembre 2022, n. 11342, cit.). Come conseguenza, abolita la fattispecie di millantato credito "corruttiva", l'imputato può essere chiamato a rispondere del reato di truffa, purché siano stati formalmente contestati e accertati in fatto gli elementi costitutivi della fattispecie (ad analoga soluzione si perviene pure con riguardo alle condotte poste in essere a seguito della riforma del 2019).

L'enunciazione di tale principio costituisce uno spartiacque rispetto al passato, in quanto il rapporto tra gli artt. 640 e 346, secondo comma, c.p. configurava una relazione di specialità bilaterale (o "di interferenza"). Ciascuna fattispecie presentava infatti elementi ulteriori ed estranei all'altra, i quali non permettevano l'applicazione del principio di specialità di cui all'art. 15 c.p. Il rapporto poteva quindi dare soltanto luogo a un concorso formale eterogeneo, qualora la condotta accertata avesse realizzato contemporaneamente gli elementi riconducibili a entrambe le fattispecie, strutturalmente disomogenee (sul punto, Sez. VI, 24 febbraio 2004, n. 19647, in C.E.D. Cass., n. 229547; Sez. VI, 23 aprile 2008, n. 35340, ivi, n. 241246; Sez. VI, 5 novembre 2009, n. 9470, ivi, n. 246399; Sez. VI, 6 ottobre 2013, n. 45889, Di Matteo, ivi, n. 257463).

Vincenzo Di Terlizzi (Dottorando di ricerca - Università di Foggia)

### **Giudizio di appello - estinzione del reato - Statuizioni civili - regola di giudizio**

Sez. un., marzo 2024 (dep. 27 settembre 2024), n. 36208, Cassano, Presidente, Serrao, Relatore, Fimiani, P.m. (concl. diff.)

*Nel giudizio di appello avverso la sentenza di condanna dell'imputato anche al risarcimento dei danni, il giudice, intervenuta nelle more l'estinzione del reato per prescrizione, non può limitarsi a prendere atto della causa estintiva, adottando le conseguenti statuizioni civili fondate sui criteri enunciati dalla Corte Costituzionale n. 182 del 2021, ma è comunque tenuto, stante la presenza della parte civile, a valutare, anche a fronte di prove insufficienti e contraddittorie, la sussistenza dei presupposti per l'assoluzione nel merito".*

### **La questione.**

Le Sezioni unite sono intervenute per chiarire se, nel giudizio di appello promosso avverso la sentenza di condanna dell'imputato anche al risarcimento dei danni, il giudice, intervenuta nelle more l'estinzione del reato per prescrizione, possa pronunciare l'assoluzione nel merito anche a fronte di prove insufficienti o contraddittorie, sulla base della regola di giudizio processual-penalistica dell' "oltre ogni ragionevole dubbio", ovvero debba far prevalere la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, pronunciandosi sulle statuizioni civili secondo la regola processual-civilistica del "più probabile che non.

### **I contrapposti orientamenti.**

La giurisprudenza di legittimità, a partire dalle Sezioni Unite Tettamanti del 2009 (Cass., Sez. Un., 35490 del 28/05/2009 Ud. (dep. 15/09/2009) Rv. 244275), sostiene graniticamente il principio secondo cui il giudice d'appello, decidendo sull'impugnazione ex art. 578 c.p.p., ha l'obbligo di pronunciare assoluzione nel merito non solo quando la prova dell'innocenza risulta evidente, come imposto dall'art. 129 c. 2 c.p.p. (per la presenza di elementi positivi o la per mancanza assoluta di prove a suo carico), ma anche quando la prova della colpevolezza sia insufficiente o contraddittoria. Si argomenta infatti che, quando ricorrono le condizioni di cui all'art. 578 c.p.p., la preclusione all'assoluzione nel merito in presenza di un ragionevole dubbio dell'innocenza non è più giustificata dalle ragioni di economica processuale sottese alla regola

di cui all'art. 129 c. 2 c.p.p., visto che il giudice d'appello, per decidere sulle statuizioni civili, è comunque chiamato a valutare *funditus* il compendio probatorio a sua disposizione. In ragione di ciò, il diritto dell'imputato all'applicazione dell'art. 530 c. 2 c.p.p. si rispande, coerentemente con la deroga che l'art. 578 c.p.p. contemporaneamente infligge sia all'art. 129 c. 2 c.p.p., non essendo la cognizione del giudice più limitata alle sole cause di non punibilità nel merito emergenti *ictu oculi*, sia all'art. 538 c.p.p., essendo consentita la condanna dell'imputato alle restituzioni e al risarcimento, anche in caso proscioglimento e quindi in assenza di una condanna penale.

Il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità è messo in discussione dalla Sezione rimettente che, sposando la tesi dei ricorrenti, denuncia l'incompatibilità dell'attuale "diritto vivente" con i principi affermati nella sentenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale n. 182 del 2021, resa in materia di tutela della presunzione di innocenza. In particolare, nell'ordinanza di rimessione si fa leva sull'affermazione della Consulta secondo cui il giudice dell'impugnazione penale, a seguito della declaratoria di estinzione del reato per sopravvenuta prescrizione (in conseguenza della quale la cognizione sulla responsabilità penale dell'imputato viene meno), deve comunque provvedere, in applicazione dell'art. 578 c.p.p., sull'impugnazione ai soli effetti civili, compiendo un accertamento incentrato sugli elementi costitutivi dell'illecito civile, senza poter conoscere, sia pure *incidenter tantum*, la responsabilità penale dell'imputato per il reato estinto. Si ritiene, pertanto, che l'art. 578 c.p.p., conformemente al *decisum* della Consulta, vada interpretato nel senso che il giudice dell'appello è chiamato a valutare le emergenze istruttorie secondo la regola processual-civilistica del "più probabile che non" ex artt. 2043, 2054 e 2059, non potendo recuperare opinabili valutazioni fondate sul ragionevole dubbio in ambito penale.

### La soluzione.

Le Sezioni Unite hanno ritenuto di dover dare continuità all'orientamento giurisprudenziale originato dal loro precedente del 2009, ribadendo che l'art. 578 c.p.p. attribuisce al giudice d'appello il potere di far prevalere sul proscioglimento per estinzione del reato l'assoluzione nel merito anche in presenza di prove lacunose o ambivalenti. Contrariamente a quanto affermato dalla sezione rimettente, non vi sarebbe alcuna incompatibilità tra i principi affermati dalla sentenza c.d. Tettamanti e le affermazioni contenute nella sentenza della Consulta del 2021, attingendo le due decisioni ambiti applicativi differenti. Mentre infatti, la sentenza Tettamanti ha il merito di mettere a fuoco i poteri cognitivi e decisorii del giudice d'appello quando ancora egli non si sia pronunciato definitivamente sulla responsabilità penale, la Consulta si occupa, invece, dell'operato del giudice penale in un momento successivo e diverso, cioè quello che si apre dopo la declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione e che ha, quindi, ad oggetto la *soia* responsabilità civile dell'imputato proscioltto. In altri termini, le Sezioni Unite ritengono che, in applicazione dell'art. 578 c.p.p., dapprima il giudice d'appello deve verificare se ricorrono le condizioni per assolvere nel merito, e quindi, agli effetti penali, l'imputato, e nel procedere in tal senso, deve agire in conformità all'art. 530 c. 2 c.p.p. Questa prima fase genera poi due percorsi alternativi: i) se l'assoluzione viene pronunciata, il giudice emette sentenza di riforma nel merito, con totale elisione anche delle statuizioni civili decise in primo grado; ii) in caso contrario, il giudice emette sentenza di proscioglimento agli effetti penali per

intervenuta prescrizione, e passa ad assumere cognizione del solo tema civilistico ma, nel far ciò, deve astenersi da valutazioni che possano in qualche modo impattare, sia pure incidentalmente, sulla presunzione di innocenza dell'imputato ormai prosciolto. Precisano peraltro le Sezioni Unite come l'interpretazione propugnata non solo non contrasti con la sentenza n. 182 del 2021 della Consulta, ma è perfettamente compatibile sia con la normativa eurounitaria sia con la giurisprudenza della Corte EDU, dalla quale infatti si desume soltanto che, in forza dell'art. 6 § 2 C.E.D.U., dopo il proscioglimento dell'imputato, quest'ultimo non possa essere trattato da agenti e autorità pubbliche come se fosse colpevole del reato a lui contestato; in particolare, per i giudici, successivamente chiamati a valutare la responsabilità per i danni causati dal già prosciolto, la disposizione richiamata si traduce nell'obbligo di astenersi da valutazioni ed espressioni che in qualche modo possano ledere l'onore dell'autore del danno che sia stato prosciolto. Quanto, invece, al rapporto tra causa estintiva e assoluzione nel merito, rilevano le Sezioni Unite che, se da un lato, non si rinvengono nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo pronunce secondo cui l'osservanza dell'art. 6 § 2 imporrebbe necessariamente di dare prevalenza alla prima a discapito della seconda, dall'altro, si deve riconoscere che, attraverso il principio di segno opposto di cui alla sentenza Tettamanti, lo Stato italiano non fa altro che esercitare il potere, pacificamente riconosciuto agli Stati membri, di assicurare una protezione ai diritti e alle libertà garantiti dalla Convenzione - nella fattispecie, il diritto di difesa - in misura superiore a quella attuata dalla stessa Corte EDU.



## PIÙ OMBRE CHE LUCI NELLA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE IN TEMA DI CRIPTOFONINI

**Cass., Sez. Un., 29 febbraio 2024, (dep. 14 giugno 2024), n. 23756 – Pres. Cassano – Rel. Corbo – P.M. Gaeta (conf.)**

**Cass., Sez. Un., 29 febbraio 2024 (dep. 14 giugno 2024), n. 23755 – Pres. Cassano – Rel. Corbo – P.M. Giordano (conf)**

**Wanda Nocerino\* e Ottavia Murro\*\***

**Sommario:** **1.** Le (esplicite) domande e le (velate) risposte. – **2.** Le indagini francesi e i riflessi sui procedimenti nazionali. – **3.** Le decisioni delle Sezioni Unite, il refflusso della Corte di Lussemburgo e le questioni devolute alla Corte di Strasburgo. – **4.** I frastagliati precedenti nazionali. – **5.** Nodi sciolti e grovigli irrisolti. – **5.1.** Le condizioni di ammissibilità dell'O.E.I. – **5.2.** L'utilizzabilità dei dati raccolti all'estero nei procedimenti interni. – **6.** La necessaria tipizzazione delle “nuove” indagini: un appello al legislatore.

### ABSTRACT

Con le pronunce in commento, le Sezioni Unite delineano le regole per procedere all'acquisizione dei dati criptati (“freddi” o flussi in transito) acquisiti all'estero. Pur ammettendo un vaglio postumo del giudicante sull'utilizzabilità degli elementi di prova raccolti dall'autorità giudiziaria straniera, escludono categoricamente la necessità di un'intermediazione preventiva dell'organo della giurisdizione per richiedere l'O.E.I. Ciò che rimane avvolto nell'ombra è la qualificazione giuridica da attribuire all'attività di indagine consistente nell'acquisizione di dati comunicativi raccolti all'estero, moltiplicando le perplessità degli interpreti che si trovano a confrontarsi con principi di diritto non perfettamente sovrapponibili nel sistema nazionale. Lo scopo della ricerca è comprendere se e in che termini i dati acquisiti all'estero possano trovare impiego nel processo penale, individuando la corretta cornice giuridica nella quale le attività possono essere sussunte.

*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*

---

\* Wanda Nocerino, Ricercatrice in Diritto processuale penale presso l'Università di Foggia. Ha curato i paragrafi §§ 1, 2, 4, 5, 5.1 e 6.

\*\* Ottavia Murro, Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale presso l'Università di Foggia. Ha curato i paragrafi §§ 3, 5, 5.2 e 6.

*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.*

## 1. Le (esplicite) domande e le (velate) risposte.

Nel solco segnato da una giurisprudenza in fermento in tema di utilizzabilità della messaggistica scambiata su sistema cifrato *Sky Ecc* ed *Encrochat*<sup>1</sup>, la VI Sezione presenta all'esame dell'organo riunito due distinti ricorsi<sup>2</sup> che, seppur formalmente separati, vertono su tre quesiti tendenzialmente sovrapponibili che così possono essere schematizzati:

a) definire la natura giuridica dell'attività di acquisizione, mediante Ordine Europeo di Indagine (O.E.I.), del contenuto di comunicazioni effettuate attraverso i criptofononi, già decriptate dall'autorità giudiziaria estera in un proprio procedimento penale;

b) verificare la sussistenza delle condizioni per legittimare il p.m. ad acquisire, per il tramite dell'O.E.I., dati informatici all'estero;

c) delineare i confini entro cui è possibile esperire un sindacato giurisdizionale nello Stato di emissione dell'O.E.I. circa l'utilizzabilità degli esiti investigativi di attività svolte all'estero.

I percorsi motivazionali che caratterizzano le pronunce in esame sono pressoché identici e le risposte alle questioni sollevate – riscritte ed ampliate rispetto alle massime provvisorie<sup>3</sup>, anche in considerazione degli approdi della Corte di Lussemburgo<sup>4</sup> –

<sup>1</sup> Per un'analisi dei precedenti, si rinvia a § 4.

<sup>2</sup> Cass., Sez. VI, 15 gennaio 2024, n. 2329, in *Sist. pen.*, 11 dicembre 2023; Cass., Sez. III, 2 novembre 2023, n. 47798, *ivi*, 11 dicembre 2023.

<sup>3</sup> Cass., Sez. Un., 29 febbraio 2024, informazione provvisoria n. 3 con riferimento all'ordinanza di rimessione n. 47798/2023; Cass., Sez. Un., 29 febbraio 2024, informazione provvisoria n. 4 del 2024, riferita all'ordinanza di rimessione n. 2329/2024.

<sup>4</sup> Ci si riferisce alla sentenza della Corte giust. UE, Grande Camera, 30 aprile 2024, *M.N.*, C-670/22. La Corte, pur attribuendo al p.m. il potere di adottare un O.E.I. teso a ottenere la trasmissione delle prove già in possesso delle autorità competenti nello Stato di esecuzione, in ossequio alle previsioni di cui all'art. 6, § 1 della Direttiva 2014/41/UE, chiarisce che «l'art. 14, § 7 della Direttiva [...] deve essere interpretato nel senso che esso impone al giudice penale nazionale di espungere [...] informazioni ed elementi di prova se [la persona sottoposta alle indagini] non è in grado di svolgere efficacemente le proprie osservazioni su informazioni ed elementi di prova e questi ultimi siano idonei ad influire in modo preponderante sulla valutazione dei fatti».. Sul punto, per tutti, RAZZI-SPIEZIA, *Decifrare, acquisire e utilizzare le comunicazioni criptate in uso alla criminalità organizzata: uno sguardo europeo, in attesa del count-down italiano*, in *Sist. pen.*, 26 febbraio 2024. Sul punto, si veda pure Corte giust. UE, Grande Camera, 4 ottobre 2024, *CG*, C-548/21, per cui l'accesso degli inquirenti ai dati contenuti in un telefono cellulare non è una misura da riservare necessariamente alla lotta contro i reati gravi. Deve, però, essere disposta da un giudice (o da un'autorità indipendente), con provvedimento motivato, e resta soggetta al principio di proporzionalità. Così, la Corte di giustizia ha interpretato gli artt. 4, par. 1, 13 e 54 della direttiva 2016/680/UE, individuando un punto di equilibrio tra le esigenze di accertamento del reato e il diritto alla riservatezza dei dati personali e, più in generale, alla libertà di comunicazione

si integrano e si completano vicendevolmente, salvo con riferimento al primo quesito per cui le sentenze sembrano giungere a conclusioni parzialmente difformi.

Se la Corte non ha alcun dubbio nell'escludere la necessità dell'intermediazione preventiva dell'organo della giurisdizione per richiedere l'O.E.I. (ammettendo esclusivamente un vaglio di utilizzabilità postumo degli elementi di prova acquisiti all'estero), sul presupposto per cui «rientra nei poteri del p.m. disporre l'acquisizione di atti di altro procedimento penale»<sup>5</sup>, quello che invece rimane avvolto nel mistero è la qualificazione giuridica da attribuire all'attività di indagine consistente nell'acquisizione di dati comunicativi raccolti all'estero.

In effetti, le due sentenze – redatte dal medesimo Collegio, decise lo stesso giorno, vertenti sulle stesse questioni – riflettono posizioni pressoché divergenti: secondo la pronuncia n. 23755, «la trasmissione [...] del contenuto di comunicazioni [...] già acquisite [...] dall'autorità giudiziaria estera [...] rientra nella disciplina relativa alla circolazione delle prove tra procedimenti penali, quali desumibile dagli artt. 238 e 270 c.p.p. e 78 disp. att. c.p.p.»; secondo il provvedimento n. 23756, invece, tale acquisizione è assoggettata esclusivamente alla disciplina di cui all'art. 270 c.p.p.

Ciò significa che se per la prima sentenza (in ordine di deposito) la qualificazione giuridica delle investigazioni svolte all'estero sulle piattaforme criptate dipende dal tipo di atto condotto e, dunque, varia in base all'oggetto e alle modalità acquisitive dell'elemento probatorio, al contrario, per la seconda pronuncia l'attività di indagine condotta dall'autorità straniera è sussumibile unicamente nell'alveo delle intercettazioni e, dunque, può essere utilizzata in Italia solo alle condizioni delineate dall'art. 270 c.p.p.

Da questa prospettiva, sembra che le statuizioni del Collegio riunito hanno moltiplicato le perplessità degli interpreti che si trovano a confrontarsi con due principi di diritto non perfettamente sovrapponibili.

Senza contare, poi, che, in entrambe le pronunce, la Corte sembra porre l'accento solo su alcuni dei complessi aspetti che involgono il tema delle indagini sulle piattaforme criptate; di conseguenza, si ha la sensazione che i principi di diritto enucleati potranno risolvere solo in parte le criticità derivanti dalla necessità (tutt'altro che remota) di svolgere investigazioni su server ubicati sul territorio nazionale<sup>6</sup>.

dei privati. D'altra parte, parallelamente a quanto accaduto negli Stati nei quali è rifluito il materiale probatorio francese, sono stati presentati alcuni ricorsi individuali alla Corte di Strasburgo in relazione ad analoghi trasferimenti di materiale investigativo. Cfr. Corte EDU, A. L. c. Francia, n. 44715/20; Corte EDU, E. J. c. Francia, n. 47930/21.

<sup>5</sup> Cass., Sez. Un., 14 giugno 2024, n. 23755, in C.E.D. Cass., n. 286573; Cass., Sez. Un., 14 giugno 2024, n. 23756, non massimata. Per i primi commenti, si vedano, DANIELE, *La mappa del controllo giurisdizionale quando l'OEI ha ad oggetto prove già in possesso dell'autorità straniera*, in *Sist. pen.*, 17 luglio 2024; GUAGLIARDI, *Utilizzo nel processo penale di messaggi criptati ottenuti tramite una operazione di hacking massiva all'estero e acquisiti in Italia tramite Ordine Europeo di Indagine. Il fine giustifica i mezzi?*, in *Giur. pen.*, 2024, 6, 1; PIGNATA, *Le Sezioni unite sull'utilizzabilità della messaggistica criptata acquisita mediante ordine europeo di indagine*, in *Penale. Diritto e procedura*, 1 luglio 2024; SPANGHER, *Le Sezioni Unite precisano le condizioni di utilizzabilità della messaggistica dei criptofonini*, in *Dir. e giust.*, 18 giugno 2024; ID., *Criptofonini: le sentenze delle Sezioni Unite*, in *Giust. insieme*, 20 giugno 2024.

<sup>6</sup> Dello stesso avviso DANIELE, *La mappa del controllo giurisdizionale quando l'OEI ha ad oggetto prove già in possesso dell'autorità straniera*, cit., 3.

## 2. Le indagini francesi e i riflessi sui procedimenti nazionali.

Prima ancora di analizzare il contenuto delle pronunce, risulta imprescindibile soffermarsi brevemente sui meccanismi di funzionamento dei criptofonini e sulle peculiari indagini svolte dalle autorità estere per acquisire le informazioni transitanti e/o giacenti sulle piattaforme criptate.

Sotto il profilo tecnico, un *cryptophone* – anche definito *Dedicated Encrypted Communication Devices* (DECD) – è un tipo di *smartphone* specificamente progettato per fornire comunicazioni sicure e proteggere da *hacking* e sorveglianza. Nei criptofonini, infatti, vengono disabilitati tutti quei servizi che possono essere facilmente intercettati, quali: la localizzazione GPS, i servizi *Google*, il *Bluetooth*, la fotocamera, i microfoni, la porta USB (che rimane in funzione solo per la carica della batteria). Rimangono attive le chiamate ma solo in modalità VoIP (*Voice over IP*), senza l'uso della rete GSM; anche la messaggistica è abilitata ma si serve di applicazioni proprietarie e crittografate che rendono, di fatto, il dispositivo impenetrabile<sup>7</sup>.

Tali *devices* si servono delle *Hardened Secure Communication Platforms* (HSCP), più comunemente definite piattaforme di comunicazioni criptate, ossia di sistemi operativi e applicazioni installate su dispositivi di comunicazione sicuri e protetti fisicamente. Le più note sono *Encrochat*<sup>8</sup> e *Sky Ecc*<sup>9</sup>, anche se in commercio ne esistono numerose e con differenti caratteristiche<sup>10</sup>.

Sotto il profilo operativo, va detto che – pur non essendo ufficialmente noti i singoli passaggi investigativi che hanno portato all'apprensione degli elementi di prova mediante accesso ai *server* sulla piattaforma *Sky Ecc* – l'indagine si è sviluppata con l'istituzione di una squadra investigativa comune, composta dalle autorità giudiziarie e da rappresentanti delle forze di polizia di Belgio, Francia e Olanda, con il coordinamento di *Europol*<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Per un approfondimento sugli aspetti tecnici, si vedano CURTOTTI, RIZZI, NOCERINO, RUSSITTO, GILBERTI, SCARPA, *Piattaforme criptate e prove penali*, in *Sist. pen.*, 2023, 6, 173.

<sup>8</sup> *Encrochat* era una Rete di comunicazioni e un fornitore di servizi con sede in Europa che offriva *smartphone* modificati consentendo comunicazioni crittografate tra gli abbonati (circa 60 mila utenti). Si trattava di un *App* di messaggistica basata su OTR che instradava le conversazioni attraverso un *server* centrale con sede in Francia, *EncroTalk*, un servizio di chiamate vocali basato su ZRTP e *EncroNotes*, che consentiva agli utenti di scrivere note private crittografate. Il servizio di messaggistica crittografata *EncroChat* e i relativi telefoni personalizzati sono stati scoperti dalla gendarmeria francese nel 2017 che, poco dopo, ha provveduto a disattivare la piattaforma.

<sup>9</sup> *Sky Global* era una rete di comunicazioni e un fornitore di servizi con sede a Vancouver, in Canada: uno dei suoi prodotti più importanti era l'applicazione di messaggistica sicura *Sky Ecc* e i criptotelefonini. Nel 2021 erano oltre 171.000 gli apparati registrati, principalmente in Europa, Nord America, diversi Paesi del Centro e Sud America – principalmente Colombia – e Medio Oriente. Un quarto degli utenti attivi si trovava in Belgio (6.000) e nei Paesi Bassi (12.000). Una delle sue caratteristiche era l'autodistruzione dei messaggi dopo un periodo di scadenza definito dall'utente. Il 9 marzo 2021 Francia, Belgio ed Olanda, attraverso un'attività di indagine svolta a seguito della costituzione, sul canale giudiziario, di una squadra investigativa comune, sono riusciti a violare i *server* sui quali sono conservate le comunicazioni.

<sup>10</sup> Si pensi, solo per citarne alcuni, ad *Ennetcom*, *Exclu*, *Silent phone*, *Zphone*, *X1* e *X1 black* della *Secure Group* e le piattaforme dall'azienda *Sikur*.

<sup>11</sup> Sui dettagli dell'indagine, per tutti, PROCURA GENERALE DELLA CORTE DI CASSAZIONE, *Memoria per l'udienza delle Sezioni Unite penali del 29 febbraio 2024*, disponibile su *Sist. pen.*, 1 marzo 2024.

Materialmente, l'acquisizione del contenuto della messaggistica è avvenuta per il tramite delle autorità francesi – luogo in cui il *server Sky Ecc* è ubicato – che hanno disposto sia intercettazioni “tradizionali”, di cui agli artt. 100 ss. del *code de procédure pénale*, sia l'acquisizione di comunicazioni archiviate su sistemi informatici, secondo la previsione dell'art. 706-102-1 c.p.p. francese.

I dati appresi, però, non sono risultati immediatamente intelligibili: l'attività di indagine, infatti, ha progressivamente svelato l'architettura informatica del sistema di comunicazione impiantato dalla società canadese di *Sky Global*, facendo emergere l'utilizzo di ben quattro chiavi di cifratura, due presenti nel *server* e due nel dispositivo del fruitore del servizio.

Di conseguenza, per poter raccogliere dati comprensibili, gli investigatori si sono visti costretti ad acquisire l'algoritmo di decodifica ricorrendo all'uso di un captatore informatico (tipo *Trojan*) funzionale ad asportare le chiavi nascoste sia sul *server* che sui criptofonini.

A questo punto, la polizia giudiziaria francese è riuscita a decodificare i messaggi già registrati e giacenti sulla piattaforma e a conoscere il significato delle comunicazioni in transito.

Come era prevedibile, l'operazione non è rimasta confinata ai Paesi direttamente interessati dall'indagine: infatti, in diversi procedimenti penali nazionali è emersa (e, con molta probabilità, continuerà ad emergere) la necessità di acquisire, mediante O.E.I., la trascrizione dei messaggi scambiati da soggetti operanti su territorio italiano dopo che gli stessi sono stati decriptati dall'autorità estera.

### 3. Le decisioni delle Sezioni Unite e il reflusso della Corte di Lussemburgo.

Delineati i tratti tecnici delle operazioni investigative, diviene necessario approfondire il punto di approdo a cui giunge il Supremo Consesso con le due “sentenze gemelle”, nell'ottica di una analisi sistematica anche alla luce di una terza pronuncia, definita “sentenza cugina”<sup>12</sup>, ovvero la sentenza della Corte di Giustizia del 30 aprile 2024 (*Encrochat*)<sup>13</sup>.

Sicuramente, lo si dice già in premessa, il tema su cui la Corte si confronta non appare inedito, poiché da tempo gli operatori e gli interpreti si interrogano sul rapporto tra esigenze collettive di sicurezza e tutela dei diritti soggettivi di garanzia<sup>14</sup>.

Ciò che, invece, sembra innovativo è il contesto in cui si inseriscono le pronunce in commento, ovvero la dimensione della criminalità contemporanea che non è più con-

<sup>12</sup> Utilizza le espressioni “sentenze gemelle” e “sentenza cugina”, DANIELE, *Le “sentenze gemelle” delle Sezioni Unite sui criptofonini*, in *Sist. pen.*, 17 luglio 2024.

<sup>13</sup> Corte giust. UE, 30 aprile 2024, *M.N.*, cit. Sul tema, si veda pure Corte giust. UE, 4 ottobre 2024, *CG*, cit.

<sup>14</sup> Sul tema, NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 3. Sul tema anche, CAIANIELLO, *Diritti, libertà e garanzie sostanziali e processuali*, in *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, di Manes, Caianiello Torino, 2020, 285; FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 2781.

finata all'interno di uno o più Stati, ma è diventata, ormai, globale e interconnessa<sup>15</sup>. Circostanza che si riverbera sul tema dei criptofonini che, come noto, ha coinvolto, quasi simultaneamente, le giurisdizioni di numerosissimi Paesi europei.

In tale scenario, le questioni rimesse alle Sezioni Unite attengono alla legittimità dell'agire investigativo, e quindi all'utilizzabilità degli esiti di indagine, nonché alla tipologia degli atti trasmessi agli organi investigativi italiani in relazione alle garanzie da riservare agli indagati<sup>16</sup>.

Più precisamente, è proprio l'individuazione della natura dell'atto ad incidere, a cascata, sulle garanzie e sulla utilizzabilità delle prove nel processo interno.

Per tale ragione, il primo quesito che viene posto al Supremo Collegio attiene alla qualificazione dell'attività di acquisizione dei dati giacenti o transitanti su *server*, al fine di individuare il regime processuale attivabile.

In tale contesto, la norma che è venuta in rilievo è stata quella che disciplina le acquisizioni di documenti e dati informatici (art. 234-*bis* c.p.p.)<sup>17</sup>. Norma che, stando ai presupposti applicativi, non è apparsa applicabile al caso di specie, atteso che, si legge nelle sentenze in commento, «la sua operatività prescinde da ogni forma di collaborazione da parte dello stato estero di esecuzione», essendo attuata direttamente dall'autorità giudiziaria italiana.

Non solo. Si potrebbe anche aggiungere che, ai sensi dell'art. 234-*bis* c.p.p., è sempre consentita l'acquisizione di elementi probatori nel caso in cui documenti o dati informatici siano disponibili al pubblico, ovvero vi sia il consenso del legittimo titolare allorquando essi non si trovino sulle c.d. fonti aperte. Presupposti che, nell'attività acquisitiva di *chat* criptate, non risultano sussistenti<sup>18</sup>.

Diversamente, lo strumento dell'O.E.I., nel regolare le modalità di acquisizione di elementi di prova transfrontalieri, presuppone dei rapporti di collaborazione tra autorità giudiziarie di diversi Stati membri dell'UE<sup>19</sup>.

Considerati tali presupposti, viene anche in rilievo il rapporto di esclusione reciproca<sup>20</sup> sussistente tra l'Ordine Europeo di Indagine e la disciplina delineata dall'art. 234-*bis* c.p.p., discipline ritenute dal Supremo Collegio come alternative.

Più precisamente, i due istituti attengono ad ipotesi e presupposti diversi, nei quali gioca un ruolo dirimente la sussistenza o meno di una collaborazione tra Stati.

Nel contempo, l'O.E.I. può essere emesso anche per ottenere prove già in possesso delle autorità competenti dello stato di esecuzione (art. 1, direttiva 2014/41/UE) e

---

<sup>15</sup> Per un esame delle questioni rimesse alle Sezioni unite e del delicato tema della sicurezza globale, SPANGHER, *Criptofonini: sono "in gioco" diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2024, 173.

<sup>16</sup> Analizza tale aspetto, NOCERINO, *Ancora in tema di criptofonini: nuovi arresti giurisprudenziali in attesa delle Sezioni unite*, in *Questa rivista*, 29 novembre 2023; SPANGHER, *Chat. Saranno le Sezioni Unite a decriptare le questioni giuridiche*, in *Giustizia insieme*, 13 novembre 2023.

<sup>17</sup> Tale inquadramento viene proposta, tra le molte, da Cass., Sez. III, 19 ottobre 2023, n. 47201, in *C.E.D. Cass.*, n. 285350.

<sup>18</sup> Cfr., LORENZETTO, *L'acquisizione all'estero di comunicazioni digitali criptate nella fucina dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2024, 182.

<sup>19</sup> DANIELE, *Ordine europeo di indagine penale e comunicazioni criptate: il caso Sky ECC/Encrochat in attesa delle Sezioni Unite*, in *Sist. pen.*, 11 dicembre 2023.

<sup>20</sup> DANIELE, *Ordine europeo di indagine penale*, cit., 3.

tale strumento di indagine risulta prevalente rispetto agli altri (*Considerando* n. 35 della suddetta direttiva)<sup>21</sup>.

Dalla questione così delineata, emerge che nel caso di specie ci si è trovati al cospetto di elementi di prova autonomamente raccolti dalle autorità straniere prima dell'emissione dell'O.E.I., e, dunque, di informazioni preformate sulla base della *lex loci* ed acquisite con la collaborazione tra autorità giudiziarie di diversi Stati UE<sup>22</sup>.

Peculiarità che hanno spinto le Sezioni Unite a ritenere applicabile la disciplina dell'Ordine di Indagine Europeo e a parametrare il criterio dell'equivalenza non con la disciplina nazionale relativa alla formazione della prova, quanto piuttosto con quella della circolazione di queste ultime fra procedimenti diversi.

Nel solco di tale ragionamento, esclusa l'applicabilità dell'art. 234-*bis* c.p.p., le regole probatorie che vengono in rilievo sono rinvenibili, per le Sezioni Unite, nel combinato disposto degli artt. 238 c.p.p. e 78 disp. att. c.p.p., ovvero, qualora le prove fossero state acquisite con le forme delle intercettazioni di comunicazioni, negli artt. 270 c.p.p. e 78 disp. att. c.p.p.<sup>23</sup>.

Bisognerà poi verificare sia se sussistono, nel caso di specie, le condizioni per l'emissione dell'O.E.I., con riguardo al versante della necessità e proporzionalità (*infra*, § 5.1.)<sup>24</sup>, sia se è stata chiarita la natura dell'attività investigativa sulle piattaforme criptate (*infra*, § 5).

Il secondo tema affrontato attiene alle garanzie che devono governare l'utilizzabilità dei dati trasmessi e, in tale contesto, il quesito che la Corte ha risolto attiene a eventuali controlli giurisdizionali<sup>25</sup>.

Con riferimento a tale quesito, le sentenze "gemelle" sembrano risentire della sentenza della Corte di Giustizia relativa al caso *Encrochat*, nella quale si è precisato che il pubblico ministero figura tra i soggetti che possono costituire un'autorità di emissione dell'O.E.I.

Più nel dettaglio, i giudici di Lussemburgo hanno chiarito che l'autorità di emissione, quando intenda ottenere la trasmissione di prove già in possesso delle competenti autorità dello Stato di esecuzione, non è autorizzata a controllare la regolarità del di-

<sup>21</sup> Per un approfondimento, CAIANELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 3, 5-6.

<sup>22</sup> «Al riguardo, è stato premesso che l'ordine europeo d'indagine - disciplinato dal d.lgs. 27 giugno 2017, n. 108, emanato per dare attuazione alla direttiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 - può anche essere emesso per ottenere prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione (art. 1, par. 1, della direttiva), proprio come è avvenuto nella specie, perché il provvedimento del pubblico ministero italiano ha avuto ad oggetto l'acquisizione degli esiti documentali di attività d'indagine precedentemente svolta dall'autorità francese»; PROCURA GENERALE DELLA CORTE DI CASSAZIONE, *Memoria per l'udienza delle Sezioni Unite penali del 29 febbraio 2024*, disponibile su *Sist. pen.*, 1° marzo 2024, 16.

<sup>23</sup> Sull'utilizzabilità degli esiti delle intercettazioni nel procedimento diverso, con riferimento alla disciplina vigente per effetto delle modifiche recate dalla L. 9 ottobre 2023, n. 137, su tutte, Cass., Sez. I, 14 novembre 2023, n. 48622, in *C.E.D. Cass.*, n. 2855579.

<sup>24</sup> Sul tema, LORENZETTO, *L'acquisizione all'estero di comunicazioni digitali criptate*, cit., 182.

<sup>25</sup> Il quesito posto alle Sezioni unite è stato: "se per l'emissione di un O.E.I. finalizzato all'acquisizione di comunicazioni criptate già autonomamente raccolte all'estero, sia necessaria l'autorizzazione preventiva di un giudice dello Stato di emissione".

stinto procedimento con il quale lo Stato membro di esecuzione ha raccolto le prove di cui essa chiede la trasmissione.

Nel trasportare a livello nazionale la prospettiva europea, si rileva come, ai sensi degli artt. 238 e 270 c.p.p., nel caso di circolazione di prove da un procedimento ad un altro, tale autorizzazione preventiva non è necessaria; pertanto, in applicazione del principio di equivalenza, il corrispondente O.E.I. può emesso direttamente dal pubblico ministero.

Principio che per la Corte è vevole anche in riferimento a prove che a livello nazionale richiedono la preventiva autorizzazione del giudice, quali le attività di intercettazione e l'acquisizione di tabulati di traffico telefonico e telematico. Per queste ultime, infatti, il controllo ha operato *ex ante*, in fase di acquisizione da parte giudice nello stato di esecuzione, pertanto non deve più ricorrere in caso di richiesta di O.E.I. da parte del pubblico ministero.

Conclusione che rischia di collidere con un ordinamento nel quale il provvedimento del giudice è necessario per le attività di intercettazioni e per acquisire i tabulati di traffico telefonico e telematico<sup>26</sup> ma – di contro – nessun controllo giurisdizionale viene previsto per compiere un sequestro di dati informatici che attengono alle comunicazioni<sup>27</sup>.

Delineate le questioni, le Sezioni Unite approdano a due soluzioni: da un alto, l'utilizzabilità dei dati comunicativi acquisiti dalle piattaforme criptate; dall'altro, l'esclusione di un controllo giurisdizionale da parte del giudice italiano, salvo che questi rilevi una violazione dei diritti fondamentali. Soluzione che risulta conforme alla consolidata elaborazione giurisprudenziale, in tema di rogatoria internazionale, per la quale l'atto investigativo gode di una presunzione relativa di conformità ai diritti fondamentali, con conseguente onere, gravante sulla difesa, di allegare e provare fatti da cui inferire la violazione di detti diritti fondamentali<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Sulla l. 23 novembre 2021, n. 178, che introduce una doppia riserva in materia di acquisizione dei tabulati di traffico telefonico e telematico si rinvia a DEMARTIS, *La nuova disciplina sui tabulati: un completo adeguamento agli standard europei?*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 299; DINACCI, *L'acquisizione dei tabulati telefonici tra anamnesi, diagnosi e terapia: luci europee e ombre legislative*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 2, 301; nonché, volendo, MURRO, *Dubbi di legittimità costituzionale e problemi di inquadramento sistematico della nuova disciplina dei tabulati*, in *Cass. pen.*, 2022, 2440.

<sup>27</sup> DANIELE, *Ordine europeo di indagine penale*, cit.

<sup>28</sup> Tra le molte, Cass., Sez. II, 22 dicembre 2016, n. 2173, in *C.E.D. Cass.*, n. 269000, dove si precisa che l'unico limite all'acquisizione di un atto compiuto all'estero è la violazione dei diritti fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano e del diritto di difesa. Nel contempo, come chiarito dalla Corte di Giustizia, l'impiego dell'O.E.I., ai fini della trasmissione di prove già autonomamente raccolte all'estero, non può avere l'effetto di eludere le condizioni previste dalla *lex fori*; così, DANIELE, *Le "sentenze gemelle" sui criptofonini*, cit. L'Autore precisa che se da un lato rivive il criterio di "*no inquiry*" nei confronti delle attività istruttorie compiute negli altri Stati; sotto altro aspetto, c'è il pericolo di prassi eccessivamente lassiste, ovvero il rischio «che si consolidi, l'idea per cui le prove già autonomamente raccolte all'estero sulla base della *lex loci* potrebbero essere automaticamente ed acriticamente recepite nel nostro sistema, fidandosi ciecamente dell'operato delle autorità straniere».

## 4. I frastagliati precedenti nazionali.

Una volta enucleato il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite, sembra imprescindibile analizzare il contesto nel quale si insinua l'intricata *querelle*.

I giudici di legittimità – sollecitati dai difensori degli imputati talvolta per violazione delle norme in materia di intercettazione<sup>29</sup>, talaltra per lesione del contraddittorio sulle modalità di apprensione delle *chat* allocate su *server* esteri<sup>30</sup> – sono stati chiamati più volte a decidere sui limiti di impiego processuale dei dati criptati appresi dall'autorità giudiziaria di altri Paesi e acquisiti nei procedimenti nazionali per il tramite dell'O.E.I.

Più nel dettaglio, le Corti si sono trovate ad affrontare la questione da un duplice angolo di visuale: da un lato, sono intervenute per definire il corretto inquadramento giuridico delle attività di acquisizione del contenuto delle *chat* sulle piattaforme criptate e, dall'altro, per determinare le modalità attraverso cui i dati ottenuti all'estero possono transitare nel processo penale.

Con riferimento al primo aspetto, alcune pronunce<sup>31</sup> chiariscono che l'attività di acquisizione e di decifrazione dei dati comunicativi allocati su *server* esteri non possa rientrare nel novero delle intercettazioni informatiche o telematiche ex art. 266-*bis* c.p.p., trattandosi invece di documenti informatici pienamente utilizzabili in conformità alle previsioni di cui all'art. 234-*bis* c.p.p., posta l'assenza di contestualità tra la trasmissione della comunicazione e l'atto acquisitivo<sup>32</sup>.

In questi casi, a parere della Corte, trova applicazione il dettato di cui all'art. 234-*bis* c.p.p., dal momento che il dato informatico "in chiaro" è una «rappresentazione comunicativa incorporata in una base materiale con metodo digitale».

Secondo un diverso e minoritario orientamento<sup>33</sup>, non è sempre possibile applicare il dettato di cui all'art. 234-*bis* c.p.p., dal momento che il ricorso alla norma in esame può ritenersi giustificato esclusivamente nell'ipotesi di acquisizione di dati e documenti informatici – intesi come elementi informativi "dematerializzati" – che preesistono rispetto all'avvio delle indagini.

In quest'ottica, qualora l'attività investigativa si concretizzi nell'apprensione occulta del contenuto archiviato nel *server* nel corso dell'investigazione, la relativa acquisizione va inquadrata nella disposizione di cui all'art. 254-*bis* c.p.p.; qualora, poi,

---

<sup>29</sup> Cass., Sez. IV, 5 aprile 2023, n. 16347, in *C.E.D. Cass.*, n. 284563; Cass., Sez. I, 1 luglio 2022, n. 34059, non massimata; Cass., Sez. I, 13 ottobre 2022, n. 6364, in *Cass. pen.*, 2023, 2786, con nota di NOCERINO, *L'acquisizione della messaggistica su sistemi criptati: intercettazioni o prova documentale?*

<sup>30</sup> Cass., Sez. VI, 25 ottobre 2022, n. 48330, in *C.E.D. Cass.*, n. 284027.

<sup>31</sup> Cass., Sez. IV, 5 aprile 2023, n. 16347, cit.; Cass., Sez. I, 13 gennaio 2023, n. 19082, in *C.E.D. Cass.*, n. 284440; Cass., Sez. I, 13 ottobre 2022, n. 6364, cit.; Cass., Sez. I, 1 luglio 2022, n. 34059, cit.

<sup>32</sup> Non è superflua la precisazione per cui i dati sono ubicati in uno Stato estero (ossia la Francia) e sono "di proprietà" dello Stato che presta il proprio consenso all'acquisizione degli stessi.

<sup>33</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44154, in *Cass. pen.*, 2024, 173, con nota di SPANGHER, *L'acquisizione all'estero di comunicazioni criptate nella fucina dell'ordine europeo di indagine penale*; Cass., Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44155, *ivi*, 2024, 162, con commenti di LORENZETTO, *L'acquisizione all'estero di comunicazioni digitali criptate*, cit.; nonché SPANGHER, *Criptofonini: sono "in gioco" diritti fondamentali*, cit.

l'attività consista nella captazione e registrazione del messaggio cifrato nel mentre lo stesso è in transito dall'apparecchio del mittente a quello del destinatario, il mezzo di ricerca della prova più congeniale è quello dell'intercettazione telematica, ex art. 266-*bis* c.p.p.<sup>34</sup>.

Secondo una diversa impostazione teorica, sostenuta da sole due pronunce<sup>35</sup>, l'acquisizione mediante O.E.I. di messaggi scambiati con sistema cifrato è sussumibile nel novero della prova documentale, individuando nell'art. 234 c.p.p., e non nella disposizione successiva, il parametro normativo di riferimento. A parere della Corte, infatti, l'art. 234-*bis* c.p.p. consente l'acquisizione all'estero di documentazione digitale accessibile al pubblico (o con il consenso del titolare del documento, se non in libera disponibilità) senza ricorso alle procedure di collaborazione con lo Stato in cui i documenti sono collocati. Nella specie, invece, i dati sono stati acquisiti all'esito di una attività di collaborazione internazionale.

Nemmeno può farsi ricorso, secondo i giudici, alle previsioni di cui all'art. 266-*bis* c.p.p., posto che «la disciplina delle intercettazioni non è applicabile per l'acquisizione, con ordine europeo di indagine, di specifici "dati freddi", cioè di documenti costituenti l'esito delle comunicazioni memorizzate su *server*, già acquisiti e decriptati dai giudici stranieri, in un loro procedimento autonomamente avviato e concluso».

In una isolata pronuncia<sup>36</sup>, la Corte di cassazione – pur ribadendo l'impossibilità di ricorrere tanto alle previsioni di cui all'art. 234-*bis* c.p.p. (non trattandosi di meri documenti e di dati digitali ma di corrispondenza informatica) quanto a quelle di cui all'art. 266-*bis* c.p.p. (stante l'assenza di contestualità tra la trasmissione della comunicazione e l'atto acquisitivo) – chiarisce che il trasferimento dei dati decriptati all'estero soggiace alle previsioni di cui all'art. 270 c.p.p., sussistendone tutti i presupposti legittimanti (ossia la rilevanza e l'indispensabilità per l'accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza).

Con riferimento alle modalità acquisitive, la giurisprudenza sembra concorde nel ritenere che dati informatici acquisiti all'estero possono essere ottenuti e impiegati nel processo penale nazionale per il tramite dell'O.E.I.<sup>37</sup>, strumento di cooperazione investigativa cui ricorrere per favorire la circolazione delle prove nei Paesi *intra*-unionali<sup>38</sup>.

In quest'ottica, lo scrutinio sulla compatibilità del processo di acquisizione del dato probatorio con il diritto di difesa non risulta frustrato dalla scelta della procura di mettere a disposizione i soli esiti dell'attività svolta all'estero e non anche il percorso di acquisizione di quei dati<sup>39</sup>, posto che l'autorità giudiziaria estera si è resa garante

---

<sup>34</sup> Tale differenza è stata sottolineata, tra le altre, anche da Cass., Sez. IV, 15 ottobre 2019, n. 49896, in *C.E.D. Cass.*, n. 277949; Cass., Sez. III, 26 settembre 2019, n. 47557, *ivi*, n. 277990.

<sup>35</sup> Cass., Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 46833, in *C.E.D. Cass.*, n. 285543; Cass., Sez. VI, 27 settembre 2023, n. 46482, *ivi*, n. 285363.

<sup>36</sup> Cass., Sez. VI, 11 ottobre 2023, n. 48838, in *C.E.D. Cass.*, n. 285599.

<sup>37</sup> Cass., Sez. VI, 25 ottobre 2022, n. 48330, *cit.*; Cass., Sez. I, 13 ottobre 2022, n. 6364, *cit.*

<sup>38</sup> Sui rapporti tra O.E.I. e acquisizione di *chat* decriptate all'estero, per tutti, DANIELE, *Ordine europeo di indagine penale e comunicazioni criptate: il caso Sky ECC/Encrochat in attesa delle Sezioni Unite*, in *Sist. pen.*, 11 dicembre 2023.

<sup>39</sup> Nello specifico la difesa lamenta che il p.m. ha messo a disposizione della difesa solo gli esiti dell'attività di polizia svolta, senza condividere il percorso (ovvero gli atti di indagine) che ha

del rispetto delle corrette procedure acquisitive del dato informatico volte ad impedirne l'alterazione<sup>40</sup>.

## 5. Nodi sciolti e grovigli irrisolti.

Al di là di posizioni più o meno critiche nei confronti della decisione in commento, ci si può ritenere soddisfatti di alcune innovative riflessioni di metodo contenute nel ragionamento delle Sezioni Unite, sicuramente “facilitate” dalla completezza espositiva che caratterizza la memoria della Procura generale<sup>41</sup>.

Intanto, è meritevole l'attenzione posta dal Procuratore generale, prima, e dalle Sezioni unite, poi, all'uso di nuove tecniche investigative assai efficaci per la repressione del crimine: progredendo, infatti, con straordinaria velocità tanto le tecnologie di captazione – che diventano sofisticate ed invasive – quanto le modalità di elusione delle captazioni – che si affidano all'impenetrabilità degli apparecchi utilizzati, all'inaccessibilità di particolari reti di captazione ovvero all'adozione di sistemi di criptazione dei messaggi scambiati –, risulta imprescindibile ricorrere a nuove metodologie di indagine ad alto potenziale tecnico per penetrare canali criminali di comunicazione o scambio di informazioni utilizzati per la commissione di reati di particolare allarme sociale.

Altrettanto apprezzabile è l'interesse mostrato per l'analisi delle caratteristiche tecniche dell'attività investigativa condotta sui *server* esteri. La suprema Corte coglie, infatti, l'importanza del dato tecnico ai fini della comprensione dei risultati giuridici che dall'utilizzo dello stesso possono derivare. Per troppo tempo il mondo del diritto ha peccato di miopia nel ritenere che l'analisi giuridica potesse prescindere dalla conoscenza tecnico-scientifica che permea molti mezzi di ricerca della prova.

La motivazione (e prima ancora la memoria della Procura generale) chiarisce cosa sono i criptofonini e i sistemi di comunicazione criptati, dà conto della complessa indagine svolta e, nell'evidenziare l'importanza di tali strumenti ai fini investigativi, la Corte ne individua gli enormi rischi in punto di lesione di diritti. La motivazione sottolinea come il loro utilizzo potrebbe dar luogo ad una serie indefinita di atti investigativi *de facto* non autorizzati.

---

portato all'acquisizione delle *chat* decriptate e, in particolare, la documentazione di *Europol* (con i file decriptati) con l'indicazione precisa delle modalità di acquisizione dei dati nel *server* e gli annessi verbali di polizia. Cfr. Cass., Sez. VI, 25 ottobre 2022, n. 48330, cit.

<sup>40</sup> In una isolata pronuncia (Cass., Sez. IV, 15 luglio 2022, in. 32915, in *Giur. pen.*, con nota di BARBIERI, *I limiti di utilizzabilità dei messaggi crittografati scaricati da un server estero ed acquisiti mediante ordine europeo di indagine*), la Corte sostiene che l'acquisizione del dato probatorio (le *chat* decriptate) è inutilizzabile, poiché non è stato rispettato il diritto di difesa. Precisamente, la Corte afferma che il principio del contraddittorio implica una dialettica procedimentale non solo sugli esiti del materiale acquisito, ma anche sulle modalità con cui è stato acquisito detto materiale. Ne consegue che, ex art. 191 c.p.p., una prova è inutilizzabile se viola i divieti stabiliti dalla legge. In conclusione, per i giudici di legittimità, la difesa gode del diritto di accedere alla documentazione dell'attività investigativa svolta e di conoscere le modalità con cui erano state acquisite tali messaggi criptati, in virtù dell'osservanza del diritto di difesa e di contraddittorio.

<sup>41</sup> Cfr. PROCURA GENERALE DELLA CORTE DI CASSAZIONE, *Memoria per l'udienza delle Sezioni Unite penali del 29 febbraio 2024*, cit.

A rigor di onestà, i potenziali rischi sono molti di più e vanno enunciati ai non addetti ai lavori per comprendere a fondo la portata della lesività di tali tecniche di indagine.

*In primis*, i giudici sembrano giustificare la trasmigrazione di dati raccolti all'estero nei procedimenti penali nazionali senza definire con chiarezza la categoria probatoria in cui ascrivere l'attività investigativa condotta che continua a rimanere avvolta dal mistero, fluttuando – senza peraltro sovrapporsi – tra differenti istituti processuali più o meno noti al sistema.

Dunque, la Corte sembra disinteressarsi della natura delle attività di indagine che, a monte, avevano consentito di penetrare all'interno delle piattaforme di comunicazione criptate: non è dato sapere in che modo si sia giunti all'acquisizione dei messaggi criptati, se attraverso la captazione di flussi in fase dinamica ovvero mediante l'acquisizione di dati telematici freddi, cioè già archiviati nella memoria del *server*, oppure procedendo ad un'apprensione "*omnibus*".

In una delle due sentenze "gemelle"<sup>42</sup>, la Corte sembra qualificare l'attività investigativa richiamando le previsioni di cui agli artt. 238 e 270 c.p.p. e 78 disp. att. c.p.p., facendo così presumere che l'attività condotta all'estero sia prova documentale o intercettazione.

Anche in questo caso emergono delle perplessità perché se il riferimento all'art. 270 c.p.p. significa acquisizione del risultato delle intercettazioni disposte in un diverso procedimento (anche se iniziato e concluso all'estero), non si riesce agevolmente a comprendere quali potrebbero essere i verbali di un diverso procedimento ai quali si riferiscono gli artt. 238 c.p.p. e 78 disp. att. c.p.p., posto che potrebbe trattarsi di *chat* acquisite, di verbali e brogliacci di p.g. ex art. 268 c.p.p., ma anche di verbali allo stato non conosciuti.

Inoltre, nel qualificare l'attività acquisitiva, non può non rilevare come ci si trovi al cospetto di una situazione tanto innovativa, quanto ibrida, e comunque in bilico tra diverse operazioni investigative, individuabili, per i dati in transito, negli artt. 266 e 266-*bis* c.p.p. mentre, per quelli statici, negli artt. 234, 234-*bis*, 254 c.p.p., coinvolgendo finanche la disciplina in materia dei tabulati telefonici e telematici (art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003); attività, queste, che interferiscono con la complessa ed ampia tematica delle garanzie da riservare all'acquisizione dei dati comunicativi<sup>43</sup>.

Sotto tale profilo, la questione si intreccia con plurime decisioni che hanno segnato, negli ultimi anni, la complessa tematica delle comunicazioni: in un primo versante, con riguardo all'acquisizione presso il *server* dei dati esterni delle telecomunicazioni, la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE<sup>44</sup> fissa limiti stringenti, in forza del principio di proporzionalità, avendo riguardo al criterio della stretta necessità in relazione ai fini dell'indagine e al controllo giurisdizionale sulla esistenza delle condizioni sostanziali e procedurali per l'accesso ai dati<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Cass., Sez. Un., 14 giugno 2024, n. 23755, cit.

<sup>43</sup> Sulle garanzie da riservare agli strumenti investigativi finalizzati a sequestrare di *chat*, *email* e – più ampiamente – dati comunicativi, sia consentito, MURRO, *Lo "smartphone" come fonte di prova. dal sequestro del dispositivo all'analisi dei dati*, Padova, 2024, 195.

<sup>44</sup> Corte giust. UE, Grande Sezione, 2 marzo 2021, *H.K./Prokuratuur*, C-746/18.

<sup>45</sup> Il principio viene ripreso anche dalla giurisprudenza interna che ha ritenuto come l'acquisizione all'estero di documenti e dati informatici inerenti a corrispondenza o ad altre forme di

Sempre la Corte di Giustizia UE<sup>46</sup> – e poi il legislatore italiano<sup>47</sup> – intervengono in tema di tabulati di traffico telefonico e telematico, prevedendo, oltre alla riserva di legge, anche un provvedimento autorizzativo del giudice. Sotto altro profilo, è intervenuta la Corte costituzionale, in tema di tutela della libertà e segretezza della corrispondenza, con la nota sentenza n. 170 del 2023<sup>48</sup>, che ha esteso l'ombrello protettivo dell'art. 15 Cost. alla corrispondenza elettronica, anche dopo la sua ricezione da parte del destinatario, almeno fino a quando non abbia perso ogni carattere di attualità, in rapporto all'interesse alla sua riservatezza. In tale scenario, si aggiunge anche la giurisprudenza della Corte EDU, la quale ha ricondotto sotto il cono di protezione dell'art. 8 CEDU (ove pure si fa riferimento alla corrispondenza *tout court*), i messaggi di posta elettronica<sup>49</sup>, gli s.m.s.<sup>50</sup> e la messaggistica istantanea inviata e ricevuta tramite internet<sup>51</sup>.

Sulla base di tale quadro giurisprudenziale, in ordine alla natura dell'attività di acquisizione delle comunicazioni elettroniche, emerge una perplessità che attiene al *vulnus* di tutele che governa l'assetto normativo interno e, più precisamente, all'assenza di una disciplina che individui limiti e garanzie dell'agire investigativo.

Aspetti che però, anche dopo le sentenze gemelle, restano ancora irrisolti, atteso che non viene chiarita la tassonomia dell'atto investigativo e, nel contempo, si nega la necessità di una autorizzazione preventiva del giudice per acquisire dati comunicativi digitali. Soluzione che, sulla base delle norme oggi vigenti, può apparire condivisibile poiché – allo stato – nessuna norma legittima una riserva di giurisdizione nell'attività di sequestro di dati comunicativi. Ed infatti, la preventiva autorizzazione del giudice ai fini dell'emissione dell'O.E.I. è necessaria, in forza del criterio di equivalenza, solo per le intercettazioni, non anche per il sequestro.

Il risultato, però, è un "cortocircuito" sistemico: per le intercettazioni e per l'acquisizione dei dati esterni del traffico telefonico e telematico è necessario il preventivo provvedimento autorizzativo dell'organo della giurisdizione, mentre per il sequestro dei comunicativi è sufficiente un semplice provvedimento del p.m.

A ben vedere, la soluzione prescelta dalla Corte svela la fragilità dell'assetto normativo che governa la materia e – più ampiamente – l'inconsistenza di una disciplina, quale quella ad oggi esistente, che non appare idonea a disciplinare la versatilità della comunicazione, oggi estremamente potenziata dalla Rete.

comunicazione de[ve] essere sempre autorizzata da un giudice: sarebbe davvero singolare ritenere che per l'acquisizione dei dati esterni del traffico telefonico e telematico sia necessario un preventivo provvedimento autorizzativo del giudice, mentre per compiere il sequestro di dati informatici riguardanti il contenuto delle comunicazioni oggetto di quel traffico sia sufficiente un provvedimento del pubblico ministero; così, Cass., Sez. IV, 26 ottobre 2023, n. 44154, cit.

<sup>46</sup> Corte giust. UE, 2 marzo 2021, C- 746/18, *H.K.*, cit.

<sup>47</sup> L. 23 novembre 2021, n. 178, cit.

<sup>48</sup> Per un commento della sentenza, CHELO, *Davvero legittimo il sequestro di messaggi e-mail già letti?*, in *Giur. cost.*, 2023, 296; FILIPPI, *Il cellulare "contenitore" di corrispondenza anche se già letta dal destinatario*, in *questa Rivista*, 6 settembre 2023.

<sup>49</sup> Corte EDU, 05 settembre 2017, *Barbulescu c. Romania*; § 72; Corte EDU, 03 aprile 2007, *Copland c. Regno Unito*, § 41.

<sup>50</sup> Corte EDU, 17 dicembre 2020, *Saber c. Norvegia*.

<sup>51</sup> Corte EDU, 05 settembre 2017, *Barbulescu*, cit., § 74.

Soprattutto non convince la semplicità con cui il Supremo Collegio ha consentito il ricorso all'O.E.I. ritenendo soddisfatti sia le condizioni per l'emissione, sia il complesso di regole che garantiscono l'utilizzabilità probatoria dei dati raccolti.

### 5.1. Le condizioni per l'emissione dell'O.E.I.

In primo luogo, si osserva come non sembrano sussistere nel caso di specie le condizioni per l'emissione dell'O.E.I., né sul versante della "necessarietà", né sotto il profilo della "equivalenza".

Con riferimento al primo requisito, occorre precisare che, secondo quanto previsto dagli artt. 1, § 4 e 6, § 1 lett. a, Direttiva 2014/41/UE e dall'art. 7, d.lgs. n. 108 del 2017, l'Ordine è attivabile solo quando proporzionato e necessario per il procedimento penale interno allo Stato richiedente.

Lo scopo è evitare che singole autorità giudiziarie possano abusarne quando gli stessi atti non sarebbero giustificati nell'ordinamento interno per la tipologia di procedimento, entità della pena eventualmente da irrogare e rilevanza dei fatti<sup>52</sup>.

Proprio su questo aspetto si aprono scenari a dir poco inquietanti: nel caso di specie, infatti, una volta "bucato" il server all'estero, l'acquisizione non ha ad oggetto esclusivamente le comunicazioni e le conversazioni ritenute potenzialmente rilevanti nel procedimento ove l'attività investigativa è stata "ordinata" ma anche tutti i flussi comunicativi (in atto o giacenti sulla piattaforma) intercorsi tra gli abbonati al servizio.

Di qui, «cadute le barriere protettive, davanti agli investigatori si apre quindi una distesa sterminata di materiale probatorio acquisito attraverso il monitoraggio di una moltitudine di utenze di cui, nel provvedimento autorizzativo, non era però stata fatta alcuna menzione e rispetto alle quali, dunque, non era stato compiuto il doveroso vaglio circa la necessità di sacrificarne la riservatezza»<sup>53</sup>.

Pur non trattandosi di attività investigative rientranti nel *genus* della c.d. sorveglianza di massa<sup>54</sup>, è evidente che l'acquisizione indiscriminata di tutti i dati giacenti o transitanti su un sistema non soddisfa il requisito della necessità e proporzione; con-

<sup>52</sup> In questo senso, CAIANELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., 6.

<sup>53</sup> Così, LUDOVICI, *I criptofonini: sistemi informatici criptati e server occulti*, in questa *Rivista*, 2023, 3, 420.

<sup>54</sup> In effetti, le investigazioni sulle piattaforme criptate sono lontane dal rappresentare il prototipo delle tecniche di sorveglianza "non mirata" (o di massa), per cui «la persona, l'organizzazione o la caratteristica tecnica cui la raccolta dei dati è indirizzata non possono essere specificate preventivamente», rientrando, per converso, nell'ambito delle tecniche investigative di *surveillance* "mirata", ossia quelle «applicate dalle autorità competenti nel contesto di indagini penali [o prima del loro formale inizio] allo scopo di individuare e indagare su reati gravi e sospetti, e mirano a raccogliere informazioni in modo tale da non avvisare le persone bersaglio». In questi casi, infatti, pur se l'investigazione non è diretta ad acquisire flussi comunicativi di sistemi informatici "determinati" ma tutti i flussi che transitano (o sono transitati) sulla piattaforma, esiste un *target* di riferimento, così come esiste ed è sufficientemente individuato un "sistema" da attenzionare, sia pur virtuale ed etereo, quale è il server. In questo senso, CURTOTTI, RIZZI, NOCERINO, RUSSITTO, GILIBERTI, SCARPA, *Piattaforme criptate e prove penali*, cit., 177. Analogamente, PROCURA GENERALE DELLA CORTE DI CASSAZIONE, *Memoria per l'udienza delle Sezioni Unite penali del 29 febbraio 2024*, cit.

seguentemente, fino a quando dal punto di vista strettamente tecnico non sarà possibile limitare il controllo solo ai dati rilevanti per il procedimento per cui è richiesta l'acquisizione, le apprensioni su larga scala non sembrano poter trovare cittadinanza nell'ordinamento giuridico nazionale<sup>55</sup>.

Come anche precisato, «[S]e, la legge consente di violare la riservatezza di quelle comunicazioni rispetto alle quali sussistono determinati presupposti giustificativi, non si vede come un giudice possa autorizzare un'attività di intercettazione (telematica) nella consapevolezza che, così facendo, sta automaticamente consentendo la captazione a tappeto di tutti i flussi comunicativi veicolati dal server infettato e tutto questo in assenza dei necessari requisiti stabiliti dalla legge»<sup>56</sup>.

Anche con riferimento al principio di equivalenza si evidenziano criticità.

Come è noto, ai sensi dell'art. 6, § 1, lett. b, Direttiva 2014/41/UE, l'atto di indagine oggetto dell'O.E.I. deve essere compiuto nel rispetto delle stesse condizioni che si sarebbero attuate se fosse stato realizzato nello stato richiedente o, come specificamente prevede la direttiva, «alle stesse condizioni in un caso analogo».

Lo scopo è evitare che l'autorità giudiziaria possa aggirare le regole di acquisizione probatoria interna chiedendo ad altre autorità di procedere – appunto – attraverso diverse modalità<sup>57</sup>.

Di conseguenza, il problema della qualificazione giuridica dell'attività svolta all'estero si pone come essenziale perché da essa dipende la validità degli O.E.I. emessi in Italia<sup>58</sup>.

Circoscrivendo l'analisi all'ipotesi in cui l'azione acquisitiva di messaggistica sia “live” – e, dunque, la captazione estera sia avvenuta nel momento stesso in cui la comunicazione transita nell'etere digitale –, si ricorre (a dire della Corte) alla categoria delle intercettazioni telematiche, regolate dall'art. 266-bis c.p.p.<sup>59</sup>, che, come noto, hanno ad oggetto un «flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi», ossia tra *computer* collegati tra loro in Rete, via *modem*, via radio (se i dispositivi sono connessi con tecnologia *wireless*) o con qualsiasi altra forma di interconnessione.

---

<sup>55</sup> L'assunto sembra ancor più pertinente in un momento in cui la giurisprudenza nazionale pone particolare attenzione alla questione relativa alla proporzione tra quanto “richiesto” e quanto “appreso”. Cfr., da ultimo, Cass., Sez. VI, 21 maggio 2024, n. 31180, non massimata.

<sup>56</sup> LUDOVICI, *I criptofonini: sistemi informatici criptati e server occulti*, cit., 420.

<sup>57</sup> Cfr. ALLEGREZZA, *Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality*, in AA.Vv., *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, a cura di Ruggeri, Cham, 2014, 59-60. Sul principio di proporzionalità nel contesto dell'O.E.I., cfr. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, in AA.Vv., *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, a cura di Kostoris-Daniele, Torino, 2018, 55 ss. Con precipuo riferimento al caso in esame, LORENZETTO, *L'acquisizione all'estero di comunicazioni digitali criptate*, cit., 162; NICOLICCHIA, *A passi incerti nel solco di categorie evanescenti: riflessioni a partire dalla querelle giurisprudenziale sull'acquisizione della messaggistica criptata dell'estero*, in *Sist. pen.*, 2024, 2, 189.

<sup>58</sup> In questo senso, NICOLICCHIA, *A passi incerti nel solco di categorie evanescenti*, cit., 190.

<sup>59</sup> Per tutti, TORRE, *L'intercettazione di flussi telematici (art. 266 bis c.p.p.)*, in AA.Vv., *Cybercrime, Trattato di diritto penale*, a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, Torino, 2019, 1472 ss.

Sicuramente, sotto il profilo tecnico-operativo, l'accesso ad un *server* per captare comunicazioni in atto potrebbe essere ricompreso nell'alveo delle intercettazioni telematiche, venendo in rilievo il carattere della contestualità della captazione di un flusso comunicativo tra sistemi collegati in Rete.

Tuttavia, pur volendo assimilare tali forme captative alle intercettazioni "classiche", non si può negare che le prime siano caratterizzate da significative peculiarità, risultando molto più intrusive per chi vi è sottoposto e, al contempo, assai più efficaci per i loro esiti istruttori.

Si converrà che un conto è captare flussi telematici intercorrenti tra due o più sistemi oggetto di intercettazione, ben altro è accedere direttamente al *server* sul quale transitano tutte le comunicazioni di tutti gli utenti che utilizzano quel servizio.

Seppur si arrivasse a ritenere – sulla scorta dell'interpretazione "evolutiva" del dettato normativo suggerita dalla giurisprudenza della Corte EDU<sup>60</sup> – che tale captazione rappresenti un'evoluzione dell'intercettazione telematica "tradizionale" avente ad oggetto flussi comunicativi transitanti su un nuovo "sistema informatico" (ossia il *server*) "monitorato" perché è sul nuovo ambiente virtuale che (presumibilmente) si consuma il fatto di reato, non va dimenticato che l'attività svolta dall'autorità giudiziaria francese rappresenta un'attività "ibrida", un misto tra intercettazione, sequestro, acquisizione di documenti o di corrispondenza<sup>61</sup>, oltre che ad un'intrusione a fini esplorativi.

L'approdo sembra trovare conferme negli atti di indagine francesi che richiamano sia le norme in materia di intercettazione "tradizionale" (artt. 100 ss. c.p.p. francese) sia le previsioni "speciali", in materia di captazione e acquisizione delle comunicazioni attraverso nuove tecniche di indagine (art. 706.95 c.p.p. francese), giungendo finanche ad includere le previsioni in materia di controllo continuativo e occulto delle

---

<sup>60</sup> Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, «deve ritenersi sufficiente che il decreto autorizzativo indichi il destinatario della captazione e la tipologia di ambienti ove questa viene condotta». Sul punto Corte EDU, Grande Camera, 4 dicembre 2015, *Roman Zakharov c. Russia*. Così ragionando, il *server* potrebbe essere considerato come un contenitore (*rectius*: spazio) su cui transitano flussi comunicativi da attenzionare, non dissimile dallo *smartphone* o dal *computer*.

<sup>61</sup> Il Giudice delle leggi (cfr. Corte cost., 27 luglio 2023, n. 170; Corte cost., 28 dicembre 2023, n. 227 del 2023; Corte cost., 12 gennaio 2023, n. 2), specifica che il concetto di corrispondenza comprende qualsiasi comunicazione di pensiero umano (idee, propositi, sentimenti, dati, notizie) tra due o più persone determinate, realizzata in modo diverso dalla conversazione in presenza e che prescinde dal mezzo tecnico utilizzato e, pertanto, si estende anche alla posta elettronica e ai messaggi inviati tramite l'applicativo *WhatsApp* o sms o sistemi simili, in quanto «del tutto assimilabili a lettere o a biglietti chiusi», perché accessibili soltanto mediante codici di accesso o altri meccanismi di identificazione. Di conseguenza, in tali ipotesi, trova applicazione la tutela prevista dall'art. 15 Cost., che assicura la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, consentendone la limitazione sulla base delle riserve di legge e di giurisdizione, ovvero con le garanzie previste dalla legge e soltanto con atto motivato dell'autorità giudiziaria. Sul tema, *ex multis*, CURTOTTI, *La sentenza costituzionale n. 170 del 2023 e le comunicazioni "apparenti": quando un eccesso di garanzie non sempre è un moltiplicatore di garanzie*, in *Dir. inf. inform.*, 2023, 4/5, 708; BACCARI, *Lo scambio di messaggi WhatsApp costituisce "corrispondenza"*, in *Proc. pen. giust.*, 2024 4, 862. Per dovere di completezza, si precisa che il principio viene recepito dalla giurisprudenza di legittimità. Cfr. Cass., Sez. VI, 21 maggio 2024, n. 31180, non massimata.

comunicazioni che consentono di registrare, conservare, apprendere e trasmettere dati informatici (art. 706.102.1 c.p.p. francese)<sup>62</sup>.

Che non si tratta di pure intercettazioni o di mere acquisizioni documentali lo si evince anche dall'O.E.I. con cui l'autorità italiana procede ad «acquisire ogni eventuale informazione in possesso in ordine ai *target* riportati, anche con riferimento a tutte le comunicazioni in entrata/uscita, immagini, *file* audio e video»<sup>63</sup>.

E non è tanto la realizzazione delle azioni investigative plurime e combinate a destare perplessità quanto l'inesistenza di una normativa in materia che specifichi le potenzialità, i casi e i limiti delle attività in questione o, meglio, le modalità con cui esse vengono svolte nel pieno rispetto del principio di legalità<sup>64</sup>.

Da ultimo, merita di essere sottolineato anche un altro aspetto relativo al *modus procedendi* dell'autorità francese per acquisire i dati dal *server* criptato; aspetto che finisce per allontanare definitivamente l'attività investigativa *de qua* dagli atti di indagine esperibili in Italia.

Come si è avuto modo di anticipare, gli investigatori francesi si servono di un captatore informatico (tipo *Trojan*) per acquisire gli algoritmi di decodifica dei dati criptati.

A ben riflettere, il *virus* informatico, nell'ordinamento nazionale, può essere ammesso solo per scopi captativi e non certo per accedere a sistemi con scopi esplorativi<sup>65</sup>; il che testimonia l'illegittimità dell'ordine italiano a fronte del *deficit* di legalità dell'acquisizione della messaggistica oggetto della richiesta di trasmissione<sup>66</sup>.

## 5.2. L'utilizzabilità dei dati raccolti all'estero nei procedimenti interni.

Altro aspetto che appare strettamente connesso alle questioni sopra analizzate, attiene alla utilizzabilità degli atti acquisiti mediante tecniche investigative che permettono di accedere ad informazioni digitali “da remoto”<sup>67</sup> e alla eventuale verifica dei presupposti di ammissibilità vagliati nel rispetto della *lex for*<sup>68</sup>.

Proprio per questo, il versante più complesso della questione rimane – ancora una volta – strettamente legato alla fisionomia dell'agire investigativo che, come detto so-

<sup>62</sup> In particolare, il giudice della libertà e della detenzione di Lille che autorizza per primo le investigazioni su piattaforme criptate il 14 giugno 2019 dispone sia le intercettazioni e sia accesso a distanza per captare le comunicazioni in transito e acquisire i dati contenuti nei dispositivi (OEI); il giudice istruttore di Parigi autorizza le attività di intrusione informatica che travalicano i confini della mera captazione del flusso in transito avendo come scopo l'acquisizione di dati informatici “freddi” e “caldi”.

<sup>63</sup> Cfr. Ordine Europeo di Indagine, 13 aprile 2021, 3.

<sup>64</sup> In questo senso, NICOLICCHIA, *A passi incerti nel solco di categorie evanescenti*, cit., 183; SPANGHER, *Criptofonini: le sentenze delle Sezioni Unite*, cit., 3.

<sup>65</sup> Sul tema, volendo, NOCERINO, *Il captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, Padova, 2021.

<sup>66</sup> In questo senso NICOLICCHIA, *A passi incerti nel solco di categorie evanescenti*, cit., 196.

<sup>67</sup> SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018, 161.

<sup>68</sup> SIRACUSANO, *La prova informatica transnazionale: un difficile “connubio” fra innovazione e tradizione*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 178.

pra, fluttua tra plurimi atti di indagine (intercettazioni, acquisizione dati esteriori delle comunicazioni, sequestro comunicazioni) ed impatta comunque sui dati comunicativi, mirando ad apprendere messaggistica sia "live", sia giacente nella piattaforma.

Per tale ragione, appare innegabile che l'attività deve essere circondata da cautele in grado di assicurare legalità e proporzionalità, nel rispetto dei diritti fondamentali<sup>69</sup>.

Da qui, a cascata, le questioni si spostano sul conseguente coinvolgimento dell'organo giurisdizionale e sull'utilizzabilità dei dati nei procedimenti interni.

In questa prospettiva, seppure - ai fini dell'emissione dell'O.E.I. - non è necessaria l'autorizzazione preventiva di un giudice, sotto altro versante, non sembra che si possa prescindere, nello Stato di emissione, da un vaglio giurisdizionale *tout court*<sup>70</sup>. Più precisamente, lo stato di emissione - indipendentemente dai rimedi esperibili in quello di esecuzione - deve consentire alla difesa di contestare, attraverso un mezzo di impugnazione appropriato, le ragioni di merito dell'emissione dell'ordine europeo di indagine<sup>71</sup>.

Le Sezioni Unite, infatti, ritengono che l'assenza di un controllo giurisdizionale preventivo sulle condizioni di ammissibilità della prova, non preclude al giudice nazionale di valutare, *ex post*, se vi siano i presupposti per ammettere ed utilizzare tali prove e, tale controllo equivale ad assicurare il diritto all'impugnazione nello Stato di emissione<sup>72</sup>. Si assiste così ad una sorta di equiparazione tra il mezzo di impugnazione e il vaglio di ammissibilità operato dal giudice dello Stato di emissione chiamato ad utilizzare le prove.

Quello che però non viene chiarito attiene ai limiti di tale controllo e ai criteri che devono governare l'utilizzabilità delle prove acquisite con l'emissione dell'O.E.I., atteso che il parametro valutativo, enucleato dall'art.14, § 7, direttiva 2014/41/UE, richiede il rispetto dei diritti della difesa e delle garanzie del giusto processo<sup>73</sup>, ma non anche l'osservanza, da parte dello Stato di esecuzione, delle disposizioni previste dall'ordinamento giuridico interno in tema di formazione ed acquisizione di tali atti.

In altre parole, «la portata delle limitazioni all'uso dei contributi irrualmente acquisiti mediante l'O.E.I. è resa particolarmente ardua nel nostro ordinamento dal silenzio serbato sul punto dalla disciplina di recepimento interna, che obbliga a dirimere l'interrogativo ricorrendo alle categorie generali»<sup>74</sup>.

In tale scenario si innestano plurime vedute che portano, alcuni, ad intravedere, quando l'ordine è illegittimo, la sussistenza di patologie che si riflettono sul proce-

---

<sup>69</sup> DANIELE, I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità, in Daniele - Kostoris (a cura di), L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017, Torino, 2018, 55.

<sup>70</sup> In questo senso, DANIELE, *Le "sentenze gemelle" delle Sezioni Unite*, cit. L'A. ritiene che il vaglio giurisdizionale «nel sistema dell'OEI, costituisce un tassello ineludibile. Lo si ricava *in primis* dal già ricordato obbligo di rispettare i diritti fondamentali nei limiti del principio di proporzionalità, rispetto a cui il controllo giurisdizionale rappresenta un prerequisito essenziale».

<sup>71</sup> Corte giust. UE, 11 novembre 2021, *Gavanozov*, C-852/19, in *Cass. pen.*, 2022, 883.

<sup>72</sup> Corte giust. UE, 11 novembre 2021, *Gavanozov*, cit.

<sup>73</sup> In tema, DE LUCA, *La Corte di giustizia si pronuncia nuovamente sull'ordine europeo di indagine: la tutela dei diritti fondamentali prevale sull'efficienza investigativa*, in *Sist. pen.*, 9 marzo 2022.

<sup>74</sup> Cfr., NICOLICCHIA, *A passi incerti nel solco di categorie evanescenti*, cit., 197.

dimento penale di destinazione, decretando la inutilizzabilità della prova<sup>75</sup>; altri, a decretare l'irrelevanza delle irregolarità nella raccolta transfrontaliera, essendo questa una violazione non espressamente sanzionate da inutilizzabilità<sup>76</sup>.

In tale complesso scenario, la Corte garantisce un controllo giurisdizionale postumo sui limiti di utilizzabilità degli esiti investigativi raccolti all'estero, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali, ma non chiarisce come l'atto investigativo condotto su piattaforme criptate – che ha comportato l'acquisizione generalizzata ed indifferenziata di dati di massa – sia conforme alle regole relative all'ammissibilità e alla valutazione di prove<sup>77</sup> e, più ampiamente, rispetti il principio di legalità della prova<sup>78</sup>.

A ben riflettere, la criticità attiene proprio all'assenza di un controllo sull'ammissibilità e sulla utilizzazione della prova conformi alla legislazione italiana<sup>79</sup>, controllo che non può prescindere da una verifica sul rispetto dei requisiti previsti a pena di inutilizzabilità dagli artt. 270 e 271 c.p.p., tra i quali figura l'esistenza di una autorizzazione rilasciata dall'organo di garanzia.

Alla luce di ciò, si concorda con chi ha intravisto la violazione dall'art. 8 della C.e.d.u. e dagli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza in forza del mancato coinvolgimento di un'autorità sufficientemente indipendente nel procedimento di autorizzazione del controllo<sup>80</sup>.

A tali considerazioni deve aggiungersi un ulteriore aspetto, attinente al controllo – operato dal giudice e dalle parti – sulle modalità di raccolta delle prove da parte dell'autorità straniera. Più precisamente, il problema coinvolge la peculiarità delle operazioni investigative condotte non solo con elevate tecniche informatiche, ma anche utilizzando specifici algoritmici. Ed appare innegabile come quest'ultimo, impiegato per decrittare i flussi comunicativi captati o comunque sequestrati all'interno del server debba essere messo a disposizione delle parti congiuntamente alla stringa informatica non ancora decrittata. Il tema è infatti il diritto dell'accusato a confron-

---

<sup>75</sup> Cfr., Cass., Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44154, in *C.E.D. Cass.*, n. 285284.

<sup>76</sup> CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 150. Per una completa disamina della questione si rinvia a NICOLICCHIA, *A passi incerti nel solco di categorie evanescenti*, cit., 198; l'A. precisa anche come in tale caso l'inutilizzabilità «discenderebbe poi in questo caso dal mancato rispetto di prescrizioni dettate dalle *lex fori* a fronte di un Ordine di indagine cui è stato comunque dato corso e che costituisce il formale canale acquisitivo dei contributi raccolti all'estero, e vi sarebbe perciò da superare la difficoltà connessa all'affermazione di una inutilizzabilità derivata verso cui la giurisprudenza continua a dimostrarsi marcatamente ostile».

<sup>77</sup> NICOLICCHIA, *A passi incerti nel solco di categorie evanescenti*, cit., 200.

<sup>78</sup> Sia l'art. 1, § 4 della direttiva 2014/41/UE, sia l'art. 1, d.lgs. n. 108/2017 sanciscono il dovere di rispettare i principi dell'ordinamento costituzionale e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Inoltre ai sensi dell'art. 14, § 7, «[...] Fatte salve le norme procedurali nazionali, gli Stati membri assicurano che nei procedimenti penali nello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'OEI».

<sup>79</sup> Cfr., Cass., Sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44154, in *C.E.D. Cass.*, n. 285284.

<sup>80</sup> NICOLICCHIA, *A passi incerti nel solco di categorie evanescenti*, cit., 201, per cui «l'invalidità discenderebbe nella specie in questo caso dall'incostituzionalità affermata attraverso il parametro interposto di cui all'art. 117 Cost.38. Del resto anche lo Stato che riceve il materiale intercettato è pur sempre tenuto al rispetto delle prerogative affermate dalla Convenzione quantunque l'ingerenza originaria non si sia materialmente verificata all'interno del suo territorio».

tarsi con l'accusatore (in tal caso le *chat*) al fine di verificare la piena corrispondenza tra il testo originario (la stringa informatica) e il testo intellegibile introdotto come prova nel giudizio<sup>81</sup>.

La necessità di tale *discovery* rappresenta il fulcro del diritto di difesa e del contraddittorio al fine di consentire all'interessato di interloquire sulle modalità di acquisizione delle prove digitali. Ma, al contrario, si può anche sostenere come la conoscenza delle tecniche di indagine può interferire con esigenze di sicurezza nazionale, tali da giustificare l'apposizione del segreto di Stato.

In tale contesto vengono in rilievo le possibili conseguenze di un mancato accesso all'algoritmo.

Potrebbe derivare una nullità a regime intermedio – ex art. 187, comma 1, lett. c), c.p.p., per violazione del diritto di difesa; oppure, alcuna patologia potrebbe investire gli atti, non essendo rinvenibile nel nostro sistema un divieto probatorio volto a sanzionare questo tipo di situazioni.

Anche tale questione, affrontata dalle Sezioni Unite, si presta ad osservazioni critiche in quanto si è ritenuto che l'impossibilità per la difesa di conoscere gli algoritmi utilizzati per la decriptazione delle comunicazioni «non determina, almeno in linea di principio, una violazione di diritti fondamentali».

Scelta che, tuttavia, pare contrastare anche con la sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Encrochat*<sup>82</sup>, nella parte in cui impone al giudice penale nazionale di espungere, nell'ambito di un procedimento penale, informazioni ed elementi di prova se l'imputato non è in grado di svolgere efficacemente le proprie osservazioni su tali informazioni ed elementi di prova e questi ultimi siano idonei ad influire in modo preponderante sulla valutazione dei fatti<sup>83</sup>.

## 6. La necessaria tipizzazione delle “nuove” indagini: un appello al legislatore.

Alla luce delle considerazioni svolte possono trarsi alcune prime considerazioni sistematiche.

Intanto, dal quadro prospettato emerge che la questione non è di facile composizione in considerazione del forte impatto sui principi costituzionali e sulle categorie probatorie del processo penale che difficilmente riescono a reggere l'urto della modernità.

Più precisamente, il bilanciamento tra aspettative di riserbo e ingerenze investigative del potere pubblico deve confrontarsi con plurimi profili: *in primis*, con l'era tecnologica che stiamo vivendo, nella quale le indagini digitali svolgono un ruolo centrale nella lotta contro il crimine.

In secondo luogo, non può non rilevare come la dimensione di dette indagini stia mutando a fronte di una criminalità che agisce sempre di più a livello globale; infine,

---

<sup>81</sup> Così, LUDOVICI, *I criptofonini: sistemi informatici criptati e server occulti*, cit., 421.

<sup>82</sup> Corte giust. UE., 30 aprile 2024, *M.N.*, cit.

<sup>83</sup> Sul tema, MASSARI, *Il diritto di difesa, questo sconosciuto: il caso dei criptofonini e degli ordini europei di indagine*, in *Diritto difesa*, 11 settembre 2024.

le attività investigative si orientano, ormai frequentemente, verso l'acquisizione massiccia di dati di ogni tipo.

In tale scenario, le investigazioni digitali impongono al giurista l'onere di ricercare, costantemente, quel difficile punto di equilibrio tra tecnica e diritto, nel rispetto delle garanzie, del principio di proporzionalità e di legalità.

Temi tanto attuali quanto cogenti, che hanno coinvolto, ad esempio, le attività investigative sui dati di geolocalizzazione<sup>84</sup>, sui dati comunicativi<sup>85</sup>, ovvero – in un'ottica di prospettive di riforma – sulla più ampia questione del sequestro dei dispositivi elettronici<sup>86</sup>.

Ciò posto, conviene dirlo senza ritrosie, l'attività di acquisizione e conservazione di *big data* raccolti all'estero travalica i confini tassonomici dello schema normativo dei tradizionali mezzi investigativi, rischiando di trasformarsi in una sorveglianza perpetua ritenuta illegale perché in contrasto con le norme costituzionali (artt. 14 e 15 Cost.) e convenzionali (artt. 6 e 8 Cedu)<sup>87</sup>.

Se da un lato risulta evidente l'altissimo potenziale probatorio dell'attività investigativa in esame, sotto altro profilo, il substrato normativo attualmente in vigore (l. n. 48 del 2008)<sup>88</sup>, appare non solo inconsistente ed obsoleto<sup>89</sup>, ma anche «scarsamente congruente rispetto alle potenzialità espressive dell'agire investigativo»<sup>90</sup>, facendo

---

<sup>84</sup> Cass., Sez. VI, 14 aprile 2023, n. 15836, in *Giur. it.*, 2023, 1678, con nota, volendo di MURRO, *L'utilizzabilità dei dati di geolocalizzazione: le risposte della giurisprudenza vs il roboante silenzio normativo*, nella quale pronuncia si precisa che i dati presenti sui tabulati, relativi alla geolocalizzazione, sono inutilizzabili se non sono acquisiti con provvedimento del p.m. Anche nel contesto europeo, le numerose pronunce sono state mosse dalla *ratio* di limitare abusi nella vita privata dell'individuo attraverso un utilizzo incontrollato e non disciplinato degli strumenti di investigazione digitale, ex *multis*, Corte EDU, Sez. I, 25 maggio 2021, *Big Brother Watch & Altri c. Regno Unito*

<sup>85</sup> C. Cost., 27 luglio 2023, n. 170, in *questa Rivista*, 6 settembre 2023, con nota di FILIPPI, *Il cellulare "contenitore" di corrispondenza anche se già letta dal destinatario*.

<sup>86</sup> Il d.d.l. A.S. n. 806 del 2024 – approvato dal Senato nell'aprile 2024 – mira ad introdurre una disciplina *ad hoc* per il sequestro di *smartphone* e altri dispositivi. Sul tema, sia consentito, MURRO, *Lo smartphone come fonte di prova*, cit., 261.

<sup>87</sup> Come precisa la Corte EDU, sussiste una violazione dell'art. 6, comma 2, Cedu tutte le volte in cui l'autorità giudiziaria non ha indicato in maniera esaustiva i motivi che hanno determinato la compressione delle libertà fondamentali. Corte EDU, 26 giugno 2016, *Mugosa c. Montenegro*; Corte EDU, 10 novembre 2015, *Slavov e altri c. Bulgaria*. Inoltre, sussiste una violazione dell'art. 8 Cedu ogniqualvolta il provvedimento con cui vengono disposte le intercettazioni non viene corredato da una solida motivazione quanto ai suoi presupposti; nondimeno, è compito dell'autorità monitorare con costanza la permanenza delle ragioni che, ai tempi, imponevano la captazione occulta. Da ultimo, Corte EDU, 12 gennaio 2023, *Potoczka and Adamco c. Slovacchia*

<sup>88</sup> Per un approfondimento in dottrina, tra i molti, AA.VV., *Sistema penale e criminalità informatica: profili sostanziali e processuali nella legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime*, a cura di Luparia, Milano, 2009; LUPARIA, *Computer crime e procedimento penale*, in AA.VV., *Modelli differenziati di accertamento*, a cura di Garuti, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, Torino, 2011, 369.

<sup>89</sup> Sulle carenze della normativa, BERGONZI PERRONE, *Il mancato rispetto delle disposizioni della l. 48/2008 in tema di acquisizione probatoria informatica: per una ipotesi sanzionatoria non prevista esplicitamente dal dato normativo*, Stem Mucchi Editore, 2013.

<sup>90</sup> Così, LA REGINA, *Il sequestro dei dispositivi di archiviazione digitale*, in *questa Rivista*, 2023, 429.

sbilanciare il sistema sulle esigenze dell'accertamento, a discapito dei diritti di difesa e di riservatezza.

Nonostante le visibili difficoltà, l'interprete non può arrendersi all'idea che le nuove indagini finiscano per rimanere improficue, dovendo compiere lo sforzo ermeneutico per adeguare la disciplina vigente alle sfide dell'era moderna. Dunque, posta l'irrinunciabilità degli strumenti offerti dalla tecnologia, occorre ragionare su soluzioni alternative funzionali ad offrire un compromesso tra le esigenze investigative e la tutela delle prerogative individuali.

In primo luogo, sembra indispensabile prevedere una regolamentazione dei servizi di comunicazione cifrata attraverso l'aggiornamento del Codice delle comunicazioni elettroniche<sup>91</sup>: l'obiettivo è fornire un elenco di piattaforme criptate autorizzate a rilasciare il servizio, i cui gestori si impegnano a collaborare con le autorità di *law enforcement* per sviluppare soluzioni che permettano di individuare e bloccare gli utenti che utilizzano le piattaforme per commettere reati.

Inoltre, i peculiari connotati dell'ingerenza dovrebbero spingere il legislatore ad inquadrare il trattamento normativo da riservare alle più evolute misure di sorveglianza investigativa e, in una prospettiva sovranazionale, sarebbe auspicabile la predisposizione di una normativa uniforme sulla circolazione dei dati digitali comunicativi (sia "freddi" che "caldi"), superando le incertezze poste dalla confusa disciplina in materia di O.E.I.

In questo senso, sarebbe indispensabile l'introduzione di una norma costruita sul modello del dettato di cui art. 270 c.p.p. italiano che individui limiti e prospettive comuni per acquisire risultati di captazioni in Stati diversi da quelle per cui sono state autorizzate, la cui cornice dovrebbe strutturarsi sull'individuazione dei principi a cui corredare le fasi del procedimento probatorio, a partire dalla raccolta degli elementi. Nel dettaglio, appare doverosa la previsione di casi, modi e limiti entro cui perimetrare l'agire investigativo, appendo necessaria una disposizione normativa che soddisfi nell'*an* e nel *quomodo* la riserva di legge e di giurisdizione<sup>92</sup>. Diversamente detto, «perché non si possa abusare del potere, occorre che il potere arresti il potere»<sup>93</sup>. Nel contempo, va rafforzato – ove possibile – il ruolo della difesa già in fase investigativa.

In ultima analisi, occorre soffermarsi su un aspetto che, pur non rappresentano un'emergenza contingente, potrebbe destare enormi preoccupazioni nel prossimo futuro. Se è vero che ad oggi l'Italia ha svolto un ruolo di "osservatore passivo" rispetto alle attività condotte da altri Paesi, non è inverosimile immaginare che, di qui a qualche tempo, le autorità nazionali si troveranno a ricoprire il ruolo di "attori" nelle investigazioni sulle piattaforme criptate, svolgendo "in prima persona" indagini su *server* magari ubicati in territorio nazionale.

Non essendo ipotizzabile lasciare alla disponibilità degli inquirenti la scelta di ricorrere indiscriminatamente a nuovi strumenti investigativi e nemmeno legittimare il loro impiego in sede giurisprudenziale attraverso interpretazioni estensive in una materia governata da un rigido principio di legalità, si avverte l'esigenza di un inter-

<sup>91</sup> D.lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

<sup>92</sup> WEBBER, *On the Loss of Rights*, in *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, a cura di Huscroft - Miller - Webber, Cambridge, 2014, 123.

<sup>93</sup> MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Ginevra, 1748, trad. it., Milano, 1989.

vento repentino del legislatore, chiamato a tipizzare il complesso di attività esperibili attraverso inedite tecniche investigative<sup>94</sup>.

In quest'ottica, si potrebbe propendere per l'introduzione di un nuovo mezzo di ricerca della prova (accesso e acquisizione di *big data* su sistemi informatici o telematici, potrebbe chiamarsi) per regolare le attività di accesso, osservazione e acquisizione di dati e informazioni rinvenuti sui nuovi spazi virtuali: in questi casi, non sarebbe tipizzato lo strumento con cui condurre le indagini informatiche, quanto piuttosto le regole cui ricorrere ogni qual volta si proceda ad attività di sorveglianza occulta e continuativa da remoto, predisponendo le garanzie fondamentali che devono essere sempre riconosciute all'indagato e ai soggetti terzi occasionalmente coinvolti, a prescindere dalla tecnica investigativa impiegata.

In altre parole, l'obiettivo potrebbe essere quello di introdurre una nuova categoria probatoria con la quale verrebbero individuati i "casi" e i "modi" dell'ingerenza nella sfera privata degli individui, così da ritenere il sacrificio dei diritti inviolabili assolutamente rispettoso del principio di stretta legalità e del principio di proporzione.

---

<sup>94</sup> Secondo SPANGHER, *Criptofonini: le sentenze delle Sezioni Unite*, cit., 3, «occorre riscrivere lo statuto delle prove penali stante l'inadeguatezza dell'attuale disciplina sia sotto il profilo della necessità di accrescere la riserva di giurisdizione, sia alla luce a questa collegata delle implicazioni dello sviluppo scientifico e tecnologico, anche nella prospettiva dell'IA». Secondo NICOLICCHIA, *A passi incerti nel solco di categorie evanescenti*, cit., 201, non bisogna per forza "salvare" la prova (e quindi lo strumento di cooperazione con cui questa circola), risultando più opportuno stimolare il legislatore ad intervenire in materia.



# LA RESPONSABILITÀ DELL'AMMINISTRATORE DI DIRITTO E DI QUELLO DI FATTO NEL REATO DI BANCAROTTA FRAUDOLENTA DOCUMENTALE

Cass. pen., sez. V, sent. 7 marzo 2024, n. 9885

Rebecca Girani\*

**Sommario:** **1.** Premesse. - **2.** La responsabilità dell'amministratore di diritto solo formale nella bancarotta fraudolenta documentale. - **3.** La responsabilità dell'amministratore di fatto. - **4.** La figura dell'amministratore di fatto nel diritto penale fallimentare. - **5.** Alcune riflessioni conclusive.

## ABSTRACT

Il presente elaborato trae spunto da una recente sentenza della Cassazione in tema di bancarotta fraudolenta documentale. La trama logica del percorso argomentativo della pronuncia in commento è rappresentata dalla tematica del rapporto tra amministratore di diritto e amministratore di fatto, nel reato di bancarotta, che è annoverato tra i reati propri, in quanto il soggetto attivo deve rivestire una determinata qualifica. Secondo un copione consueto, il caso di specie vede la presenza di un soggetto che, pur investito formalmente della carica di amministratore, rimane estraneo alla realtà sociale e un soggetto che esercita di fatto le prerogative tipiche del ruolo di amministratore. Soffermandosi sulla figura dell'amministratore di fatto nell'ambito dei reati fallimentari, che ancora oggi costituisce una delle *vexatae questiones*, l'Autrice conclude ritenendo necessario un intervento legislativo chiaro sul punto.

*This paper takes its cue from a recent ruling by the Supreme Court on the subject of fraudulent bankruptcy (on documents). The argumentative path of the ruling in comment is represented by the issue of the relationship between de jure administrator and de facto one, in the bankruptcy, which is counted among the offences specific to certain classes of offender. According to a usual script, the case sees the presence of a subject who, formally invested with the office of administrator, remains extraneous to the company's reality and a subject who de facto exercises administrator's typical prerogatives. Focusing on the figure of the de facto administrator, in the context of bankruptcy, which still today constitutes one of the vexatae questiones, the Author concludes by considering a clear legislative intervention on the point to be necessary.*

---

\* Assegnista di ricerca in diritto penale presso l'Università di Bologna.

## 1. Premesse.

La sentenza in commento affronta la tematica del rapporto tra amministratore di diritto e amministratore di fatto, nel reato di bancarotta, che è annoverato tra i reati propri, in quanto il soggetto attivo deve rivestire una determinata qualifica.

Secondo un copione consueto, il caso di specie vede la presenza di un soggetto che, pur investito formalmente della carica di amministratore, rimane estraneo alla realtà sociale e un soggetto che esercita di fatto le prerogative tipiche del ruolo di amministratore.

La Corte di Cassazione conferma la sentenza della Corte d'appello di Trieste che, in conformità con la pronuncia di primo grado, aveva condannato il prestanome e l'amministratore di fatto di una società dichiarata fallita, per il reato di bancarotta fraudolenta documentale<sup>1</sup>.

Avverso la sentenza d'appello, entrambi gli imputati avevano proposto ricorso per Cassazione, contestando l'affermazione di reità.

In particolare, l'amministratore di diritto solo formale lamentava che non fosse sufficiente l'accettazione della carica di amministratore unico, peraltro in veste di prestanome, ai fini dell'attribuzione del reato di bancarotta fraudolenta documentale. Infatti, ad avviso del ricorrente, la condotta contestata consisteva nella sottrazione o distruzione della contabilità e sarebbe stato indispensabile provare un comportamento "attivo" dell'amministratore. Ancora, la documentazione contabile non sarebbe mai stata nella sua disponibilità. Dunque, i giudici di merito avrebbero ricostruito la sua responsabilità senza valorizzare la ricerca degli indizi di fraudolenza riconducibili al prestanome e degli elementi di prova del dolo specifico, richiesto dalla norma incriminatrice.

Diversamente, l'imputato identificato come amministratore di fatto lamentava l'erronea applicazione della legge penale e il vizio di motivazione in relazione all'attribuzione della veste di soggetto di fatto e dell'individuazione dell'obbligo giuridico a fondamento dell'affermazione di responsabilità, poiché, a suo avviso, solo l'amministratore di diritto sarebbe stato destinatario del dovere di corretta conservazione della contabilità.

La Corte di Cassazione, nella sentenza in commento, ha offerto nella parte motiva argomentazioni che meritano di essere approfondite.

## 2. La responsabilità dell'amministratore di diritto solo formale nel reato di bancarotta fraudolenta documentale.

I giudici di legittimità hanno respinto le doglianze del primo ricorrente, ribadendo l'orientamento in base al quale vi sono due diversi criteri di imputazione soggettiva della bancarotta fraudolenta all'amministratore "testa di legno", a seconda che si tratti di bancarotta patrimoniale o documentale.

---

<sup>1</sup> Sul reato di bancarotta fraudolenta documentale, si veda, nella manualistica, *ex multis*, N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 6° ed., 2023, 240 ss. Si veda, altresì, F. MARTIN, *Sul rapporto tra bancarotta fraudolenta documentale e falso in bilancio*, in questa *Rivista*, 6 dicembre 2022.

Quest'ultima ricomprenderebbe anche quella per omessa tenuta delle scritture contabili. Infatti, ad avviso della Cassazione, è principio ermeneutico in fase di consolidamento quello che equipara la condotta di occultamento delle scritture contabili a quella della loro omessa tenuta<sup>2</sup>, che si realizza attraverso un *non facere*. Entrambe le condotte devono poi essere assistite dall'esistenza e dalla prova del dolo specifico.

Dunque, occorre distinguere nettamente, da un lato, l'occultamento e l'omessa tenuta delle scritture contabili che richiedono il dolo specifico e, dall'altro, la fraudolenta tenuta di tali scritture, che richiede il dolo generico.

In caso di addebito che riguardi le scritture contabili, viene in rilievo il fatto che, in capo al prestanome, ossia al soggetto investito solo formalmente dell'amministrazione dell'impresa fallita, grava il diretto e personale obbligo di tenere e conservare le suddette scritture e di farlo correttamente. Dunque, in caso di omissione nella doverosa documentazione di attività societarie effettive, si presume che l'amministratore di diritto si sia posto in violazione del suo dovere giuridico di garantire una corretta e completa rappresentazione contabile delle attività sociali al fine di assicurare la necessaria informazione del ceto creditorio.

Diversamente, con riferimento all'ipotesi della bancarotta patrimoniale o per distrazione, tale presunzione non opera perché la consapevole accettazione del ruolo di amministratore apparente non necessariamente implica la consapevolezza dei disegni criminosi dell'amministratore di fatto<sup>3</sup>.

Ulteriormente, la Corte di Cassazione precisa che alla violazione dei doveri di vigilanza e controllo, che derivano dall'accettazione della carica, si debba aggiungere la prova non solo astratta e presunta, ma effettiva e concreta, della consapevolezza dello stato delle scritture, tale da impedire la ricostruzione del movimento degli affari o, per le ipotesi a dolo specifico, di farne emergere la strumentalità ai fini di arrecare pregiudizio in danno ai creditori<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. Cass., sez. V, n. 18634 del 1 febbraio 2017, Rv. 269904.

<sup>3</sup> Sul punto si veda anche Cass. sez. V, n. 19049 del 19 maggio 2010, Rv 247251: "in tema di bancarotta fraudolenta, mentre con riguardo a quella documentale per sottrazione o per omessa tenuta in frode ai creditori delle scritture contabili, ben può ritenersi la responsabilità del soggetto investito solo formalmente dell'amministrazione dell'impresa fallita (cosiddetto "testa di legno"), atteso il diretto e personale obbligo dell'amministratore di diritto di tenere e conservare le suddette scritture, non altrettanto può dirsi con riguardo all'ipotesi della distrazione, relativamente alla quale non può, nei confronti dell'amministratore apparente, trovare automatica applicazione il principio secondo il quale, una volta accertata la presenza di determinati beni nella disponibilità dell'imprenditore fallito, il loro mancato reperimento, in assenza di adeguata giustificazione della destinazione ad essi data, legittima la presunzione della dolosa sottrazione, dal momento che la pur consapevole accettazione del ruolo di amministratore apparente non necessariamente implica la consapevolezza di disegni criminosi nutriti dall'amministratore di fatto". In senso conforme, si vedano anche Cass., sez. V, n. 54490 del 26 settembre 2018 e Cass., sez. V, n. 53227 del 25 ottobre 2018.

<sup>4</sup> Sul punto si vedano Cass., sez. V, n. 44293 del 17 novembre 2005, in *CED Cass. pen.*, 2005 e, più di recente, Cass., sez. V, n. 43977 del 14 luglio 2017, Rv. 271754. Cfr. altresì, Cass., sez. V, n. 40176 del 02 luglio 2018 in cui si afferma che «se non è [...] revocabile in dubbio che la carica di amministratore di diritto di una società conferisca alla persona che la ricopre doveri di vigilanza e controllo (sintetizzabile nella posizione di garanzia ex art. 2392 c.c.), la cui violazione comporta responsabilità penale a titolo di dolo, generico, è pur vero che l'addebito di consapevole mancanza di condotta impeditiva del fatto illecito può muoversi soltanto quando la condotta omissiva sia

In particolare, la prova dell'accertamento del dolo specifico si basa su indici rivelatori della fraudolenza<sup>5</sup>.

I giudici di legittimità, nel caso concreto, hanno confermato che le pronunce di merito, inerenti alla bancarotta documentale per sottrazione o per omessa tenuta, con fine di trarne, anche per altri, un profitto ingiusto o di recare nocumento alla massa dei creditori, hanno dimostrato come la scelta cosciente e volontaria, dettata dal bisogno economico, di accettare un compenso mensile *ad hoc* in cambio della propria totale abdicazione al ruolo, al fine di consentire a terzi di svolgere l'attività di gestione concreta, incontrollata ed indiscriminata, rappresenta una prova sufficiente alla sussistenza del dolo omissivo di cui all'art. 40 cpv c.p.

Sul punto, ad avviso di chi scrive, è opportuno che la giurisprudenza superi definitivamente le logiche dell'accertamento presuntivo dell'elemento soggettivo. In tal modo, nei casi in cui non sia pienamente dimostrato il dolo, l'amministratore di diritto, che non abbia compiuto alcun atto di gestione, risponderà a titolo di bancarotta semplice documentale e non di concorso mediante omissione nel reato di bancarotta fraudolenta documentale posto in essere dall'amministratore di fatto<sup>6</sup>.

### 3. La responsabilità dell'amministratore di fatto.

Ancora più interessanti appaiono le statuizioni in merito al soggetto di fatto.

Con riferimento alla posizione di quest'ultimo, la Corte ha ribadito la propria giurisprudenza secondo cui «l'amministratore "di fatto" della società fallita è da ritenere gravato dell'intera gamma dei doveri cui è soggetto l'amministratore "di diritto", per cui, ove concorrano le altre condizioni di ordine oggettivo e soggettivo, egli as-

---

stata accompagnata dalla rappresentazione della situazione anti-doverosa, onde legittimare la prefigurazione dei consequenziali eventi tipici del reato o, nella prospettazione del dolo eventuale, l'accettazione del rischio del loro accadimento»; nonché Cass., sez. V, n. 40487 del 28 maggio 2018.

<sup>5</sup> Sul punto cfr. Cass., sez. 5, n. 15743 del 18 gennaio 2023, Rv. 284677 che afferma che: «in presenza di specifiche circostanze – come ad esempio, la coincidenza tra l'omissione e l'affermarsi di una condizione di insolvenza; l'accertamento di condotte distrattive specifiche; la totale irreperibilità del legale rappresentante dell'azienda o la mancata cooperazione dello stesso con gli organi della procedura fallimentare – è ben possibile argomentare come il quadro ricostruttivo appaia ragionevolmente incompatibile con un'ipotesi di trascuratezza colposa; in tal caso, quindi, è possibile ritenere il dolo specifico richiesto dalla norma incriminatrice, purché sorretto da adeguata motivazione che dia conto anche della specifica funzione delle scritture contabili e della finalizzazione della loro omissione alla determinazione dell'evento su cui deve cadere la rappresentazione e la volontà del soggetto agente».

<sup>6</sup> Sul punto si veda A. GULLO, *Amministratore di diritto, amministratore di fatto e bancarotta documentale*, in *Corr. mer.*, 2005, 12, 1318 ss. In giurisprudenza, si veda quanto precisato da Cass., 3 luglio 2015, n. 45186 e Cass., 2 ottobre 2018, n. 2900, in cui si afferma che è proprio l'elemento soggettivo che consente di differenziare la fattispecie in questione dall'ipotesi criminosa di bancarotta semplice documentale: «il reato di bancarotta fraudolenta previsto dall'art. 216, comma 1, n. 2 r.d. n. 267 del 1942 e il reato di bancarotta semplice disciplinato dall'art. 217, comma 2, r.d. n. 267 del 1942, si differenziano non tanto sotto il profilo dell'elemento oggettivo, quanto invece per la diversa gradazione dell'elemento psicologico: soltanto la prima delle due fattispecie è contraddistinta dalla consapevolezza e dalla volontà, in capo al creditore, che l'irregolare ed illecita tenuta dei documenti contabili arrechi un danno ai suoi creditori».

sume la penale responsabilità per tutti i comportamenti penalmente rilevanti a lui addebitabili»<sup>7</sup>.

Sul punto, la Cassazione ha precisato che «fermo restando che la tenuta di una contabilità completa ed intellegibile, comunque tale da consentire la ricostruzione del patrimonio e dell'andamento degli affari, costituisce in linea di principio un obbligo specifico e diretto dell'amministratore di diritto», «l'immissione "in fatto" nell'attività gestoria rappresenta la fonte dell'assunzione della posizione di garanzia di cui all'art. 40 cpv. c.p., che può anche coesistere con quella del titolare della carica formale e dalla quale discendono tutti gli oneri connessi alla cura delle scritture contabili», tanto più quando l'imprenditore occulto abbia un ruolo di protagonista assoluto in ogni componente dell'attività di conduzione dell'ente, incluso il settore dell'organizzazione amministrativa<sup>8</sup>.

#### 4. La figura dell'amministratore di fatto nel diritto penale fallimentare.

La sentenza in commento non si sofferma a giustificare la configurabilità della figura dell'amministratore di fatto nel diritto penale fallimentare. Si ritiene che ciò sia dovuto, probabilmente, alla constatazione che i reati di bancarotta sono da sempre considerati il terreno privilegiato di coltura della tematica dell'amministratore di fatto.

A ben vedere, il criterio di selezione delle qualifiche soggettive e l'estensione della responsabilità penale dei soggetti attivi sono stati oggetto di annose questioni, che paiono non essere completamente sopite<sup>9</sup>.

Sul punto, è noto l'ampio dibattito teorico tra i sostenitori della tesi formalistica e i fautori della tesi funzionalistica.

Secondo i primi, nei reati propri dell'amministratore, la disciplina penale attinge dal diritto civile la qualificazione del soggetto agente<sup>10</sup>. La qualità soggettiva del medesimo è essenziale per la sussistenza del reato. Non essendo le norme incriminatrici suscettibili di estensione analogica, soltanto gli amministratori, così come qualificati

<sup>7</sup> Cass. pen., sez. V, sent. n. 9885 del 7 marzo 2024. Cfr. in senso conforme Cass., sez. V, n. 39593 del 20 maggio 2011, Rv. 250844; Cass., sez. V, n. 15065 del 02 marzo 2011, Rv. 250094; Cass., sez. V, n. 7203 del 11 gennaio 2008, Rv. 239040.

<sup>8</sup> Cass. pen., sez. V, sent. n. 9885 del 7 marzo 2024.

<sup>9</sup> Sul punto, per una ricostruzione più ampia, sia consentito rimandare a R. GIRANI, *La Cassazione torna sulla figura dell'amministratore di fatto nell'ambito dei reati fallimentari e tributari* (Cassazione, sez. III penale, 26 maggio 2022, n. 20553), in *Ind. Pen.*, 1, 2023, 67 ss.

<sup>10</sup> C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. Soc.*, 1962, 224 ss. e 253 ss.; C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persona diverse dal fallito, Commentario della legge fallimentare*, a cura di F. GALGANO, Art. 216-227, Bologna-Roma, 1995, 258 ss. In analogia direzione, si vedano: A. ALESSANDRI, *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, in *RIDPP*, 1992, 491; *Id.*, voce *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1992, 207 ss.; E. ESCOBEDO, *I cosiddetti amministratori di fatto delle società anonime e il reato di quasi bancarotta semplice*, in *Giust. pen.*, 1933, III, 685 ss.; P. MIRTO, *Il diritto penale delle società*, Milano, 1954, 140 ss.; E. MUSCO, *Diritto penale societario*, Milano, 1999, 22 ss.; M. ROMANO, *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, Milano, 1967, 20, nt. 42.

dalla disciplina civilistica, potrebbero rispondere penalmente<sup>11</sup>. Si afferma come insuperabile l'esigenza giuridica della legalità del diritto penale: «il formalismo, nella configurazione del fatto tipico, non è un ingombrante orpello, o da parte dell'interprete, un feticistico omaggio alla lettera della legge. È garanzia irrinunciabile contro dilatazioni o comunque distorsioni del profilo della fattispecie e nel contempo strumento di calibratura e riconoscibilità degli elementi essenziali dell'illecito»<sup>12</sup>. Dunque, «quando la stessa norma penale designa i soggetti attivi del reato, l'elencazione non si può assumere che come tassativa» e ogni diversa interpretazione equivarrebbe ad una manifesta violazione del divieto di interpretazione analogica del precetto penale<sup>13</sup>. Tale impostazione, tra l'altro, non esclude la punibilità dei soggetti di fatto a titolo di concorso ex art. 110 c.p., al ricorrere di tutti i presupposti necessari per provare il concorso di persone nel reato<sup>14</sup>.

Secondo la teoria funzionalistica, apparirebbe invece più convincente un'interpretazione meno rigida del dato normativo, tale da includere tra i soggetti attivi anche gli amministratori di fatto<sup>15</sup>. Il diritto penale avrebbe una vocazione sostanzialista,

<sup>11</sup> C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, cit., 228.

<sup>12</sup> A. ALESSANDRI, voce *Impresa*, cit., 203.

<sup>13</sup> Cfr. C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, cit. 245 ss. Nello stesso senso, si vedano anche A. ALESSANDRI, voce *Impresa*, cit., 206 ss.; G. MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali*, Torino, 2002, 115 ss.

<sup>14</sup> Sul punto, A. ALESSANDRI, voce *Impresa*, cit. 208 che riconosce come tale lettura potrebbe comunque scontare qualche difficoltà probatoria.

<sup>15</sup> In dottrina, ex plurimis, si vedano L. ALIBRANDI, *I reati societari*, Milano, 1993, 17 ss.; R. BRICCHETTI, E. CERVIO, *Il falso in bilancio ed in altre comunicazioni*, Milano, 1999, 76 ss.; A. CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Padova, 2002, 230 ss.; G. CASAROLI, *Bancarotta c.d. impropria: note su alcuni punti chiave in tema di soggetto attivo del reato*, in *Ind. pen.*, 1979, 214 ss.; L. CONTI, *I soggetti*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da A. DI AMATO, I, Padova, 1992, 231 ss.; Id., *Diritto penale commerciale, I, Reati ed illeciti depenalizzati in materia societaria*, 2° ed., Torino, 1980, 113 ss.; Id., *I reati fallimentari*, 2° ed., Torino, 1991, 206 ss.; L. CONTI, E. BRUTI LIBERATI, *Esercizio di fatto dei poteri di amministrazione e responsabilità penali nell'ambito delle società irregolari*, in *Aa. Vv.*, *Il diritto penale delle società commerciali*, a cura di P. NUVOLONE, Milano, 1971, 119 ss.; U. GIULIANI BALESTRINO, *I problemi generali dei reati societari*, Milano, 1978, 113 ss.; G. IADECOLA, M. LUONGO, *I reati societari*, Padova, 1995, 13 ss.; M. LA MONICA, *Manuale di diritto penale commerciale*, Milano, 1993, 103 ss.; P. MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, Milano, 1987, 79 ss.; F. MUCCIARELLI, *Responsabilità penale dell'amministratore di fatto*, in *Le società*, 1989, 121 ss.; V. NAPOLEONI, *I reati societari*, III, *Falsità nelle comunicazioni sociali e agiotaggio societario*, Milano, 1996, 40; P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 47 ss.; Id., *Reati in materia di fallimento*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 479; P. PAJARDI, I FORMAGGIA TERNI DE' GREGORI, *I reati fallimentari*, Milano, 1992, 156 ss.; C.N. PLACCO, *Amministratore di fatto e responsabilità penale*, in *Giust. pen.*, 1999, II, 370 ss.; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Milano, 1974, 2695 ss.; A. ROSSI VANNINI, *La responsabilità penale di amministratori e sindaci*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, XIX, Padova, 1994, 318 ss.; Id., *Una svolta definitiva nella individuazione normativa della responsabilità dei soggetti di fatto?*, in *Soc.*, 2000, 210; R. ROVELLI, *Disciplina penale dell'impresa*, Milano, 1953, 36 ss.; C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000, 162 ss.; R. SCIOLTI, *I reati degli amministratori*, in *I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, coordinato da E. CARLETTI, Torino, 1990, 181 ss.; F. TAGLIARINI, *Le disposizioni penali in materia di società e consorzi*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, XVII, Torino, 1985, 617; A. TRAVERSI, *Responsabilità penali d'impresa*, Padova, 1983, 154 ss.; F. ZAMBELLI, *La responsabilità penale a titolo di bancarotta fraudolenta*

che guarderebbe al profilo della lesione degli interessi da proteggere e non al mero dato formale del possesso della qualifica formale. Da ciò deriverebbe: la necessità di procedere, in virtù del carattere autonomo del diritto penale, ad una interpretazione dei concetti di amministratore, direttore ecc... che non ricalchi in modo pedissequo la categoria civilistica di riferimento<sup>16</sup>; la possibilità di interpretare i termini civilistici in una prospettiva funzionalistica<sup>17</sup>; infine, la necessità di evitare quei vuoti di tutela e quelle difficoltà di prova che conseguono all'opposta teoria formalista<sup>18</sup>.

Questo il ragionamento per scongiurare il paventato rischio di addivenire ad un'interpretazione analogica della norma penale<sup>19</sup>: poiché molti precetti penali non mostrano un legame con la disciplina civilistica in termini di accessorietà sanzionatoria, ed anche quelli che più ne sembrano debitori in punto di condotta vietata «non omettono mai un autonomo riferimento ai soggetti del reato», «non sembra consentito concludere nel senso di una completa sudditanza della norma penale alla perfezione della qualifica secondo i principi del diritto privato», tanto più se si considera che un'interpretazione non formalistica sarebbe legittimata dalla stessa area semantica delle parole usate, in quanto ad esempio il vocabolo «amministratore» si ricollega «alla radice verbale amministrare che esprime l'esercizio di una attività de-

*dell'amministratore di fatto e di diritto*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 946; G. ZUCCALÀ, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1964, 33.

<sup>16</sup> In questo senso appare opportuno sottolineare che la dottrina si è sforzata in via ermeneutica di dimostrare come le nozioni richiamate non risultano rigorosamente circoscritte alla sola figura di diritto nello stesso ambito civilistico. In questo senso si veda M. LA MONICA, voce *Reati societari*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 959 ss., il quale, dopo aver esaminato le norme più significative previste dal codice civile in cui si fa riferimento alla figura dell'amministratore, giunge alla conclusione che «nelle disposizioni privatistiche il vocabolo 'amministratore' non ha un significato limitato alla sola individuazione dell'amministratore di pieno diritto, ma ne ha uno, al contrario, esteso fino a comprendere anche l'amministratore cosiddetto di fatto».

<sup>17</sup> Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di L. CONTI, I, 11° ed., Milano, 1999, 73, che afferma che nell'ordinamento non vi sarebbe alcun ostacolo alla separazione della funzione dal titolo, con l'effetto di ricollegare solo alla funzione la titolarità degli obblighi penalmente sanzionati.

<sup>18</sup> In questo senso, si veda, *ex pluribus*, L. CONTI, *I soggetti*, cit., 239, che significativamente afferma che «certo gli *incommoda* non valgono di per sé a risolvere *argomentum*. Quando tuttavia essi raggiungono il livello di gravità sopra segnalato, così da introdurre nel sistema elementi di sperequazione capaci di tralignare in vere e proprie assurdità, l'opera dell'interprete, pur nel rispetto dei limiti insuperabili posti dal dato normativo, deve essere tesa ad evitare soluzioni incongrue».

Cfr. anche V. NAPOLEONI, *I reati societari*, III, *Falsità nelle comunicazioni sociali e aggio di aggio societario*, Milano, 1996, 40; R.F. ELLERO, C. NORDIO, *Reati societari e bancari*, Padova, 1998, 27 ss.; C.N. PLACCO, *Amministratore di fatto e responsabilità penale*, in *Giust. Pen.*, II, 1999, 370 ss.; A. FATTORI, *Attribuzione della qualifica di amministratore di fatto e conseguente responsabilità*, in *Società*, 1995, 932 che riprende la tradizionale obiezione in base alla quale «nella pratica gli atti di *mala gestio* più gravi vengono compiuti da soggetti generalmente estranei alla struttura sociale, proprio allo scopo di sottrarsi ad una azione di responsabilità e di acquisire una ingiustificata impunità».

<sup>19</sup> L. CONTI, *I soggetti*, cit., 240 ss. Nello stesso senso, si vedano A. PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Ind. pen.*, 1985, 21; A. ROSSI VANNINI, *La responsabilità penale degli amministratori e dei sindaci*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. GALGANO, XIX, Padova, 1994, 317 ss.

finita in modo chiaramente connesso al dinamismo delle funzioni e non alla fonte di legittimazione»<sup>20</sup>. Infine, a sostegno di questa interpretazione viene invocata la dottrina pubblicistica del “funzionario di fatto”, volta ad attribuire rilevanza all'apparenza della legittimazione, in ogni caso in cui dallo svolgimento concreto delle attività conseguissero risultati apprezzabili su un piano sostanziale<sup>21</sup>.

La giurisprudenza sul tema ha registrato, già in tempi risalenti<sup>22</sup>, una netta apertura verso la figura dell'amministratore di fatto, giungendo ad interpretare le fattispecie in modo estensivo e annoverando tra i soggetti attivi non solo l'amministratore di diritto ma anche quello di fatto, sul presupposto che sarebbe irrazionale esonerare da responsabilità colui che, non formalmente investito dalla carica, ne abbia esercitato di fatto le funzioni<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> L. CONTI, *I soggetti*, cit., 240 ss. I medesimi argomenti si rintracciano in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, a cura di L. CONTI, I, 11° ed., Milano, 1999, 72 ss.

<sup>21</sup> L'espressione “funzionario di fatto” è riassuntiva di una vastissima casistica, che affonda le sue radici nel periodo classico della giurisprudenza romana. Tradizionalmente, la teoria del funzionario di fatto è ricondotta ad un testo di Ulpiano (D. 1,14, 3, c.d. *lex Barbarius*): “*Titulus errore communi reputatus versus, cum talis non esset, collates tamen ab eo qui conferre potest*”. Il caso era quello di uno schiavo, *Barbarius Philippus*, da cui deriva il nome della legge, il quale aveva esercitato le funzioni di pretore e la cui mancata legittimazione, in quanto non godeva della libertà necessaria, divenne nota dopo la cessazione dalla carica. Sul punto si veda l'interessante ricostruzione storica di B. CAVALLO, *Profilo Storico di una metodica organizzatoria*, in AA.VV., *Il funzionario di fatto*, a cura di B. CAVALLO, Milano, 2005, 1 ss. Sotto l'angolo prospettico della moderna dottrina romanistica, cfr. M. NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, 2002, 141 ss.

Ad oggi, il funzionario di fatto rappresenta una delle più complesse ed affascinanti figure del panorama del diritto amministrativo, anche per le naturali connessioni con altre discipline giuridiche, quali il diritto penale. La sua collocazione naturale si radica nel diritto amministrativo, ambito in cui si rintracciano le nozioni di riferimento, pur in assenza di un riferimento normativo esplicito.

<sup>22</sup> La figura dell'amministratore di fatto compare già in pronunce molto risalenti nel tempo. Sul punto si vedano: Cass. Torino, 31 marzo 1876, in Mon. Trib., 1876, 615 che chiarisce come il termine “amministratori” comprende «tutti coloro i quali prestano l'opera loro a gerire gli affari di una società, onde si possa raggiungere lo scopo per cui fu costruita»; Cass. Torino, 24 luglio 1878, in Mon. Trib., 1878, 987 ss., in cui si afferma che «l'art. 669 c. comm., chiamando responsabili del fallimento tutti gli amministratori della società, con questa generica locuzione non può fare a meno di comprendere tanto gli amministratori di diritto che di fatto»; Cass. Torino, 3 dicembre 1884, in Riv. pen., 1885, 331: «ripugna [...] ad ogni sentimento di giustizia il dover punire l'amministratore semplice e non colui che amministrò [...] che ebbe ed usò più mezzi per maggiormente frodare la cosa sociale o per mandarla in rovina [...] né vale addurre che quella nomina fu illegale, comechè consentita dallo statuto [...] il reato non cessa quando, mercè quelle funzioni, di fatto esercitate, si perviene similmente a consumare la bancarotta dolosa o colposa»; Cass. pen., 16 febbraio 1933, in Giust. Pen., 1933, II, 685; Cass. pen., 28 febbraio 1936, in Giust. Pen., 1937, III, 129.

In dottrina, sul punto, si vedano A. BORGIOI, *Amministratori di fatto e direttori generali*, in *Giur. comm.*, 1975, I, 602 ss. e N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto nelle società di capitali*, Milano, 1998, 24 ss.

<sup>23</sup> Tra le tante pronunce in ambito penalistico, si vedano in tema di bancarotta, *ex multis*, Cass., 19 ottobre 1999 in CED Cass., n. 215878; Cass., 22 aprile 1998, in Cass. pen., 2000, 3451; Cass., 17 gennaio 1996, in Cass. pen., 1997, 547; Cass., 23 febbraio 1995 in Riv. trim. dir. pen. econ., 1995, 1427; Cass., 25 novembre 1987, in Riv. pen., 1988, 617; Cass., 25 febbraio 1987, in Cass. pen., 1988, 1730; Cass., 10 luglio 1984, in Cass. pen., 1986, 1389; Cass., 20 gennaio 1984, in Giust. pen., 1985, II,

A ben vedere, in occasione della riforma dei reati societari del 2002, il legislatore ha espressamente riconosciuto l'amministratore di fatto, definendo all'art. 2639 c.c. i criteri al ricorrere dei quali si reputa sussistente tale figura<sup>24</sup>, ma ne ha circoscritto l'operatività ai soli reati societari.

Nonostante la lettera della norma, la giurisprudenza – granitica sul punto – ritiene che l'art. 2639 c.c. esprima un principio che permea di sé tutto il sistema, risultando applicabile non solo al diritto penale societario, ma anche a settori diversi, tra cui, segnatamente, quello fallimentare.

Mentre la parte dominante della dottrina si pone in linea con la giurisprudenza, una parte degli Autori è, opportunamente, scettica<sup>25</sup>.

## 5. Alcune riflessioni conclusive.

Dall'analisi della sentenza in commento, emerge in modo chiaro come la giurisprudenza di legittimità, che da sempre in materia di reati fallimentari riconosce cittadinanza alla figura dell'amministratore di fatto, in nome del principio di effettività del diritto penale, finisca per accontentarsi del criterio formale, nel momento in cui è

---

166; Cass., 11 marzo 1983, in *Giust. pen.*, 1984, II, 156; Cass., 19 marzo 1982, in *Cass. pen.*, 1984, 184; Cass., 6 febbraio 1980, in *Cass. pen.*, 1981, 899; Cass., 23 maggio 1979, in *Cass. pen.*, 1980, 1468.

<sup>24</sup> I requisiti, ben noti e da intendersi come cumulativi, sono quelli della continuità e della significatività. Sui due criteri si vedano, *ex multis*, A. ALESSANDRI, *I soggetti*, in *Aa.Vv.*, *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di A. ALESSANDRI, Milanofiori-Assago, 2002, 46; G. BERSANI, "Amministratore di fatto" e reati tributari, in *Fisco*, 2005, 7412; A. BIANCONI, *Art. 2639 c.c.*, in *Leggi penali complementari*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2007, 2498; A.M. CASTELLANA, *L'equiparazione normativa degli autori di fatto agli autori di diritto per i reati del riscritto titolo XI, libro V c.c.*, in *Ind. pen.*, 2005, 1076 s.; O. DI GIOVINE, *L'estensione delle qualifiche soggettive*, in *Aa.Vv.*, *I nuovi diritti societari: diritto e processo*, a cura di A. GIARDA, S. SEMINARA, Padova, 2002, 31; F. FOSSATI, *Estensione delle qualifiche soggettive (art. 2639 c.c.)*, in *Dir. pen. delle società*, 2° ed., in *Trattato delle società*, a cura di G. SCHIANO DI PEPE, Milano, 2003, 392 s.; F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, 2° ed., Torino, 2004, 155; A.L. MACCARI, *Art. 2639 cod. civ.*, in F. GIUNTA, (a cura di), *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali: commentario del D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Torino, 2002, 219; E. MEZZETTI, *Soggetti e responsabilità individuale e collettiva*, in E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2008, 33; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, 3° ed., Milano, 2007, 19 s.; C.E. PALIERO, *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine alle incriminazioni*, in *Guida al dir.*, 2002, n. 16, 41; P. PALLADINO, *L'amministratore di fatto tra reati fallimentari e reati societari*, in *Cass. pen.*, 2005, 3093; A. ROSSI, *I criteri per l'individuazione dei soggetti responsabili nell'ambito delle società: l'estensione delle qualifiche soggettive*, in *Reati societari*, a cura di A. ROSSI, Torino, 2005, 91; *Id.*, *Reati ed illeciti amministrativi societari*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari, I, I reati e gli illeciti amministrativi societari e bancari. I reati di lavoro e previdenza. La responsabilità degli enti*, a cura di C.F. GROSSO, 13° ed., Milano, 2007, 80; G. SCIUMBATA, *I reati societari*, Milano, 2002, 112; P. VENEZIANI, *sub art. 2639 c.c.*, in *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n.62 sulla tutela del risparmio*, a cura di A. LANZI, A. CADOPPI, Padova, 2007, 302; R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2006, 24.

<sup>25</sup> Cfr. sul punto, A. SERENI, *Reati fallimentari e responsabilità personale*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di L. GHIA, C. PICCININI E F. SEVERINI, vol. VI, Torino, 2012, 23. Sia consentito, altresì, il rimando a R. GIRANI, *La clausola di equiparazione di cui all'art. 299 d.lgs. n. 81 del 2008: alcune riflessioni a margine di una recente sentenza della Cassazione*, in *Sistema penale*, 2024, 4, 57 ss.

chiamata a far rispondere la c.d. "testa di legno", dimenticando qualunque riferimento al concreto svolgimento della funzione.

Quanto alla responsabilità dell'amministratore di fatto, la pronuncia in commento si limita a prendere atto del consolidato principio ermeneutico in base al quale, in capo all'amministratore di fatto, può riconoscersi una posizione di garanzia derivante dall'immissione in fatto nell'attività gestoria.

A parere di chi scrive, ciò non è condivisibile. Infatti, in assenza di una norma *ad hoc* che riconosca la figura dell'amministratore di fatto nell'ambito dei reati fallimentari, non pare che sia consentito all'interprete estendere la cerchia dei soggetti attivi del reato, se non a pena di violare il fondamentale divieto di analogia *in malam partem*.

È significativo che l'esigenza di un intervento chiaro da parte del legislatore pare si possa desumere anche dalle proposte di riforma della Commissione Bricchetti.

Infatti, il tema del soggetto di fatto è stato oggetto di dibattito in seno alla Commissione Bricchetti, che ha elaborato le proposte di riforma nell'ambito dell'articolato del 10 giugno 2022, contenente «*Proposte di revisione delle disposizioni penale del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi e dell'insolvenza) e del R.d. 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare)*», accompagnato dalla relazione e dall'integrazione del 21 luglio 2022<sup>26</sup>.

La Commissione Bricchetti ha proposto di intervenire sui soggetti attivi con l'estensione espressa ai soggetti di fatto mediante la formula «chiunque nell'esercizio anche *di fatto* delle funzioni di amministrazione, direzione, controllo o liquidazione in una società o consorzio»<sup>27</sup>.

Si tratta di una normativa destinata - nel caso divenisse legge<sup>28</sup> - a riconoscere formalmente il soggetto *de facto* nell'ambito dei reati fallimentari, recependo l'interpretazione giurisprudenziale consolidata in materia.

---

<sup>26</sup> Ci si riferisce alle proposte di revisione elaborate dalla Commissione ministeriale presieduta dal Dott. Renato Bricchetti, che era stata incaricata con decreto ministeriale del 13 ottobre 2021. Sul punto, si vedano: A. MELCHIONDA, *Diritto penale fallimentare e nuova disciplina di gestione della crisi d'impresa. Innovazioni e limiti di una riforma gattopardesca*, in *Arch. pen.*, 2022, 781; A. D'AVIRRO, *Brevi osservazioni sulla proposta di revisione dei reati fallimentari*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it), 15 luglio 2022; L. FOFFANI, *La riforma dei reati fallimentari*, in D. CASTRONUOVO, D. NEGRI (a cura di), *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura*, Napoli, 2023, 555 ss.; F. GIUNTA, *Linee e prospettive di riforma del "vecchio" diritto penale fallimentare*, in *Scritti in onore di Nicola Mazzacava*, a cura di E. AMATI, L. FOFFANI, T. GUERINI, 2023, 443 ss.; F. MUCCIARELLI, *Proposte di revisione ai reati fallimentari: la relazione della Commissione Bricchetti*, in *Sist. pen.*, 7 luglio 2022; *Id.*, *Crisi d'impresa e insolvenza: verso un nuovo assetto della disciplina penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 1001; C. SANTORIELLO, *Qualche breve riflessione sulla proposta di riforma del diritto penale fallimentare*, in *Sist. pen.*, 27 luglio 2022; e in *Discrimen*, 2023, 1, 135; M. SCHIAVO *Le proposte della Commissione Bricchetti in materia di bancarotta fraudolenta societaria*, in *LP*, 20 marzo 2023; *Id.*, *La bancarotta societaria alla luce del diritto penale della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Arch. pen.*, 1, 2024; nonché, sia pure con riguardo prevalentemente ai profili processuali, G. GARUTI, *Processo penale e crisi di impresa: relazioni, interferenze e futuribili*, in *Arch. pen.*, 2022, e, in una prospettiva particolarmente ampia, A. MANNA, *Ricostruzione storico-dogmatica dei reati concorsuali e del curatore - Dal r.d. n. 267/1942 alla Commissione Bricchetti del 2021*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2022, 451 ss.

<sup>27</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>28</sup> Sul punto si ricorda che con decreto ministeriale del 5 maggio 2023 si è stabilita la ricostituzione della Commissione Bricchetti.

Tuttavia, mentre la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie – estendendo l'applicabilità dell'art. 2639, co. 1 c.c.<sup>29</sup> – hanno riconosciuto la responsabilità penale del soggetto di fatto nei reati fallimentari, la Commissione Bricchetti ha elaborato una proposta diversa.

La scelta della Commissione pare essere quella di prediligere una formulazione più ampia e generica di quella cristallizzata nell'art. 2639, comma 1, c.c., in cui – al contrario – si specificano i requisiti di continuità e significatività. Come emerge dalla relazione, «la soggettività attiva delle fattispecie (tanto quella prefallimentare di cui al comma 1, quanto quella post-fallimentare ai sensi del comma 2) è ristretta a coloro che esercitano funzioni *lato sensu* gestorie (comprese quelle liquidatorie) o di controllo, secondo l'impostazione già invalsa nella normativa e nella prassi, con l'estensione espressa ai soggetti che tali funzioni esercitano di fatto. In tal senso si è preferito non replicare la definizione di tale categoria soggettiva contenuta, con riferimento ai reati societari, nell'art. 2639 c.c., per non vincolare l'interprete ad una formula che l'esperienza applicativa ha dimostrato non essere sempre sufficiente ad inquadrare le forme di manifestazione del fenomeno nello specifico contesto criminale di riferimento».

La scelta della Commissione in tema di reati fallimentari parrebbe porsi in linea con le formulazioni utilizzate in materia di responsabilità "amministrativa degli enti" ex art. 5 d.lgs. n. 231 del 2001 e in materia di sicurezza sul lavoro ex art. 299 d.lgs. n. 81 del 2008, in cui il riconoscimento della soggettività qualificata in capo ai soggetti di fatto non è vincolato ai requisiti di continuità e significatività delle funzioni.

In conclusione, a parere di chi scrive, appare necessario in primo luogo comprendere se il soggetto di fatto possa trovare cittadinanza nel diritto penale fallimentare nel pieno rispetto dei principi del sistema penale e, solo successivamente ed eventualmente, valutarne le conseguenze in termini di rapporto tra colui che riveste la qualifica formale e colui che, privo di qualifica, ne esercita di fatto le funzioni.

---

<sup>29</sup> Sull'applicabilità, anche in questo settore del diritto penale, dell'art. 2639, co. 1 c.c., si vedano, tra gli altri: A. CADOPPI, *Riformulazione delle norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari*, in A. LANZI, A. CADOPPI (a cura di), *I reati societari. Commentario aggiornato alla legge 28 dicembre 2005 n. 262 sulla tutela del risparmio*, Padova, 2007, 385; A. D'AVIRRO *La bancarotta fraudolenta societaria*, in *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, a cura di A. D'AVIRRO, E. DE MARTINO, Milano, 2007, 16; U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, 5ª ed., Milano, 2006, 233 s.; S. SEMINARA, *Il diritto penale societario dopo le riforme: otto anni di giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Jus*, 2011, 102 ss.; P. VENEZIANI, sub art. 2639 c.c., cit., 310 ss.



# LA CONDANNA A PENE SOSTITUTIVE ED IL POTERE DISCREZIONALE DEL GIUDICE TRA DIRITTO PENALE SOSTANZIALE E PROCESSUALE

Cassazione penale - sezione II - sentenza 14 febbraio  
2024, n. 8794 (dep. il 28/02/2024) Pres. Petruzzellis -  
Est. Pardo

Iolanda Vitolo\*

**Sommario:** **1.** Profili essenziali del pronunciamento: la *ratio* della condanna a pene sostitutive. - **2.** Previsioni e limiti dei rapporti tra il nuovo art. 545-*bis* c.p.p. (D.lgs. 150/2022) ed i criteri di cui all'art. 133 c.p. e art. 220 c.p.p. - **3.** Potere discrezionale del giudice nella scelta e nell'applicazione delle pene sostitutive: una riformulazione dell'art. 58, L. 689/1981. - **4.** L'art. 545-*bis* c.p.p. ed il ruolo della magistratura di Sorveglianza in fase di esecuzione della pena sostitutiva. - **5.** Considerazioni conclusive.

## ABSTRACT

In tema di pena sostitutiva di pene detentive brevi, il giudice di merito non può respingere la richiesta di applicazione in ragione della sola sussistenza di precedenti condanne, in quanto il rinvio all'art. 133 cod. pen. contenuto dall'art. 58 legge 24 novembre 1981, n. 689, come riformato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, deve essere letto in combinato disposto con l'art. 59 della stessa legge, che prevede, quali condizioni ostative, solo circostanze relative al reato oggetto di giudizio, non comprensive dei precedenti penali.

*In relation to substitution punishments for short custodial sentences, the trial judge has the discretionary power, which is embodied in a precise duty, to anticipate to the phase of the trial on the merits, by way of an effective punishment, even if substitutive, an assessment involving aspects relating to the personality of the defendant. The judge is required to assess the guiding criteria set out in Article 133 of the Criminal Code, both for the purpose of determining the penalty to be imposed and - as a result of this operation - for the purpose of identifying the substitute penalty deemed most suitable for re-education. In the presence of all the prerequisites, the judge may not reject the request for the application of the substitution punishment on the sole*

---

\* Dottoranda di ricerca in Studi Giuspubblicistici - Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

*ground of the existence of previous condemnations, but must consider only the circumstances relating to the offence under trial.*

## 1. Profili essenziali del pronunciamento: la *ratio* della condanna a pene sostitutive.

La sentenza annotata si segnala per alcuni interessanti profili relativi alla disciplina delle nuove pene sostitutive delle pene detentive brevi.

Essa offre significativi spunti di riflessione sul tema della discrezionalità del giudice della cognizione nella applicazione della pena sostitutiva, a partire da un approfondito *excursus* sulla *ratio* della disciplina, di cui agli artt. 53-58 della L. n. 689/1981, riformulati dal D.Lgs. 150/2022, con gli artt. 20-*bis* del codice penale e 545-*bis* del codice di procedura penale.

Nel caso di specie, i giudici di legittimità venivano chiamati a pronunciarsi su un ricorso presentato avverso la decisione della Corte di Appello di Torino in materia di ricettazione. La difesa, in particolare, lamentava la erronea applicazione della legge penale e processuale penale, ovvero degli artt. 53-58 della L. n. 689/81, come riformulati dal D.Lgs. 150/2022, in relazione all'art. 133 c.p., nonché la illogicità dell'*iter* motivazionale seguito dai giudici di appello, che rigettavano la istanza di applicazione della pena sostitutiva della reclusione, ritualmente reiterata con l'atto di appello, erroneamente ritenendo quali condizioni ostative i precedenti giudiziari o i periodi di carcerazione pregressi.

La questione è stata oggetto di approfondimento da parte della Corte di legittimità che, nel dichiarare fondato il motivo di ricorso, ha fornito un'ampia interpretazione del dettato normativo, mettendo in luce, sin dalle primissime considerazioni, la portata innovativa delle suddette norme, giacché esse attribuiscono al Giudice di merito il potere discrezionale - che, tuttavia, per come si vedrà nel prosieguo, si sostanzia in un preciso onere - di anticipare alla fase della cognizione, a titolo di pena effettiva, anche se sostitutiva, una valutazione più ampia, che involge aspetti relativi alla personalità dell'imputato/condannato; valutazione, come è noto, propria della fase della esecuzione della pena, soprattutto quella extra-carceraria e delle misure alternative alla detenzione.

La sentenza, richiamando la Relazione Illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, evidenzia, *in primis*, la volontà sottesa del legislatore di dare effettività e concretezza al finalismo rieducativo della pena, giacché la reintegrazione sociale del condannato deve essere garantita da un sistema sanzionatorio penale idoneo, in cui certezza della pena non significhi soltanto carcere.

In quest'ottica, la portata innovativa della riforma deve essere individuata proprio nell'obbligo che grava sul giudice della condanna di verificare la sussistenza delle condizioni per disporre la sostituzione delle pene detentive brevi, al fine di assicurare ugualmente la funzione rieducativa, mantenendo fermo l'obiettivo della decarcerazione.

Con la sentenza in esame, la Corte di legittimità è intervenuta definendo i margini del potere discrezionale riconosciuto al giudice di cognizione in relazione alla applicabilità delle pene sostitutive, in sostanza prevedendo come il giudice di primo grado (in sede di condanna dell'imputato) ovvero il giudice di appello chiamato a pronun-

ciarsi ex art. 95 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, sia tenuto a valutare i criteri direttivi di cui all'art. 133 cod. pen., sia ai fini della determinazione della pena da infliggere, sia – in esito a tale operazione – ai fini dell'individuazione della pena sostitutiva ex art. 58 legge 24 novembre 1981, n. 689, dovendo esservi continuità e non contraddittorietà tra i due giudizi, così da favorire tanto più l'applicazione di una delle sanzioni previste dall'art. 20-*bis* cod. pen. quanto minore risulti, rispetto ai limiti edittali, la pena in concreto inflitta.

Conseguentemente, la sentenza *de qua*, conformandosi a precedenti pronunce di legittimità<sup>1</sup>, precisa come la disciplina in tema di pene sostitutive debba ritenersi immediatamente applicabile anche ai giudizi pendenti in fase di appello e, dunque, come il giudice di appello – che sia investito della questione della applicabilità delle pene inflitte con la sentenza di condanna di primo grado – debba procedere alla analisi delle condizioni per la concessione delle pene sostitutive.

In questo senso, la Corte di legittimità ha anche avuto occasione di chiarire come, laddove la valutazione, seppure discrezionale, del giudice del merito in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda sia compiutamente motivata, non vi sia spazio per un intervento del giudice di legittimità, in forza del principio per cui, in tema di sanzioni sostitutive, l'accertamento della sussistenza delle condizioni che consentono di applicare una pena sostituiva costituisca un accertamento di fatto, non sindacabile in sede di legittimità, se motivato in modo non manifestamente illogico<sup>2</sup>.

Ulteriormente, la sentenza in esame chiarisce come sia affetto da contraddittorietà motivazionale quel pronunciamento che, pur in presenza di una sanzione prosima ai minimi edittali, neghi l'applicazione di una pena sostitutiva esclusivamente sulla base di una affermata pericolosità dell'imputato, giacché, di contro, il sistema delineato dall'art. 545-*bis* c.p.p. richiede che siano applicati i criteri di cui all'art. 133 c.p. dapprima ai fini della determinazione della pena e, successivamente, ai fini della individuazione della pena sostitutiva più idonea.

Nello specifico, infatti, da una attenta disamina degli artt. 53, 58 e 59 della legge n. 681/1989 come riformata dal D.lgs. 150/2022, emerge come le circostanze ostative all'applicazione di pene sostitutive debbano essere relative al reato per cui si procede e non riferibili a precedenti condanne; essendo necessario un giudizio prognostico circa una pericolosità qualificata che non potrà esaurirsi esclusivamente nella valu-

<sup>1</sup> Si veda al proposito Cass., IV sezione penale, sentenza n. 636 del 29/11/2023 (dep. 09/01/2024), secondo cui l'applicabilità delle pene sostitutive brevi di cui all'art. 20-*bis* cod. pen. ai processi pendenti in grado di appello alla data di entrata in vigore del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, secondo la disciplina transitoria prevista dall'art. 95 del d.lgs. citato, è subordinata alla richiesta dell'imputato, da formularsi, al più tardi, nel corso della udienza di discussione; e Cass., Sez. 6, sentenza n. 46013 del 28/09/2023 (dep. 15/11/2023), secondo cui, in tema di pene sostitutive delle pene detentive brevi, la disposizione di cui all'art. 545-*bis* cod. proc. pen., è applicabile, nei limiti del principio devolutivo, anche al giudizio di appello, nel senso che le sanzioni sostitutive possono trovare applicazione solo se il relativo tema sia stato specificamente devoluto nei motivi di appello.

<sup>2</sup> Si veda, sul punto, Cass., I sezione penale, sentenza n. 36252 del 30/06/2023 (dep. il 30/08/2023).

tazione dei precedenti, ma dovrà tenere conto di tutti gli ulteriori parametri dettati dall'art. 133 c.p.

Sotto tale profilo, la Corte di Cassazione ha già avuto modo di precisare come la riforma Cartabia miri a prevenire il pericolo di recidiva soprattutto attraverso la finalità rieducativa e risocializzante a cui devono tendere le pene sostitutive, corredate dal programma stilato dall'UEPE sulla base della situazione specifica del condannato e dalle prescrizioni imposte dal giudice<sup>3</sup>.

In sostanza, i giudici di legittimità hanno sottolineato come l'applicazione delle pene sostitutive non solo non sia incompatibile con il pericolo di recidiva, ma costituisca la specifica modalità prescelta dal legislatore per arginarlo al meglio; essendo, essa, in definitiva, incompatibile solo con un livello di recidiva che il giudice reputi di non poter azzerare o ridurre attraverso l'adozione di quelle particolari prescrizioni e degli adeguati controlli che accompagnano la pena sostitutiva nella fase di esecuzione della stessa.

## 2. Previsioni e limiti dei rapporti tra il nuovo art. 545-bis c.p.p. (D.lgs. 150/2022) ed i criteri di cui all'art. 133 c.p. e art. 220 c.p.p.

La novella legislativa di cui al D. Lgs. n. 150/2022, introducendo modifiche rilevanti al codice penale ed al codice di procedura penale, per esigenze di snellimento e velocizzazione dei procedimenti, ha profondamente valorizzato il sistema delle pene sostitutive.

La peculiarità del procedimento consiste nella anticipazione alla fase della cognizione, a titolo di pena effettiva, anche se sostitutiva, di una valutazione più ampia, propria della fase della esecuzione, che involge aspetti relativi alla personalità dell'imputato/condannato; valutazione notoriamente preclusa rispetto all'imputato in sede di cognizione, nelle forme della perizia o della consulenza tecnica psico/criminologica.

Si tratta di una riforma che interessa, con riferimento alla condanna alle pene sostitutive delle pene detentive brevi, tanto il diritto penale sostanziale, quanto quello processuale.

Infatti, per come meglio si dirà, il nuovo art. 545-bis c.p.p. è sì norma processuale, ma risulta indissolubilmente legata alla sostanza della valutazione discrezionale richiesta al giudice per l'applicazione delle nuove sanzioni sostitutive<sup>4</sup>.

In vero, con la L. n. 134/2021, 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*", si è inteso incidere sulla naturale interconnessione funzionale tra il diritto penale sostanziale e gli istituti di diritto processuale penale,

<sup>3</sup> Si veda, al proposito, Cass., V Sezione penale, sentenza n. 43622 dell'11/07/2023 (dep. Il 27/10/2023), che ha precisato come le pene sostitutive della semilibertà, della detenzione domiciliare e del lavoro di pubblica utilità costituiscano delle vere e proprie pene-programma, imperniate non solo su obblighi di astensione e divieti, ma anche e soprattutto sul programma redatto dall'UEPE e sulle prescrizioni positive che il giudice, all'esito del contraddittorio, andrà ad individuare.

<sup>4</sup> D. BIANCHI, *Il decreto correttivo in materia di pene sostitutive: interventi ragionevoli, semplificazioni eccessive e occasioni mancate*, in *La Legislazione penale*, 4.06.2024, 2.

che si muovono, insieme, verso obiettivi unitari sia sul versante procedurale – in termini di riduzione di tempi e quantità dei processi – sia su quello prettamente sostanziale, con conseguente riduzione del primato del carcere, nella prospettiva che proprio il coinvolgimento del diritto penale sostanziale avrebbe potuto costituire quel *quid pluris* idoneo a consentire il raggiungimento degli obiettivi di efficientamento del sistema processuale ed il compimento di passi in avanti verso una sua modernizzazione<sup>5</sup>.

Le nuove pene sostitutive delle pene detentive brevi sembrano rispecchiare perfettamente la prospettiva teleologica al fondo della riforma, che riposa sulla erosione della struttura carcerocentrica del sistema sanzionatorio; una riforma in cui il piano deflattivo orbita attorno alla riduzione del carcere già in sede di giudizio di cognizione<sup>6</sup>.

L'applicazione di una pena sostitutiva non rappresenta più la contropartita di una rinuncia alla piena cognizione<sup>7</sup> giacché, nello spirito della riforma, il giudice di cognizione è da subito coinvolto nel definire programmi esecutivi in funzione rieducativa<sup>8</sup>.

Dunque, una “*riforma di diritto sostanziale collegata al processo*”<sup>9</sup>, animata dall'idea che il “rito” non potrà mai dirsi efficiente, se inefficiente ne è la sua esecuzione penale<sup>10</sup>.

La nuova previsione normativa richiede una attenta disamina anche in relazione alle problematiche che dalla riforma stessa possono derivare nei vari profili procedurali e, proprio in quest'ottica, la Corte di Cassazione è intervenuta, al fine di delineare aperture e limiti della norma.

La sentenza in questa sede analizzata, come detto, costituisce una prima ampia analisi interpretativa del meccanismo elaborato dalla riforma per la condanna a pene sostitutive, introdotta con l'art. 545-*bis* c.p.p.; pena sostitutiva da individuare tra quelle previste dal nuovo art. 20-*bis* del codice penale, anch'esso frutto della riforma Cartabia.

Segnatamente, l'art. 545-*bis* c.p.p., al primo comma, prevede come, in caso di condanna a pena detentiva non superiore a quattro anni, subito dopo la lettura del dispositivo, il Giudice che procede – se l'imputato acconsente e qualora ne ricorrano le condizioni – possa decidere immediatamente circa la sostituzione della pena detentiva con una delle pene sostitutive previste e, laddove non sia possibile decidere immediatamente, sentito il Pubblico Ministero, possa sospendere il processo e fissare

<sup>5</sup> Si veda, a più riprese, F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, 2021, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

<sup>6</sup> Cfr. A. ABBAGNANO TRIONE, *Una semantica persuasiva nel disegno di revisione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi. Dalle parole ai fatti*, in *Processo penale e giustizia*, n. 1/2022, 238.

<sup>7</sup> Cfr. Palazzo (2021a), p. 3.

<sup>8</sup> M. DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Pol. Dir.*, 2021, 593.

<sup>9</sup> *Ut supra*.

<sup>10</sup> Cfr. Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante attuazione della L. 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari.

una apposita udienza non oltre sessanta giorni, dandone contestuale avviso alle parti ed all'U.E.P.E. competente.

Il giudice del processo, in altri termini, torna ad essere giudice della pena, giacché, in caso di condanna dell'imputato ad una pena detentiva non superiore a quattro anni, deve espletare un compito nuovo rispetto al passato e diverso dallo schema della commisurazione e applicazione della pena edittale prevista dalla norma violata, consistente nel valutare se vi siano modelli sanzionatori, sostitutivi della pena detentiva, più adeguati alla rieducazione del condannato, purché in grado di parimenti prevenire, anche attraverso prescrizioni *ad hoc*, il pericolo di *reiteratio criminis*<sup>11</sup>.

Per individuare la pena sostitutiva e le relative prescrizioni più confacenti all'imputato, il giudice ha bisogno di un bagaglio di informazioni più ampio rispetto a quello comunemente acquisito nel giudizio di cognizione e, per questo, la legge delega ha previsto il coinvolgimento anticipato, laddove necessario, degli uffici di esecuzione penale esterna.

Dunque, *in primis*, appare interessante sottolineare come la norma *de qua* ponga in evidenza il momento a partire dal quale il Giudice possa effettuare la propria valutazione finalizzata alla possibile applicazione di una pena sostitutiva; la norma detta come indicazione *dopo la lettura del dispositivo*, poiché in quel momento sono, o almeno dovrebbero essere, cristallizzati tutti i fattori della decisione, sia in termini di qualificazione giuridica, sia in termini di *quantum* di pena.

In vero, la stessa relazione illustrativa ha evidenziato come, nel valutare i modi ed i tempi processuali del possibile innesto nel giudizio di cognizione dell'intervento dell'UEPE e delle parti, ci si trovi di fronte ad un bivio problematico.

In primo luogo, viene osservato come l'intervento dell'ufficio di esecuzione penale esterna non possa essere anticipato al giudizio per una serie di inconvenienti insuperabili, che finirebbero per rendere l'attività dell'ufficio a posteriori superflua e vana: infatti, l'imputato può essere alternativamente assolto o condannato a pena superiore a quattro anni o ancora a pena sospesa; oppure può opporsi alla sostituzione della pena o, ancora, richiederla ma risultare privo dei presupposti; o infine il giudice stesso può valutare, all'esito del processo, che il condannato non sia affatto meritevole di una pena sostitutiva.

In secondo luogo, non meno rilevante dal punto di vista giuridico processuale, si sottolinea che il coinvolgimento previo dell'UEPE potrebbe apparire come una anticipazione del giudizio di condanna, soprattutto ove si concentri - come sarebbe teoricamente ragionevole - il ricorso all'UEPE solo nei giudizi in cui sia prevedibile una condanna inferiore a quattro anni. Non sarebbe percorribile nemmeno l'ipotesi contraria dell'indiscriminato coinvolgimento degli UEPE, che determinerebbe un dispendio di risorse disfunzionale e antieconomico (essendo opportuno che l'intervento degli UEPE - il cui ruolo è cruciale nel disegno riformatore - sia attivato solo quando utile e necessario).

Al fine di evitare le conseguenze sopra descritte ed eludere le controindicazioni giuridiche ed operative delle soluzioni delineate, si è ritenuto di collocare la decisione

---

<sup>11</sup> Cfr. *Il nuovo processo penale secondo la Riforma Cartabia - Codice penale, Codice di procedura penale, Giustizia Riparativa* - Ed. Dicembre 2022, 232, a cura di A. Arcorace, V. Belcastro, F.D. Iacopino, S. Mantelli, E. Nobile, G. Scarfò.

della sostituzione della pena in un momento successivo alla pubblicazione del dispositivo mediante lettura, ai sensi dell'articolo 545 c.p.p., con possibilità di demandare ad un momento ulteriormente successivo l'integrazione del dispositivo, laddove si versi in un caso in cui è concretamente possibile disporre la sostituzione della pena detentiva breve<sup>12</sup>.

L'applicazione della pena sostitutiva è, *in primis*, subordinata al consenso dell'imputato, che deve essere manifestato in maniera esplicita, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, proprio in ragione della rilevanza delle conseguenze di tale scelta.

Ove vi sia siffatto consenso, il processo è sospeso *se il giudice ritiene di non disporre degli elementi necessari per decidere immediatamente*.

In tale evenienza, va da sé come si tratti di una sospensione indispensabile al fine di acquisire le *“informazioni necessarie per decidere in ordine alla tipologia di pena sostitutiva allo scopo di determinare concretamente gli obblighi e le relative prescrizioni”*<sup>13</sup>.

Un ruolo fondamentale viene riconosciuto dalla norma anche alla difesa ed al Pubblico Ministero, che possono attivarsi, depositando documentazione all'ufficio di esecuzione penale esterna e fino a cinque giorni prima dell'udienza presentando memorie in cancelleria, al fine di contribuire alla più adeguata risposta sanzionatoria al reato, in rapporto alle esigenze di individualizzazione del trattamento che discendono dall'art. 27, co. 3 della Costituzione.

La Corte di Cassazione, richiamando la relazione illustrativa, sottolinea come sia evidente l'ispirazione al modello del *sentencing* di matrice anglosassone, giacché le valutazioni relative all'applicazione della pena sostitutiva devono essere svolte solo dopo la pubblicazione del dispositivo.

L'art. 545-*bis*, secondo comma, c.p.p. attribuisce al Giudice, laddove ritenga di non poter decidere immediatamente, il potere di acquisire dall'U.E.P.E. e dalla Polizia Giudiziaria tutte le informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita, personali, familiari, sociali, economiche e patrimoniali dell'imputato; di richiedere all'U.E.P.E. il programma di trattamento della semilibertà, della detenzione domiciliare e del lavoro di pubblica utilità con la relativa disponibilità dell'ente; ai soggetti indicati dall'art. 94 dpr n. 309/90 la certificazione di disturbo da uso di sostanze o di alcol ovvero da gioco di azzardo e il programma terapeutico, che il condannato abbia in corso ovvero a cui intenda sottoporsi.

Nel nuovo art. 545-*bis* c.p.p., in vero, le parole imputato e condannato vengono utilizzate quasi alternativamente, aspetto su cui occorre riflettere per comprendere entro quali limiti tale norma – come essa è formulata – possa trovare applicazione, specie se ci si riferisca all'imputato e specie se il Giudice proceda alla sostituzione della pena detentiva con una pena sostitutiva immediatamente dopo la lettura del dispositivo, basandosi sulle informazioni relative alle generali condizioni personali e

<sup>12</sup> Relazione illustrativa al 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».

<sup>13</sup> Ufficio del Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Rel. n. 2/2023 del 5/01/2023, 113.

di vita dell'imputato, esclusivamente desunte dall'istruttoria dibattimentale e dagli atti del processo.

In tal senso, già a partire dalla normativa previgente, la dottrina ha più volte evidenziato una contraddizione nel rapporto tra l'art. 133 c.p. e l'art. 220, comma 2, c.p.p., laddove, da una parte, l'art. 133 c.p. prevede che il Giudice, nella commisurazione della pena da applicare, debba tenere conto della capacità a delinquere del colpevole, desunta, tra l'altro, dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo; dall'altra parte, l'art. 220, co. 2, c.p.p. esclude la possibilità di espletare una perizia (e si ritiene che il divieto debba essere esteso anche alle consulenze tecniche) per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche.

In sostanza, l'art. 220 comma 2 c.p.p. vieta lo svolgimento di una perizia psico-criminologica sull'imputato in una prospettiva di tutela del diritto di difesa e della libertà morale dell'imputato, a fronte del rischio che l'accertamento *de quo* possa condizionare il libero convincimento del giudice circa l'attribuzione del fatto criminoso, in contrasto con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, comma 2, della Costituzione.

Da un lato, dunque, il codice penale impone al Giudice una valutazione ad ampio spettro sulla personalità dell'imputato ai fini della corretta dosimetria della pena, senza nulla specificare, tuttavia, circa gli strumenti da utilizzare e le informazioni da considerare per svolgere questo tipo di valutazione; dall'altro lato, il codice di rito vieta l'uso della perizia personale/psicologica sull'imputato stesso.

In realtà, la valutazione della personalità dell'imputato viene comunque effettuata per mezzo di altri strumenti, alcuni previsti dalla legge (ad es. l'acquisizione dei documenti di cui all'art. 236 c.p.p.); altri che, in concreto, consentono di governare dall'esterno il suddetto divieto, fungendo da viatico, per l'ingresso nel processo, dell'indagine di personalità. Ci si riferisce a tutte le provvidenze della scienza: neuro-scienze, indagini genetiche e molecolari, nonché alle perizie psichiatriche in relazione a cause patologiche.

Proprio in tale contesto, la riforma Cartabia, all'art. 545-*bis* c.p.p., riconosce espressamente al Giudice di cognizione, *rectius* lo stesso Giudice chiamato a decidere sulla responsabilità penale dell'imputato, il potere/dovere di acquisire informazioni sulle condizioni di vita, familiari, sociali e personali, cioè sulla personalità dell'imputato stesso, mediante interpellò all'U.E.P.E. ed alla Polizia Giudiziaria e di decidere con una udienza *ad hoc* successiva, ovvero il potere di decidere immediatamente, con il consenso dell'imputato, laddove ritenga di avere già a disposizione tutte le informazioni necessarie, riferibili alla personalità dell'imputato, all'esito della istruttoria dibattimentale o dell'udienza preliminare.

Con la sentenza oggetto della presente disamina, la Corte nomofilattica ha precisato come, a seguito della pronuncia di condanna, sul giudice che emette la sentenza ad una sanzione inferiore ad anni quattro, gravi un preciso onere di valutare la possibilità di applicare una pena sostitutiva che sia ugualmente idonea ad assicurare la funzione rieducativa. Anzi, è la stessa Corte di Cassazione a sottolineare come, in concreto, sia preferibile che le modalità con cui la pena dovrà essere espiata vengano stabilite dal giudice della cognizione, poiché esso meglio conosce il profilo dell'imputato.

Tale disciplina richiama quel modello c.d. bifasico, già oggetto di discussione da parte della dottrina per una asserita rigidità del sistema sanzionatorio e per le lungaggini del meccanismo del *sentencing*, che, ad ogni buon conto, consentirebbe di superare il divieto di cui all'art. 220, comma 2, c.p.p. laddove la perizia psico-criminologica sull'imputato venga disposta dallo stesso giudice della cognizione, ma in un momento successivo rispetto all'accertamento della responsabilità penale.

### 3. Potere discrezionale del giudice nella applicazione e nella scelta delle pene sostitutive: una riformulazione dell'art. 58, L. n. 689/1981.

Con la sentenza in esame, la Corte di Cassazione, confermando la interpretazione in precedenza fornita – secondo cui la sostituzione della pena detentiva con altra pena sostitutiva non costituisce, *sic et simpliciter*, un diritto dell'imputato, ma rientra nell'ambito della valutazione discrezionale del giudice<sup>14</sup> – è intervenuta chiarendo i limiti di tale potere discrezionale, a partire dalla L. n. 689/1981 come riformata dal D.Lgs. n. 150/2022.

A tal proposito, la Corte nomofilattica, richiamando una lettura combinata degli artt. 58 e 59 della L. n. 689/1981, detta una chiara indicazione circa il dovere del giudice di procedere alla sostituzione, laddove sussistano i presupposti normativi.

Le norme *de quibus* stabiliscono, in vero, come il giudice, tenuto conto dei criteri di cui all'art. 133 c.p., se non ordina la sospensione condizionale della pena, possa applicare le pene sostitutive della pena detentiva quando risultano più idonee alla rieducazione del condannato e quando, anche attraverso opportune prescrizioni, assicurano la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati, salvo il caso in cui sussistano fondati motivi per ritenere che le prescrizioni non saranno adempiute dal condannato.

È la stessa norma a prevedere, inoltre, che, nella scelta della pena sostitutiva, il giudice debba tenere conto delle condizioni legate all'età, alla salute fisica o psichica, alla maternità/paternità, alla esistenza di particolari patologie o dipendenze.

La scelta deve ricadere, in ogni caso, sulla pena sostitutiva che appaia più idonea alla rieducazione ed al reinserimento sociale del condannato, con il minor sacrificio della libertà personale.

La sentenza è chiara nell'affermare come il rinvio all'art. 133 c.p., contenuto nell'art. 58 della L. 689/1981, debba essere letto in stretta connessione con il successivo art. 59 che, nel prevedere le condizioni soggettive per la sostituzione della pena, in realtà riconosce quali condizioni ostative circostanze tutte relative al reato per cui si procede; con ciò, in sostanza, arrivando ad affermare – e questo è il cuore del pronunciamento – come la sussistenza di precedenti condanne a carico dell'imputato non possa essere ritenuta *ex se* elemento ostativo alla concessione delle pene sostitutive.

Ad avviso della sentenza, dunque, la discrezionalità del giudice di cognizione nella scelta e nella applicazione delle pene sostitutive, incontra un limite ben preciso, implicitamente fissato dallo stesso legislatore, che ha stabilito, quali condizioni ostative,

<sup>14</sup> Si veda, sul punto, Cass. pen., Sez. VI, sentenza n. 47674 del 24 ottobre 2023.

circostanze che appaiono del tutto indipendenti dalla negativa personalità desumibile dai precedenti penali.

Questa sentenza va a colmare quelle lacune interpretative emerse da precedenti pronunce<sup>15</sup> che, soffermandosi sui poteri discrezionali attribuiti al giudice dalla novellata disciplina, li ritenevano significativi e pienamente coerenti con la *ratio* generale di questa parte della riforma che, nella duplice prospettiva della lotta alla detenzione di breve durata e dell'effettività del finalismo rieducativo della pena<sup>16</sup>, invita il giudice a prestare maggiore attenzione al vissuto del reo.

In quest'ottica interpretativa, la Corte di Cassazione, con la sentenza analizzata, prosegue precisando, da una parte, come la disciplina delle pene sostitutive sia immediatamente applicabile anche ai giudizi pendenti in fase di appello e, dall'altra parte, come il giudice di appello sia tenuto a procedere ad una attenta valutazione delle condizioni per la concessione delle pene sostitutive, per non incorrere nei vizi, censurabili in sede di legittimità, della inosservanza o non corretta applicazione della legge penale e della illogicità, carenza o contraddittorietà motivazionale.

In sostanza, tanto il giudice di cognizione, quanto il giudice di appello ritualmente investito della questione della applicabilità delle pene sostitutive con la sentenza di condanna di primo grado, sono tenuti ad effettuare una accurata analisi, a partire dai criteri direttivi di cui all'art. 133 c.p.

4. L'art. 545-*bis* c.p.p. ed il ruolo della magistratura di Sorveglianza in fase di esecuzione della pena sostitutiva.

La sentenza esaminata conclude il proprio approfondito *excursus* soffermandosi sul ruolo della magistratura di sorveglianza alla luce della nuova disciplina, laddove venga comminata condanna ex art. 545-*bis* c.p.p., ancora richiamando la L. 689/1981 e le previsioni dettate dagli artt. 62, 63 e 66.

A stare alla nuova previsione normativa, in vero, il Giudice della cognizione effettua delle valutazioni, anche personologiche, sull'imputato che, in tempo antecedente alla riforma, trovavano ampio spazio esclusivamente nella fase della esecuzione della pena, di competenza della magistratura di sorveglianza, posto che, in questa fase, il divieto di effettuare uno scandaglio sulla personalità dell'imputato viene meno per espressa previsione normativa, laddove, per la predisposizione di un trattamento individualizzato tendente alla rieducazione del condannato, così come per una diagnosi di pericolosità funzionale all'applicazione di una misura alternativa alla detenzione, è prevista dalla legge un'osservazione scientifica della personalità.

Come detto, nel nuovo scenario delineato dall'art. 545-*bis* c.p.p., le pene sostitutive sono immediatamente esecutive dopo il giudicato: alle pene sostitutive non si applicano né la sospensione condizionale della pena, né la sospensione dell'ordine di esecuzione ex art. 656, co. 5, c.p.p. finalizzata alla richiesta di una misura alternativa alla detenzione, che potrà essere eventualmente chiesta, nella forma dell'affidamento

<sup>15</sup> Si veda, ad esempio, Cass. Sez. V penale, sentenza n. 43622 dell'11 luglio 2023 (dep. 27 ottobre 2023);

<sup>16</sup> Cfr. ABBAGNANO TRIONE, *Il sistema delle pene sostitutive ed il favor libertatis*, in *Processo penale e giustizia*, Fascicolo n. 3-2023.

in prova al servizio sociale, dopo l'espletamento di almeno metà della pena sostitutiva<sup>17</sup>.

Il passaggio di consegne al giudice della cognizione e, dunque, lo spostamento alla fase della cognizione di quelle che erano misure alternative alla detenzione, determina un ampliamento dell'oggetto del processo penale, per ricomprendere una più approfondita indagine sulla personalità dell'imputato e la formulazione di ipotesi trattamentali dei condannati<sup>18</sup>.

Più ampi poteri di osservazione personologica sull'imputato sono, allora, riconosciuti al Giudice del merito e ciò ha portato ad interrogarsi anche sul ruolo che il Tribunale di Sorveglianza sia destinato a svolgere in relazione a questo genere di condanne, giacché esso interviene laddove si rendano necessarie delle modifiche o delle integrazioni del programma dell'U.E.P.E., per come applicato in concreto dal giudice della cognizione, che decide non solo in tema di responsabilità penale dell'imputato, ma anche di applicazione della pena sostitutiva.

Attraverso tale meccanismo, funzionale ad impiegare le risorse necessarie all'elaborazione del programma trattamentale ed all'individuazione della giusta pena sostitutiva solo allorché necessario, vi sarebbe un risparmio di tempi nella fase esecutiva, con il superamento della sospensione condizionale della pena e della sospensione dell'ordine di esecuzione ex art. 656, co. 5, c.p.p., finalizzata alla richiesta di una misura alternativa alla detenzione.

L'unica, concreta decisione circa la pena effettiva da applicare e da espiare spetta al Giudice della cognizione, che - in prima battuta sostituendosi alla magistratura di sorveglianza - predispone le prescrizioni ritenute più adeguate alla personalità del soggetto destinatario della condanna ed alle sue esigenze, in vista della rieducazione e del reinserimento sociale.

In sostanza, la legge delega - art. 1, co. 17, lett. c) legge nr.134/2021 - attribuisce al giudice di merito il potere di sostituire la pena detentiva anticipando alla fase della cognizione, a titolo di vera e propria pena, anche se sostitutiva, le forme di esecuzione extracarceraria che, nell'ordinamento penitenziario vigente, sono, come noto, definite quali misure alternative alla detenzione<sup>19</sup>.

Sotto tale profilo, la Corte di legittimità, con il pronunciamento oggetto della presente disamina, ha precisato come la applicazione delle pene sostitutive nella fase dell'emissione del dispositivo di condanna non escluda il successivo intervento del magistrato di sorveglianza ovvero dell'ufficio esecuzione penale esterno, che, in concreto, sono chiamati a svolgere una funzione di garanzia e controllo, anche nell'ottica di un'eventuale revoca della pena sostitutiva, in caso di inosservanza o violazioni delle prescrizioni.

<sup>17</sup> Cfr. G. GATTA, *Il giudice di cognizione torna ad essere giudice della pena: una prima condanna alla detenzione domiciliare sostitutiva*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

<sup>18</sup> Cfr. *Riforma Cartabia - La nuova giustizia penale*, Ed. marzo 2023, *Profili inediti della fase esecutiva: dal binomio pene sostitutive-misure alternative alle nuove modalità in materia di confisca*, di R. CASIRAGHI, 970.

<sup>19</sup> Relazione illustrativa al 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».

L'intervento del magistrato di sorveglianza o dell'U.E.P.E., ad avviso della Corte di Cassazione, infatti, assicura il controllo della corretta possibilità di applicazione e dell'esatto adempimento della pena sostitutiva direttamente disposta con la sentenza di condanna, senza che sia necessario procedere alla udienza c.d. di *sentencing*.

Al Tribunale di Sorveglianza, allora, è riservata, come detto, una funzione di controllo specifica, sia nel caso in cui non venga proposta impugnazione, sia nel caso in cui, in fase di esecuzione, il condannato faccia richieste specifiche in relazione alla modifica di alcune prescrizioni.

## 5. Considerazioni conclusive.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, con la sentenza in esame la Corte di Cassazione ha fornito una interpretazione della nuova disciplina di cui all'art. 545-*bis* c.p.p., che, toccando gli aspetti essenziali della riforma, con particolare riferimento al potere discrezionale riconosciuto al giudice della cognizione in relazione alla applicabilità della pena sostitutiva, ha colmato alcune pregresse lacune interpretative.

Nello specifico, la sentenza in commento ha riconosciuto l'importanza del potere discrezionale del giudice, individuandone al contempo i limiti, ed in particolare affermando come sul giudice che emette la sentenza ad una sanzione inferiore ad anni quattro gravi l'onere di valutare la possibile applicazione di pene sostitutive, extracarcerarie, parimenti idonee ad assicurare la rieducazione del condannato e la prevenzione del pericolo di recidiva.

In questo quadro, dunque, il giudice è chiamato ad approfondire in concreto, molto più di quanto facesse prima, il vissuto e la personalità dell'imputato, posto che il potere discrezionale del giudice di cognizione, di cui parlava già l'art. 58 della L. n. 689/1981, si sostanzia - ad avviso del legislatore della riforma e della interpretazione nomofilattica - in un preciso obbligo di verificare la sussistenza delle condizioni oggettive e soggettive per disporre la sostituzione delle pene detentive brevi, ed è vincolato, per come a più riprese precisato dalla Corte di Cassazione, alla valutazione dei criteri di cui all'art. 133 c.p.

Ciò comporta che, ai fini della esclusione della sostituzione, non è sufficiente la sola presenza, in capo all'imputato, di precedenti condanne, essendo necessario un giudizio prognostico circa una pericolosità qualificata ed un concreto pericolo di violazione delle condizioni imposte; giudizio che, come detto, se adeguatamente motivato, è destinato a sfuggire al sindacato di legittimità.

# ALLA CORTE COSTITUZIONALE UNA QUESTIONE SULL'ART. 30-TER DELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO

Uff. sorv. Spoleto, 4 luglio 2024, Gianfilippi, magistrato  
di sorveglianza

Guido Colaiacovo\*

**Sommario:** **1.** La cornice normativa. – **2.** Le censure. – **3.** Meccanismi ostativi e disparità di trattamento nella legge sull'ordinamento penitenziario. – **4.** Divieto di accesso ai permessi premio, presunzione di non colpevolezza e funzione rieducativa della pena.

## ABSTRACT

L'autore esamina la questione di legittimità costituzionale sollevata dal magistrato di sorveglianza di Spoleto e auspica una declaratoria di illegittimità della norma.

*The author examines the question of constitutional legitimacy raised by the supervisory magistrate of Spoleto and hopes for a declaration of illegitimacy of the law.*

## 1. La cornice normativa.

La "Legge Gozzini" (l. 10 ottobre 1986, n. 663), come noto, ha introdotto nella l. 26 luglio 1975, n. 354 l'art. 30-ter, che disciplina l'istituto dei "permessi premio"<sup>1</sup>. Tale previsione, al comma 5, contiene una clausola che preclude la concessione di permessi a coloro che, durante l'esecuzione della pena, riportino condanne o siano anche soltanto sottoposti a processo penale per un delitto doloso commesso durante l'espiazione

---

\* Professore associato di diritto processuale penale nell'Università di Foggia.

<sup>1</sup> Sul punto, *ex plurimis*, GIUNTA, sub art. 9, in AA.VV., *L. 10/10/1986, n. 663. Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, in *Leg. pen.*, 1987, 135 ss.

della pena. Costoro, infatti, possono essere ammessi al beneficio soltanto dopo due anni dalla commissione del fatto<sup>2</sup>.

La norma manifesta la volontà del legislatore di incentivare la buona condotta del condannato, inducendolo ad astenersi dal commettere azioni delittuose durante l'esecuzione della pena, prospettando, in caso contrario, l'impossibilità di accedere al beneficio.

D'altro canto, gli elementi fattuali che fungono da presupposto - esercizio della azione penale ovvero condanna per un delitto doloso commesso nel corso dell'esecuzione - agganciano la preclusione a una sorta di presunzione di irregolarità della condotta tenuta dal condannato<sup>3</sup>. Si può dire, allora, che il legislatore, in presenza di tali elementi, ha inteso comprimere la discrezionalità della quale invece gode il magistrato di sorveglianza nel compiere la valutazione richiesta dai commi 1 e 8 dell'art. 30-ter ai fini della concessione del permesso.

La previsione è già stata esaminata dalla Corte costituzionale con differenti esiti: mentre è stata ritenuta rispettosa dei principi costituzionali per i condannati adulti<sup>4</sup>, è stata dichiarata illegittima limitatamente ai condannati minorenni<sup>5</sup>.

Tuttavia, il magistrato di sorveglianza di Spoleto, con l'ordinanza in rassegna, ha sollevato ancora la questione di legittimità costituzionale, chiedendo di rinnovare lo scrutinio compiuto all'epoca.

## 2. Le censure.

L'ordinanza muove una serrata critica al congegno contenuto nell'art. 30-ter, comma 5, e denuncia una pluralità di incongruenze sul piano costituzionale, evocando quali parametri gli artt. 3, 27, commi 2 e 3 Cost. nonché, per il tramite dell'art. 117 Cost., gli artt. 6 C.E.D.U. e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Dopo aver ricostruito la vicenda sottoposta al suo giudizio, anche per delineare la rilevanza della questione, il magistrato di sorveglianza premette che la norma impedisce qualsiasi valutazione nel merito dell'istanza proposta dal condannato - in caso di condanna o di esercizio della azione penale, il giudice non può andare oltre una pronuncia in rito e deve perciò dichiararla inammissibile - e aggiunge che non sono possibili letture differenti, anche alla luce di quanto stabilito in precedenza dalla Corte costituzionale<sup>6</sup>.

È, dunque, uno sbarramento invalicabile: la preclusione, pur spiegando effetti in un periodo di tempo limitato, è invincibile e insensibile a qualsiasi progresso in concreto compiuto dal condannato nel periodo di detenzione successivo al fatto stigma-

---

<sup>2</sup> Sul punto, ancora GIUNTA, sub art. 9, cit., 141 ss., e, con differenti sfumature, LA GRECA, *La disciplina dei permessi premio nel quadro del trattamento penitenziario*, in Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza: 1986-93*, Cedam, 1994, 259.

<sup>3</sup> FIORENTIN, sub art. 30-ter, in DELLA CASA - GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Padova, 2019, 428.

<sup>4</sup> C. cost., 30 luglio 1997, n. 296, in *Giur. cost.*, 1997, 2685.

<sup>5</sup> C. cost., 17 dicembre 1997, n. 403, in *Giur. cost.*, 1997, 3745.

<sup>6</sup> C. cost., 30 luglio 1997, n. 296, cit., ha infatti affermato che si tratta di un "effetto preclusivo rispetto al quale al magistrato di sorveglianza non resta alcuna possibilità di sindacato".

tizzato. Tale connotato è poi inasprito della natura assoluta della clausola ostativa, che colpisce indistintamente il condannato, senza preoccuparsi di dosare l'effetto preclusivo secondo la gravità del reato per il quale è stata pronunciata la condanna o è stata elevata l'imputazione.

Ciò posto, il rimettente prende in considerazione la precedente pronuncia del Giudice delle leggi, che, come detto, aveva dichiarato infondata una questione di identico tenore.

Due argomenti sostengono la richiesta di rimeditare il precedente.

Per un verso, il magistrato di sorveglianza ricorda come in quell'occasione la Corte costituzionale invitò comunque il legislatore a rivedere l'impianto normativo, suggerendo di definire meglio il catalogo di reati dolosi ai quali attribuire attitudine preclusiva. E il fatto che tale invito non sia stato raccolto, nonostante siano trascorsi oltre ventisette anni, è sintomatico, secondo il magistrato di sorveglianza, della maturata necessità di un intervento più energico del Giudice delle leggi affinché supplisca a tale inerzia.

Per altro verso, l'ordinanza evidenzia la metamorfosi del contesto normativo e la formazione di una sensibilità differente rispetto alle questioni penitenziarie, ancorché siano state già affrontate in passato. Da questo punto di vista, è menzionato il progetto di riforma redatto dalla Commissione Giostra, che proponeva di eliminare la previsione<sup>7</sup>, e le pronunce, anche più recenti, con le quali la Corte costituzionale ha rimeditato alcune sue precedenti statuizioni<sup>8</sup>. Del resto, verso una rivisitazione delle clausole ostative fondate sulla commissione di condotte delittuose sospingono pure altre declaratorie di illegittimità costituzionale<sup>9</sup>.

Tratteggiato un *quid novi* che consente di superare il giudicato costituzionale<sup>10</sup>, il magistrato di sorveglianza denuncia un primo profilo di irragionevolezza, che affiora dalla comparazione con altre disposizioni dell'ordinamento penitenziario. In effetti, se è vero che esistono numerose previsioni che dalla commissione di un reato durante l'esecuzione della pena fanno discendere effetti negativi per il condannato, è anche vero che una ricognizione su tali previsioni consente di notare che il legislatore le ha calibrate in maniera differente. A ben vedere, infatti, tali ripercussioni sono collegate quasi sempre a una pronuncia di condanna definitiva<sup>11</sup> e la loro portata, nella diversa ipotesi in cui il presupposto applicativo è rappresentato dalla mera condizione di imputato, è fortemente limitata<sup>12</sup>. Nella maggior parte dei casi, poi, il catalogo di reati

<sup>7</sup> Critica la scelta del legislatore di non dar seguito alla proposta di eliminare gli automatismi dal testo dell'ordinamento penitenziario FORTI, *Il trattamento*, in GIARDA - FORTI - GIUNTA - VARRASO, *Manuale di diritto penitenziario*, Padova, 2021, 104.

<sup>8</sup> Il richiamo è, in particolare, a C. cost., 26 gennaio 2024, n. 10, in *Giur. cost.*, 2024, 74, sul tema della affettività in carcere.

<sup>9</sup> A tal proposito, *ex plurimis*, la declaratoria di illegittimità costituzionale della revoca automatica della liberazione anticipata in caso di commissione di reati da parte del beneficiario (C. cost., 23 maggio 1995, n. 186, in *Giur. cost.*, 1995, 1468).

<sup>10</sup> Peraltro, l'ordinanza segnala che il tema della nuova rimessione coincide soltanto in parte con quello affrontato all'epoca dal Giudice delle leggi.

<sup>11</sup> Il magistrato di sorveglianza richiama, qui, gli artt. 47-ter, comma 9, 54, comma 3, e 58-quater, comma 1.

<sup>12</sup> Il magistrato di sorveglianza ricorda che l'art. 47-quater, comma 6, pur dando rilievo a una imputazione elevata per un determinato catalogo di delitti ai fini della revoca della misura, non

rilevanti è delineato in maniera puntuale, dando rilievo a categorie di illeciti che presentano il tratto comune della gravità<sup>13</sup>.

Un ulteriore profilo critico, che aggrava la disparità di trattamento, discende dalla considerazione che i meccanismi preclusivi appaiono meno rigidi nella materia delle misure alternative alla detenzione. Paradossalmente, la previsione *de qua* determina un assetto nel quale il condannato può accedere alle misure alternative alla detenzione, ma non ai permessi premio che, rispetto alle prime, hanno una minore portata liberatoria. Una incongruenza esasperata dal fatto che tali istituti, nella dinamica trattamentale, hanno spesso quale presupposto proprio l'esperienza proficua dei permessi premio: se, come ha chiarito anche la Corte costituzionale<sup>14</sup>, il permesso premio ha una funzione propulsiva, di stimolo alla adesione al progetto trattamentale, una preclusione tanto estesa nel tempo rischia di vanificare, nel biennio di interdizione, qualsiasi possibilità di emenda.

D'altro canto, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore della Direttiva 2016/343/UE sulla presunzione di innocenza, il giudice rimettente intravede la necessità di una profonda revisione critica della scelta di valorizzare promiscuamente la condizione di imputato e quella di condannato, equiparandole *sic et simpliciter*. Invero, l'acquisizione della qualità di imputato discende da una scelta del pubblico ministero, esaminata soltanto successivamente da un giudice, e non possiede la stabilità necessaria per il consolidamento di effetti tanto significativi sulla posizione del condannato. E tale ultima problematica è acuita spesso dalla durata del processo che "può consumare (e normalmente consuma) anche interamente il biennio di ostatività" prima che si sia giunti alla sentenza definitiva. In questa ottica, l'entrata in vigore della Direttiva suggerisce di superare il precedente approdo della Corte costituzionale, che aveva confinato la rilevanza della presunzione di innocenza nell'ambito del solo procedimento a carico dell'imputato, escludendo che potesse irradiarsi anche in altre procedure ovvero tutelare interessi differenti.

Le distorsioni e le aporie fin qui tratteggiate determinano la violazione del principio di uguaglianza e della presunzione di non colpevolezza, ma inducono il magistrato di sorveglianza a ravvisare pure una compromissione della funzione rieducativa della pena e, quindi, un contrasto tra l'art. 30-ter e l'art. 27, comma 3, Cost. L'ordinanza evidenzia, con le parole della Corte costituzionale, che nell'ordinamento non sono ammesse disposizioni che accordino prevalenza assoluta alle esigenze di prevenzione sociale in danno di quelle di recupero dei condannati<sup>15</sup> e sottolinea come

elimina il potere discrezionale del giudice, che può sempre valutare la concreta incidenza di tale fatto. Sulla medesima linea interpretativa, sono evocate le previsioni dell'art. 51, comma 4, e 58-*quater*, comma 5.

<sup>13</sup> È il caso, ad esempio, dell'art. 58-*quater*, comma 5, che collega l'effetto ostativo alla condanna per i delitti indicati dall'art. 4-*bis*, commi 1, 1-*ter* e 1-*quater*.

<sup>14</sup> Secondo la Corte costituzionale, il permesso premio è uno "strumento cruciale del trattamento" e questa concezione è un filo rosso che lega tutte le sentenze in materia da C. cost., 12 aprile 1990, n. 188, in *Cass. pen.*, 1991, I, 371, fino a C. cost., 4 dicembre 2019, n. 253, in *Giur. cost.*, 2019, 3103.

<sup>15</sup> C. cost., 1 dicembre 1999, n. 436, in *Cass. pen.*, 2000, 2557, alla quale si aggiungono C. cost., 4 luglio 2006, n. 257, in *Giur. cost.*, 2006, 2713, e C. cost., 28 maggio 2010, n. 189, *ivi*, 2010, 2242.

nel bilanciamento tra queste contrapposte esigenze sia sempre necessario un vaglio della magistratura di sorveglianza<sup>16</sup>.

Dunque, denunciando l'irragionevolezza della previsione, tanto alla luce dell'ambito applicativo e dell'estensione della sua portata, quanto per l'equiparazione di situazioni soggettive diverse, il magistrato di sorveglianza investe la Corte costituzionale della questione.

### 3. Meccanismi ostativi e disparità di trattamento nella legge sull'ordinamento penitenziario.

L'ordinanza in rassegna mette a nudo una caratteristica, nient'affatto pregevole, dell'ordinamento penitenziario: il testo della legge 26 luglio 1975, n. 354 è stato appesantito da un accumulo di clausole ostative, risultato degli interventi settoriali, spesso – ma non sempre – di matrice emergenziale e securitaria<sup>17</sup>, che si sono succeduti nel mezzo secolo trascorso dalla sua entrata in vigore<sup>18</sup>. Sono clausole diverse tra loro per presupposti ed effetti, ma pure per l'istituto rispetto al quale operano. Da questo punto di vista, si può dire che ciascuna misura alternativa alla detenzione e ogni beneficio penitenziario possiede un suo statuto, delineato dalla sinergia tra previsioni generali e speciali.

Accade così, come rileva il magistrato di sorveglianza, che all'interprete si presenta un quadro assolutamente incoerente: i meccanismi ostativi non sono coordinati, né la causa dalla quale scaturiscono è individuata secondo criteri di gravità, né, infine, è dosata la capacità preclusiva secondo l'istituto – beneficio o misura alternativa – al quale afferiscono.

In linea di principio, non si dovrebbe dubitare circa la possibilità che il legislatore utilizzi simili strumenti. La minaccia di preclusioni derivanti dal compimento di determinate condotte da parte del condannato ha sicuramente un effetto deterrente e consente di dissuadere l'interessato dalla violazione delle prescrizioni che governano la vita nell'istituto penitenziario o il godimento di misure alternative. È una impostazione che, soprattutto per le misure alternative alla detenzione, presidia il rispetto del patto di fiducia tra lo Stato e il condannato, come pure ha affermato la Corte costituzionale<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Ad esempio, C. cost., 23 luglio 2021, n. 173, in *Giur. cost.*, 2021, 1725, che, pur evidenziando l'eccessiva severità della previsione, ha ritenuto legittimo l'art. 58-*quater* in ragione del fatto che la preclusione triennale ivi contemplata scaturisce da un precedente vaglio del tribunale di sorveglianza sulla revoca della misura alternativa alla detenzione.

<sup>17</sup> A ben vedere, la previsione sottoposta al giudizio della Corte è stata introdotta da una novella unanimemente apprezzata per i suoi contenuti orientati verso il potenziamento degli istituti di matrice rieducativa.

<sup>18</sup> La predisposizione di previsioni simili è una costante della legge sull'ordinamento penitenziario, come testimonia la presenza già nella formulazione originaria di preclusioni alla concessione dell'affidamento in prova, della semilibertà e della liberazione anticipata per talune ipotesi di rapina ed estorsione ovvero per coloro che avessero commesso reati della stessa indole (in tema, GREVI, *Art. 47, comma 2° dell'ordinamento penitenziario: una disposizione da rivedere*, in GREVI, *Scritti sul processo penale e sull'ordinamento penitenziario*, vol. III, *L'ordinamento penitenziario*, Padova, 2012, 189).

<sup>19</sup> A tal proposito, C. cost., 23 luglio 2021, n. 173, cit.

Inoltre, i meccanismi ostativi, se è vero che impediscono la ponderazione giudiziale, presentano – ove ben congegnati – alcuni vantaggi. Per un verso, possono ridurre il rischio di disparità di trattamento: in questa ottica, la limitazione della discrezionalità del giudice impedisce che situazioni simili siano trattate diversamente e, viceversa, che situazioni differenti siano trattate allo stesso modo e, nel contempo, assicura anche la prevedibilità della decisione<sup>20</sup>. Per altro verso, privando il giudice il potere di decidere, tutelano il magistrato, sottratto a pressioni e intimidazioni alle quali potrebbe rimanere esposto in relazioni a contesti criminali di particolare spessore<sup>21</sup>.

È imprescindibile, tuttavia, una visione di sistema nella quale ciascuna previsione sia coordinata con le altre e contribuisca a descrivere un quadro normativo armonico e, soprattutto, rigorosamente orientato da criteri di proporzionalità e ragionevolezza.

Diversamente, il rischio è che sia compromessa la linearità del percorso trattamentale e che la progressione verso il reinserimento in società subisca limitazioni e rallentamenti ingiustificati.

L'attuale conformazione dell'ordinamento penitenziario e le sperequazioni che lo contraddistinguono, così come descritte nell'ordinanza di rimessione, potrebbero essere emendate da un intervento normativo, ispirato da una logica di *extrema ratio*, che riconduca in una radice comune le singole disposizioni ostative, condensandole in un compendio coerente con i principi costituzionali e con gli insegnamenti del Giudice delle leggi.

Tuttavia, se un simile progetto oggi non è neppure in cantiere, il solo rimedio adeguato appare la declaratoria di illegittimità costituzionale delle previsioni più problematiche, come si presenta, almeno da questo punto di vista, quella censurata dal magistrato di sorveglianza di Spoleto.

#### 4. Divieto di accesso ai permessi premio, presunzione di non colpevolezza e funzione rieducativa della pena.

L'ordinanza in rassegna, d'altro canto, stigmatizza l'opzione legislativa nella parte in cui valorizza la condizione di imputato o di condannato per un fatto commesso durante l'esecuzione della pena quale ostacolo alla concessione di permessi premio.

In questa dimensione, alla violazione del principio di uguaglianza si sommano la violazione della presunzione di non colpevolezza e la compromissione della funzione rieducativa della pena.

La tenuta costituzionale della previsione, pertanto, appare compromessa già da questa impostazione di fondo, che da condizioni soggettive diverse fa derivare identici effetti.

Conviene, tuttavia, analizzare separatamente la situazione dell'imputato da quella del condannato per il reato commesso durante l'esecuzione penale, per verificare se,

---

<sup>20</sup> In questo senso, sebbene in relazione a una diversa fattispecie, ZANON, *Le opinioni dissenzianti in Corte costituzionale. Dieci casi*, Bologna, 2024, 100.

<sup>21</sup> Analogamente a quanto sostenuto in relazione ai meccanismi presuntivi in materia cautelare ex art. 275 c.p.p. da GREVI, *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in GREVI, *Scritti sul processo penale e sull'ordinamento penitenziario*, vol. II, *Il codice di procedura penale del 1988*, t. I, Padova, 2011, 293.

nella dimensione costituzionale, possano essere diverse le conclusioni ovvero se al medesimo esito – l'accoglimento o il rigetto della questione di legittimità costituzionale – si giunga battendo percorsi diversi.

C'è da rilevare, innanzitutto, che la questione di legittimità costituzionale sulla preclusione in danno del condannato presenta un difetto di rilevanza poiché nel caso *sub iudice* l'istante riveste la diversa condizione dell'imputato. Ma al di là di questo dubbio, che ha rilevanza puramente processuale nella dinamica dell'incidente di costituzionalità, nelle due situazioni enunciate si apprezza comunque una diversa incidenza dei principi evocati nell'ordinanza.

Il condannato, innanzitutto, non è protetto dalla presunzione di non colpevolezza poiché l'accertamento irrevocabile della sua responsabilità disattiva le tutele assicurate dall'art. 27, comma 2, Cost.

La stabilità della decisione di condanna, inoltre, aggancia a un dato meno precario l'operatività della preclusione, fatta salva l'ipotesi – invero eccezionale – del positivo esperimento di mezzi di impugnazione straordinari.

Dunque, se da questo punto di vista la previsione ha una sua giustificazione, resta da chiedersi, se la sua attuale conformazione risponda a criteri di ragionevolezza e proporzionalità. Qui, le maggiori perplessità riguardano la straordinaria ampiezza delle situazioni rilevanti e la preclusione all'accesso ai soli permessi premio.

La applicabilità a qualsiasi reato, e, quindi, anche a fattispecie bagatellari, accomuna il trattamento di una varietà di condotte da tenere distinte. Una situazione che, peraltro, appare aggravata dalla circostanza che è precluso qualsiasi vaglio sulla concreta incidenza di tale evento sul trattamento e i suoi risultati.

Sono difetti che comprimono eccessivamente la funzione rieducativa e che in parte erano stati segnalati nella precedente decisione della Corte costituzionale.

Volgendo lo sguardo sull'imputato le conclusioni sono ancor più drastiche. Su questo versante, come su quello del condannato, è ancora l'assenza di una tassativa, e più ristretta, indicazione dei delitti rilevanti a porre la norma al di fuori di quanto è consentito dalla Costituzione.

A ben vedere, tuttavia, neppure una catalogazione dei delitti rilevanti si rivelerebbe soddisfacente.

Invero, la precarietà della condizione di imputato, che ben può essere prosciolto, costituisce l'elemento di maggiore debolezza della costruzione normativa.

Il rischio, come rimarca l'ordinanza, è che il periodo di interdizione trascorra in attesa della celebrazione di un processo che potrebbe concludersi con un esito favorevole per il condannato, al quale, tuttavia, non potrebbero mai essere restituite le occasioni perdute nel biennio.

Dunque, da questo punto di vista, il riparo offerto dalla presunzione di non colpevolezza costituisce l'argine più efficace per impedire compromissioni della funzione rieducativa della pena.

Ciò non significa, tuttavia, che l'eventuale infrazione delle norme penali durante l'esecuzione della pena non possa essere apprezzata, quale elemento di segno negativo, ai fini della valutazione sulla meritevolezza di benefici e misure alternative alla detenzione. Significa, piuttosto, eliminare un automatismo dal fondamento alquanto labile per restituire alla magistratura di sorveglianza il potere di individuare il significato dell'evento nella dinamica trattamentale.



# E adesso occorre cambiare mentalità

## Dal 24 ottobre il nuovo codice di procedura penale

Vittorio Grevi

«Corriere della Sera» del 20 ottobre 1989

Uno dei riflessi più significativi della dichiarata ispirazione accusatoria del nuovo codice di procedura penale è quello rappresentato dal necessario mutamento dei ruoli tra i soggetti istituzionali del processo: accusatore, difensore e giudice.

Un mutamento evidente soprattutto in relazione alla fase delle indagini che precedono il giudizio, dove più radicale risulta la inversione di rotta rispetto al vecchio codice, a causa della scomparsa del giudice istruttore e della conseguente soppressione di una fase istruttoria. Ne deriva, in primo luogo, una più netta distinzione tra la funzione del pubblico ministero e quella del giudice nel corso delle indagini preliminari.

Ricondotto alla sua naturale posizione di parte pubblica, titolare esclusivo dell'azione penale, il pubblico ministero assume nel nuovo processo una fisionomia che lo caratterizza sempre più come organo di investigazione e di accusa. Per conseguenza, ai suoi atti di indagini non viene di regola riconosciuto valore probatorio, e nel contempo gli viene coerentemente sottratto, al di fuori di casi eccezionali, il potere di incidere sulle libertà fondamentali.

D'altro canto il giudice, perduta ogni funzione investigativa - e con essa, ogni contiguità di interessi rispetto al pubblico ministero - si trasforma nel corso delle indagini preliminari da organo inquirente ad organo "garante" della regolarità delle stesse, nonché della tutela dei diritti dell'inquisito a cominciare dalla libertà personale. In questo quadro riveste specifico rilievo il compito attribuito al giudice di intervenire, con le garanzie del contraddittorio, tutte le volte in cui nel corso delle indagini sia necessario assumere testimonianze o compiere altri atti di prova non rinviabili al dibattimento, ed ancora al termine delle indagini, il compito di controllare l'adempimento, da parte del pubblico ministero, dell'obbligo di esercitare l'azione penale.

A questa decisa separazione dei ruoli tra pubblico ministero e giudice, destinata a riflettersi anche nella successiva udienza preliminare (intesa quale ordinario momento di "filtro" tra la fase delle indagini e la fase del giudizio), non può non corrispondere una differente articolazione del ruolo dell'avvocato difensore. La caratterizzazione del nuovo processo come "processo di parti", con un notevole allargamento degli spazi di disponibilità riservati all'accusa ed alla difesa, anche in ordine alla scelta dei riti alternativi, postula infatti l'esigenza di un più elevato tasso di effettività della funzione difensiva a garanzia di una reale, e non fittizia attuazione del principio della "parità delle armi". Una esigenza che va sottolineata con riferimento sia ai più ampi poteri conferiti al difensore nel corso delle indagini preliminari, sia alle nuove modalità di acquisizione della prova in sede dibattimentale specialmente attraverso lo strumento dell'esame diretto ed incrociato delle parti e dei testimoni.

Tutto ciò lascia chiaramente intendere quale importanza assuma in vista del buon funzionamento del nuovo processo penale, la capacità di diversi soggetti processuali di interpretare con piena consapevolezza e con sicura professionalità i nuovi ruoli loro assegnati. A parte i delicati nodi relativi alle ben note carenze strutturali (ivi compresa, per quanto riguarda i difensori, la mancanza di una seria legge di tutela per i non abbienti), si tratta, senza dubbio, di un problema di adattamento della mentalità e del costume nel difficile momento del decollo verso il futuro sistema processuale.

Anzitutto su questo terreno, dunque, magistrati ed avvocati saranno chiamati a testimoniare la loro sensibilità e la loro maturità istituzionale, non appena il primo codice dell'Italia repubblicana sarà entrato in vigore.